



HAL
open science

Les lois de programmation, ou les ambiguïtés de la conception de la loi sous la Ve République

Guillaume Protière

► **To cite this version:**

Guillaume Protière. Les lois de programmation, ou les ambiguïtés de la conception de la loi sous la Ve République. Les Petites Affiches, 2008, 97, p. 38-41. hal-00826677

HAL Id: hal-00826677

<https://hal.science/hal-00826677v1>

Submitted on 28 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les lois de programmation, ou les ambiguïtés de la conception de la loi sous la V^e République

Commentaire de l'article 11 du projet de loi constitutionnelle modifiant les institutions

Guillaume Protière, Docteur en droit de l'Université Lyon 2
Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit d'Avignon

La Constitution du 4 octobre 1958 a-t-elle un problème avec la loi ? Si la question peut paraître abrupte, un bref regard sur l'histoire et l'évolution contemporaine des institutions donne quelque légitimité à l'interrogation. En ce sens, la modification proposée de l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution illustre parfaitement les ambiguïtés de la conception de la loi sous la V^e République.

Le régime institué en 1958 rompt avec ses devancières en complétant la définition formelle de la loi par une détermination matérielle de son domaine. Il s'agit, dans l'intention du constituant originaire, d'assurer la prééminence de la Constitution sur la loi et de renforcer l'Exécutif au détriment du Parlement. Si la doctrine a cru pouvoir déceler dans cette nouveauté une révolution, l'assouplissement de l'acception matérielle de la loi par le Conseil constitutionnel¹ a nuancé cette impression, ainsi que l'exprime la célèbre formule « la révolution n'a pas eu lieu ! »². Ce n'est que récemment que le Juge constitutionnel, soucieux d'en garantir la qualité, est revenu à une conception matérielle de la loi, fondée sur une « exigence constitutionnelle de normativité »³. La *question* de la loi sous la V^e République est alors réapparue, trouvant dans les lois de programme un terrain particulièrement fécond et révélateur des limites d'une définition fondée sur un critère principal, si ce n'est exclusif. La difficulté est alors de parvenir à une articulation équilibrée des différents critères (formel, matériel et fonctionnel), qui apparaissent comme autant d'enjeux que la loi doit satisfaire. En ce sens, le Comité constitutionnel d'abord⁴, puis l'article 11 du projet commenté entendent, malgré une formulation laconique, retrouver un équilibre entre ces trois critères.

À cette fin, le projet cherche à restaurer une conception formelle de la loi (**II.**) qui surmonterait les écueils de la conception essentiellement matérielle adoptée dans la jurisprudence constitutionnelle (**I.**).

I. LA CONCEPTION MATERIELLE DE LA LOI OU LA MISE EN PERIL DES LOIS DE PROGRAMME

Les ambiguïtés à l'origine de la réforme des lois de programme trouvent leur source dans la nouvelle politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui vise à restaurer la normativité de la loi. Une telle velléité a en effet conduit la Haute juridiction à un revirement de jurisprudence fondamental : alors qu'elle se contentait de nier la valeur juridique des

¹ CC, déc. n° 82-142 DC, 27 juillet 1982, *Rec.* p. 52 et CC, déc. n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Rec.* p. 57.

² Selon l'expression de Jean RIVERO, « Rapport de synthèse », in *Le domaine de la loi et du règlement*, Paris, Economica-PUAM, 1981, 2^e éd., pp. 262-263.

³ SABETE (Wagdi), « L'exigence de "portée normative" de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme », *RRJ-Droit prospectif*, 2005, 4, p. 2241.

⁴ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e République plus démocratique*, p. 40. Proposition n° 29.

dispositions dépourvues de toute portée normative⁵, elle les censure désormais selon l'idée que « *la loi étant définie par sa portée normative (elle prescrit, interdit, autorise...), un énoncé sans portée normative n'est pas une loi et ne peut pas figurer dans une loi, car, étant voté (voire amendé) en même temps que la loi qui le porte, il conduirait le Parlement à se prononcer par un vote sur un texte non prévu par la Constitution* »⁶. L'adoption d'une disposition non normative est dès lors assimilée à un vice d'incompétence du législateur. Il est toutefois une catégorie de textes pour laquelle la Haute juridiction a fait montre d'une certaine souplesse, en maintenant sa jurisprudence : il a ainsi été admis que les lois de programme constituent une exception⁷ à l'exigence constitutionnelle de normativité ; elles peuvent de ce fait contenir des dispositions non normatives sans que le Juge constitutionnel les censure. La prise en compte de la spécificité de ces textes n'a toutefois été opérée qu'au prix d'ambiguïtés qui brouillent la lisibilité de la jurisprudence constitutionnelle. Deux séries de considérations, que le projet tente de surmonter, illustrent ce constat.

