Le Conseil d'État, colégislateur ? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi

Séverine Leroyer

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5276>

DOI : 10.4000/crdf.5276

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2012

Pagination : 69-79

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Séverine Leroyer, « Le Conseil d'État, colégislateur ? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 10 | 2012, mis en ligne le 01 décembre 2013, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5276> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5276>

Le Conseil d'État, colégislateur ? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi

Séverine LEROYER

Maître de conférences en droit public à l'Université de Paris XIII

I. L'impact de la mesure sur le Conseil d'État

- A. Sur le plan historique : davantage un aboutissement qu'une révolution
- B. Sur le plan juridique : le Conseil d'État reste le conseiller du seul Gouvernement

II. L'impact sur la revalorisation du Parlement dans la procédure législative

- A. Un petit pas vers l'égalité entre Gouvernement et Parlement dans l'initiative législative
- B. Une possible progression de l'initiative parlementaire

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ouvert les portes du Palais royal à la représentation nationale. L'article 39 de la Constitution, qui prévoit la consultation obligatoire du Conseil d'État sur les projets de loi du Gouvernement, s'étoffe d'un nouvel alinéa qui prévoit sa consultation possible sur les propositions de loi¹. Auditionné par le rapporteur du projet de loi constitutionnelle devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé évoque la mesure en ces termes :

[...] je suis conscient que ce simple alinéa qui est un élément d'un dispositif d'ensemble plus vaste et plus ambitieux, conduit à modifier le positionnement du Conseil d'État dans nos institutions².

L'innovation est située dans une double perspective : celle de la réforme constitutionnelle, globale, et celle du Conseil d'État.

Dans le cadre de la révision constitutionnelle de 2008, cette mesure se présente comme l'un des éléments du dispositif de revalorisation du Parlement. Ce dernier peut désormais bénéficier, tout comme le Gouvernement, de l'expertise, de l'analyse du Conseil d'État sur ses propositions, le Gouvernement perdant le privilège de l'exclusivité à cet égard. Il s'agit de tendre la main au Parlement, et de l'encourager au tout premier stade de la procédure législative, celle de l'initiative : une fonction qu'il exerce « concurremment avec le Premier ministre » selon les termes de l'article 39, mais dont on sait qu'elle n'aboutit, *de facto*, qu'à 10 % des lois promulguées sous la V^e République. En accordant au Parlement le même soutien qu'au Gouvernement, cette mesure vise *in fine* à promouvoir l'initiative parlementaire.

Pour le Conseil d'État, c'est une révolution, du moins en apparence. Héritier du Conseil du Roi, ressuscité de ses cendres monarchiques par Napoléon, il est

1. Pour les mesures d'application : loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative ; décret n° 2009-926 du 29 juillet 2009 relatif à l'examen par le Conseil d'État des propositions de loi.
2. J.-L. Warsmann, *Rapport n° 892 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2008, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/ro892.pdf>, p. 272.

traditionnellement rattaché au pouvoir exécutif, et cela est encore plus vrai pour sa fonction consultative. Cette dernière, hormis la courte expérience de la II^e République, n'a jamais été exercée au profit du pouvoir législatif ; les régimes parlementaires ne s'accommodant guère d'une assemblée qui pourrait concurrencer le Parlement. Tout au long de la III^e République, la fonction consultative est en sommeil, et si René Cassin parvient à la ressusciter à la Libération – après qu'elle ait été sollicitée par le régime de Vichy –, c'est encore au profit du seul pouvoir exécutif. Cette possibilité accordée au Conseil d'État d'offrir ses services à la représentation nationale est dès lors une belle occasion de se détacher de cette image de conseiller du seul Gouvernement.

La révision de 2008 ouvre donc une nouvelle ère tant pour l'institution que pour le régime parlementaire. Il est naturellement trop tôt pour déterminer l'impact réel de cette mesure : tout dépendra de la façon dont les parlementaires se l'approprient. Mais l'on peut néanmoins se livrer à une analyse, et se risquer à constater, au regard des trois saisines ayant déjà eu lieu depuis l'entrée en vigueur du dispositif – ce qui n'est pas négligeable en une seule session, et pour une mesure nouvelle³ –, que les parlementaires n'ont pas l'intention de laisser cet alinéa lettre morte. Nous étudierons l'impact de cette mesure sur le Conseil d'État (I) et sur la revalorisation du Parlement dans la procédure législative (II).

I. L'impact de la mesure sur le Conseil d'État

Du point de vue du Conseil d'État, la possibilité d'être saisi d'une proposition de loi s'apparente davantage à un aboutissement qu'à une révolution. C'est une révolution dans la mesure où l'institution est traditionnellement conseillère du seul pouvoir exécutif ; mais c'est aussi l'aboutissement d'une volonté sous-jacente et de longue date d'autonomisation vis-à-vis de ce même pouvoir (A). D'un point de vue strictement juridique, en revanche, la mesure n'a aucun impact : le Conseil d'État reste bel et bien, de par le traitement juridictionnel qui est fait de sa consultation sur les textes, le conseiller obligatoire du seul Gouvernement (B).

A. Sur le plan historique : davantage un aboutissement qu'une révolution

Historiquement, consubstantiellement, le Conseil d'État est rattaché au pouvoir exécutif, et ce, quelle que soit la fonction envisagée. L'idée selon laquelle le Prince doit demander conseil apparaît sous la féodalité, tout comme la reconnaissance d'un privilège de juridiction en sa faveur. Ces idées sont mises en œuvre et se développent tout au long de l'Ancien Régime, avec et en même temps que l'institutionnalisation du Conseil du Roi. C'est au sein de cette institution, proche de la personne royale, que se détachent peu à peu et au fil des siècles des organes exerçant les fonctions que le Conseil d'État exerce encore de nos jours, et qui sont ressuscitées par la Constitution de l'an VIII sous leur forme moderne et définitive : la fonction contentieuse, la fonction consultative et la fonction de pépinière privilégiée de hauts fonctionnaires⁴.

Par la suite, le Conseil d'État traverse les siècles et les régimes politiques sans jamais être supprimé, avec une particularité qui toutefois se dessine : tandis que la fonction contentieuse se développe de façon relativement continue, « comme si une main invisible semblait en diriger les pas »⁵, la fonction consultative subit quant à elle les chocs de l'histoire constitutionnelle, en n'étant pas sollicitée de la même façon selon les régimes, et, *in fine*, en étant davantage sollicitée par des pouvoirs exécutifs forts, pour ne pas dire autoritaires.

La première véritable expérience du Conseil d'État est en effet brillamment napoléonienne. Bien que de création formellement républicaine – consulaire –, il s'illustre surtout en tant qu'élément clef du régime impérial. Napoléon en fait l'antichambre de son pouvoir personnel, choisissant soigneusement ses membres, tous d'horizons différents mais particulièrement savants⁶, et liés à sa personne par une prestation de serment :

[...] cette longue table en fer à cheval du Conseil d'État, toute garnie d'hommes d'origine et d'opinion si différentes, dont pas un ne pouvait être cité comme un grand esprit [...] devenait sous sa main comme un clavier dont il tirait des sons et composait des accords, bien moins dus à l'instrument lui-même qu'à celui qui savait s'en servir⁷.

