

Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes (1).

Jean-Eric Schoettl, Conseiller d'Etat

La codification, qui permet de rassembler selon un plan cohérent l'ensemble des dispositions existantes se rapportant à un domaine particulier, contribue à rendre le droit plus lisible et plus accessible. Limitant les inconvénients inhérents à la sédimentation, à la dispersion et à l'inflation des normes, elle est un facteur précieux de sécurité juridique et de « réappropriation » de la loi par les citoyens, auxquels l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ne saurait être déceimment opposé sans que soient mis en place les instruments en facilitant la connaissance. A cet égard, la codification répond au même souci que celui qui a inspiré la création du service public des banques de données juridiques (décret n° 96-481 du 31 mai 1996 modifié), avec lequel elle entretient des liens multiples.

La codification est en outre un moyen d'améliorer la qualité des textes, qu'il s'agisse de l'adoption de terminologies plus adaptées (présent au lieu du futur, correction des archaïsmes, reprise du modèle du nouveau Code pénal pour la rédaction des dispositions répressives...), du retrait des dispositions implicitement abrogées, inconstitutionnelles ou inconventionnelles, ou de la répartition du contenu normatif entre parties législatives et réglementaires conformément aux prescriptions constitutionnelles délimitant les domaines d'intervention respectifs de la loi et du règlement.

La codification rend par ailleurs plus aisées les réformes de fond, non pas en les réalisant elle-même, ce qui prendrait trop de temps, mais en en circonscrivant le « champ opératoire » : l'oeuvre réformatrice du législateur s'exerce évidemment d'autant plus aisément qu'elle intervient dans un cadre rendu au préalable clair et exhaustif (2).

Enfin, la codification sert le rayonnement du droit français. Il n'est pas indifférent de relever à ce sujet que l'achèvement du programme arrêté en 1989 - date à laquelle l'entreprise de codification a été relancée et le regroupement de l'ensemble des quelque 8 000 lois et des quelque 90 000 textes réglementaires en vigueur prévu à l'intérieur d'une quarantaine de codes - placerait notre pays au premier rang de ceux qui se sont résolus à codifier leur droit.

Aussi, depuis une dizaine d'années, les gouvernements successifs ont-ils légitimement vu dans la codification une oeuvre de salut public.

Ils se sont également dotés des moyens nécessaires pour la mener à bien. Une Commission supérieure de codification a été créée par décret n° 89-647 du 12 septembre 1989. Placée sous la présidence du Premier ministre et la vice-présidence éclairée et persévérante de Guy Braibant, comprenant en son sein des parlementaires, des magistrats et des directeurs d'administration centrale, la Commission supérieure coordonne les équipes mises en place au sein des ministères concernés pour élaborer les projets de code et revoit le résultat de ces travaux. Le texte est ensuite transmis au Conseil d'Etat, puis, pour les parties législatives, au Parlement après passage au Conseil des ministres. L'intervention du Parlement, indispensable pour abroger les dispositions antérieures à la codification (3), s'est de plus révélée féconde pour parfaire le travail accompli au cours de la phase administrative préalable et en corriger les éventuelles malfaçons.

Au fil de l'examen des codes, la Commission supérieure a dégagé certains grands principes de codification. Parmi ces derniers, la codification à droit constant constitue une caractéristique majeure de la procédure actuelle. La Commission supérieure veille, en conséquence, à ce que la codification n'aille pas au-delà des corrections rendues nécessaires par des besoins de

forme, de cohérence ou de mise à jour.

De même, la codification s'attache désormais à distribuer les dispositions codifiées entre les parties législative et réglementaire en fonction de leur nature juridique et non de leur support originel (loi ou règlement).

De même encore, la commission écarte les dispositions qui lui paraissent sans nul doute possible inconstitutionnelles, contraires aux traités ou implicitement abrogées.

De même enfin, la technique de renvoi de code à code a été normalisée (distinction entre « code pilote » et « code suiveur ») dans le sens de la plus complète information de l'utilisateur.

La commission assure l'information des pouvoirs publics en documentant le projet de code de tableaux synoptiques mettant en vis-à-vis les dispositions antérieures (4), les dispositions nouvelles et, le cas échéant, les motifs des changements proposés et les réformes envisageables.

