

AVIS SUR UN PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE

pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace

NOR : PRMX1809671LVerte3

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 6 avril 2018 d'un projet de loi constitutionnelle « pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », présenté par le Premier ministre au nom du Président de la République.

Ce projet s'inscrit dans le cadre d'une réforme des institutions plus vaste qui comporte également un projet de loi organique et un projet de loi ordinaire. Le Conseil d'Etat regrette de ne pas avoir été saisi en même temps des trois projets qui traitent de sujets parfois communs, une disposition du projet de loi constitutionnelle étant même, ainsi qu'il sera vu plus loin, la conséquence d'une mesure qui figure dans le projet de loi organique.

Présentation générale du projet de loi

2. Le projet de loi constitutionnelle comprend dix-huit articles qui portent sur les sujets suivants.

Sept articles réforment la procédure d'adoption des lois par le Parlement.

Trois articles sont relatifs aux collectivités territoriales, deux modifiant les articles 72 et 73, le troisième introduisant une disposition particulière à la Corse.

Deux articles s'appliquent aux membres du Gouvernement, l'un créant des incompatibilités entre leurs fonctions et l'exercice de certaines responsabilités locales, l'autre modifiant leur régime de responsabilité pénale en prévoyant notamment la suppression de la Cour de justice de la République.

Deux articles concernent le Conseil constitutionnel, avec la suppression de ses membres de droit et la réduction de 60 à 40 du nombre de parlementaires nécessaire pour le saisir. Une réduction identique s'applique à la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne.

Enfin, les autres dispositions du projet portent sur l'inscription à l'article 34 de la lutte contre les changements climatiques, la réforme du Conseil supérieur de la magistrature à propos des magistrats du parquet et la transformation du Conseil économique, social et environnemental en une « Chambre de la participation citoyenne » dotée de compétences plus vastes.

L'office du Conseil d'Etat lors de l'examen d'un projet de loi constitutionnelle

3. Le Conseil d'Etat examine le texte qui lui est soumis selon les critères suivants, applicables à un projet de loi constitutionnelle.

Le pouvoir constituant est souverain. Il s'ensuit que la vérification de la conformité à la norme supérieure, qui constitue une part essentielle de l'examen d'un texte par le Conseil d'Etat d'un projet de loi ou de décret, n'a pas lieu d'être en l'espèce puisque la Constitution est, dans l'ordre interne, la norme suprême.

4. Toutefois, il est nécessaire que le Conseil d'Etat s'assure que le projet qui lui est soumis ne place pas la France en contradiction avec ses engagements internationaux, afin d'attirer, le cas échéant, l'attention du Gouvernement sur les difficultés que cela pourrait entraîner.

De même, s'il n'existe pas de hiérarchie au sein de la Constitution, il revient au Conseil d'Etat de relever, le cas échéant, qu'une disposition ne s'inscrit pas dans les grands principes qui fondent notre République, énoncés particulièrement au Préambule, lequel renvoie notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et aux trois premiers articles de la Constitution. Il lui appartient aussi de signaler qu'une disposition contreviendrait à l'esprit des institutions, porterait atteinte à leur équilibre ou méconnaîtrait une tradition républicaine constante.

5. Si aucune norme ne s'impose à la Constitution, le Conseil d'Etat ne procède pas moins à un examen particulièrement attentif des dispositions qui lui sont soumises. L'importance de cet examen est accrue par le rôle que la Constitution lui confère : aucune autre consultation que celle du Conseil d'Etat n'est requise sur un projet de révision constitutionnelle avant que le Parlement et, le cas échéant, le peuple n'en décident. En outre, le Conseil constitutionnel a exclu d'exercer son contrôle en la matière.

6. Le Conseil d'Etat vérifie aussi que les mesures envisagées sont de niveau constitutionnel. La dignité de la norme suprême exige en effet qu'elle ne soit pas surchargée de dispositions de rang inférieur.

7. La Constitution a vocation à s'inscrire dans la longue durée. Il convient par conséquent de s'assurer que les modifications qui lui sont apportées ne sont pas liées à des circonstances particulières ou à des considérations contingentes qui l'exposeraient au risque d'être rapidement remises en cause.

8. Le Conseil d'Etat examine également, comme il le fait à l'égard des autres textes, si les mesures envisagées sont à même d'atteindre l'objectif poursuivi par le Gouvernement, si d'autres mesures n'y parviendraient pas mieux ou si les dispositions existantes ne le permettent pas déjà. De même, il vérifie la cohérence interne des mesures envisagées, ainsi que leur articulation avec les dispositions existantes et leurs incidences sur le fonctionnement des institutions et des services publics.

9. Enfin, s'agissant de la Constitution plus encore que des autres textes, il convient d'accorder la plus grande importance à la rédaction du projet. La plume du constituant, outre qu'elle se doit d'être la plus élégante possible, doit être limpide, concise et précise. Il est essentiel que la Constitution ne soit pas source de difficultés d'interprétation, qui pourraient notamment donner lieu à des contentieux dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.

10. Les critères qui viennent d'être présentés conduisent le Conseil d'Etat à apporter des modifications au texte qui lui est soumis.

L'incompatibilité entre les fonctions de membre du Gouvernement et l'exercice de certaines responsabilités locales

11. Le projet prévoit que les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice d'une fonction exécutive ou de présidence d'assemblée délibérante au sein d'une collectivité territoriale, d'un de ses groupements ou des personnes morales qui en dépendent. La loi organique dressera la liste des personnes morales concernées et déterminera les conditions d'entrée en vigueur de ces dispositions.

Le Conseil d'Etat estime que cette mesure est de nature à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts tout en permettant aux membres du Gouvernement de se consacrer entièrement à leur tâche. Dans un souci de cohérence et de simplicité, il suggère que le régime des incompatibilités des membres du Gouvernement qui sera défini par la loi organique soit, dans toute la mesure du possible, identique à celui des parlementaires.