Tout esprit parlementaire est exclu, Cambacérès y veille avec attention :

3. Avis du 5 octobre 2009, sur la proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; avis du 28 janvier 2010 sur la proposition de loi n° 2055 visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation ; avis du 28 avril 2010 sur la proposition de loi n° 3232 visant à permettre aux services départementaux d'incendie et de secours d'obtenir le remboursement des frais d'opération de secours auprès de l'incendiaire.
4. Article 52 de la Constitution de l'an VIII. La Révolution – qui ne remet pas en cause le privilège de juridiction au profit de l'administration – supprime le Conseil du Roi, mais maintient le Conseil des Parties pour juger des affaires pendantes.
5. *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative*, B. Pacteau (dir.), Paris, PUF, 2003, p. 1.
6. Stendhal disait que « Napoléon avait réuni, dans son Conseil d'État, les cinquante Français les moins bêtes » (Stendhal, *Souvenirs d'égotisme*, H. Martineau (éd.), Paris, Le Divan, 1927, p. 42).
7. Marquis de Noailles, *Le comte Mole, 1781-1855. Sa vie, ses mémoires*, Paris, H. Champion, 1922, t. I, p. 74-75. Cette disposition n'est pas sans un certain génie tactique : « sa position dans le Conseil entre deux partis qui se haïssaient faisait ainsi pour lui de ce qui est une faute pour tout le monde une tactique et une habileté », *ibid.*, p. 80.

[...] les idées républicaines n'étant point encore affaiblies, il était à craindre que l'esprit d'assemblée ne l'emportât dans le Conseil sur l'esprit de Gouvernement. J'en fis l'observation à Bonaparte qui fut entièrement de mon avis. « Il convient, me dit-il, d'accoutumer le Conseil d'État à reconnaître que son existence et son lustre dépendent de la puissance du Gouvernement, dont il sera le principal agent. Je traiterai si bien ceux que je placerai dans le Conseil, qu'avant peu cette distinction deviendra l'objet de l'ambition de tous les hommes à talents qui souhaiteront y parvenir »⁸.

Naturellement, les monarchies restaurées n'appréciaient guère cette institution si marquée du sceau impérial : l'idée de le supprimer est même à l'ordre du jour. Sa fonction contentieuse est toutefois conservée par nécessité, pendant que la fonction consultative est laissée de côté⁹. Au contraire, la II^e République ne nourrit aucun préjugé défavorable envers l'institution ; elle offre même à la fonction consultative une renaissance totalement inédite et jamais réitérée. La Constitution de 1848 fait en effet du Conseil d'État une assemblée législative à part entière, partie intégrante du bicaméralisme : ses membres sont nommés par l'Assemblée nationale et participent à la confection des lois. Sa durée très courte nous autorise cependant à ne voir dans cette expérience qu'une exception qui confirme la règle. Dès son arrivée au pouvoir, Louis-Napoléon Bonaparte entend ressusciter le Conseil d'État de son grand-oncle, et le Conseil d'État redevient très vite, sous le Second Empire, le soutien d'un pouvoir personnel :

[...] plus un homme est haut placé, plus la confiance que le peuple a mise en lui est grande, plus il a besoin de conseils éclairés, consciencieux. De là la création d'un Conseil d'État, réunion d'hommes pratiques élaborant les projets de loi, les discutant à huis clos, et les présentant ensuite à l'acceptation du corps législatif¹⁰.

La III^e République administre ensuite à la fonction consultative du Conseil d'État une sanction cinglante et sans appel : dans un contexte idéologique porté vers l'exaltation du Parlement, il est inconcevable qu'une assemblée non élue exerce le pouvoir législatif de quelque façon que ce soit¹¹. Les sections administratives sont plongées dans un long et profond sommeil¹². Et c'est comme à la faveur de l'inactivité de sa fonction consultative que le Conseil d'État construit une autre branche de son héritage dans le cadre de sa fonction contentieuse : l'héritage républicain,

et parlementaire, qui se déploie durant ce que l'on a appelé l'âge d'or du contentieux. En assurant le respect du principe de légalité, en annulant les actes administratifs de l'exécutif au motif de leur non-conformité aux lois, le Conseil d'État s'érige en défenseur du Parlement et en complice du légicentrisme. Il ne revendique d'ailleurs aucune attribution consultative, aucun titre de participation à l'élaboration de la loi : au contraire, le vice-président Tessier déclarait en 1932 que la consultation du Conseil d'État ne saurait être tolérée « qu'occasionnellement et comme une sorte d'expert [...] car n'est-ce pas au Parlement seul qu'il appartient de faire la Loi ? »¹³.

C'est donc de façon bien malheureuse, qu'après soixante-dix ans d'éclipse, la fonction consultative renaît sous le régime de Vichy. Au départ méfiant vis-à-vis de l'institution, le maréchal Pétain décide de s'appuyer dessus, ressuscitant la prestation de serment à sa personne¹⁴ :

Le Conseil d'État tiendra une grande place dans le régime que je veux instituer : plus le chef, en effet, se sent seul à la tête de l'État, plus il éprouve le besoin de s'entourer de conseils¹⁵.

À la Libération, René Cassin nommé vice-président parvient à rétablir la fonction consultative au sein de la République, mais, là encore, au profit du seul Gouvernement : l'ordonnance du 21 juillet 1945, fondement de la consultation de l'institution tout au long de la IV^e République – la Constitution de 1946 n'en faisant pas état –, ne prévoit pas la saisine parlementaire. De même, si le même René Cassin parvient à hisser la fonction consultative au rang constitutionnel en 1958, c'est encore au bénéfice du seul pouvoir exécutif, à l'article 39 de la Constitution, dans le titre consacré au Gouvernement.

Voilà pourquoi, en 2008, l'ouverture de sa saisine aux parlementaires fait figure de révolution.

Cette conception d'une institution comme étroitement associée au Gouvernement perdure d'ailleurs jusque dans les travaux parlementaires, puisque le Sénat a rejeté la mesure en bloc en première lecture, craignant peut-être d'autant plus la concurrence d'une troisième assemblée qui joue sur le terrain de la sagesse et de la raison :

[...] le Conseil d'État, qui est d'abord le conseiller du Gouvernement, n'a pas vocation à devenir celui du Parlement [...] il risquerait de se transformer progressivement en une nouvelle chambre dont les avis deviendraient rapidement

8. Cambacérés, suppléant de Napoléon à la présidence du Conseil d'État, président de la Section de législation : J.-J.-R. de Cambacérés, *Mémoires inédites : éclaircissements publiés par Cambacérés sur les principaux événements de sa vie politique*, t. I, *La Révolution et le Consulat*, Paris, Perrin, 1999, p. 467.

9. Celle-ci faisant à cette occasion des progrès considérables.

10. V. Wright, « Le Conseil d'État et les changements de régime, le cas du Second Empire », *La revue administrative*, 2001, n° spécial, *Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État, 2^e journée, 14 novembre 1997, p. 85.