Premier point, les dispositions dépourvues de toute portée normative figurant dans les lois de programme, si elles sont tolérées, n'échappent pas toujours à la censure. La jurisprudence constitutionnelle distingue en ce sens trois types de dispositions dépourvues de toute portée normative, qui expriment une gradation des conditions de tolérance de l'absence de normativité. Les dispositions non normatives définissant ou contribuant à définir des « *objectifs à l'action économique ou sociale de l'État* » sont admises. Le Juge constitutionnel, constatant qu'elles « *sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue à l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution* »⁸, ne les censure pas. Ce sont elles, il est vrai, qui assurent la particularité fonctionnelle des lois de programme⁹. *A contrario*, une loi de programme ne peut comprendre de « *définitions non normatives* »¹⁰ ; à l'instar des dispositions identiques figurant dans les lois ordinaires et organiques¹¹, celles-ci sont censurées¹². Cette censure se justifie alors par le fait que ces dispositions ne participent pas à la fonction particulière assumée par les lois de programme et perdent ainsi leur immunité. Entre ces deux types de dispositions, les « *orientations* » connaissent un régime dual : si elles sortent du champ matériel des lois de programme, ces dispositions sont censurées¹³ tandis que si au contraire leur champ le rejoint, le juge les subsume sous cette catégorie et ne les censure pas¹⁴. Cette partielle subsumption des dispositions « *d'orientation* » sous la notion de loi de programme altère alors l'homogénéité et la lisibilité de l'édifice jurisprudentiel ; retenir le critère matériel comme élément déterminant pour opérer une discrimination entre des dispositions déterminant des

⁵ À titre d'exemple, CC, déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Rec.* p. 258. Cons. 18-19.

⁶ « *Commentaire de la déc. n° 2005-512 DC* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Site Internet du Conseil constitutionnel.

⁷ Certains auteurs y ont ainsi vu une « *soupe* » de la nouvelle politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel, CAMBY (Jean-Pierre), « *La loi et la norme (À propos de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005)* », *RDP*, 2005, p. 863.

⁸ CC, déc. n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Rec.* p. 72. Cons. 12. Avec une formulation légèrement différente, CC, déc. n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Rec.* p. 102. Cons. 7.

⁹ Voir en ce sens le commentaire de la décision 512 DC paru aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc.

¹⁰ C'est-à-dire des dispositions qui n'assurent pas une qualification de ce qui doit être qualifié, ne déterminent pas nettement le champ d'application de la loi et ne structurent pas le fond du droit, selon les trois éléments retenus par Didier TRUCHET, « *Les définitions législatives* », in DRAGO (Roland), *La confection de la loi*, Paris, P.U.F., 2005, pp. 198-199.

¹¹ Pour l'exemple de la censure d'une disposition tautologique, CC, déc. n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Rec.* p. 116.

¹² CC, déc. n° 2005-512 DC, préc. Cons. 16-17.

¹³ CC, déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Rec.* p. 198. Cons. 21.

¹⁴ CC, déc. n° 2005-512 DC, préc. Cons. 11-12.

objectifs (donc rattachables à la catégorie « loi de programme ») et des dispositions énonçant de simple « orientations » (c'est-à-dire des définitions non programmatiques) conduit en effet à une distinction à géométrie variable, certaines dispositions, formellement litigieuses, pouvant être « sauvées » en raison de leur matière. Un tel sauvetage de dispositions non programmatiques dépourvues de toute portée normative sur le seul fondement matériel rompt alors avec la conception rigoureuse de la compétence du Parlement adoptée depuis la décision 460 DC. Or, de deux choses l'une : soit le Parlement est incompétent pour adopter des dispositions non programmatiques, le juge devant alors les censurer quelque soit leur domaine, soit il ne l'est pas et le rattachement aux lois de programme est inutile. Sur ce point, la position du Conseil, dont la logique est pour le moins absconse, ne parvient qu'à altérer la cohérence de deux instruments légaux – les lois d'orientation et les lois de programme – qu'elle assimile partiellement, nonobstant leurs différences¹⁵.