L'inscription à l'article 34 de la lutte contre les changements climatiques

12. Le projet complète l'article 34 de la Constitution en inscrivant « la lutte contre les changements climatiques » au nombre des matières dont la loi détermine les principes fondamentaux.

Le Conseil d'Etat observe que cette disposition aura sans doute peu d'incidence sur les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire, qui sont l'objet de l'article 34 de la Constitution. Il la retient cependant, eu égard au caractère primordial de l'action contre les changements climatiques et à l'intérêt qui s'attache à ce que ses principes fondamentaux soient décidés par la représentation nationale, le Conseil d'Etat. Il propose cependant d'en modifier la rédaction et de mentionner à l'article 34 de la Constitution « l'action contre les changements climatiques ».

La recevabilité des amendements

13. L'article 44 de la Constitution garantit le droit d'amendement aux membres du Parlement et au Gouvernement. La recevabilité des amendements est principalement régie par les articles 41 et 45, auxquels s'ajoute l'article 40 concernant les amendements ayant des incidences financières.

L'article 41 donne au Gouvernement et au président de l'assemblée concernée la faculté d'opposer l'irrecevabilité à une proposition ou à un amendement qui n'est pas du domaine de la loi ou qui est contraire à une habilitation accordée en vertu de l'article 38. Quant à l'article 45, il

dispose que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ».

14. Le projet ne modifie pas les dispositions concernant l'irrecevabilité en cas de contrariété à une habilitation de l'article 38. En revanche, il rend plus contraignantes les dispositions relatives aux deux autres hypothèses mentionnées à l'alinéa précédent, puisque seraient désormais systématiquement irrecevables les propositions de loi ou les amendements qui ne sont pas du domaine de la loi ou qui sont « sans lien direct » avec le texte déposé ou transmis en première lecture. Enfin, le projet crée un nouveau cas d'irrecevabilité systématique concernant les propositions ou amendements dépourvus de portée normative.

15. Le Conseil d'Etat constate que les irrecevabilités sont définies dans des termes suffisamment précis, d'ailleurs éclairés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et également, s'agissant du domaine de la loi, par celle du Conseil d'Etat. Ces dispositions lui paraissent justifiées par l'augmentation régulière et importante du nombre des amendements, qui a pu nuire à l'efficacité de la procédure parlementaire et à la qualité de la loi, les règles d'irrecevabilité déjà prévues par la Constitution étant très peu utilisées.

16. Tout d'abord, le caractère désormais systématique de l'irrecevabilité des amendements qui ne sont pas du domaine de la loi est cohérent avec la volonté exprimée en 1958 par le constituant, lequel a entendu donner une importance fondamentale à la distinction entre la compétence du législateur et celle du pouvoir réglementaire.

17. L'exigence d'un lien direct entre l'amendement et le texte auquel il se rapporte, qui impose une contrainte importante au Parlement, mais aussi au Gouvernement, est susceptible de favoriser la cohérence interne de la loi tout en contribuant à sa clarification.

18. Enfin, la loi a pour vocation d'énoncer des règles. L'irrecevabilité systématique des amendements dépourvus de portée normative est donc justifiée, et elle pourra contribuer à simplifier et à clarifier les textes législatifs.

19. Les dispositions nouvelles relatives à l'irrecevabilité des propositions et des amendements étant désormais regroupées à l'article 41 de la Constitution, le Conseil d'Etat observe qu'il est nécessaire, en cohérence, de modifier la disposition de l'article 45 relative à la recevabilité des amendements qui présentent un lien avec le texte déposé ou transmis et il propose, par conséquent, de supprimer la seconde phrase du premier alinéa de cet article.

20. Le projet de loi prévoit de ramener à trois jours le délai imparti par l'article 41 de la Constitution au juge constitutionnel pour statuer en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée concernée sur la recevabilité d'une proposition ou d'un amendement.

Le Conseil d'Etat relève que cette procédure est très peu utilisée. L'obligation faite au Conseil constitutionnel de se prononcer plus rapidement lui paraît opportune, car elle pourra favoriser l'usage de cette procédure sans pour autant ralentir le débat parlementaire.

21. Le Conseil constitutionnel ne peut être aujourd'hui saisi que des cas d'irrecevabilité facultative, seuls mentionnés actuellement à l'article 41. Pour éviter toute ambiguïté, le Conseil d'Etat estime nécessaire de préciser que la saisine pourra porter sur l'ensemble des irrecevabilités désormais prévues à l'article 41, qu'elles soient facultatives ou systématiques.

Par ailleurs, si le délai de trois jours apparaît pertinent pour les amendements, le Conseil d'Etat propose de conserver le délai de huit jours pour les propositions de loi.

22. Les autres règles de la procédure devant le Conseil constitutionnel relèvent, conformément à l'article 63 de la Constitution, de la loi organique. Il reviendra à celle-ci de définir les modalités d'organisation nécessaires pour que le Conseil constitutionnel puisse se prononcer dans le nouveau délai, par exemple en permettant que cette compétence soit exercée par une formation restreinte du Conseil, voire par un seul de ses membres.

La procédure d'examen limité à la commission

23. La révision constitutionnelle de 2008 a renforcé le rôle du Parlement et de ses commissions, notamment en soumettant à la séance publique le texte adopté par la commission et non celui présenté par le Gouvernement, sauf pour les projets de révision constitutionnelle, de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale.

Le projet de loi poursuit le renforcement du rôle des commissions en autorisant la loi organique à déterminer les conditions dans lesquelles les projets et les propositions de loi adoptés par la commission en présence du Gouvernement sont, en tout ou partie, seuls mis en discussion en séance.

