

## Au Conseil constitutionnel

**Observations sur la conformité à la Constitution  
de la Loi (dite LPR) de Programmation de la  
Recherche pour les années 2021 à 2030  
& portant diverses dispositions  
relatives à la recherche  
et à l'enseignement supérieur**

présentées par  
plusieurs membres & sympathisants  
de l'association COLLECTIF L'UNITE DU DROIT



n° de déclaration : 1847 – JORF du 29 mai 2004 (p. 2649)

numéro préfectoral : W863004881

SIRET 820 555 183 00012

siège : Toulouse.

Représentants légaux : Pr. Mathieu TOUZEIL-DIVINA  
& Dr. Morgan SWEENEY, *enseignants-chercheurs*.

# Au Conseil constitutionnel

## Décision n°2020-810 DC

### Contribution extérieure

**Observations sur la conformité à la Constitution  
de la Loi (dite LPR) de Programmation de la  
Recherche pour les années 2021 à 2030  
& portant diverses dispositions  
relatives à la recherche  
et à l'enseignement supérieur**

présentées par  
plusieurs des membres & sympathisants  
de l'association COLLECTIF L'UNITE DU DROIT

Dr. Mathias **AMILHAT**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole* ;  
Dr. Clément **BENELBAZ**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Savoie Mont-Blanc* ;  
Dr. Fabrice **BIN**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole* ; Dr. Arnaud **CASADO**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris 1 Sorbonne* ; Dr. Carolina **CERDA-GUZMAN**, *Maître de conférences de droit public à l'Université de Bordeaux* ; Dr. Florence **CROUZATIER-DURAND**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole* ;  
Dr. Josépha **DIRRINGER**, *Maîtresse de conférences de droit privé à l'Université Rennes 1* ; Dr. Stéphanie **DOUTEAUD**, *Maître de conférences de droit public à l'Université du Littoral Côte d'Opale* ; M. Tanguy **ELKHEL**, *Doctorant en droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole* ; Dr. Delphine **ESPAGNO-ABADIE**, *Maître de conférences de droit public à Sciences Po Toulouse* ; Dr. Antonin **GELBLAT**, *Enseignant contractuel à l'Université de Grenoble Alpes* ; Dr. Marion **LACAZE**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université de Bordeaux* ; Dr. Arnaud **LAMI**, *Maître de conférences de droit public à l'Université d'Aix-Marseille* ; Dr. Raphaël **MAUREL**, *Maître de conférences de droit public à l'Université de Bourgogne* ; Dr. Baptiste **NICAUD**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université de Limoges* ;  
Dr. Valérie **NICOLAS**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Paris Nanterre* ; Dr. Sophie **PROSPER**, *Docteure en droit privé de l'Université Paris Nanterre* ; Dr. Laurent **ROUSVOAL**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université Rennes 1* ; Dr. Julia **SCHMITZ**, *Maître de conférences de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole* ; Dr. Morgan **SWEENEY**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris Dauphine, Vice-Président du COLLECTIF L'UNITE DU DROIT* ; Dr. Hélène **TISSANDIER**, *Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris Dauphine* ; Dr. Line **TOUZEAU**, *Maître de conférences de droit public à l'Université de Reims* & Pr. Mathieu **TOUZEIL-DIVINA**, *Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Président du COLLECTIF L'UNITE DU DROIT.*

Avec le soutien de Mme la députée de la 2<sup>e</sup> circonscription de la Sarthe Marietta **KARAMANLI**.

**Discussions & observations<sup>1</sup>  
de la conformité à la Constitution  
des articles suivants  
(numérotation utilisée résultant de la consolidation  
issue de la petite Loi n°24<sup>2</sup>) :**