Second point, connexe au précédent, la valeur normative des dispositions contenues dans les lois de programme apparaît incertaine, sans qu'aucun critère formel ne permette de la déterminer. La décision 512 DC a pourtant paru différencier la portée *normative* de la loi de celle du rapport annexe qui n'est pas « revêtu de la portée normative qui s'attache à la loi » (cons. 12). Deux éléments peuvent toutefois nuancer et tempérer l'impression tirée de la décision d'avril 2005. La décision 460 DC, tout d'abord, admet que le rapport annexe retraçant la programmation des moyens de la sécurité intérieure bénéficie de la « valeur normative qui s'attache aux lois de programme » (cons. 21). *A contrario*, le même considérant refuse qu'un rapport annexe retraçant les « orientations de la politique de sécurité intérieure » soit « revêtu de la valeur normative qui s'attache à la loi » (cons. 21)¹⁶, le Conseil constitutionnel fondant ici la différence de portée normative non pas sur un critère formel, mais sur des considérations matérielles. Cette impression d'une acception matérielle plus que formelle des fondements de la normativité est confirmée par la décision 516 DC. Dans celle-ci, le Conseil, qui doit apprécier la portée normative des articles 1^{er} à 6 de la loi déferée, dispositions qui se trouvaient dans un rapport annexe lors du dépôt du projet et qui furent introduites dans le corps de texte au cours des débats, adopte une conception matérielle des dispositions litigieuses, dont il constate le défaut de normativité, sans pour autant les censurer. La valeur normative des dispositions d'une loi de programme ne paraît donc pas être fonction de l'endroit où elles se trouvent dans le texte (un rapport peut se voir reconnu une valeur normative, des dispositions du corps de la loi ne pas en jouir), mais du contenu de la disposition. Les lois de programme sont ainsi envisagées à l'aune d'une conception matérielle de la loi qui laisse la portée normative de leurs dispositions dans le flou et la doctrine pour le moins dubitative.

Face aux incertitudes auxquelles aboutit la jurisprudence constitutionnelle, le projet de loi de réforme des institutions entend renforcer l'unité formelle des lois de programme, devenues lois de programmation.

¹⁵ MESNARD (André-Hubert), « La notion de loi d'orientation sous la V^e République », *RDP*, 1977, p. 1153.

¹⁶ Sur ce point, la décision 460 DC amène à relativiser l'affirmation du Rapport du Comité Ballardur sur la dénégation de toute portée normative aux rapports annexes. Voir Comité de réflexion..., *Une V^e République plus démocratique*, p. 40.

II. LES LOIS DE PROGRAMMATION FACE AUX LIMITES D'UNE CONCEPTION FORMELLE DE LA LOI

L'article 11 du projet de loi constitutionnelle commenté tend à modifier l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution. Celui-ci serait désormais rédigé ainsi : « *des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État* ». Il apporte ce faisant deux modifications en remplaçant l'expression « loi de programme » et en supprimant la mention de leur caractère économique ou social. Une première remarque, préliminaire, s'impose : l'expression « loi de programmation » n'est pas nouvelle. Une rapide consultation du moteur de recherche *Légifrance* permet de constater que dix-sept lois ou lois rectificatives comportent le terme dans leur titre¹⁷. Le Conseil lui-même a déjà eu à en connaître sans qu'il accorde une attention particulière à l'expression. Au contraire, il a semblé assimiler les lois de programmation aux lois de programme¹⁸ ; la modification terminologique proposée s'inscrit ainsi dans une certaine continuité de la pratique existante. Aussi, est-ce la suppression de la restriction matérielle du champ de ces lois qui constitue l'apport essentiel de la nouvelle rédaction. Celle-ci permet de soutenir l'idée selon laquelle le projet entend promouvoir une conception des lois de programmation moins tributaire de considérations matérielles. Pour ce faire, le projet semble poser ses pas dans ceux de la juridiction constitutionnelle et reprendre l'assimilation qu'elle opère entre lois de programme et lois d'orientation ; postuler le dépassement de la jurisprudence constitutionnelle grâce à la suppression du critère matériel implique en effet que le projet fusionne ces deux instruments dans la notion de loi de programmation.