24. Le Conseil d'Etat est d'avis que le développement du travail en commission permet d'améliorer la qualité du travail législatif et d'approfondir le débat entre le Gouvernement et les parlementaires.

Le projet de loi, qui préserve le droit des parlementaires de présenter des amendements, soit en commission, soit en séance, et de participer au vote final du texte, ne méconnaît pas les principes résultant notamment des articles 3 et 27 de la Constitution. Le Conseil d'Etat relève d'ailleurs que les règlements des assemblées permettent à tout parlementaire de participer à une commission dont il n'est pas membre et d'y présenter un amendement, sans toutefois le voter, sous réserve, s'agissant du Sénat, de l'accord de la commission.

Il reviendra à la loi organique de déterminer les garanties accompagnant cette procédure, s'agissant par exemple de la publicité des débats de la commission et d'éventuels pouvoirs de veto ou, à l'inverse, de règles de majorité qualifiée.

25. Le projet de loi prévoit que cette procédure d'examen limité à la commission suppose que les dispositions en cause aient été adoptées en présence du Gouvernement. Le Conseil d'Etat considère que cette condition est essentielle, dès lors que la nouvelle procédure permet qu'une disposition ne soit pas ensuite débattue en séance publique. L'importance de cette condition justifie, eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, que cette procédure soit inscrite au niveau constitutionnel.

26. Le Conseil d'Etat relève enfin que le projet ne prévoit pas d'appliquer cette procédure aux projets de révision constitutionnelle, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale. Cette exception, qui se justifie par l'importance de ces textes et par les règles de procédure particulière dont ils font l'objet, est conforme à la jurisprudence relative à la procédure de législation en commission au Sénat, telle qu'elle ressort des décisions n° 2015-712 DC du 11 juin 2015 et n° 2017-757 DC du 16 janvier 2018 du Conseil constitutionnel, ainsi que,

s'agissant de la procédure instituée à l'Assemblée nationale, par la décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009.

Il n'est cependant pas nécessaire de mentionner expressément que les textes en question sont exclus du champ de la nouvelle procédure, dès lors que le deuxième alinéa de l'article 42 prévoit que leur discussion en séance porte sur le texte présenté par le Gouvernement.

27. En revanche, le Conseil d'Etat estime nécessaire de clarifier le projet en précisant, conformément à l'intention du Gouvernement, que le droit d'amendement sur les articles relevant de cette procédure s'exerce uniquement en commission.

La procédure applicable en cas d'échec de la commission mixte paritaire

28. L'article 45 de la Constitution organise une procédure de conciliation en trois étapes, dans l'hypothèse où la commission mixte paritaire n'est pas parvenue à adopter un texte commun ou si ce texte n'a pas été ensuite adopté, après d'éventuels amendements, par les deux assemblées. Dans cette hypothèse, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement.

Le projet de loi modifie cette procédure, qui ne comportera plus que deux étapes. Le Sénat se prononcera dans les quinze jours sur le dernier texte voté par l'Assemblée nationale. Celle-ci disposera ensuite de huit jours pour statuer définitivement sur le même texte, seuls étant alors recevables devant elle les amendements adoptés par le Sénat et, sous réserve de l'accord du Gouvernement, ceux qui ont été déposés au Sénat.

29. Le Conseil d'Etat est d'avis que cette disposition permettra de simplifier et d'accélérer la procédure législative, tout en conservant la possibilité pour chacune des deux assemblées de se prononcer à nouveau après l'échec de la procédure de conciliation. La possibilité de reprendre, en dernière lecture, les amendements votés ou déposés au Sénat permettra à l'Assemblée nationale et au Gouvernement de bénéficier des apports du Sénat et d'améliorer le texte jusqu'au terme du processus législatif.

30. Les nouveaux délais d'examen imposés aux deux assemblées pourront justifier une inscription prioritaire à l'ordre du jour, qui s'ajoutera aux priorités déjà mentionnées à l'article 48 de la Constitution. Le Conseil d'Etat n'estime cependant pas nécessaire de modifier cet article, les délais fixés par l'article 45 étant en tout état de cause impératifs.

L'examen par le Parlement des lois financières

31. Le projet de loi apporte trois modifications aux articles 47 et 47-1 de la Constitution, qui visent à améliorer l'examen des lois financières et à opérer un meilleur équilibre entre leur examen et celui de la loi de règlement

Il s'agit, d'une part, d'accélérer l'examen des lois de finances de l'année et des lois de finances rectificatives en concentrant le débat parlementaire sur les enjeux les plus importants, et en revanche de revaloriser l'examen des lois de règlement. Un tel rééquilibrage, préconisé de longue date par de nombreux rapports officiels, s'inscrit dans la logique initiale de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF).

Il s'agit, d'autre part, de mieux coordonner les examens respectifs, à l'automne, du projet de loi de finances et du projet de loi de financement de la sécurité sociale. L'objectif est notamment de permettre un débat parlementaire mieux éclairé par une vision consolidée des finances publiques.

32. En premier lieu, le projet harmonise les délais prévus aux deuxième et troisième alinéas des articles 47 et 47-1, afin de rapprocher les conditions d'examen des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale.

Actuellement, si l'Assemblée Nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans les quarante jours suivant le dépôt du projet de loi de finances et dans les vingt jours suivant celui du projet de loi de financement de la sécurité sociale, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans les quinze jours. Le projet de loi prévoit que l'Assemblée nationale disposera désormais, pour chacun des deux projets, d'un même délai d'examen de vingt-cinq jours.

En outre, le délai au terme duquel les dispositions du projet de loi de finances peuvent être mises en vigueur par ordonnance si le Parlement ne s'est pas prononcé, qui est aujourd'hui de soixante-dix jours, est ramené à cinquante jours, à l'instar du délai déjà existant pour les projets de loi de financement de la sécurité sociale.