	PAGE
<a href="#"><u>Art. 01, 02 &amp; 03</u></a> ( <i>clarté &amp; sincérité du débat et du budget</i> )	<a href="#"><u>005</u></a>
<a href="#"><u>Art. 04</u></a> ( <i>égalité &amp; Indépendance des enseignants-chercheurs</i> )	<a href="#"><u>011</u></a>
<a href="#"><u>Art. 05</u></a> ( <i>égalité &amp; Indépendance des enseignants-chercheurs</i> )	<a href="#"><u>025</u></a>
<a href="#"><u>Art. 06</u></a> ( <i>accessibilité et clarté de la Loi, responsabilité, indépendance et propriété</i> )	<a href="#"><u>032</u></a>
<a href="#"><u>Art. 07</u></a> ( <i>accessibilité et intelligibilité de la Loi, égalité, domaine législatif</i> )	<a href="#"><u>037</u></a>
<a href="#"><u>Art. 08</u></a> ( <i>indépendance des enseignants-chercheurs</i> )	<a href="#"><u>042</u></a>
<a href="#"><u>Art. 12</u></a> ( <i>accessibilité et intelligibilité de la Loi, égalité</i> )	<a href="#"><u>044</u></a>
<a href="#"><u>Art. 18</u></a> ( <i>normativité, incompétence négative, liberté d'expression &amp; indépendance des enseignants-chercheurs</i> )	<a href="#"><u>046</u></a>
<a href="#"><u>Art. 20</u></a> ( <i>intelligibilité &amp; accessibilité de la Loi</i> )	<a href="#"><u>051</u></a>
<a href="#"><u>Art. 22</u></a> ( <i>service public constitutionnel</i> )	<a href="#"><u>054</u></a>
<a href="#"><u>Art. 23</u></a> ( <i>intelligibilité de la Loi</i> )	<a href="#"><u>056</u></a>
<a href="#"><u>Art. 26</u></a> ( <i>participation des travailleurs, repos &amp; clarté de la norme</i> )	<a href="#"><u>057</u></a>
<a href="#"><u>Art. 27</u></a> ( <i>égalité &amp; Indépendance des enseignants-chercheurs</i> )	<a href="#"><u>059</u></a>
<a href="#"><u>Art. 29</u></a> ( <i>caractère non normatif</i> )	<a href="#"><u>060</u></a>
<a href="#"><u>Art. 37</u></a> ( <i>égalité d'accès &amp; gratuité du service public de l'Université</i> )	<a href="#"><u>061</u></a>
<a href="#"><u>Art. 38</u></a> ( <i>art. 45, art. 05, 07, 08 &amp; 11 DDHC</i> )	<a href="#"><u>064</u></a>
<a href="#"><u>Art. 39 &amp; 40</u></a> ( <i>principe d'égalité</i> )	<a href="#"><u>082</u></a>
<a href="#"><u>Art. 41</u></a> ( <i>accessibilité et intelligibilité de la Loi</i> )	<a href="#"><u>083</u></a>
<a href="#"><u>Art. 42</u></a> ( <i>droit d'amendement – procédure – art. 45</i> )	<a href="#"><u>089</u></a>
<a href="#"><u>Art. 44 , 1-6</u></a> ( <i>autonomie des Outremers &amp; Nouvelle-Calédonie</i> )	<a href="#"><u>091</u></a>
<a href="#"><u>Art. 45</u></a> ( <i>privatisation d'un service public constitutionnel</i> )	<a href="#"><u>094</u></a>
<a href="#"><u>Éléments procéduraux</u></a> ( <i>consultation, cavaliers législatifs, droit d'amendement</i> )	<a href="#"><u>096</u></a>

<sup>1</sup> On a indiqué entre parenthèses les principes constitutionnels sollicités.

<sup>2</sup> Projet de Loi n°116-117 (2020-2021 Commission mixte paritaire) devenu Petite Loi n°24 (Sénat) : <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2020-2021/117.html>.

Au regard des nombreuses inconstitutionnalités présentes dans la Loi de Programmation de la Recherche (LPR) et des importants vices de procédures entachant son adoption, les membres et sympathisants du COLLECTIF L'UNITE DU DROIT demandent au Conseil constitutionnel une **annulation totale de la loi**.

A défaut, il est demandé au Conseil constitutionnel qu'il formule une **injonction à la suspension de la promulgation** de la loi afin que le Comité technique des personnels enseignants titulaires et stagiaires de statut universitaire puisse être consulté.

Si cette injonction n'était pas prononcée, devraient être **censurés selon nous pour inconstitutionnalité les articles 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 12, 18, 20, 22, 23, 26, 27, 29, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44. I. 6° et 45**.

Par ailleurs, le COLLECTIF L'UNITE DU DROIT souhaiterait également que le ou la rapporteur de la décision au sein du Conseil constitutionnel procède à plusieurs **auditions préalables à la délibération** afin que soient entendues les diverses instances représentatives des enseignants-chercheurs, des jeunes chercheurs (doctorants et jeunes docteurs) et des BIATSS. Ces auditions sont indispensables, car elles seules permettraient aux membres du Conseil constitutionnel d'être pleinement éclairés sur la réalité des métiers de la recherche et de l'enseignement supérieur.

## Articles 01, 02 & 03

Les articles 01, 02 et 03 de la LPR constituent le Titre Ier de la Loi et définissent les « orientations relatives à la politique de recherche et les moyens qui lui sont consacrés au cours de la période 2021-2030 ». Ils prévoient donc une programmation budgétaire sur dix années. Cette durée, « particulièrement longue »<sup>3</sup>, « [t]rès inhabituelle pour une Loi de programmation »<sup>4</sup> et même « sans précédent à cet égard pour une Loi de programmation »<sup>5</sup>, fait peser de sérieux doutes sur son caractère réaliste.