Plusieurs codes ont été d'ores et déjà créés ou refondus selon cette procédure : le Code de la propriété intellectuelle ; le Code de la consommation ; les livres Ier, III, VI et VIII du Code rural ; les livres Ier, II et III du Code des juridictions financières ; le Code général des collectivités territoriales.

Cet effort s'est accompagné de la « mise en ligne » de l'ensemble des codes existants par le service public des banques de données juridiques (Légifrance et Jurifrance).

La circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires a fixé les règles d'élaboration des projets de codes, précisé les modalités de fonctionnement de la Commission supérieure de codification et consacré le principe d'une codification « à droit constant ».

Annexé à cette circulaire, le programme général de codification adopté par la Commission supérieure le 4 décembre 1995 pour la période 1996-2000 prévoyait l'élaboration de 22 nouveaux codes et la refonte de 18 codes existants.

En dépit du maintien de la codification au rang des priorités gouvernementales (5), le processus de codification se trouve depuis trois ans dans l'impasse. En effet, depuis la publication du Code général des collectivités territoriales en février 1996, seul le livre VI du Code rural a été définitivement adopté par le Parlement.

Le blocage est essentiellement dû à l'engorgement du calendrier législatif, qui conduit à différer l'inscription à l'ordre du jour des codes prêts à l'examen. Qui plus est, l'adoption de ceux-ci est longue et occasionne une surcharge de travail aux services du Parlement, alors que leur signification politique est limitée.

Cet allongement de la file d'attente des codes déposés au Parlement entraîne plusieurs conséquences malheureuses, décrites en ces termes par la Commission supérieure de codification dans son neuvième rapport annuel : « Les projets de code une fois déposés sur le bureau d'une assemblée vieillissent rapidement du fait des réformes de fond envisagées entre-temps (cas du Code de la communication et du cinéma) ou du fait de l'intervention de lois nouvelles dans la matière considérée (cas du Code de l'environnement), ce qui induit soit le report de l'examen du projet, soit une mise à jour toujours délicate à opérer. Le blocage d'un projet de code au stade parlementaire se répercute non seulement sur l'élaboration de la partie réglementaire dudit code, mais encore sur l'élaboration des autres projets de code législatif avec lesquels il s'articule (Code de commerce et Code monétaire et financier). L'ensemble de la chaîne participant à la confection de codes, des missions de codification jusqu'au Conseil d'Etat, se trouve affecté par le goulot d'étranglement que constitue l'absence de débouché parlementaire (cas du Code rural) ».

Aussi l'idée de recourir à une loi d'habilitation, afin de codifier par ordonnances, s'est-elle peu

à peu imposée.

Voici par exemple ce qu'en disait, il y a un peu plus de deux ans, Jean-Ludovic Silicani, alors commissaire à la réforme de l'Etat : « Si un éventuel encombrement au niveau de la Commission supérieure peut être évité, il sera difficile de contourner celui du Parlement. Plusieurs codes sont actuellement bloqués devant le Parlement à des phases variées. L'une des pistes à envisager, après avoir été étudiée et présentée aux assemblées pour vérifier la pertinence de son principe et éventuellement de sa méthode, consisterait à prévoir chaque année qu'une loi habilite le gouvernement à codifier par ordonnance dans deux ou trois secteurs précis. Ces textes seraient ensuite validés par le Parlement. Cela permettrait de réguler et de rationaliser ce type de travail assez aride pour le Parlement, puisque la codification à droit constant est frustrante pour les élus. Si elle était retenue, cette méthode serait susceptible d'améliorer la situation » (*AJDA* 1997, p. 641, dossier sur la codification).

A la date du dépôt du projet de loi d'habilitation, cinq codes étaient en souffrance au Parlement (6) et quatre autres - transmis au Conseil d'Etat ou, pour certains, déjà examinés par lui - en instance de dépôt (7).

C'est à seule fin de résorber le retard ainsi enregistré dans les travaux de codification que la loi adoptée définitivement le 23 novembre 1999 habilite le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de neuf codes dont la rédaction est achevée ou dont l'achèvement est imminent (Code rural, éducation, santé publique, commerce, environnement, justice administrative, route, action sociale, monétaire et financier).