33. Le Conseil d'Etat relève que les modifications envisagées par le Gouvernement ne visent pas tant à lui permettre de recourir plus rapidement aux prérogatives que lui confèrent les deuxième et troisième alinéas des articles 47 et 47-1 qu'à faciliter l'examen, à l'automne, de textes autres que les seules lois financières. En effet, le raccourcissement significatif des délais permet de reporter la date ultime de dépôt du projet de loi de finances de l'année ultérieure, fixée actuellement par l'article 39 de la LOLF au premier mardi d'octobre de l'année précédant celle de l'exécution du budget.

Le respect des nouveaux délais d'examen du projet de loi de finances, en particulier en première lecture à l'Assemblée nationale, pourrait notamment être facilité par l'accélération des débats en séance sur la seconde partie du projet de loi de finances de l'année, à la faveur d'un travail encore renforcé, en amont, en commissions élargies. Le Conseil d'Etat estime que ces dispositions ne portent pas atteinte au bon fonctionnement des institutions, ni au consentement à l'impôt et au contrôle que le Parlement doit exercer sur les dépenses de l'Etat.

34. En deuxième lieu, le projet prévoit que la loi organique détermine les conditions dans lesquelles les commissions permanentes de chaque assemblée entendent les membres du Gouvernement sur l'exécution de la loi de finances. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une habilitation constitutionnelle est en effet nécessaire, dès lors que l'obligation ainsi faite au Gouvernement, si elle n'était prévue que par la loi, serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel à propos d'une injonction faite au Gouvernement dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013.

Ainsi qu'il est dit au point 31, l'objectif est de parvenir à un meilleur équilibre entre l'examen des lois financières et celui de la loi de règlement au profit de cette dernière, qui sera pour la première fois mentionnée dans la Constitution. A cette fin, le projet consacre le rôle des commissions permanentes, autres que celles chargées des finances, devant lesquelles les membres du Gouvernement seront tenus de présenter l'exécution du budget dont ils ont la charge.

Le Conseil d'Etat relève qu'en tout état de cause, la portée réelle de cette mesure dépendra davantage de la volonté des membres du Parlement de procéder à un examen approfondi de

l'exécution budgétaire que de l'obligation faite aux ministres de présenter cette exécution. En effet, il est d'usage que les membres du Gouvernement répondent favorablement aux demandes d'audition qui leur sont adressées par les commissions parlementaires.

35. En troisième lieu, le projet autorise la loi organique à fixer les conditions dans lesquelles les projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale peuvent être, en tout ou partie, examinés conjointement.

Une telle mesure pourrait donner aux membres du Parlement une meilleure vue d'ensemble sur les lois financières. Le Conseil d'Etat observe cependant que les premiers alinéas des articles 47 et 47-1 de la Constitution, rédigés en des termes identiques, prévoient déjà que la loi organique détermine les conditions dans lesquelles ces textes sont votés. Or, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-448 du 25 juillet 2001 relative à la LOLF, a interprété le premier alinéa de l'article 47 comme autorisant la loi organique « à fixer des modalités d'examen et de vote des lois de finances qui peuvent, le cas échéant, apporter des tempéraments aux règles de droit commun de la procédure législative ».

36. Le Conseil d'Etat estime qu'ainsi interprétées, ces habilitations sont suffisantes pour permettre l'adoption de dispositions organiques tendant à l'examen conjoint des projets de loi de financement de la sécurité sociale et de finances, aux fins de renforcer l'intelligibilité du débat parlementaire sur les lois financières et, par suite, de concourir au respect des exigences de consentement à l'impôt garanti par l'article 14 de la Déclaration de 1789. En conséquence, dès lors que le Gouvernement n'envisage pas de fusionner ces textes, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'utilité de l'habilitation constitutionnelle supplémentaire prévue par le projet du Gouvernement.

Les modalités de fixation de l'ordre du jour

37. Le projet de loi modifie l'article 48 de la Constitution relatif à l'ordre du jour des assemblées.

L'article 48 prévoit que deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité à l'examen des textes dont l'inscription à l'ordre du jour est demandée par le Gouvernement. Les deux autres semaines sont réservées par priorité aux assemblées, dont l'une est consacrée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

Le troisième alinéa du même article prévoit cependant que le Gouvernement peut, en dehors des deux semaines qui lui sont prioritairement réservées, demander l'inscription à l'ordre du jour de certains textes, y compris, s'agissant seulement des projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale, pendant la semaine réservée par priorité au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

38. Le projet de loi ajoute au troisième alinéa les textes relatifs à la politique économique, sociale ou environnementale déclarés prioritaires par le Gouvernement sans que les conférences des présidents s'y soient conjointement opposées.

39. Le Conseil d'Etat constate qu'il s'agit là d'un élargissement considérable du champ des textes susceptibles d'être inscrits à l'ordre du jour par priorité, dont rien n'interdit cependant qu'il s'agisse de propositions de loi.

Contrairement aux textes actuellement mentionnés au troisième alinéa de l'article 48, le caractère prioritaire des nouveaux textes attraités dans le champ de cet article résultera moins de l'objet du texte que du choix du Gouvernement, et le nombre de textes pouvant ainsi être déclarés prioritaires ne sera pas limité. En outre, la portée utile de la réserve tenant à l'opposition conjointe des conférences des présidents est limitée par le fait majoritaire. C'est ainsi que n'a jamais été utilisée la disposition identique de l'article 45 de la Constitution, issue de la révision constitutionnelle de 2008, qui permet aux conférences des présidents de faire obstacle à la mise en œuvre de la procédure accélérée.