11. L'article 8 de la loi du 24 mai 1872 prévoit la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi seulement lorsqu'un décret spécial l'a ordonné, ce qui est un cas des plus rares.

12. Le Conseil d'État fait l'objet de l'épuration la plus radicale de toute son histoire. C'est d'ailleurs de cette époque que date le rituel de la question posée à tout nouvel arrivant : « êtes-vous républicain ? ».

13. Y. Gaudemet, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in Jean Foyer, *auteur et législateur : Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 63.

14. Michel Debré, Alexandre Parodi et de nombreux autres résistants ont prêté serment au maréchal Pétain.

15. *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, L. Fougère (dir.), Paris, CNRS, 1974, p. 805.

incontournables [...] le Parlement doit être laissé libre de choisir ses experts en fonction des différents textes qui lui sont soumis et aucun monopole, ni même aucune priorité, ne devrait être réservé au Conseil d'État¹⁶.

Du point de vue de l'institution cependant, et si l'on ose se risquer à lui conférer une volonté qui lui serait propre, cette nouvelle attribution n'a rien de révolutionnaire, et se présente plutôt comme un aboutissement historique logique, en conformité avec sa vocation théorique.

Le Conseil d'État n'a en effet jamais été mis en mesure de choisir lui-même ses attributions : il dépend, pour l'exercice de ses fonctions, du bon vouloir du pouvoir politique. Pourtant, d'un point de vue théorique et comme son nom l'indique, il a vocation à l'impartialité. Son histoire, qui suit celle de l'État, ne fait finalement que confirmer cette idée : car à force d'avoir été associé à tous les régimes, il finit par n'être associé à aucun – le poids de sa participation au régime napoléonien équivalant, si l'on peut se permettre une mise en balance, à celui de son œuvre en tant que défenseur du Parlement sous la III^e République. Il ressort donc, de cette survivance au fil des siècles et par-delà les régimes politiques, une certaine neutralité, et en tout cas aucune raison pour considérer qu'il ne peut exercer sa fonction consultative au bénéfice du Parlement. C'est bien l'idée qui guide René Cassin lorsqu'il revendique cette possibilité en 1947 :

[...] il n'est pas impossible de concevoir que, spontanément ou à la demande de l'Assemblée nationale elle-même, le Gouvernement de la République trouvera utile, en certaines occasions, de recourir au concours de notre corps, pour l'étude de propositions de loi d'origine parlementaire¹⁷.

Il prend certes soin de proposer un système qui laisse le Gouvernement maître de la saisine parlementaire, mais il n'y en a pas moins un premier pas hors de cette fusion multiséculaire avec le pouvoir exécutif, vers le Parlement.

B. Sur le plan juridique : le Conseil d'État reste le conseiller obligatoire du seul Gouvernement

D'un strict point de vue juridique, la révision constitutionnelle ne modifie en aucune façon le positionnement du Conseil d'État dans les institutions : celui-ci demeure le conseiller du seul Gouvernement, non du Parlement, et ce par les aspects contentieux de la question.

Il est certainement possible d'affirmer que le Conseil d'État est colégislateur au sens où la doctrine utilise parfois ce terme, généralement en parlant du Conseil constitutionnel : ce dernier, parce qu'il est saisi de façon quasi systématique des lois votées par le Parlement, parce qu'il en valide certaines sous réserve de sa propre interprétation, parce que, sous couvert d'interprétation, il lui arrive en réalité de créer de nouvelles normes, finit par tellement encadrer l'action du législateur qu'on peut le qualifier de colégislateur. Cette proposition peut être transposée au Conseil d'État.

On peut tout d'abord avancer le fait que les projets de loi, dont sont issues 90 % des lois votées, sont préparés par des membres du Conseil d'État détachés dans les cabinets ministériels :

On dit parfois qu'en France la loi est préparée par un maître des requêtes (détaché dans une administration centrale), corrigée par les conseillers d'État (siégeant dans des formations administratives du Conseil), puis définitivement rédigée par un Auditeur (en fonction au cabinet du Ministre)¹⁸.

On peut aussi souligner le fait que, si les avis du Conseil d'État sont en théorie purement consultatifs, ils sont dans les faits largement suivis, par le Gouvernement comme par le Conseil constitutionnel. Ils sont généralement suivis par le Gouvernement qui a tout intérêt à s'y conformer : en effet, le Conseil d'État n'opère pas seulement un contrôle formel, rédactionnel des textes qui lui sont présentés, mais vérifie également leur conformité au droit, ce qui recouvre tant leur constitutionnalité que leur conventionnalité, ainsi que leur conformité aux jurisprudences du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des Droits de l'homme. En ne s'y conformant pas, le Gouvernement court le risque de voir ses textes ultérieurement sanctionnés par ces différentes instances. Ajoutons que le Conseil d'État émet également un avis en opportunité, que l'on peut toutefois supposer d'un moindre poids face à un Gouvernement déterminé dans son action politique.

Les avis du Conseil d'État sont aussi majoritairement suivis par le Conseil constitutionnel, à qui ils sont transmis *de facto* lorsque la loi déferée à sa sanction est issue d'un projet de loi¹⁹ : c'est ainsi que les racines de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'indivisibilité du peuple français se trouvent dans l'avis rendu par le Conseil d'État

16. Suppression à l'initiative de Patrice Gélard. Intervention du sénateur UMP Jean-René Lecerf (Sénat, séance du 23 juin 2008, *JORF*, 24 juin 2008, p. 3236).

17. « La confiance des assemblées constituantes et de l'Assemblée nationale actuelle en l'impartialité et la sagesse du Conseil d'État, gardien des principes généraux du droit français, ne s'est-elle pas manifestée à plusieurs reprises au cours de l'année 1945 par des demandes d'avis adressées à notre corps, de concert avec le Gouvernement provisoire, au sujet de questions capitales [...] ? », assemblée générale du 8 janvier 1947, présidence de Paul Ramadier, garde des Sceaux, texte reproduit dans *Le Conseil d'État, son histoire...*, p. 851-852.

18. F. Luchaire, « Le Conseil d'État et la Constitution », *La revue administrative*, n° 187, 1979, p. 141.

19. « Les avis du Conseil d'État sont toujours communiqués au Conseil constitutionnel lorsqu'une loi lui est déferée. L'expérience prouve que ces avis sont très largement suivis » (M. Roux, « La fonction consultative du Conseil d'État », *La revue administrative*, 1999, n° spécial, *Les juridictions administratives dans le monde : France-Afrique*, p. 21).

sur le projet de loi constitutionnelle²⁰. De manière générale, le Conseil constitutionnel se réfère à l'avis du Conseil d'État pour un grand nombre de raisons qui tiennent essentiellement à l'antériorité du second par rapport au premier : seule juridiction de droit public pendant plus de deux cents ans, le Conseil d'État a forgé des méthodes et une œuvre jurisprudentielle que le Conseil constitutionnel n'avait aucune raison de renier. « Le Conseil constitutionnel, nouveau venu dans l'État républicain, ne se trouvait [...] pas devant une table rase »²¹, rappelle Georges Vedel, avant de constater que, « très visiblement, l'état d'esprit qui a prévalu est que le juge constitutionnel n'a pas [eu] pour mission d'inventer ou de réinventer le droit public français et il en résulte donc une présomption de légitimité constitutionnelle pour ses composantes, parmi lesquelles au premier rang la jurisprudence administrative »²². Là encore, cet argument lié à l'expérience, et à une ascendance sans doute indicible mais incontestable, peut mener à qualifier le Conseil d'État de colégislateur.