Ces codes, précise l'article 1er de la loi, devront être réalisés à droit constant (les dispositions codifiées étant celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances), sous la seule réserve des modifications rendues nécessaires :

- pour respecter la hiérarchie des normes ;
- pour assurer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés ;
- pour « harmoniser l'état du droit ».

Chaque code devra faire l'objet d'une ordonnance distincte.

En outre, le gouvernement pourra, le cas échéant, étendre l'application des dispositions codifiées à la Nouvelle-Calédonie, aux territoires d'outre-mer, ainsi qu'aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, avec les adaptations nécessaires.

En effet, ainsi que le précise l'exposé des motifs du projet de loi d'habilitation, « la rédaction des codes peut être l'occasion de mettre fin au désordre juridique dont souffrent, dans certaines matières, les collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative. Ainsi, lorsqu'une loi est applicable dans ces collectivités mais que les modifications ultérieures apportées à cette loi n'ont pas été étendues, la codification permet d'assurer une mise à jour de la norme juridique. Les ordonnances pourront donc assurer l'extension à l'outre-mer des dispositions qu'elles codifieront à condition, bien entendu, que les matières concernées relèvent de la compétence de l'Etat. Cette extension impliquera parfois des adaptations pour tenir compte des spécificités des collectivités concernées. Dans ce cas, les assemblées locales seront toujours consultées ».

L'article 2 fixe les délais dans lesquels les différentes ordonnances devront avoir été prises et, pour chaque ordonnance, celui dans lequel le dépôt de loi de ratification devra être intervenu. L'ensemble des lois de ratification devra avoir été déposé dans les quatorze mois suivant la publication de la loi d'habilitation.

Compte tenu de son caractère technique, de son absence d'implications politiques et de l'intérêt général s'attachant à son adoption, la loi d'habilitation aurait pu être examinée dans un climat consensuel. Il en a été effectivement ainsi au Sénat. En revanche, le texte a suscité,

à l'Assemblée nationale, une controverse dont les raisons profondes (8) nous échappent. Il en est résulté que la loi d'habilitation a été déférée au Conseil constitutionnel, au lendemain de son adoption, par plus de soixante députés (9) appartenant aux trois groupes de l'opposition.

La saisine, qui a été complétée par un mémoire additionnel enregistré le 30 novembre 1999, invoquait six séries de griefs.

**La loi d'habilitation violait, selon la saisine, les droits du Parlement*

Deux moyens étaient soulevés à cet égard :

- Le Parlement n'aurait pas été suffisamment éclairé sur la portée de l'habilitation qu'il était invité à donner, le « projet de loi ne comportant pas en annexe le texte des codes dont la rédaction est achevée ».

- Les articles 34 et 44 de la Constitution étaient méconnus dès lors, selon les requérants, que « le Parlement ne peut exercer son pouvoir de modification du contenu des codes » et que rien ne permettrait d'assurer que, lors de la ratification des ordonnances, il pourrait se prononcer sur ce contenu. Le recours aux ordonnances - voire, selon les requérants, la pratique même de la codification à droit constant (qui suppose de ne pas bouleverser l'économie générale du code élaboré par les services gouvernementaux) - portait donc atteinte au droit d'amendement des représentants de la Nation, tel que défini à l'article 44 de la Constitution.

Cette argumentation ignorait l'esprit comme les termes de l'article 38 de la Constitution, tels qu'ils ont été précisés, dans un sens au demeurant favorable aux prérogatives parlementaires, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Rappelons qu'aux termes de l'article 38, « le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

« Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

« A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

L'article 38 de la Constitution doit être entendu comme faisant obligation au gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et quel est leur domaine d'intervention (déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Rec.* p. 61, cons. 13 ; déc. n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986, *Rec.* p. 78, cons. 18 et 27). Le gouvernement n'est cependant pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra et il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions (déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Rec.* p. 61, cons. 13 et 21).

En l'espèce, l'habilitation n'a donc pas méconnu le droit d'information du Parlement.