Ces deux articles se heurtent à deux principes constitutionnels :

- Les exigences de **clarté et de sincérité du débat parlementaire** ;
- Le principe de **sincérité budgétaire** ;
- Le **droit d'initiative des lois conféré au Premier ministre**.

Discutons-les.

### 1. S'agissant de la contrariété des articles 01 et 02 de la Loi aux exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

Comme vous le rappelez fréquemment, « aux termes de l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La Loi est l'expression de la volonté générale ». Aux termes du premier alinéa de l'article 03 de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ». Ces dispositions imposent le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »<sup>6</sup>.

**En l'occurrence, le débat parlementaire, tronqué, n'a été ni clair, ni sincère.**

Le Projet de Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur dont est issue la Loi déferée a été déposé à l'Assemblée nationale le 22 juillet 2020 après avis du Conseil d'Etat du 09 juillet. D'emblée placé en lecture accélérée – laquelle est semble-t-il devenue le mode normal de législation – il a été examiné en première lecture en séance publique les 21, 22 et 23 septembre. A la suite des modifications substantielles apportées par le Sénat le 30 octobre, de nouveaux amendements ont été introduits à l'occasion de la commission mixte paritaire conclusive réunie le 09 novembre. Après rejet

<sup>3</sup> CE, 09 juillet 2020, Avis sur un projet de Loi de programmation pluriannuelle de la recherche pour les années 2021 à 2030, n° 400328, §7.

<sup>4</sup> Sénat, Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur le projet de Loi de programmation, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, par Mme Laure DARCOS, Sénatrice, 14 octobre 2020, p. 39.

<sup>5</sup> CE, avis du 09 juillet 2020 précité, §7.

<sup>6</sup> En derniers lieux : **Décision n° 2019-795 DC du 20 décembre 2019, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020, §4. V. Décision n° 2019-786 DC du 11 juillet 2019, Résolution clarifiant et actualisant le règlement du Sénat, §3 ; Décision n° 2019-785 DC du 04 juillet 2019, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, §3 ; Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, §35. V. également Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, cons. 5.**

préalable des nouveaux amendements par le Gouvernement, le texte a été voté à l'Assemblée nationale en séance publique le 17 novembre, puis par le Sénat le 20 novembre.

**Il est difficile de comprendre l'urgence qui a conduit, en plein contexte pandémique, le Gouvernement à placer un tel texte en lecture accélérée, alors même que le contexte budgétaire de l'année à venir demeure incertain du fait de l'évolution tout aussi incertaine de la pandémie de Covid-19.** C'est sans doute cette peu compréhensible urgence qui est à l'origine du fait que « *[l]'étude d'impact initialement transmise au Conseil d'Etat est apparue de qualité moyenne et, pour certaines dispositions, insuffisante* »<sup>7</sup>. Une telle accélération, topique d'une certaine conception du débat parlementaire, ne serait peut-être pas critiquable si elle n'avait pas conduit à rendre le processus parlementaire particulièrement peu clair, voire à lui faire perdre tout sens.

Il est en effet difficile de ne pas relever l'absence totale de débat sur le texte proposé à l'issue de la Commission mixte paritaire. Or, les amendements introduits par la Commission mixte paritaire sont particulièrement significatifs, puisqu'ils reviennent sur la trajectoire de sept ans proposée par le Sénat. Le retour à une trajectoire programmatique s'étalant sur dix ans, sur laquelle nous reviendrons en ce qu'elle est elle-même insincère, en l'absence de possibilité de débattre ce point, constitue également une manifestation du caractère insincère des débats parlementaires.

Pour ces raisons, les articles 01 et 02 de la Loi déferée sont contraires à la Constitution.

## 2. S'agissant de la contrariété des articles 01 et 02 de la Loi au principe de sincérité budgétaire.

Depuis l'adoption de la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF), vous jugez de manière constante que « *[s]elon l'article 32 de la Loi organique du 1er août 2001 : « Les lois de finances présentent de façon sincère l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat. Leur sincérité s'apprécie compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement en découler ». Il en résulte que la sincérité de la Loi de finances de l'année se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre qu'elle détermine* »<sup>8</sup>.

A cet égard, il nous semble que l'exigence de sincérité budgétaire est non seulement applicable à la Loi déferée, mais encore que cette dernière lui porte doublement atteinte.