Le Conseil d'État est en outre doté d'une compétence qui est aussi peu mentionnée dans les manuels qu'elle est remarquée lorsqu'elle est exercée, et dont ne dispose pas le Conseil constitutionnel : il peut en effet être consulté spontanément par le Gouvernement sur une question précise. Il convient en effet de distinguer entre les avis qui sont rendus quotidiennement sur les projets de texte du Gouvernement, et ceux qui sont rendus de façon ponctuelle, en réponse à une question le plus souvent d'ordre constitutionnel, pointue voire polémique, et qui lui confèrent une influence déterminante du fait des suites qui sont données – ou non – à cet avis²³.

Enfin, on peut considérer que le Conseil d'État est un colégislateur parce qu'il dispose d'une autre compétence dont ne dispose pas le Conseil constitutionnel : un pouvoir d'initiative fondé sur l'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et selon lequel :

Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général²⁴.

À cet égard, le moins que l'on puisse dire est que cette disposition n'est pas restée lettre morte : la fonction d'initiative se développe dès 1947 – sous l'impulsion de René Cassin qui crée notamment la revue *Études et documents* – et se déploie de façon exponentielle sous la V^e République²⁵. Elle s'exerce dans le cadre de la section du rapport et des études, à travers le Rapport annuel d'activité, mais aussi *via* d'autres rapports ponctuels, élaborés de sa propre initiative sur des thèmes qui lui paraissent importants. En contact avec les acteurs de plusieurs environnements – administratif mais aussi scientifique, médical, universitaire... –, le Conseil d'État est en perpétuelle réflexion, et de nombreux textes adoptés ces dernières années s'inspirent directement de ses études et de ses recommandations²⁶.

Mais le Conseil d'État n'est pas seulement coauteur des textes de l'exécutif par l'effet d'une construction doctrinale, il l'est aussi et surtout d'un point de vue strictement juridique, par les aspects contentieux de la question. En effet, sa non-consultation sur un texte est sanctionnée au titre du vice d'incompétence, non de forme, ou de procédure. L'incompétence étant en outre un moyen d'ordre public, cela signifie qu'elle peut être soulevée d'office par le juge administratif, même si elle n'est pas invoquée par les requérants²⁷. Le vice-président Marceau Long peut alors affirmer que : « sur le plan juridique, le Gouvernement agissant seul et le Gouvernement se prononçant en Conseil d'État sont regardés comme des autorités différentes »²⁸. En outre, la fonction consultative du Conseil d'État fait l'objet d'une protection étroite au contentieux, tant par la jurisprudence administrative – pour les projets d'actes réglementaires –, que constitutionnelle – pour les projets de loi.

20. On sait par exemple que la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991, qui censure l'expression « peuple corse » comme étant inconstitutionnelle, ne fait que reprendre l'avis du Conseil d'État sur ce projet de loi, rendu le 25 octobre 1990. Voir CC, déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; avis du Conseil d'État du 25 octobre 1990, cité dans R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, t. 1, 2001, p. 328. On a également vu le Conseil constitutionnel suivre le Conseil d'État dans la reconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'extradition d'un étranger doit être refusée lorsqu'elle est demandée dans un but politique.

21. G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 650.

22. *Ibid.*, p. 652. Outre que le Conseil constitutionnel a transposé au contrôle de constitutionnalité des lois, le modèle conceptuel et les méthodes dégagées par le Conseil d'État pour le contrôle de légalité des actes administratifs, il a aussi largement repris à son compte, et spontanément, l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État dans son contenu même.

23. Ainsi, c'est en réponse à une question ponctuellement posée par le Gouvernement que le Conseil d'État a rendu l'avis du 9 novembre 1995, par lequel il dégage le principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'extradition ne peut être accordée lorsqu'elle est demandée dans un but politique : cet avis sera suivi un an plus tard par les formations contentieuses du Conseil d'État, puis par le Conseil constitutionnel. Voir CE, Ass., sect. intérieur, avis n° 357-344, 9 novembre 1995, *Études et documents du Conseil d'État*, 1995, p. 395 ; CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné, Rec.*, p. 255.

24. Codifié à l'art. L. 112-3 du Code de justice administrative.

25. Voir nos travaux : « Le Conseil d'État, un conseiller qui gouverne ? », in *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République. Essai sur une théorie de l'État*, Paris, Dalloz, 2011, p. 567-605, et particulièrement : « Naissance d'une fonction de proposition : la section du Rapport et des Études », p. 599-605.

26. Comme la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés ; la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs ; les lois sur les groupements d'intérêt public ; la loi du 10 juillet 1994 sur l'aide juridique ; et les lois des 1^{er} et 29 juillet 1994 sur la bioéthique.

27. Voir CE, sect. 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires, Rec.*, p. 390 ; CE, sect. 26 avril 1978, *Comité d'entreprise de la Société nationale de télévision en couleur Antenne 2, Rec.*, p. 186.

28. M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *Revue française de droit administratif*, vol. 8, n° 5, 1992, p. 787.

Avant d'étudier cette protection, il est nécessaire de rappeler l'étendue de la compétence consultative du Conseil d'État, qui recouvre quasiment l'ensemble du spectre normatif. Tout d'abord, s'agissant des projets de loi, il convient de souligner que l'article 39 de la Constitution de 1958 a toujours été interprété de façon extensive comme les englobant tous, quelle que soit leur nature ou leur objet : le Conseil d'État est ainsi consulté sur les projets de loi ordinaire, organique, constitutionnelle, parlementaire ou référendaire, de finances ou de financement de la Sécurité sociale... Il est également consulté sur tous les projets d'ordonnance, ici encore, quelle que soit leur nature : celles de l'article 38²⁹, celles de l'article 74-1³⁰, et celles de l'article 92 aujourd'hui abrogé. Sa consultation est également obligatoire sur les lois du pays de Nouvelle-Calédonie³¹. Ensuite, s'agissant des projets de texte réglementaire, l'ordonnance du 31 juillet 1945³² a elle aussi toujours été interprétée de façon extensive, comme recouvrant tous les règlements quelle que soit leur nature, leur objet, ou leur auteur : règlements autonomes ou d'application des lois, décrets présidentiels, pris en Conseil des ministres ou non, décrets du Premier ministre, arrêtés ministériels³³. Si l'on ajoute que le Conseil d'État est également consulté de façon obligatoire sur les propositions d'actes communautaires³⁴, on réalise que le nouvel article 39 de la Constitution vient finalement lui confier un droit de regard sur la dernière norme qui lui échappait.

Or, il se trouve que la consultation du Conseil d'État sur ces projets de texte fait l'objet d'une protection particulièrement méticuleuse.