Elle n'a pas non plus méconnu son droit d'amendement, dès lors qu'il est loisible au Parlement, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification (10), soit, de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au gouvernement en vertu du premier alinéa de l'article 38, d'amender le contenu des codes issus des ordonnances. En particulier, ni l'article 38 ni aucune autre disposition de la Constitution ne font obstacle à ce que le Parlement intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi de ratification. Cette intervention peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement (déc. n° 72-73 L du 29 février 1972, *Rec.* p. 31, cons. 3). La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans le même sens (CE 10 juillet 1972, *Compagnie Air Inter*, *Leb.* p. 537). Il

n'est donc pas exclu que la modification par le Parlement des dispositions d'une ordonnance puisse résulter d'une loi qui, sans avoir la ratification pour objet direct, l'implique nécessairement. Saisi d'une loi de cette nature, il appartient au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution (déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.* p. 8, cons. 24). Ajoutons, pour faire reste de droit au grief, qu'une loi adoptée avant même que le gouvernement dépose en temps utile, sur le bureau de l'Assemblée nationale, un projet de loi de ratification peut régulièrement comporter ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance, dès lors que le gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité au cours de la discussion devant le Parlement comme il aurait eu la faculté de faire en vertu de l'article 41 de la Constitution (déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.* p. 8, cons. 2, 12, 13 et 24).

Il reste que, tant par respect pour les droits du Parlement que pour des raisons de sécurité juridique, l'examen effectif des lois de ratification devra se faire dans des délais raisonnables.

** Selon la deuxième série de griefs, l'article 38 de la Constitution n'avait pas été respecté*

L'article 38 de la Constitution permet au gouvernement, « pour l'exécution de son programme », de demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les mots « pour l'exécution de son programme » ont été interprétés, par le Conseil constitutionnel, non comme un renvoi à la notion de « programme » figurant à l'article 49 de la Constitution, mais comme imposant au gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement tant la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances (déc. n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Rec.* p. 31, cons. 3), que leur domaine d'intervention (déc. n° 86-207 DC et 86-208 DC, préc. ; déc. n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, *Rec.* p. 269, cons. 15 à 17).

Invoquant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'obligation, pour le gouvernement, d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par ordonnances, les requérants estimaient que le gouvernement n'avait pas respecté cette exigence en l'espèce. Les précisions indispensables auraient dû, exposait la saisine, porter sur les questions de fond à régler par la codification et non se borner à évoquer la nécessité de « résorber le retard enregistré dans la procédure de codification ».

Les requérants présentaient donc comme subalterne - et, pour tout dire, indigne de motiver le recours à l'article 38 de la Constitution - l'urgence qu'il y a à surmonter le goulot d'étranglement parlementaire pour mener à bien le programme de codification. Mais une telle justification n'est nullement étrangère aux motifs susceptibles d'inspirer légitimement l'utilisation d'ordonnances, puisqu'elle est consubstantielle à l'intérêt général qui s'attache à rendre plus effective la connaissance de la loi par les citoyens.

Bien plus : le recours à l'article 38, pour mener à bien la codification du droit interne en surmontant l'obstacle constitué par l'embouteillage des textes au Parlement, concourait à l'accessibilité et

à l'intelligibilité de la loi, dans lesquelles le Conseil a vu un objectif de valeur constitutionnelle découlant de la combinaison des articles 4 (11), 5 (12), 6 (13) et 16 (14) de la Déclaration de 1789. A été constitutionnalisée de la sorte une nouvelle composante de la sécurité juridique (cf. déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Rec.* p. 315, cons. 2 à 7 ; *AJDA* 1999, p. 22 ; *RFDA* 1999, p. 89, note B. Mathieu ; déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. 35 et 36, commentaire aux *Petites Affiches* 1er décembre 1999).

Pour le reste, les griefs tirés de l'imprécision du dispositif manquaient en fait. En effet, le texte même de la loi d'habilitation fixe le périmètre d'intervention des ordonnances (les matières législatives englobées par les neuf codes dont elle dresse la liste) et impose - précision évidemment capitale - que la codification se fasse à droit constant et dans le respect de la hiérarchie des normes.

Les seules marges de manoeuvre laissées aux auteurs des ordonnances portent sur l'établissement de tables de matières, sur le rattachement de telle disposition existante à tel code plutôt qu'à tel autre, sur la cohérence rédactionnelle, sur l'« harmonisation de l'état du droit » et sur l'extension de la législation existante aux collectivités d'outre-mer, moyennant les adaptations nécessaires. Par contre, la ventilation des dispositions, selon leur nature juridique, entre articles en « L » (partie législative) et articles en « R » (partie réglementaire) ne confère pas une réelle marge de manoeuvre au codificateur, puisque sa compétence est alors liée par les articles 34 à 37 de la Constitution, dont la portée a été précisée par les jurisprudences concordantes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat.