Si l'on admet ce cadre normatif préalable, une telle évolution devrait permettre de rétablir le champ des lois d'orientation tel qu'il existait avant la décision 460 DC. L'analyse des différentes dispositions non normatives a en effet montré que le Conseil constitutionnel s'appuyait sur le critère matériel pour censurer ou valider les orientations figurant dans la loi. En supprimant ce critère, le projet devrait permettre de surmonter la position adoptée par le juge constitutionnel et étendre le « bouclier » des lois de programmation à l'ensemble des dispositions d'orientations qui apparaissent désormais comme faisant partie intégrante (et non plus seulement ponctuellement selon la qualification du juge) de cette notion. Cette disposition appelle ainsi à un retour au *statu quo ante* de la jurisprudence constitutionnelle¹⁹. Une telle rédaction pourrait toutefois conduire le juge constitutionnel à resserrer sa jurisprudence. S'il lui était loisible de rattacher les dispositions d'orientation à caractère économique ou social à la notion de loi de programme, notamment parce qu'une telle opération était rare, il est possible que le juge, désireux de prévenir tout retour du bavardage législatif, retienne une conception plus stricte des dispositions non normatives tolérées, qui correspondraient aux seules dispositions définissant des « objectifs » quantitatifs et qualitatifs. Dans ce cas, la nouvelle rédaction conduirait à une situation moins favorable au Parlement, mais tout de même plus claire que la situation actuelle. Une telle évolution de la jurisprudence paraît néanmoins peu probable en l'état ; d'autant que le projet s'inspire sur ce point de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a incité au rapprochement entre lois d'orientation et de programme, et partant, entre « orientation » et objectif.

¹⁷ De la loi n° 76-531 du 19 juin 1976 portant approbation de la programmation militaire pour les années 1977-1982 (*JORF*, 20 juin 1976, p. 3699) à la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (*JORF*, 27 janvier 2005, p. 1411).

¹⁸ CC, déc. 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *Rec.* p. 33.

¹⁹ À titre d'exemple, voir CC, déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Rec.* p. 204 ou déc. n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Rec.* p. 430.

Si elle apparaît positive, la suppression de la restriction du champ des lois de programmation appelle néanmoins une critique. Le projet procède logiquement à l'harmonisation de la rédaction de la Constitution, en mentionnant également les lois de programmation à l'article 70 de la Constitution²⁰ ; on ne peut cependant que regretter que le reste de cet article demeure largement inchangé. Cela conduit en effet à un régime dual des lois de programmation : les projets de loi de programmation à caractère économique ou social demeurent soumis à l'avis du Conseil économique et social tandis que les autres échappent à cette obligation. Cette différenciation apparaît critiquable, en ce qu'elle maintient une distinction matérielle dans un régime juridique, fragile, que l'on cherche à harmoniser d'un point de vue formel. Elle l'est d'autant plus que le Conseil constitutionnel retient une conception extensive du domaine économique ou social²¹, qui atténue sensiblement la pertinence du maintien d'une telle différence. Il y a donc là une inutile source de complexification.

Malgré cette dernière remarque, la suppression de la restriction matérielle du champ des lois de programmation devrait permettre de donner une plus grande homogénéité aux dispositions non normatives dont la présence est tolérée par le juge constitutionnel, celle-ci étant fondée sur le type de loi en jeu (donc sur un critère formel) et non plus sur la matière de la disposition. Si dans ce cas, le projet paraît pouvoir promouvoir une lecture formelle des lois de programmation qui dépasse l'état de la jurisprudence constitutionnelle, il n'est en revanche pas certain qu'il connaisse un sort aussi favorable dans la clarification de la valeur normative des dispositions contenues dans les lois de programmation.