D'abord, nous vous invitons à confirmer que l'exigence de sincérité budgétaire est applicable à la Loi déferée. Bien que cette dernière ne constitue pas une « Loi de finances », il doit en effet aller de soi que le principe de sincérité budgétaire, qui découle de l'article 32 de la LOLF mais plus généralement de l'article 47 alinéa 02 de la Constitution et des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « s'impose à toute Loi à caractère financier »<sup>9</sup>. Raisonner autrement reviendrait en effet à ne pas donner plein effet à l'article 14 de la Déclaration précitée, selon lequel « **[t]ous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi** ». La doctrine affirme d'ailleurs de longue date que tout budget public doit être conforme à ce principe, sans quoi le contribuable ne serait pas en mesure de faire usage de ses droits constitutionnellement garantis<sup>10</sup>. Or, spécifiquement

<sup>7</sup> CE, avis du 09 juillet 2020 précité, §4.

<sup>8</sup> V. par exemple [Décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, Loi de finances pour 2019, §14.](#)

<sup>9</sup> CE, avis du 09 juillet 2020 précité, §7.

<sup>10</sup> René STOURM, *Le budget*, 1900, Paris, Guillaumin, p. 142 ; Jean-François JOYE, « La sincérité, premier principe financier », *RFFP*, 2010, n°111, p. 17.

du fait des lois de programmation, les budgets publics ne sont pas cantonnés aux lois de finances *stricto sensu*. Avant l'adoption de la LOLF, vous l'aviez d'ailleurs vous-même reconnu en étendant l'obligation constitutionnelle de sincérité budgétaire aux lois de financement de la sécurité sociale<sup>11</sup>. Il serait dès lors anormal que la survenance de la LOLF ait pour conséquence que seules les lois correspondant strictement aux conditions posées par la LOLF soient dorénavant soumises à l'obligation constitutionnelle préexistante de sincérité des budgets publics. Dans une pareille hypothèse, le principe de sincérité budgétaire se trouverait interprété de manière si restreinte qu'il serait possible de le priver d'effet par une simple modification des catégories de lois de finances énoncées par la LOLF. A l'inverse, **consacrer l'applicabilité du principe de sincérité aux dispositions budgétaires des lois de programmation relève d'une extension logique de votre jurisprudence**. Aussi, bien que vous n'ayez pas encore eu l'occasion de vous prononcer sur la question, nous vous invitons à affirmer que la sincérité des dispositions budgétaires des lois de programmation s'apprécie compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement découler des lois de finances pertinentes.

Or, en l'occurrence, la Loi déferée est **intrinsèquement contraire à l'exigence de sincérité budgétaire**. Comme l'avait d'emblée relevé le Sénat, la programmation sur dix ans fait « *[p]reser la plus grande part de l'effort budgétaire sur l'après quinquennat, donc sur les futures majorités gouvernementales dont on ignore les priorités politiques, ce qui pose un problème de crédibilité du projet* »<sup>12</sup>. Ce défaut de caractère crédible de la trajectoire budgétaire est d'autant plus manifeste que l'essentiel de l'effort budgétaire est massivement concentré sur les dernières années de la programmation. Les autorisations d'engagement de l'ANR, pour ne prendre que cet exemple, ne doublent – par rapport à 2021 – qu'à partir de 2027, sans qu'il soit possible de raisonnablement prévoir l'état des finances publiques de l'Etat d'ici là. Rappelons en effet que sur la période équivalente à celle sur laquelle s'étend la programmation budgétaire présentée par la Loi déferée (2011-2020), ont eu lieu en France, pour ne citer que quelques exemples parmi de nombreux :

- une nouvelle récession (2012) ;
- deux élections présidentielles ayant entraîné chacune l'élection d'une majorité différente de la précédente (2012, 2017) ;
- des attentats ayant entraîné l'engagement substantiel de fonds à des fins militaires (2014, 2015) ;
- une pandémie mondiale entraînant la plus grave crise économique depuis un siècle au moins (2020) et rendant totalement caduque, de l'avis du Haut Conseil des finances publiques, la programmation budgétaire quadriennale déterminée en 2018<sup>13</sup>.

A la lumière de ce simple rappel, il apparaît qu'une trajectoire budgétaire sur dix années prévoyant l'effort principal à partir de 2027 constitue plus une opération de communication qu'une programmation sincère : d'ici là, deux élections présidentielles auront eu lieu, ouvrant la possibilité à au moins deux revirements. Il n'est pas difficile d'imaginer qu'un prochain Gouvernement pourra aisément revenir sur une trajectoire budgétaire l'engageant, de sorte que les efforts consentis par la Loi déferée sont intrinsèquement vains : la Loi déferée est « *inutilement exposée à de nombreux aléas politiques et économiques, puisque les sous-jacents ayant servi de base à sa construction sont*

---

<sup>11</sup> Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 27.