S'agissant des projets de règlement, c'est le Conseil d'État lui-même qui, dans le cadre de ses sections conten-

tieuses, sanctionne la non-consultation de ses sections administratives. De façon naturelle, pourrait-on dire, sa jurisprudence est particulièrement protectrice. Ainsi la jurisprudence *Siestrunck*³⁵ en date du 9 novembre 1973 pose-t-elle le principe selon lequel un texte qui a été pris en Conseil d'État, alors même que cette consultation n'était pas obligatoire, devient un décret en Conseil d'État, susceptible, en tant que tel, de n'être modifié ou abrogé que par un autre décret en Conseil d'État³⁶. L'arrêt *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*³⁷ du 3 juillet 1998 étend cette solution y compris en cas d'erreur formelle dans les visas, c'est-à-dire lorsque le décret porte la mention « le Conseil d'État entendu », alors qu'en réalité il n'a pas été consulté. De même, la jurisprudence issue de l'arrêt *SCI du 61-67 boulevard Arago* du 9 juin 1978 précise que le Conseil d'État ne doit pas seulement avoir été saisi, mais que son avis doit avoir été reçu par le Gouvernement³⁸. Enfin, par une jurisprudence constante issue de l'arrêt du 12 novembre 1954 *Sieur Jammes*, le juge administratif annule toutes les dispositions qui ont été ajoutées par le Gouvernement après la consultation du Conseil d'État, dès lors qu'elles portent sur des questions nouvelles³⁹. La qualification de coauteur des textes réglementaires n'est donc pas usurpée.

S'agissant des projets de loi, c'est le Conseil constitutionnel qui est compétent pour sanctionner la consultation du Conseil d'État. Sa jurisprudence n'en est pas moins protectrice, puisqu'il reprend à son compte bon nombre des solutions développées par le juge administratif, en traquant notamment les dispositions qui sont passées à travers les mailles du filet de la consultation. Le Conseil constitutionnel sanctionne en effet, par la jurisprudence dite *Amendement Seguin* issue de sa

29. À l'égard desquelles il exerce un contrôle à effet tenaille, puisqu'il est consulté sur le projet de loi qui autorise le Gouvernement à prendre des ordonnances, sur le projet d'ordonnance lui-même et sur le projet de loi de ratification de l'ordonnance, sachant qu'il peut également contrôler, au contentieux, le respect, par l'ordonnance non encore ratifiée, des termes de la loi d'autorisation.

30. Lois par lesquelles le Gouvernement peut étendre les dispositions législatives en vigueur en métropole dans les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie.

31. Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 100 codifié à l'art. L. 112-6 du Code de justice administrative.

32. Codifié à l'art. L. 112-1 du Code de justice administrative.

33. Art. L. 112-1 du Code de justice administrative. Il peut être consulté sur certains projets de texte non réglementaire, sa consultation peut être prévue par une loi ou un règlement, sa consultation se matérialisera alors : « pris après avis du Conseil d'État » si ce n'était pas obligatoire ; « le Conseil d'État entendu » si c'était obligatoire.

34. Sur le fondement d'une simple circulaire : Circulaire du 21 avril 1993 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution : information du Parlement sur les propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative, modifiée par la circulaire du 31 juillet 2006.

35. CE, Ass., 9 novembre 1973, *Sieur Siestrunck*, *Rec.*, p. 625.

36. À moins de comporter une mention expresse prévoyant qu'il peut être modifié par décret simple (*ibid.*).

37. CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, *Rec.*, p. 272. Annulation d'un décret au motif qu'il n'a pas été pris en Conseil d'État alors qu'il modifiait des dispositions figurant dans un décret pris en Conseil d'État. À l'occasion de cette affaire, l'Assemblée du contentieux a donné pour la première fois une définition explicite du décret en Conseil d'État en jugeant que, « lorsqu'un décret comporte la mention "le Conseil d'État entendu", et ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple, il ne peut être modifié que par décret en Conseil d'État ». Voir CE, avis AG du 30 janvier 1997, *Études et documents du Conseil d'État*, 1998, p. 185.

38. CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du 61-67 boulevard Arago*, *Rec.*, p. 237.

39. CE, 12 novembre 1954, *Sieur Jammes*, *Rec.*, p. 585 ; CE, Ass., 2 mai 1958, *Syndicat autonome des greffiers de l'État et secrétaires de parquet*, *Rec.*, p. 252 ; CE, 16 octobre 1974, *Syndicat national de l'éducation physique de l'enseignement public*, *Rec.*, p. 487 ; CE, 11 octobre 1985, *Syndicat de la recherche agronomique CFDT et autres*, *Rec.*, p. 278 ; CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT et autres*, *Rec.*, p. 426. « Considérant que l'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'une décision doit être mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées par cette décision ; que, par suite, dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité compétente pour prendre ladite décision envisage d'apporter à son projet des modifications qui posent des questions nouvelles, elle doit le consulter à nouveau » (CE, Ass., 23 octobre 1998, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilées*, *Rec.*, p. 360). Voir, dans le même sens : CE, 15 mai 2000, *Territoire de Nouvelle-Calédonie c. M^{me} Colombani*, *Rec.*, p. 170.

décision du 23 janvier 1987⁴⁰, un Gouvernement qui a soumis un projet de loi au Conseil d'État, mais qui l'a ensuite défiguré en déposant des amendements au Parlement avant l'ouverture du débat. De même, si le Conseil constitutionnel admet le principe des lettres rectificatives dans une décision du 28 décembre 1990⁴¹ – lettre que le Gouvernement dépose sur le bureau des assemblées pour corriger un projet de loi –, c'est en précisant que ces dernières doivent être examinées par le Conseil d'État sous peine d'inconstitutionnalité. Enfin, dans sa décision du 3 avril 2003⁴², le Conseil constitutionnel censure une loi dont le projet a fait l'objet de modifications trop importantes dans l'intervalle de temps se situant après la consultation du Conseil d'État, et avant l'adoption du texte en Conseil des ministres. Là encore, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel fait bien du Conseil d'État un véritable colégislateur, même si ce terme doit s'entendre comme recouvrant uniquement les lois d'initiative gouvernementale.

Et c'est une autre raison pour laquelle la révision constitutionnelle de 2008 peut être vue comme un aboutissement logique, en ce qu'elle offre aux parlementaires la possibilité d'obtenir l'avis de l'institution qui est par ailleurs consultée sur tous les autres textes de l'ordonnement juridique : nonobstant le jugement que l'on peut porter sur cette emprise tentaculaire, cela donne peut-être plus de chance au Parlement de voir ses initiatives aboutir, et le pousse vers l'égalité avec le Gouvernement en terme d'initiative législative.

II. L'impact sur la revalorisation du Parlement dans la procédure législative

L'objectif proclamé du comité Balladur était de rétablir un certain équilibre institutionnel en revalorisant un Parlement fortement éprouvé par la rationalisation. Offrir aux parlementaires la possibilité de saisir le Conseil d'État, c'est leur offrir la même expertise que celle dont le Gouvernement bénéficie au quotidien, et donc peut être de plus grandes chances de voir leurs propositions aboutir. On peut estimer que le pas ainsi franchi vers l'égalité entre Gouvernement et Parlement dans l'initiative législative est petit, voire trop petit (A). On peut aussi considérer son potentiel, et y voir une possible progression de l'initiative parlementaire si députés et sénateurs décident de s'en emparer (B).