Sur ce point, la suppression de la mention du caractère économique et social des lois de programme ne modifie pas les fondements de la conception matérielle comme creuset de la normativité. En effet, celle-ci repose sur une double appréhension du contenu de la norme qui articule son champ, condition nécessaire à la qualification de loi de programme (et donc à l'évitement de la censure), et sa forme (énoncé prescriptif²² ou descriptif), condition de sa normativité. Ce dernier élément, largement à la discrétion du juge, varie, ainsi qu'il a été vu plus haut, sans qu'aucun critère formel ne soit déterminant pour en comprendre, encore moins en prévoir, la logique. Or, le projet ne modifie en rien cet équilibre, laissant les conditions d'interprétation du juge constitutionnel inchangées. Celui-ci pourra donc continuer d'apprécier *in concreto* les lois de programmation et les rapports qui leur sont annexés. L'apport de la réforme ne devrait, ici, être que minimal et s'inscrire dans l'assimilation déjà mentionnée des lois de programme et d'orientation. À titre d'exemple, la distinction opérée par le Conseil constitutionnel dans la décision 460 DC ne devrait désormais plus être possible sur le fondement invoqué à l'époque par le juge (le législateur étant désormais compétent pour adopter ce type de mesures). En revanche, celui-ci pourrait tout de même maintenir une telle différence en arguant du caractère prescriptif des dispositions financières et du caractère descriptif des dispositions d'orientation. Les limites de la révision à venir sont alors criantes.

²⁰ Article 30 du projet de loi constitutionnelle.

²¹ Néanmoins, ne relève pas des textes à caractère économique ou social une disposition fiscale – CC, déc. n° 2000-1 LP, 27 janvier 2000, *Rec.* p. 53.

²² Un énoncé impératif n'est toutefois pas toujours considéré comme prescriptif par le Conseil constitutionnel. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS montre également que la « connotation des énoncés » est un élément pris en compte par le Conseil, in « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Site Internet du Conseil constitutionnel.

Pour qu'il en aille différemment, le projet aurait pu mentionner expressément ces rapports ou renvoyer à une loi organique le soin de préciser les conditions d'adoption des lois de programmation. Seule cette mention expresse paraît pouvoir faire prévaloir l'unité formelle des textes législatifs (rapports et loi) comme élément déterminant de leur normativité et seule, elle aurait permis de surmonter la jurisprudence constitutionnelle. Un tempérament doit cependant être mentionné. Quand il est confronté à des rapports annexes prévus dans la loi, le juge administratif retient désormais²³, et contre la volonté du législateur²⁴, une conception matérielle de la loi et dénie toute valeur normative au rapport invoqué²⁵. Ce dernier exemple illustre les limites d'une promotion de l'unité formelle de la loi comme source de normativité ; seule sa conjugaison avec l'homogénéité matérielle des dispositions semble à même de garantir l'uniformité de la valeur normative de l'ensemble du texte (corps de la loi et rapport annexe). Face à ces incertitudes, le législateur pourra toujours faire figurer dans la loi les dispositions du rapport, même s'il n'y a là aucun gage de l'admission de leur normativité (déc. 516 DC). La réforme proposée est donc pour le moins incertaine sur ce point.

La révision de l'avant-dernier alinéa de l'article 34 apparaît *in fine* lestée de quelques incertitudes. Il ne faudrait toutefois pas en déduire son inutilité. En confirmant l'assimilation des lois de programme et d'orientation, elle rend en effet une marge de manœuvre au législateur, qui, sans l'inciter à redevenir bavard, lui permet de consacrer la fonction sociopolitique de la loi. Le débat qui aura lieu au sujet de cet article ne devra en ce sens pas oublier les enjeux : adopter une conception normative de la loi est un *choix* du juge constitutionnel. Or, ce choix peut être discuté et l'on peut en préférer un autre. Si l'on peut comprendre la position du juge, il ne faudrait pas que le législateur se laisse vampiriser et enfermer dans un débat sur la normativité. La dimension sociopolitique de la loi n'est en effet pas qu'une tare, mais également un moyen de bon gouvernement. Le débat sur les lois de programmation pourrait ainsi permettre la révolte du politique contre la norme. Ce qui serait, dans une certaine mesure, salutaire.

²³ Dans une décision *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, le Conseil d'État (2 mai 1990, *T.* p. 537) avait estimé que ce rapport avait la même valeur qu'une loi et ne pouvait pas être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

²⁴ CAMBY (Jean-Pierre), « La valeur de la loi ? (Au sujet de la décision du Conseil d'État *Rouquette* du 5 mars 1999) », *RDP*, 1999, p. 1229.

²⁵ CE Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Leb.* p. 37.