On ajoutera que l'examen de la loi d'habilitation a permis au Parlement de débattre, pour la première fois, d'un programme de codification « à droit constant » et de la méthodologie à suivre.

Comparée à d'autres dispositifs d'habilitation dont le Conseil a eu à connaître (déc. n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Rec.* p. 15 ; déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Rec.* p. 61 ; déc. n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986, *Rec.* p. 78 ; déc. n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, *Rec.* p. 269), et qui confiaient aux ordonnances le soin de réformer le fond du droit dans des domaines aussi importants que les privatisations, le découpage des circonscriptions électorales ou la sécurité sociale, la présente habilitation apparaît donc comme délimitant beaucoup plus strictement le pouvoir donné aux auteurs des ordonnances de modifier l'ordonnancement juridique.

Si l'article 38 ne permettait pas la codification à droit constant, que permettrait-il au juste ?

Ce sont donc les prérogatives parlementaires que les requérants semblaient vouloir faire prévaloir sur un article clé de la Constitution de la Ve République, dont l'objet est précisément d'armer le pouvoir exécutif, dans certaines limites certes, en matière législative. Ces limites sont, en l'espèce, loin d'être outrepassées.

Une formule - issue d'un amendement de la commission des lois du Sénat - pouvait, il est vrai, faire quelque difficulté, même si les requérants n'en soufflaient mot. C'est celle qui invite les auteurs des ordonnances à « harmoniser l'état du droit ». Mais il ressort des travaux parlementaires que cette formule ne doit pas être comprise largement. Elle permettra seulement aux ordonnances de remédier à des incompatibilités patentées entre dispositions à codifier, dans le sens le plus conforme aux exigences constitutionnelles, à l'économie générale d'un texte ou à l'évolution générale de la législation. Ainsi, le rapporteur de l'Assemblée nationale déclarait-il le 23 novembre 1999 : « Le respect du droit constant laisse toutefois subsister des possibilités d'aménagement : que soient respectées la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes. Le Sénat a souhaité ajouter à ces deux principes traditionnels la possibilité pour la Commission supérieure de codification de lever toute difficulté qui pourrait résulter du rapprochement dans un code de plusieurs textes de sources différentes. Aujourd'hui, le Code pénal et le Code de la route contiennent tous deux des infractions définies en des termes identiques mais réprimées de peines différentes. Cette situation, qui n'est pas unique, résulte de l'absence d'abrogation de textes antérieurs au moment de l'adoption de la nouvelle législation ».

Cette interprétation était confirmée par les observations du gouvernement : « La possibilité, ouverte au codificateur, de procéder à une harmonisation du droit permettra de résoudre de telles contradictions ou de combler ses lacunes, dans le sens le plus conforme à l'économie générale d'un texte ou à l'évolution de la législation ».

**La loi d'habilitation, était-il soutenu en troisième lieu, méconnaissait les règles et principes de valeur constitutionnelle*

Pour les requérants, le Conseil constitutionnel devait non seulement vérifier que les conditions posées par l'article 38 de la Constitution étaient bien respectées, mais encore que le texte des codes déjà rédigés était constitutionnel.

En effet, était-il exposé, s'agissant par exemple du Code de l'éducation, l'abrogation de dispositions antérieures pourrait conduire à priver de garantie telle ou telle exigence constitutionnelle (l'indépendance des professeurs d'Université, la liberté de l'enseignement...) sans les remplacer par des garanties équivalentes (déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Rec. p. 36*, cons. 6 à 15).

Cette argumentation ne pouvait qu'être rejetée.

Bien évidemment, une loi d'habilitation ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des principes constitutionnels (déc. n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Rec. p. 15*, cons. 6 ; déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Rec. p. 61*, cons. 14).

Mais tout risque de modification subreptice des règles de fond existantes est précisément écarté en l'espèce puisque la codification doit se faire à droit constant. Les craintes exprimées par les requérants étaient donc vaines.