<sup>12</sup> Sénat, Rapport précité, p. 39.

<sup>13</sup> HCFP, Avis relatif aux projets de Loi de finances et financement de la sécurité sociale pour l'année 2021, 28 septembre 2020.

*susceptibles de varier sensiblement durant la période* »<sup>14</sup>. D'ailleurs, **aucune Loi de programmation n'a jamais entendu déterminer de trajectoire budgétaire au-delà de sept années**, le législateur étant usuellement conscient de l'absence totale de crédibilité, au regard de la vie politique et économique contemporaine comme des divers calendriers électoraux, d'une programmation excédant le septennat. Enfin faut-il rappeler qu'ici, le législateur a **intentionnellement** porté la programmation à dix ans. L'abandon de l'amendement de la Commission des finances du Sénat ramenant la durée de la trajectoire à sept ans pour gagner « *[e]n crédibilité et en lisibilité* »<sup>15</sup> fit en effet partie des « *concessions* »<sup>16</sup> du Sénat lors de la Commission mixte paritaire, laquelle releva néanmoins que « *une trajectoire étalée sur dix ans, c'est inédit, voire ubuesque* »<sup>17</sup>.

Pour écarter les difficultés liées à la crédibilité et à la sincérité de la programmation budgétaire, le Gouvernement s'est incessamment appuyé sur la clause de « revoyure » de l'article 3 de la Loi déferée : « *[l]a présente programmation fait l'objet d'actualisations, au moins tous les trois ans. Ces actualisations permettent de vérifier la bonne adéquation entre les objectifs fixés dans la présente loi, les réalisations et les moyens consacrés, notamment financiers* ». Il s'agirait, au regard des diverses déclarations du Gouvernement et des débats parlementaires du seul moyen de garantir la crédibilité et la sincérité de la trajectoire. La ministre F. Vidal a ainsi affirmé devant le Sénat que « *la clause de revoyure permettra de l'ajuster à la réalité économique de notre pays, au minimum tous les trois ans* »<sup>18</sup>. Or, comme il le sera démontré *infra*, cette disposition est-elle-même contraire à la Constitution. Quand bien même elle ne le serait pas, elle ne saurait suffire en elle-même à garantir la sincérité : rien ne permet de penser que la vérification permettra de modifier les écarts substantiels de trajectoire, lesquels sont pourtant prévisibles compte-tenu de la durée de la programmation. Dès lors, **aucune mesure ne permet réellement de garantir la sincérité d'une trajectoire budgétaire inédite par sa durée** – alors même que la pandémie de Covid-19 met en lumière la difficulté qu'il y a à adopter une programmation crédible sur plusieurs années. L'ensemble **de la trajectoire budgétaire est dès lors entaché d'absence de sincérité budgétaire**.

Outre cette insincérité intrinsèque, la Loi déferée est également **contraire à ce principe au regard des lois de finances actuellement en débat ou en projet**. C'est ici du fait des relations qu'elle entretient avec d'autres lois en cours d'examen que la Loi déferée paraît ne pas satisfaire à l'obligation de sincérité budgétaire. Alors que le Haut Conseil aux finances publiques préconise l'adoption d'une nouvelle Loi de programmation des finances publiques dès le printemps 2021 face au caractère obsolète des prévisions de la Loi de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022 (LPFP)<sup>19</sup>, deux manières de respecter le principe de sincérité budgétaire pouvaient être adoptées par le législateur. D'une part, il pouvait se fonder, en toute conscience de cette obsolescence, sur les prévisions de cette LPFP. Au regard de l'impossibilité unanimement reconnue de respecter lesdites prévisions, un tel choix aurait pour conséquence immédiate d'entacher d'insincérité la trajectoire budgétaire proposée. D'autre part, le législateur, face à la pandémie et à ses conséquences budgétaires pour l'instant incertaines, pouvait choisir, conformément aux recommandations du HCFP, de procéder

<sup>14</sup> Sénat, Commission des finances, compte-rendu de la séance du mardi 13 octobre 2020, intervention de M. Jean-François RAPIN, rapporteur pour avis.

<sup>15</sup> Sénat, Commission des finances, compte-rendu de la séance du mardi 13 octobre 2020, intervention de M. Jean-François RAPIN, rapporteur pour avis.

<sup>16</sup> Sénat, Rapport n° 116 (2020-2021) de Mmes Laure DARCOS, sénatrice et Danièle HERIN, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 09 novembre 2020, intervention de Mme Laure DARCOS à propos de l'article 2.

<sup>17</sup> *Ibid.*, intervention de M. Jean-François RAPIN à propos de l'article 2.

<sup>18</sup> Sénat, Compte-rendu de la séance publique du 20 novembre.