A. Un petit pas vers l'égalité entre Gouvernement et Parlement dans l'initiative législative

Le premier élément qui empêche de considérer que l'ouverture de la saisine du Conseil d'État au Parlement fait progresser l'égalité entre initiative gouvernementale et initiative parlementaire est naturellement son caractère facultatif : tandis que le Gouvernement continue à bénéficier de l'expertise quotidienne et systématique du Conseil d'État sur l'intégralité de ses projets, le Parlement n'a que la faculté de le consulter sur ses propositions. Il n'y a certes pas lieu de regretter cette liberté, dont le Gouvernement souhaiterait sans nul doute bénéficier parfois.

Une modification a d'ailleurs été apportée au texte initial de l'article 39, qui en dit long sur la conception des parlementaires eux-mêmes. En effet, le texte initial disposait que la proposition de loi pouvait être soumise au Conseil d'État « en vue de » son examen en commission, et non, comme l'indique le texte actuel, « avant » son examen en commission. À l'évidence, il y a eu ici une volonté de recadrage : remplacer « en vue de » par « avant », c'est revenir à des considérations purement chronologiques, et lever toute ambiguïté qui pourrait mener à penser que la consultation du Conseil d'État est une sorte de laissez-passer, qui commande l'examen en commission. Le Conseil d'État est une aide, un soutien possible, avec l'accord des parlementaires ; il n'est pas un censeur, ni même un filtre ou une étape obligatoire avant la commission.

En revanche, un deuxième élément d'inégalité entre Gouvernement et Parlement intervient de façon peut-être plus regrettable. Telle que décrite par l'article 39 de la Constitution, la procédure de saisine du Conseil d'État par le Parlement est la suivante :

[...] le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, 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.

Chacun notera d'emblée que le sujet de la phrase n'est pas le parlementaire, mais le président de l'assemblée : l'initiative de la saisine du Conseil d'État n'appartient donc pas à l'auteur de la proposition. Il serait même abusif, dans ces conditions, de considérer que le président a un rôle de filtre, puisque le parlementaire n'a pas l'initiative au départ. Le président se décidera donc sur la base de critères qu'il lui appartiendra seul de définir. À cet égard, on peut

40. CC, déc. n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, dite « Amendement Seguin », *Rec.*, p. 13, cons. 8.

41. CC, déc. n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991, *Rec.*, p. 95, cons. 5 et 6 : « considérant que le dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 4 octobre 1990, d'une lettre rectificative au projet de loi de finances pour 1991 [...] a été précédé de la consultation du Conseil d'État et de la délibération du Conseil des ministres ; qu'il a été ainsi satisfait aux exigences posées par le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution », réitéré par CC, déc. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Rec.*, p. 121, cons. 2 à 4.

42. CC, déc. n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, p. 325 ; loi n° 2003-327 du 11 avril 2003, *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 18, 2003, p. 948. L'arrêt du 23 octobre 1998 précité du Conseil d'État est joint au dossier documentaire qui accompagne cette décision sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

supposer que son choix se portera sur les propositions les plus sérieuses – avec toute la subjectivité que l'expression implique –, ou sur celles qui posent des problèmes d'ordre technique... Mais on peut aussi imaginer qu'il n'aura pas d'autre logique que celle qui guide sa personnalité, ses conceptions, et, pourquoi pas, ses rapports avec l'auteur ou les auteurs de la proposition, le rapport de force dans l'assemblée, ou bien encore ses rapports avec le Conseil d'État et/ou sa perception de l'institution. Bien sûr, il aurait été difficile de concevoir un système dans lequel chaque parlementaire aurait pu directement saisir le Conseil d'État de toute proposition de loi. Il n'en demeure pas moins que, remettre cette décision entre les mains du président, c'est lui accorder un pouvoir qui n'est pas négligeable : par définition issu de la majorité, il peut ainsi s'opposer à l'accès de l'opposition au Conseil d'État, et quand bien même il ne serait pas animé d'intentions subjectives, ses décisions pourraient être suspectes ou suspectées, l'opposition pouvant estimer qu'il ne l'entend pas, la majorité pouvant estimer qu'il entend trop l'opposition...

C'est la raison pour laquelle les parlementaires ont fait ajouter le dernier membre de phrase à l'article 39, qui confère un droit de veto à l'auteur de la proposition : « le président d'une assemblée peut soumettre [...] au Conseil d'État, [...] une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». Issu d'un sous-amendement adopté en seconde lecture, ce droit de veto a pour effet d'atténuer le pouvoir de décision du président :

Si les parlementaires n'ont pas ce pouvoir de s'opposer à la saisine du Conseil d'État, ils risqueraient de considérer que leur proposition n'est soumise au Conseil d'État que parce que le président n'en veut pas⁴³.

Notons toutefois que les trois premières saisines du Conseil d'État n'ont donné lieu à aucune polémique, et se sont apparemment déroulées dans une ambiance des plus cordiales. Ainsi peut-on lire, dans le dossier législatif relatif à la proposition de loi sur la simplification du droit, que la saisine a été suggérée par l'auteur de la proposition, et acceptée par le président :

Par lettre du 28 août 2009, le président Accoyer a saisi le Conseil d'État de la présente proposition de loi. L'auteur de la proposition de loi ne s'y est pas opposé, d'autant

qu'il avait lui-même suggéré au président de l'Assemblée nationale de saisir le Conseil d'État⁴⁴.

Cela ne signifie pas qu'aucune saisine – ou non-saisine – ne pourra jamais être problématique.

Surtout, dans la perspective de l'égalité entre Gouvernement et Parlement, il reste que les parlementaires disposent non pas du droit de saisir le Conseil d'État, mais du droit à ce qu'il ne soit pas saisi.

Une troisième différence existe entre consultation du Conseil d'État par le Gouvernement et par le Parlement, qui constitue un troisième obstacle vers l'égalité entre initiative gouvernementale et parlementaire : c'est le moment de la consultation. En tant que conseiller du Gouvernement, le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi avant leur passage en Conseil des ministres. En tant que conseiller du Parlement, il est consulté sur les propositions de loi avant leur examen en commission. Cela signifie que, tandis que le Conseil d'État fait corps avec le Gouvernement et ses services, en donnant son avis sur ses projets dans le secret – il est en réalité consulté sur les avant-projets de loi –, il est consulté sur des propositions parlementaires qui ont déjà été rendues publiques, qui ont été déposées, enregistrées, imprimées et portées à la connaissance des membres de l'assemblée concernée. Dès lors, tandis qu'il peut être vu comme le partenaire, le complice secret du Gouvernement, il se présente au contraire comme une sorte de correcteur public du Parlement.

Cela mène à une dernière différence, qui tient au caractère secret des avis du Conseil d'État sur les projets de loi, public sur les propositions. Certes, la teneur des avis rendus sur les projets du Gouvernement est de plus en plus publiée dans le cadre du rapport annuel d'activité⁴⁵, mais pas en intégralité, et de façon différée, avec l'autorisation du Premier ministre. Il est d'ailleurs frappant de constater que les débats parlementaires ont davantage porté sur ce thème récurrent de la publicité des avis du Conseil d'État sur les projets de loi : de nombreux amendements ont été déposés en ce sens, beaucoup de temps de parole a été consacré à ce sujet⁴⁶.