40. Le renforcement des prérogatives gouvernementales en matière d'ordre du jour est encore accru par le fait que l'ensemble des textes mentionnés au troisième alinéa de l'article 48, et non plus seulement les projets de lois financières, pourront désormais être inscrits par priorité pendant la semaine réservée en principe au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

Le Gouvernement va, ce faisant, au-delà de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel par sa décision n° 2013-677 DC du 14 novembre 2013, à l'occasion de laquelle il a déjà admis l'inscription prioritaire, à l'ordre du jour de la semaine de contrôle et d'évaluation, de l'ensemble des textes énumérés à l'alinéa 3 de l'article 48 de la Constitution, sous réserve que cette semaine de séance soit « *aussi consacrée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques dans l'ordre fixé par l'assemblée* ».

41. Le projet de loi élargit également le champ de l'ordre du jour prioritaire de la semaine de contrôle et d'évaluation, pour y inclure « l'examen des projets et propositions de loi en résultant ».

Compte tenu de la rédaction du projet et de l'intention exprimée dans l'exposé des motifs, le Conseil d'Etat estime que cette disposition ne concernera que les textes dont la conférence des présidents de l'assemblée concernée aura estimé qu'ils sont directement inspirés par des travaux parlementaires.

42. Le projet de loi prévoit que la conférence des présidents arrête, pour chaque trimestre, le programme de contrôle et d'évaluation de l'assemblée concernée.

Le Conseil d'Etat constate que cette volonté de mieux faire connaître le travail de contrôle et d'évaluation du Parlement s'inscrit dans une démarche engagée par les assemblées elles-mêmes, qui ont récemment modifié leur règlement en ce sens. Il relève par ailleurs que cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le programme de travail soit, le cas échéant, modifié par la conférence des présidents en fonction des besoins ou des urgences qui apparaîtraient au cours du trimestre en cause.

Toutefois, le Conseil d'Etat s'interroge sur le niveau constitutionnel de cette disposition. Les mesures, en substance identiques, édictées par les règlements des assemblées n'ont en effet pas été censurées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2014-705 DC du 11 décembre 2014 et n° 2015-712 DC du 11 juin 2015. En tout état de cause, la périodicité du programme dont il s'agit n'a pas sa place dans la Constitution.

43. En définitive, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi réduit significativement la singularité de la semaine prioritairement dédiée au contrôle et à l'évaluation. Désormais, cette semaine pourra être largement consacrée à l'examen de textes législatifs, qu'il s'agisse des textes

prioritaires du troisième alinéa ou de ceux résultant des travaux d'évaluation et de contrôle conduits par les assemblées.

Cette évolution n'appelle pas de remarque de principe du Conseil d'Etat, d'autant que, selon une opinion largement partagée, l'instauration de la semaine prioritaire n'a pas conduit depuis 2008 à une revalorisation effective de la fonction parlementaire de contrôle. A cet égard, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité de maintenir la distinction entre la semaine d'initiative parlementaire et la semaine d'évaluation et de contrôle, qui peut nuire à la fluidité et à la qualité du débat parlementaire en obligeant parfois les assemblées à interrompre l'examen d'un texte pour le reprendre ultérieurement.

L'abrogation des dispositions relatives aux membres du droit du Conseil constitutionnel

44. Le projet supprime les dispositions du deuxième alinéa de l'article 56 de la Constitution en vertu desquelles les anciens Présidents de la République font, de droit, partie à vie du Conseil constitutionnel.

Cette mesure a pu être justifiée dans le contexte particulier de transition historique où elle a été prise. Cependant, l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel, consécutive en particulier à l'élargissement du « bloc de constitutionnalité » auquel il a procédé en 1971, à la réforme de son mode de saisine en 1974 et à l'instauration en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité, a rendu inopportunes les dispositions en question. Leur abrogation avait d'ailleurs été votée par l'Assemblée nationale et par le Sénat en 1990 et figurait dans le projet de révision soumis au Parlement en 1993.

45. Le projet prévoit cependant que cette mesure n'est pas applicable aux membres de droit qui ont siégé au Conseil constitutionnel l'année précédant la délibération en conseil des ministres du projet de loi constitutionnelle. Cette disposition permet de prendre en compte la participation effective des membres de droit aux travaux du Conseil et n'appelle pas d'autre observation.

La diminution du nombre de parlementaires nécessaire pour saisir le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne

46. Le projet réduit d'un tiers, pour le ramener de soixante à quarante, le nombre de parlementaires nécessaire pour saisir le Conseil constitutionnel, soit pour lui demander de vérifier, après 30 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, si les conditions de leur mise en œuvre demeurent réunies, soit pour lui demander d'examiner si un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, soit pour lui déférer une loi avant qu'elle soit promulguée.

Est réduit dans les mêmes proportions le nombre de parlementaires nécessaire pour former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen qui violerait le principe de subsidiarité.

Ces mesures sont justifiées par les dispositions du projet de loi organique prévoyant la diminution de 30 % du nombre de parlementaires et n'appellent pas d'autre observation.

La réforme du Conseil supérieur de la magistrature

47. En vertu de l'article 65 de la Constitution, la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations de ces derniers et sur les sanctions qui leur sont infligées.

Le projet prévoit que les magistrats du parquet seront désormais nommés sur l'avis conforme de la formation compétente, et que celle-ci statuera à leur égard comme conseil de discipline.

48. Le projet s'inscrit dans la continuité des révisions constitutionnelles de 1993 et de 2008, qui avaient accru les prérogatives du Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du parquet. Une disposition comparable figurait d'ailleurs au projet de loi constitutionnelle relatif à la justice proposé par le Gouvernement en 2013, et la mesure avait été adoptée dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et par le Sénat.