<sup>19</sup> Loi n° 2018-32 du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022.

à l'adoption d'une nouvelle Loi de programmation des finances publiques plus réaliste et adaptée, puis d'en tirer les conséquences et d'inscrire le projet de Loi sur la programmation de la recherche dans ce contexte renouvelé. Il eût alors convenu de ne pas procéder à la mise en procédure accélérée de la Loi déferée et d'engager avec célérité les débats relatifs à la nouvelle LPFP. Cette solution aurait, à l'évidence, satisfait le mieux l'exigence de sincérité budgétaire « *compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement* »<sup>20</sup> découler de la LPFP.

Pourtant, le législateur choisit une troisième voie. Sans attendre de fonder la trajectoire sur les prévisions de la future – et urgente – LPFP, il ne la fonde pas non plus sur la précédente. Tout en prenant le risque hautement élevé que la programmation s'avère incompatible avec la trajectoire que fixera demain la nouvelle LPFP, la Loi déferée ne s'articule pas non plus avec la LPFP actuellement en vigueur. Aucune disposition, ni dans la Loi ni dans son annexe, n'expose en effet la manière dont la Loi déferée s'insère dans la trajectoire de la LPFP 2018-2022. Autrement dit, la Loi sur la programmation de la recherche ne s'inscrit dans aucune des trajectoires, passées ou futures, dans lesquelles elle est censée s'insérer. Le législateur a en effet eu l'intention de l'inscrire dans l'inédite zone grise que constitue la présente période, entre obsolescence officielle de la LPFP en vigueur et préparatifs anticipés d'une future LPFP. **Sans base budgétaire légale, elle est donc entachée d'insincérité budgétaire.**

Rien ne permet en outre de penser que la trajectoire budgétaire indiquée par la Loi déferée ne sera pas contredite dans quelques mois par la LPFP, ce qui n'aurait pas de conséquence significative immédiate dans la mesure où, comme il l'a été indiqué *supra*, l'essentiel de l'effort budgétaire est repoussé de manière peu convaincante à la fin de la décennie. Dans ces conditions, il est loisible de se demander pourquoi les concepteurs de la Loi déferée ont adopté un texte dont ils savent les risques de contradiction particulièrement élevés sur le plan budgétaire. Il apparaît que le législateur, conscient de ces difficultés, a justement **entendu reporter à la date la plus lointaine possible l'effort budgétaire afin de minimiser les effets néfastes d'une inévitable contradiction par la prochaine LPFP, entachant l'ensemble de la programmation d'insincérité budgétaire.**

### 3. S'agissant de la contrariété de l'article 3 de la Loi aux articles 34 et 39 de la Constitution

L'article Loi déferé dispose que « [l]a présente programmation fait l'objet d'actualisations, au moins tous les trois ans. Ces actualisations permettent de vérifier la bonne adéquation entre les objectifs fixés dans la présente loi, les réalisations et les moyens consacrés, notamment financiers ». Une telle actualisation implique le dépôt, au moins tous les trois ans, d'un nouveau projet de loi d'actualisation de la programmation. Cette obligation s'analyse comme une injonction contraire à **l'article 39 de la Constitution**.

Depuis les années 1970, vous censurez en effet les dispositions législatives enjoignant, sans base constitutionnelle, au Gouvernement le dépôt de projets de lois. Ainsi en est-il de la disposition qui « *prévoit que le Gouvernement devra, avant le 31 décembre 1977, déposer un projet de loi pour compléter dans certaines conditions les mesures* »<sup>21</sup>, de l'« *obligation au Gouvernement de présenter, lors de la prochaine session du Parlement, un ensemble cohérent de mesures visant, par l'aide apportée aux familles, et d'abord aux mères, à remédier à la crise de la natalité française* »<sup>22</sup> ou encore de

<sup>20</sup> Article 32 de la LOLF.

<sup>21</sup> Décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, *Loi de finances pour 1977 et, notamment ses articles 16, 27, 28, 29, 37, 87, 61 par. VI*, cons. 8.

<sup>22</sup> Décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan*, cons. 1.

l'« obligation au Gouvernement de déposer, dans un délai de dix-huit mois, un projet de loi »<sup>23</sup>. Vous jugez alors que ce type de disposition constitue une injonction, ne trouvant de base juridique « ni dans l'article 34 ni dans aucune des autres dispositions de la Constitution » et se trouvant « en contradiction avec le droit d'initiative des lois conféré au Premier ministre par l'article 39 de la Constitution »<sup>24</sup>. En outre, vous veillez à ce que le législateur ne soit pas contraint par une certaine orientation future. C'est ainsi qu'à propos de la consultation prévue à Mayotte concernant l'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000, vous n'avez pas seulement censuré la disposition selon laquelle « [u]n projet de loi prenant en compte les résultats de cette consultation sera déposé au Parlement avant le 31 décembre 2000 »<sup>25</sup>, et avez ajouté « qu'au surplus, cette disposition pourrait donner à penser que le législateur serait tenu de se conformer au contenu de l'accord au cas où celui-ci serait majoritairement approuvé par la population de Mayotte »<sup>26</sup>.