Pour les avis rendus sur les propositions de loi, la question ne s'est pas posée dans les mêmes termes. En effet, l'article 39 de la Constitution ne donne aucune indication quant à la publicité, et l'article 4 bis de la loi portant règlement des assemblées ne prend pas vraiment parti non plus,

43. Sous amendement n° 300 à l'amendement n° 14 de la commission des lois, 7 juillet 2008, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/0993/099300300.asp>. L'article 4 bis du règlement des assemblées précise qu'il dispose d'un délai de cinq jours francs pour s'y opposer : « L'auteur de la proposition de loi, informé par le président de l'assemblée concernée de son intention de soumettre pour avis au Conseil d'État cette proposition, dispose d'un délai de cinq jours francs pour s'y opposer ».

44. É. Blanc, *Rapport n° 2095 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann (n° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, t. I, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 novembre 2009, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2095-tI.asp>, p. 19. Les sites de l'Assemblée nationale et du Sénat n'ont toutefois pas intégré cette nouvelle procédure.

45. Voir nos travaux : « Le Conseil d'État, un conseiller qui gouverne ? ».

46. Nicole Borvo Cohen-Seat, PC, 1^{re} lecture au Sénat : « puisque c'est le Parlement qui vote la loi, qu'il soit informé des avis du Conseil d'État sur un projet du Gouvernement me paraîtrait tout à fait logique ! il n'y a pas d'un côté le Gouvernement qui préparerait des lois en suivant sa propre voie et de l'autre le Parlement qui en élaborerait d'autres. Non, c'est le Parlement qui vote la loi, que le texte soit d'origine gouvernementale ou parlementaire. Il est donc tout à fait normal que le Parlement, avant de voter, sache quel est l'avis du Conseil d'État sur un projet du Gouvernement [...] », ce à quoi le rapporteur Jean-Jacques Hyest répond : « parfois, il vaut mieux ne pas le savoir ! ».

en disposant que : « L'avis du Conseil d'État est adressé au président de l'assemblée qui l'a saisi, qui le communique à l'auteur de la proposition ». Dans ces conditions, il s'avère difficile de garder le secret : on imagine mal l'auteur de la proposition conserver l'avis du Conseil d'État par-devers lui, n'en rien dire en commission, proposer des modifications à sa proposition initiale sans préciser qu'elles sont inspirées par cet avis, etc. Dans les faits, l'avis est exposé, quand il n'est pas joint purement et simplement au dossier législatif, en annexe du premier rapport élaboré par la commission chargée d'examiner la proposition.

Là encore, cette différence accentue le caractère complice, partenaire du Gouvernement – c'est un privilège de pouvoir bénéficier de l'avis de l'institution sans que personne ne le sache – et censeur, correcteur en plein jour du Parlement. Dans ce dernier cas l'institution apparaît davantage comme une autorité que comme un complice.

Les choses doivent cependant être nuancées, tant il est vrai que le caractère public ou secret de l'avis commande le ton et même le contenu de l'avis du Conseil d'État. En effet, en tant que conseiller secret du Gouvernement, le Conseil d'État réécrit une version complète du texte, une version alternative. En outre, et sans doute à la faveur du secret, il se permet d'émettre un avis en opportunité : « il aide, corrige, parfois morigène » comme le dit Yves Jégouzo⁴⁷.

Au contraire, en tant que conseiller « public » du Parlement, son ton est beaucoup plus mesuré. Il ne réécrit pas le texte, il formule des suggestions de rédaction et des observations, sur certains articles seulement. Son avis prend la forme d'une note relevant les difficultés juridiques que pourrait soulever la rédaction retenue par l'auteur de la proposition, et, le cas échéant, les motifs de son assentiment ou les voies permettant de surmonter ces difficultés.

Auteur de la toute première proposition de loi soumise au Conseil d'État, le député Jean-Luc Warsmann explique la méthode qu'il a employée lorsqu'il a reçu son avis :

Afin de respecter le parallélisme des formes, l'auteur d'une proposition de loi peut renoncer à maintenir certaines dispositions au vu de l'avis du Conseil d'État en déposant des amendements de suppression, auquel cas l'avis n'a pas à être rendu public, les dispositions n'allant pas être examinées. En revanche, pour toute disposition venant en discussion, l'avis du Conseil d'État doit être et sera public. La méthode retenue vise aussi à ce que tout auteur d'une proposition de loi n'hésite pas à soumettre au Conseil d'État toutes les dispositions de son texte susceptibles de faire difficulté, quitte à les retirer ensuite plutôt que d'être tenté de les introduire ultérieurement par voie d'amendement⁴⁸.

Ce qui ressort de ces lignes et de la pratique des premiers instants, c'est que, d'une part, l'avis demeure bien

en principe la propriété de l'auteur de la proposition : c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de tirer les conséquences de l'avis du Conseil d'État, et ce, comme il l'entend – l'avis n'étant aucunement obligatoire et conforme. Il procède ainsi tout comme le Gouvernement procède à l'examen du rapport du Conseil d'État le vendredi après-midi, avant que le texte ne passe en Conseil des ministres le mercredi.

D'autre part, et par conséquent, le parlementaire n'est pas obligé de publier l'avis du Conseil d'État. Le député Warsmann explique que, face à la longueur de l'avis rendu sur sa proposition elle-même très longue, il a décidé de distinguer entre trois cas de figure. En effet, sur certains articles le Conseil d'État a rendu un avis favorable, sans aucune observation. Le député n'a alors pas manqué de se prévaloir publiquement de cette approbation sans réserve, et l'on voit alors le revers positif de la publicité, un avis favorable apportant, quoi qu'on en dise, un poids supplémentaire, non négligeable à la proposition : une sorte de caution, proportionnelle à l'autorité morale qui est reconnue, peu ou prou, au Conseil d'État. Sur d'autres articles, le Conseil d'État n'a au contraire pas émis d'avis particulier, mais formulé des observations. Le député a pu alors choisir librement de suivre ou non ces observations, de les intégrer ou non à sa proposition, selon les arguments avancés par le Conseil d'État, reproduisant à sa guise ceux qu'il souhaitait reprendre à son compte. L'avis du Conseil d'État intervient alors réellement comme un soutien, comme un apport à l'initiative parlementaire : en l'enrichissant, en la précisant peut-être, en apportant une expertise dont il est seul doté. Sur d'autres articles enfin, le Conseil d'État a émis un avis défavorable, soit qu'il avait déjà été saisi d'un autre projet sur le même sujet, soit qu'il ait contesté la méthode employée. Le député a pu alors décider soit de passer outre, soit de se ranger à cet avis, en supprimant la disposition en cause sans qu'il soit besoin de reproduire les observations désagréables.