Le régime de nomination et de sanction des magistrats du parquet se rapproche ainsi de celui des magistrats du siège, même si certaines différences subsistent : c'est ainsi que la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du siège émet des propositions pour les nominations des magistrats de la Cour de cassation, des premiers présidents de cour d'appel et des présidents de tribunal de grande instance.

49. Il est vrai que les magistrats du parquet, contrairement à ceux du siège, sont placés sous l'autorité du Garde des sceaux, ministre de la justice. Ils peuvent notamment recevoir des instructions de politique pénale, l'article 20 de la Constitution prévoyant que « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ».

Pour autant, l'indépendance de l'autorité judiciaire, qui s'applique aux magistrats du parquet comme à ceux du siège, est proclamée par l'article 64 de la Constitution. Le Conseil d'Etat considère que les mesures envisagées contribueront à renforcer l'indépendance des magistrats du parquet, sans pour autant que ne soit remise en cause l'autorité que le Garde des sceaux, ministre de la justice, tient de l'article 20 de la Constitution.

La responsabilité pénale des ministres

50. En application de l'article 68-1 de la Constitution, les membres du Gouvernement sont jugés par la Cour de justice de la République pour les délits et les crimes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, après autorisation d'une commission des requêtes. Le projet prévoit qu'ils seront désormais jugés par les formations compétentes de la cour d'appel de Paris.

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette mesure est justifiée, au regard des critiques que suscite notamment la composition de la Cour de justice de la République, par la nécessité de rapprocher du droit commun la responsabilité pénale des membres du Gouvernement. Le recours à un juge de premier et dernier ressort, s'il prive la personne poursuivie de la possibilité de faire appel, permet de traiter plus rapidement ces affaires, alors qu'une longue procédure pourrait avoir un effet déstabilisant sur l'ensemble du Gouvernement.

51. Le projet de loi introduit au début de l'article 68-1 un alinéa selon lequel « Les membres du Gouvernement sont responsables dans les conditions de droit commun pour les actes qui ne se rattachent pas directement à l'exercice de leurs attributions ». Cette disposition permet de préciser utilement que les règles particulières définies par les autres dispositions de l'article ne

s'appliquent qu'aux actes se rattachant directement à l'exercice des attributions ministérielles, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation par l'arrêt n° 95-82333 du 26 juin 1995.

52. Eu égard au caractère particulier des actes accomplis dans l'exercice de fonctions gouvernementales, le Conseil d'Etat estime nécessaire de maintenir le filtre de la commission des requêtes, comme le fait le projet, afin de ne pas exposer les membres du Gouvernement à des poursuites abusives ou dictées par des considérations partisans. Mais il ne retient pas les dispositions relatives à la composition de la commission et à la désignation de son président, qui relèvent de la loi organique. Il considère cependant que la commission pourrait être conservée dans sa composition actuelle.

53. Le projet prévoit que seuls des magistrats professionnels pourront prendre part au jugement. Cette disposition, qui ne concerne que la composition de la cour d'assises, trouvera sans doute rarement, et peut-être jamais, à s'appliquer, eu égard à la faible probabilité qu'un crime soit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions.

54. Le Conseil d'Etat relève que les éventuels co-auteurs et complices des infractions seront jugés selon la procédure de droit commun. Il s'ensuit que deux juridictions différentes pourront être conduites à se prononcer sur des faits proches, voire identiques. Une telle situation est source de complexité, voire de contradictions, d'autant qu'une seule de ces juridictions rendra sa décision en premier et dernier ressort.

Le Conseil d'Etat observe cependant que tel est déjà l'état du droit. Au demeurant, la séparation des procès peut permettre de mieux tenir compte de la spécificité de la responsabilité ministérielle, que le jugement simultané de personnes relevant du droit commun serait susceptible de faire perdre de vue. En outre, le fait d'attirer au procès les co-auteurs et les complices priverait ces derniers de la possibilité de faire appel et interdirait aux victimes de se constituer partie civile, en application des dispositions législatives qui régissent le jugement des ministres et que le Gouvernement n'entend pas modifier.

55. Le projet prévoit enfin que la responsabilité des membres du Gouvernement « ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que lorsque celle-ci résulte d'une décision qu'ils ont prise. ».

Cette disposition vise à prendre en compte le fait que les actes accomplis dans l'exercice de fonctions gouvernementales s'inscrivent parfois dans des processus complexes de choix de politiques publiques, susceptibles d'être constitutifs d'infractions involontaires, comme le Conseil d'Etat le relevait en 2013 dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la justice.

Une telle disposition, s'agissant des membres du Gouvernement, peut prendre place dans la Constitution. Le Conseil d'Etat invite cependant le Gouvernement à étendre à l'article 121-3 du code pénal cette mesure aux autres décideurs publics qui sont exposés à des difficultés comparables et à réfléchir aux conditions dans lesquelles cette disposition pourrait être également appliquée aux décideurs privés.

Le Conseil d'Etat observe enfin que la rédaction de la disposition en cause ne remplit pas la condition de clarté et de précision nécessaire à une incrimination pénale. Il propose en conséquence de modifier le projet en prévoyant que la responsabilité des membres du Gouvernement ne peut être mise en cause à raison de leur inaction « que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable. ».

La Chambre de la participation citoyenne

56. Le projet de loi crée dans le titre XI de la Constitution une « Chambre de la participation citoyenne » qui se substitue au Conseil économique, social et environnemental. Elle représente la société civile et a pour mission d'éclairer les pouvoirs publics sur les enjeux économiques, sociaux et environnementaux, en particulier sur les conséquences à long terme de leurs décisions. Dans ce cadre, elle organise la consultation du public. Ses compétences sont significativement élargies par rapport à celles du Conseil économique, social et environnemental. Dans le même temps le nombre de ses membres est fixé à 155 au plus, contre 233 pour le Conseil auquel elle se substitue.