En l'espèce, l'article 3 de la Loi déferée implique que le Gouvernement est **enjoint à déposer pas moins de trois projets de lois** visant à actualiser la programmation, dont l'un dès 2023. Comme l'avait constaté le Conseil d'État dans son avis relatif à la Loi déferée, cette disposition « constitue une injonction au Gouvernement qui ne trouve de base juridique ni dans l'article 34 de la Constitution ni dans aucune autre de ses dispositions et porte atteinte au droit d'initiative des lois conféré par son article 39 au Premier ministre ». Le législateur, voyant dans cette disposition de « revoyure » le seul argument permettant de relativiser l'insincérité budgétaire manifeste de la trajectoire, a préféré s'exposer au risque flagrant d'inconstitutionnalité plutôt que d'y renoncer. Au surplus, il est fait injonction au Gouvernement de déposer des projets de loi d'actualisation de la programmation budgétaire pour la recherche visant principalement à s'assurer que les moyens alloués aux objectifs sont suffisants. La disposition laisse par conséquent à penser que le législateur est tenu de se conformer aux objectifs de la Loi déferée quand bien même ni les réalisations ni les moyens financiers prévus n'auraient été suffisants.

**Cette injonction, qui n'a d'autre vocation que de pallier l'absence de sincérité budgétaire de la programmation, est donc doublement contraire aux articles 34 et 39 de la Constitution.**

Il découle de ce qui précède que les articles 01 et 02 de la Loi déferée sont contraires à la Constitution.

---

<sup>23</sup> Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 55.

<sup>24</sup> Décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979 précitée, cons. 2.

<sup>25</sup> Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, cons. 13.

<sup>26</sup> *Idem*.

## Article 04

En modifiant les Codes de la recherche (CDR) et de l'éducation (CDE) et en y ajoutant les nouveaux articles L. 422-3 CDR et L. 952-6-2 CDE, le législateur entend créer deux modes d'accès contractuels à des corps de fonctionnaires statutaires (respectivement) de directeur de recherche et de professeur des Universités.

Il est en effet proposé de « recruter en qualité d'agent contractuel de droit public » des chercheurs et des enseignants-chercheurs qui auront vocation à la titularisation dans les corps précités.

Pendant leur période contractuelle, de plusieurs mois jusqu'à six ans au maximum (pour éviter une transformation de leurs contrats en contrat à durée indéterminée au sens de la Loi n°2012-347 du 12 mars 2012), les agents (que l'on dit placés à la tête de « chaires junior ») auront comme autorité professionnelle et comme employeur direct un chef d'établissement public et non l'Etat alors que les enseignants-chercheurs et chercheurs fonctionnaires, même gérés à un niveau local d'établissement, demeurent des agents appartenant à la fonction publique étatique sous la seule autorité de leurs pairs.

Nous attirons l'attention des membres du Conseil constitutionnel sur l'atteinte particulièrement grave que matérialise la LPR à plusieurs principes constitutionnellement garantis :

- le principe d'égalité (notamment *via* l'art. 06 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)) ;
- le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs (explicitement reconnu par les décisions du Conseil constitutionnel n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 & n° 93-3225 DC du 28 juillet 1993) ;
- ainsi qu'un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (PFRLR) que votre haute institution a, selon nous, la possibilité de consacrer comme corollaire de celui, précité, d'indépendance propre aux universitaires : « l'accès, par concours et hors contrat, à la fonction publique indépendante des chercheurs et enseignants-chercheurs ».

Confrontons l'article 04 de la Loi auxdits principes constitutionnels.

### 1. Constat : la contractualisation, par l'art. 04, de fonctions non temporaires mais permanentes de l'enseignement supérieur et de la recherche.

Les nouveaux contrats ainsi proposés offrent plusieurs caractéristiques :

- Ils permettent *in fine* une entrée diversifiée dans les corps *préc.* de fonction publique sans passer uniquement ou nécessairement par la porte du concours.
- Pendant la durée contractuelle et avant titularisation espérée, les agents sont déjà considérés comme des chercheurs et/ ou des enseignants-chercheurs.
- Ce faisant, les recrutements contractuels débouchant sur des titularisations, permettent à un établissement public, maître local de la constitution des deux commissions (d'entrée et de titularisation), de recruter qui il désire.