De surcroît, les auteurs des ordonnances devront respecter la hiérarchie des normes, qu'il s'agisse de la supériorité des règles et principes constitutionnels eux-mêmes, de la primauté des traités sur les lois énoncée par l'article 55 de la Constitution, de la répartition des matières entre loi et règlement imposée par ses articles 34 et 37 ou de la prohibition, faite au législateur ordinaire par ses articles 46, 47 et 47-1, d'empiéter sur le domaine exclusif des lois organiques, des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale. La référence à la hiérarchie des normes figurant à l'article 1er de la loi déferée, outre qu'elle est parfaitement claire dans sa portée, ne conduira nullement les auteurs des ordonnances sur des chemins inconstitutionnels, tout au contraire.

Pour sa part, l'examen des neuf codes auquel la requête conviait aimablement le Conseil constitutionnel, outre qu'il était concrètement impossible à mener à bien dans le délai fixé par l'article 61 de la Constitution, était étranger au contrôle de constitutionnalité de la loi d'habilitation. Même si le texte de certains des neuf codes en cause était d'ores et déjà stabilisé à la date de la saisine, c'est au Conseil d'Etat qu'il revient d'en vérifier la constitutionnalité : d'abord, à titre consultatif, puis, le cas échéant, dans ses formations contentieuses, du moins tant que la ratification n'est pas intervenue. Ce n'est que s'il est saisi d'une loi ratifiant explicitement ou implicitement tout ou partie d'un code que le Conseil constitutionnel sera à son tour appelé à contrôler le contenu même des ordonnances.

Enfin, la querelle de constitutionnalité faite à la loi d'habilitation était d'autant moins de mise que, comme il a été dit à propos du précédent grief, la codification poursuit un objectif de valeur constitutionnelle. L'urgence qui s'attache à la poursuite du programme de codification, compte tenu du retard dû à l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire, justifie le recours aux ordonnances au regard du nouvel objectif de valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil.

** Une quatrième critique dénonçait le basculement massif dans le domaine réglementaire des législations appelées à figurer dans les neuf codes*

Il est exact que, jusqu'à leur ratification (explicite ou implicite), les dispositions de nature législative qui vont être codifiées suivront le régime contentieux des actes réglementaires. Mais, d'une part, elles n'en deviendront pas pour autant des règlements, puisqu'elles ne pourront jamais être modifiées par décret et, passé le délai d'habilitation, ne pourront plus l'être que par la loi ; d'autre part, on ne voit pas en quoi serait contraire à la Constitution la situation dénoncée, même si elle expose le contenu des codes issus des ordonnances, jusqu'à leur ratification, à la censure du juge administratif (15), notamment par la voie de l'exception d'illégalité. Là encore, c'était contre le mécanisme même de l'article 38 de la Constitution que semblait militer la saisine.

** Etait dénoncé, en cinquième lieu, un détournement de la procédure prévue par le deuxième*

alinéa de l'article 37 de la Constitution pour le « déclassé » des dispositions de forme législative et de nature réglementaire

Si on la comprend bien, cette argumentation supposait un monopole absolu du Conseil constitutionnel sur le déclassé des dispositions de forme législative et de nature réglementaire postérieures à 1958. Elle était inexacte.

Certes, le pouvoir réglementaire ne peut opérer un tel déclassé sans avoir recueilli au préalable l'assentiment du Conseil constitutionnel, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution.

Il n'en reste pas moins que le législateur peut, lui, abroger des dispositions législatives pour tout motif non inconstitutionnel et notamment parce qu'il estime qu'elles sont de nature réglementaire. Or, en vertu de l'article 38 de la Constitution, les auteurs d'une ordonnance peuvent faire, dans le champ de l'habilitation, tout ce que le législateur ordinaire peut faire. Il n'est nul besoin, pour cela, d'une habilitation expresse, comme le soutenait le mémoire complémentaire du 30 novembre 1999.

En l'espèce, point ne sera besoin, pour le gouvernement, de saisir le Conseil constitutionnel des déclassés réalisés par les ordonnances de codification. En revanche, le Conseil d'Etat aura à en connaître lorsqu'il sera saisi des projets d'ordonnances.