57. Le projet consacre l'expression « société civile » dans la Constitution. Fréquemment utilisée dans le langage courant, figurant à l'article 11 du traité sur l'Union européenne et à l'article 15 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'expression n'est définie ni par la loi, ni par des règlements ou directives communautaires. Le Conseil d'Etat, qui ne voit pas d'objection à sa mention dans la Constitution, constate que l'usage commun lui donne une portée particulièrement large, renvoyant à tout ce qui n'est pas l'Etat et les institutions. La définition qu'en donnent les organisations internationales rejoint celle de la science politique. Selon le livre blanc sur la gouvernance européenne élaboré par la Commission européenne « La société civile regroupe notamment les organisations syndicales et patronales (les «partenaires sociaux»), les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et communautés religieuses. ».

Aussi, faute de précision lui donnant un sens différent, le Conseil d'Etat estime que l'expression « société civile » peut être comprise comme incluant notamment les organisations syndicales et patronales ainsi que les associations qui défendent les intérêts et les valeurs de leurs membres dans tous les domaines de la vie civile, y compris religieux. Il estime aussi, dès lors que cette nouvelle Chambre est exclusivement composée de représentants de la société civile, qu'elle ne peut comprendre de personnalités désignées en fonction de leurs seules compétences ou expériences individuelles, comme c'est le cas du Conseil économique, social et environnemental.

58. Le Conseil d'Etat constate que les cas de consultation obligatoire de la Chambre de la participation citoyenne sur des projets de loi sont considérablement plus nombreux que pour le Conseil économique, social et environnemental. Tandis que ce dernier n'est obligatoirement consulté que sur les plans et les projets de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental, la Chambre de la participation citoyenne doit l'être sur tous les projets de loi ayant un objet économique, social ou environnemental. Même si, comme l'indique l'exposé des motifs du projet, cette saisine ne concerne pas des articles ayant ce caractère mais figurant dans des projets de loi ayant principalement d'autres objets, il reste que les projets de loi ayant un objet économique, social ou environnemental ont représenté entre 30 et 40 % des projets de loi ces dernières années, d'après les indications données par le Gouvernement.

Le Conseil d'Etat considère que l'allongement inévitable de la procédure d'adoption des projets de loi qui en résultera va à l'encontre de l'objectif d'accélération de leur adoption recherché par le projet à travers les modifications apportées au titre V de la Constitution.

Il est d'avis que les contraintes fortes de délai qui s'imposeront nécessairement à la Chambre dans un grand nombre de cas vont rendre son examen de ces textes difficile.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat propose que les avis de la Chambre sur les projets de loi ayant

un objet économique, social ou environnemental soient facultatifs, sa consultation étant toutefois obligatoire, comme c'est le cas pour le Conseil économique, social et environnemental, lorsque le projet de loi a le caractère de projet de loi de plan ou de programmation à caractère économique, social ou environnemental.

59. Alors que la consultation facultative du Conseil économique, social et environnemental est limitée aux projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques, la Chambre peut en outre être consultée par le Gouvernement sur tout projet de loi, y compris les projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale, et sur tout projet d'ordonnance ou de décret. Elle peut également être consultée par les assemblées parlementaires sur les propositions de loi. Le Conseil d'Etat ne présente pas d'observation sur ce point.

60. Selon l'exposé des motifs du projet, l'avis de la Chambre de la participation citoyenne est rendu avant l'examen du texte par le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat considère que cette procédure est de nature à garantir l'effet utile des avis de la Chambre de la participation citoyenne, et à permettre au Conseil d'Etat d'éclairer le conseil des ministres sur l'ensemble des questions posées par le texte, conformément au rôle qu'il tient de l'article 39 de la Constitution ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012. Le Conseil d'Etat estime toutefois nécessaire d'inscrire cette règle dans le titre XI de la Constitution.

61. Le projet de loi prévoit que la Chambre de la participation citoyenne peut être saisie par voie de pétition dans les conditions fixées par la loi organique. Le Conseil d'Etat estime opportun que la loi organique et les règlements des assemblées précisent les conditions dans lesquelles les assemblées prennent les pétitions en considération ainsi que les suites qui leur seront données. Il souscrit à l'objectif du Gouvernement de permettre aux pétitions de prendre une forme numérique.

62. Le Gouvernement et le Parlement peuvent consulter la Chambre de la participation citoyenne sur toute question de caractère économique, social ou environnemental. Cette disposition est déjà applicable au Conseil économique, social et environnemental et n'appelle pas d'autre observation.

63. Le Conseil d'Etat souligne enfin que l'élargissement de la fonction consultative de la Chambre de la participation citoyenne par rapport à celle du Conseil économique, social et environnemental appellera des modifications importantes d'organisation, afin que le nouvel organisme puisse assumer pleinement les missions que lui confie la Constitution et surmonter les risques évoqués ci-dessus. Il estime que la loi organique devra prévoir des conditions d'examen des textes par la Chambre permettant de concilier l'objectif de rapidité de leur adoption avec le bon accomplissement de sa fonction consultative.

TITRE XII – LES COLLECTIVITES TERRITORIALES

64. Le projet modifie les articles 72 et 73 de la Constitution, et crée un article 72-5 relatif à la Corse.

Le Conseil d'Etat veille à ce que les dispositions nouvelles préservent la cohérence du titre XII de la Constitution qui repose sur les distinctions, d'une part, entre les communes, les

départements et les régions, d'autre part, entre les collectivités territoriales de droit commun, les collectivités territoriales à statut particulier, les collectivités d'outre-mer de l'article 73 et celles de l'article 74.

Ces distinctions permettent en effet, par des règles claires, de prendre en compte les caractéristiques et les contraintes particulières à certains territoires, dans le respect de la souveraineté nationale, de l'indivisibilité de la République et du principe d'égalité.