On voit alors les effets bénéfiques de la saisine parlementaire du Conseil d'État, et le caractère finalement appréciable d'un régime juridique peu protecteur du secret. Et si le député Warsmann ne doit certes pas être érigé en représentant du Parlement en son entier, il a au moins le mérite de démontrer qu'il est possible de s'emparer de cette nouvelle possibilité et d'en tirer avantage.

B. Une possible progression de l'initiative parlementaire

Il ne faut naturellement pas exagérer la portée de ce nouvel alinéa, qui ne rétablit certainement pas à lui seul l'équilibre déchu des pouvoirs sous la V^e République. D'ailleurs, selon la stricte orthodoxie de Montesquieu, la mesure n'aurait pas dû figurer au sein de l'article 39 de la Constitution, dans

47. Y. Jégouzo, « À propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 506.

48. *Rapport n° 2095*, t. I, p. 61.

le Titre II consacré au Gouvernement, mais au sein du titre consacré au Parlement ! Cela témoigne d'un étouffement quasi inconscient de l'institution parlementaire, le Gouvernement ne devant, dans le cadre d'une collaboration souple des pouvoirs, que collaborer à la fonction législative, et non l'accaparer.

Lors de son audition par le comité Balladur, le vice-président Jean-Marc Sauvé a rattaché la mesure au nouvel article 48 de la Constitution relatif aux modalités de fixation de l'ordre du jour des assemblées. Il est vrai qu'un progrès notable a été accompli en la matière. L'ancien article 48 de la Constitution ne laissait en effet guère de place et de temps au Parlement, en disposant que :

[...] l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par lui et des propositions de loi acceptées par lui [...]. Une séance par mois est réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée.

Le Parlement n'était donc pas maître de son ordre du jour, excepté lors d'une séance par mois. Cela réduisait les possibilités de voir ses propositions aboutir, sachant qu'elles devaient aussi être acceptées de façon préalable par le Gouvernement.

Le nouvel article 48 modifie ces modalités : en proclamant d'une part que « l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée », en précisant d'autre part que « deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour », ce qui signifie, *a contrario*, que les autres semaines sont réservées à l'étude des propositions de loi. Ici encore, la méthode employée, qui consiste à faire de la compétence du Parlement le principe dans la première phrase, avant d'en faire l'exception dans la deuxième, est représentative d'un esprit toujours empreint de rationalisation quasi inconsciente, comme si les préceptes de Montesquieu avaient été renversés en 1958.

Il faut cependant bien reconnaître que ce nouvel article provoque une ouverture non négligeable, en offrant aux parlementaires un temps que l'on ne retrouve pas dans d'autres régimes parlementaires européens. C'est plus qu'une faille dans laquelle les parlementaires peuvent s'engouffrer, et c'est à ce moment que la possibilité de saisir

le Conseil d'État peut constituer une aide précieuse, pour solidifier les propositions.

Car il faut bien reconnaître également que le Conseil d'État a jusqu'à présent pris son nouveau rôle de conseiller du Parlement très à cœur, et que son aide apportée n'est pas que de façade. Selon le député Jean-Luc Warsmann,

[...] le Conseil d'État a certainement passé bien plus de temps sur l'examen de cette proposition de loi que sur le projet du Grand Paris ! Appréciant d'être désormais à la disposition non seulement du Gouvernement, mais aussi du Parlement, il a tenu à être irréfutable⁴⁹.

Les détails de la procédure d'examen montrent d'ailleurs bien l'attention toute particulière apportée par le Conseil d'État aux propositions de loi. En effet, dès l'instant où le président de l'assemblée a donné son feu vert pour la saisine du Conseil d'État, le parlementaire auteur de la proposition voit les portes du Palais royal s'ouvrir en grand devant lui, et c'est un accueil des plus courtois qui l'attend à l'intérieur. Tout d'abord, il peut produire toutes observations devant le Conseil d'État, et il peut être entendu, s'il en fait la demande, par le rapporteur. Ensuite, il peut participer aux séances au cours desquelles l'avis est délibéré, avec voix consultative⁵⁰. L'hospitalité du Conseil d'État est en outre extensible, puisque le parlementaire peut convoquer toutes personnes de son choix, pour participer avec voix délibérative également : aux termes de l'article R. 123-24-1 du Code de justice administrative, « peuvent participer avec voix consultative aux séances au cours desquelles une proposition de loi est examinée, outre l'auteur de la proposition, les personnes que ce dernier désigne pour l'assister ».

Enfin, dernière marque d'attention particulière envers les parlementaires, les propositions de loi sont examinées par l'assemblée générale du Conseil d'État⁵¹, sauf dans quelques cas limitativement énumérés⁵², et sauf en cas d'urgence dûment constaté dans la lettre de saisine par le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat⁵³.

Les propositions des parlementaires ne sont pas dévalorisées, le Conseil d'État les prend au sérieux tout autant que les projets de loi, et si son association avec le Gouvernement demeure intime, il ouvre volontiers sa porte aux parlementaires initiateurs. Cette attention portée à la représentation nationale a d'ailleurs provoqué

49. J.-L. Warsmann, *Rapport n° 2095*, t. I, p. 62.

50. Art. L. 123-2 du Code de justice administrative.

51. Art. R. 123-20 du Code de justice administrative : les propositions de loi sont portées « [...] à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire du Conseil d'État ou, sur décision du vice-président, après avis du président de la section ou de la commission compétente, à l'ordre du jour de l'assemblée générale plénière du Conseil d'État ».

52. Art. R. 123-20 du Code de justice administrative : « Toutefois, le vice-président du Conseil d'État peut, sur proposition du président de la section ou de la commission compétente, décider de ne pas porter à l'ordre du jour de l'assemblée générale certains projets relevant des catégories ci-après : [...] d) Projets ou propositions de loi ou projets d'ordonnance portant extension et, le cas échéant, adaptation de dispositions législatives à une ou plusieurs collectivités d'outre-mer ou à la Nouvelle-Calédonie ; e) Projets ou propositions de loi ou projets d'ordonnance ayant pour objet principal la transposition en droit interne d'une directive communautaire ; f) Projets ou propositions de loi ou projets d'ordonnance procédant à la codification de la législation ; g) Projets ou propositions de loi ou projets d'ordonnance ne soulevant pas de difficulté ».

53. La proposition est alors soumise à l'examen de la commission permanente, sur décision du vice-président du Conseil d'État. Art. R. 123-21 du Code de justice administrative : « Quand la lettre par laquelle le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat saisit le Conseil d'État d'une demande d'avis sur une proposition de loi constate l'urgence, la proposition peut être soumise à l'examen de la commission permanente sur décision du vice-président du Conseil d'État ».

ce qu'il convient d'appeler la jalousie du Gouvernement, le secrétaire général du Gouvernement regrettant de ne pas pouvoir participer, de droit, aux travaux du Conseil d'État sur les propositions de loi⁵⁴. La révision constitutionnelle de 2008 marque ainsi la fin d'une relation

exclusive avec le Gouvernement, avec lequel le Conseil d'État reste fusionnel, tout en débutant une nouvelle aventure avec le Parlement.

Caen, novembre 2010

54. *Lettre d'actualité juridique des ministères financiers*, n° 69, 21 janvier 2010.