** Les requérants soutenaient enfin que les dispositions de la loi d'habilitation relatives à l'outre-mer portaient atteinte aux articles 74 et 77 de la Constitution*

Les nombreuses matières sur lesquelles portera la codification, était-il exposé, touchent aux compétences dévolues par l'article 74 de la Constitution aux territoires d'outre-mer, ainsi qu'à celles dévolues, en vertu de l'article 77 de la Constitution, à la Nouvelle-Calédonie. La loi contestée portait donc atteinte, pour les saisissants, aux compétences des collectivités d'outre-mer et aurait dû, en tout cas, faire l'objet de la procédure de consultation organisée par la Constitution.

Aux termes de l'article 74 de la Constitution (applicable, à la date de la décision n° 99-421 DC, en Polynésie et à Wallis-et-Futuna) : « Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République.

« Les statuts des territoires d'outre-mer sont fixés par des lois organiques qui définissent, notamment, les compétences de leurs institutions propres, et modifiés, dans la même forme, après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.

« Les autres modalités de leur organisation particulière sont définies et modifiées par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée. »

Pour sa part, l'article 90 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, prise en application de l'article 77 de la Constitution, dispose en son premier alinéa que « le Congrès est consulté par le haut-commissaire, avant leur examen par le Conseil d'Etat, sur les projets de loi et sur les projets d'ordonnance, lorsqu'ils introduisent, modifient ou suppriment des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie ».

Ces dispositions n'ont pas été méconnues. Tout d'abord, en effet, ainsi que l'indiquait l'exposé des motifs du projet de loi, les ordonnances ne porteront que sur les matières relevant des compétences de l'Etat.

Par ailleurs, les ordonnances ne sauraient empiéter sur le domaine réservé à la loi organique par les articles 74 et 77 de la Constitution, puisque son article 38 ne permet pas au gouvernement d'intervenir dans le domaine organique (déc. n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Rec. p. 15, cons. 3 à 4).

Enfin, le projet de loi d'habilitation n'avait pas à être soumis à l'avis des assemblées locales, dès lors que cette loi ne modifie pas par elle-même l'organisation particulière des collectivités d'outre-mer. En effet, elle n'introduit, ne modifie, ni ne supprime par elle-même aucune disposition spécifique à ces collectivités (déc. n° 94-342 DC du 7 juillet 1994, *Rec.* p. 92, cons. 5).

En revanche, les ordonnances devront être soumises en temps utile à l'avis des instances compétentes des collectivités d'outre-mer intéressées dans la mesure requise par les lois statutaires (par exemple, pour la Nouvelle-Calédonie, par l'article 90 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999).

La décision commentée aurait donc pu rejeter le grief comme inopérant. Par économie de moyens, elle l'a plus simplement rejeté comme manquant en fait, car les instances compétentes des collectivités d'outre-mer intéressées ont bel et bien été consultées avant la fin de la première lecture devant la première assemblée parlementaire saisie.

En conclusion, le principal apport de la décision n° 99-421 DC est la qualification d'« objectif de valeur constitutionnelle » donnée à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi.

La reconnaissance de ce nouvel objectif de valeur constitutionnelle, qui s'ajoute à l'exigence de clarté législative déjà déduite par le Conseil de l'article 34 de la Constitution (cf. déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Rec.* p. 258, cons. 7 et 10 ; chronique J.-E. Schoettl, in *AJDA* 1998, p. 495 ; déc. n° 98-404 DC, préc. ; déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, cons. 3 et 5, *RFDA* 2000, p. 109, note L. Baghestani-Perrey), ne sera pas sans conséquences concrètes sur le travail législatif.

D'une part, l'obligation à laquelle elle soumet le législateur, pour n'être pas nouvelle (elle s'est toujours imposée du point de vue de la bonne administration et de la morale démocratique), acquiert rang constitutionnel : sauf à encourir une censure, le législateur ne devra désormais s'écarter que pour de bons motifs de ce nouvel objectif (16).

Mais, d'autre part, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de cet objectif offre au législateur un degré de liberté nouveau. En effet, la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle permet à la loi, sinon de s'affranchir, du moins de tempérer d'autres exigences constitutionnelles dans le cadre de la recherche d'une conciliation entre impératifs éventuellement divergents (par exemple : déc. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Rec.* p. 276, cons. 2 à 7). Ainsi, le souci de rendre un dispositif simple et lisible devrait désormais atténuer la soumission du législateur à l'application rigoureuse de certains principes constitutionnels (égalité par exemple).