Les compétences des collectivités territoriales

65. Le projet de loi modifie l'article 72 de la Constitution en reprenant les préconisations faites par le Conseil d'Etat dans son avis du 7 décembre 2017 relatif aux compétences des collectivités territoriales.

66. En premier lieu, il permet à certaines communes, départements ou régions, y compris d'outre-mer, de se voir attribuer des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie.

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette souplesse est de nature à donner son effectivité au principe de subsidiarité énoncé au deuxième alinéa de l'article 72, et que la limitation du nombre de compétences qui peuvent être attribuées à une même collectivité préserve la cohérence de l'article 72 de la Constitution et de son titre XII.

67. Conformément au principe de libre administration des collectivités territoriales, le Conseil d'Etat propose que la loi organique exige l'accord des collectivités entre lesquelles s'opère un transfert de compétence, dès lors que celui-ci n'est pas décidé par la loi elle-même. Il estime opportun de fixer des critères objectifs, comme celui de l'échelon propre à permettre une plus grande efficacité, au meilleur coût, de l'action des collectivités territoriales, et utile que le représentant de l'Etat dans la collectivité concernée donne son avis sur l'intérêt général du transfert et sur la préservation des intérêts nationaux.

Le Conseil d'Etat considère que ces conditions sont de nature à assurer une mise en œuvre des nouvelles dispositions de façon cohérente avec le principe de subsidiarité et à préserver l'effort de clarification des compétences engagé par le législateur ces dernières années.

68. En second lieu, le projet de loi permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements, lorsque la loi ou le règlement le prévoit, de déroger pour un objet limité aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Cette dérogation pérenne peut être décidée, le cas échéant, après l'expérimentation déjà prévue à l'article 72.

Le Conseil d'Etat interprète ainsi cette disposition : les mesures prises dans ce cadre par les collectivités territoriales ne pourront porter atteinte au principe d'égalité entre les personnes auxquelles elles s'appliquent.

Cette modification de la Constitution, recommandée par le Conseil d'Etat dans son avis du 7 décembre 2017, est de nature à renforcer la démocratie locale et à permettre aux collectivités territoriales d'exercer leurs compétences avec une plus grande efficacité, grâce aux responsabilités supplémentaires données aux élus pour innover et adapter leur action aux réalités des territoires ainsi qu'aux besoins de la population et de l'économie.

La collectivité de Corse

69. Le projet de loi crée un article 72-5 nouveau relatif à la Corse. Le Conseil d'Etat considère que l'emplacement choisi pour ces dispositions au sein du titre XII de la Constitution est approprié à leur contenu.

Le premier alinéa du nouvel article consacre la Corse comme collectivité à statut particulier au sens de l'article 72.

Les deux autres alinéas apportent les modifications suivantes au cadre constitutionnel en vigueur.

70. En premier lieu, la loi ou le règlement, selon le cas, peut comporter des règles adaptées aux spécificités liées à l'insularité et aux caractéristiques géographiques, économiques ou sociales de la Corse.

Le Conseil d'Etat considère que cette disposition, d'une portée comparable à celle prévue au premier alinéa de l'article 73, offre au législateur et au pouvoir réglementaire des possibilités de différenciation plus étendues que celles permises dans le cadre constitutionnel en vigueur, y compris en matière fiscale, dans le respect des critères qui suivent.

71. Ces adaptations devront être justifiées par les spécificités et caractéristiques de la Corse énumérées au nouvel article 72-5, en rapport avec l'objet de la réglementation en cause et proportionnées.

Elles ne pourront porter atteinte au principe d'égalité entre les personnes auxquelles elles s'appliquent, ni mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

72. En second lieu, le projet permet à la loi ou au règlement, selon le cas, d'habiliter la collectivité de Corse à décider elle-même de ces adaptations, dans les conditions prévues par la loi organique.

Le projet de loi limite le champ des habilitations aux matières où s'exercent les compétences de la collectivité de Corse, ce qui exclut une habilitation dans un domaine relevant de la compétence de l'Etat, des communes ou de leurs groupements. Le projet exclut aussi une habilitation lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

73. Le Conseil d'Etat interprète ces dispositions, tant en ce qui concerne les habilitations elles-mêmes que les mesures prises dans leur cadre, comme impliquant qu'elles soient justifiées par les spécificités et caractéristiques de la Corse énumérées au nouvel article 72-5, en rapport avec l'objet de la réglementation en cause et proportionnées.

Les dispositions prises en application de l'habilitation ne pourront porter atteinte au principe d'égalité entre les personnes auxquelles elles s'appliquent, ni mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

L'habilitation législative et réglementaire des collectivités régies par l'article 73

74. Le troisième alinéa de l'article 73 de la Constitution dispose que les collectivités régies par cet article peuvent être habilitées par la loi ou par le règlement, selon le cas, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

Le projet prévoit que l'habilitation est désormais délivrée, dans tous les cas, par un décret en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Il prévoit également que les actes pris dans le domaine de la loi sont ratifiés par le Parlement dans les vingt-quatre mois suivant l'habilitation, à peine de caducité.

Le projet ne modifie pas le champ des matières ne pouvant faire l'objet d'une habilitation, ni le régime particulier du département et de la région de La Réunion, lesquels ne peuvent faire l'objet d'adaptations que dans les matières relevant de leurs compétences.

Le Conseil d'Etat considère que la modification de procédure envisagée est de nature à faciliter la mise en œuvre de la faculté reconnue aux départements et régions d'outre-mer par le troisième alinéa de l'article 73 de la Constitution.

L'entrée en vigueur

75. Les règles relatives à l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles de l'article 56, de l'article 65 et du titre X de la Constitution, auxquels le Conseil d'Etat ajoute l'article 23, n'appellent pas d'observation.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 3 mai 2018.