La décision rappelle en outre que l'article 38 de la Constitution reste inscrit en toutes lettres dans la Constitution de la Ve République.

Mots clés :

CONSTITUTION * Normes à valeur constitutionnelle

(1) *JO* 22 décembre 1999, p. 19041.

(2) Ainsi, l'élaboration de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 sur l'intercommunalité a-t-elle tiré profit de l'adoption préalable du Code général des collectivités territoriales.

(3) Sous la IVe République et sous la Ve, jusqu'en 1982, la codification s'est faite par décrets. Son inconvénient était de superposer les nouvelles dispositions aux anciennes, lesquelles, ne pouvant être abrogées par le pouvoir réglementaire lorsqu'elles procédaient de la loi, subsistaient dans l'ordonnement juridique. Cette juxtaposition était particulièrement source de confusion lorsque les dispositions antérieures à la codification et celles qui en étaient issues, à l'origine identiques, connaissaient des évolutions divergentes, par exemple

parce que le législateur modifiait certaines des nouvelles dispositions, leur conférant ainsi (mais à elles seules) un rang législatif.

(4) Dont la genèse est ainsi retracée, ce qui n'est pas indifférent lorsque la source législative est ancienne ou emblématique.

(5) Comme en attestent les circulaires consacrées à la codification par les Premiers ministres successifs, depuis celle du 15 juin 1987 (*JO* 17 juin 1987, p. 6459), revêtue de la signature de Jacques Chirac, jusqu'à celle du 30 mai 1996 (*JO* 5 juin 1996, p. 8263), signée par Alain Juppé.

(6) Communication depuis le 30 octobre 1996, éducation et livre VII du Code rural depuis 30 juillet 1997, environnement depuis le 22 mai 1998 et commerce depuis le 22 janvier 1999.

(7) Santé publique, justice administrative, action sociale et livre IX du Code rural.

(8) Celles mises en avant, tant dans l'exception d'irrecevabilité défendue à l'Assemblée nationale que dans le recours, dénoncent une atteinte à la séparation des pouvoirs. Cela ne revient-il pas, à peu de chose près, à contester la constitutionnalité... de l'article 38 de la Constitution ?

(9) Un député signataire (Pierre Albertini) a demandé au Conseil de ne pas le compter parmi les requérants, en invoquant non une falsification de sa signature ou un vice de consentement, mais la « confusion qui a accompagné la signature de cette saisine ». Cette demande se heurtait à la jurisprudence dégagée par la décision n° 96-386 du 30 décembre 1996 (*Rec.* p. 154, cons. 1 à 5).

(10) Comme l'illustrent, encore récemment, dans un domaine proche de la codification, les amendements apportés, à l'occasion de leur ratification, à diverses ordonnances de 1998 prises en application de la loi n° 98-145 du 6 mars 1998 portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnances les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable outre-mer (rapport n° 75 du Sénat, 16 novembre 1999 ; Sénat, débats, séance du 24 novembre 1999 ; loi n° 99-1038 du 9 décembre 1999, *JO* 12 décembre 1999, p. 18509).

(11) Aux termes duquel « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être fixées que par la loi ».

(12) Aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

(13) Aux termes duquel « elle [la loi] doit être la même pour tous ».

(14) Aux termes duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a pas de Constitution ».

(15) Risque dont la réalisation est cependant peu probable, la codification se faisant à droit constant.

(16) Première conséquence pratique : des moyens suffisants doivent être alloués à la codification, qu'il s'agisse des moyens propres à la Commission supérieure ou de ceux affectés à son environnement (groupes de travail ministériels, Conseil d'Etat, outils informatiques). L'aide apportée aux banques de données juridiques participe également désormais de la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle : l'accessibilité de la norme. En ce sens, V. la décision du Conseil d'Etat du 17 décembre 1997 (*Ordre des avocats à la cour de Paris, Leb.* p. 491), qui juge que « la mise à disposition et la diffusion de textes [...] constituent une mission de service public au bon accomplissement duquel il appartient à l'Etat de veiller ».