- Partant, ils ne répondent pas, comme la plupart des contrats de recherche et d'enseignement à un besoin ponctuel (tout à fait audible pour mener à bien une mission singulière ou pour pallier par exemple une défaillance ponctuelle de personnels que des recrutements contractuels temporaires peuvent contrer).
- Au contraire, ils traduisent l'existence de besoins pérennes et permanents emportant, d'ailleurs, titularisation (en cas de satisfaction donnée à l'employeur) dans les corps précités de fonctions publiques et ce, en contrariété avec l'un des premiers articles de toutes les Lois statutaires de fonctions publiques : les « *emplois civils permanents* » (de l'Etat & des collectivités & de leurs établissements) sont occupés (et non ont vocation à l'être) par des fonctionnaires (et non par des contractuels) (cf. art. 03 de la Loi du 13 juillet 1983 par exemple).

**Surtout, il est important de souligner ici que les missions visées aux deux facultés nouvelles de l'art. 04 de la LPR ne répondent pas à des besoins temporaires ou accessoires.** Même s'il est précisé aux débuts des deux alinéas concernant les deux profils contractuels qu'ils répondent « *à un besoin spécifique* », ce qui pourrait laisser entendre qu'il s'agit (comme aux art. 09 et 10 de la LPR) d'un contrat précis de projet ou d'une mission courte, le fait que chaque contrat donne lieu « *chaque année et pour chaque corps* » à des recrutements potentiels et entraînent des titularisations possibles, **démontre la réponse à un besoin permanent.**

Et, si de manière générale, l'ensemble des fonctionnaires n'est pas protégé par une garantie constitutionnelle d'indépendance, nous rappellerons qu'il n'en est pas de même des agents dont la Constitution exige et garantit spécialement une telle indépendance.

## **2. Constat : l'absence de principes constitutionnels généraux de concours et d'appartenance à la fonction publique des agents publics des services publics.**

Il n'a pas échappé aux rédacteurs des présentes observations qu'il n'existait pas, de façon générale, et pour tous les agents publics de principes suivants consacrés à valeur constitutionnelle :

- une obligation de recruter par concours tout fonctionnaire ? Votre jurisprudence est explicite à cet égard (cf. **décision n°87-178 DC du 30 août 1984**) : il n'existe pas de principe constitutionnel au recrutement des fonctionnaires par concours ; seul s'impose (via notamment l'art. 06 *préc.* de la DDHC) un constitutionnel et égal accès aux fonctions publiques en fonction des vertus et des talents des candidats mais l'utilisation de contrats n'est pas, par principe, contraire *a priori* à la Constitution.
- Par ailleurs, rappelons que même si le doyen DUGUIT avait affirmé<sup>27</sup> que la notion de « *fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public* » et qu'en 1993 le Conseil d'Etat a rendu un avis<sup>28</sup> reconnaissant *a priori* la valeur constitutionnelle du lien unissant les fonctionnaires d'Etat à l'exécution d'une mission de service public, votre juridiction constitutionnelle – quant à elle – a toujours refusé d'établir ce même lien. Votre décision **n°2012-281 QPC du 12 octobre 2012** à propos de la présence de fonctionnaires dans la renouvelée France Télécom privatisée en atteste. En permettant au législateur de détacher

<sup>27</sup> DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel* ; Paris, De Boccard ; 1930 ; Tome III, p. 7.

<sup>28</sup> CE, Ass., avis, 18 novembre 1993 ; n° 355-255.

des fonctionnaires étatiques dans une structure privée, vous estimez que « *contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires, ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* ». « *Cette interprétation* » constate, cela dit, le professeur BLACHER<sup>29</sup>, « *dénie la valeur constitutionnelle du principe qui lie le fonctionnaire au service public et elle interroge sur le maintien du critère de l'exorbitance pour définir le droit de la fonction publique* ».

Ces principes généraux s'appliquent-ils indistinctement à tous les fonctionnaires et/ou n'existe-t-il pas des catégories ou des corps spéciaux méritant une protection constitutionnelle singulière ?

C'est ce que nous affirmons et allons rappeler.

### 3. Constat : au sein de la fonction publique, la singularité explicite de quelques corps au nom de leur indépendance (enseignants-chercheurs et magistrats judiciaires par exemple).

Qu'il existe, au sein des fonctions publiques françaises, plusieurs fonctions et/ou corps si particuliers et si importants pour la Nation qu'on les a dotés d'une indépendance constitutionnellement garantie est manifeste. Il en est ainsi tant des magistrats (**art. 64 de la Constitution**) que des enseignants-chercheurs (PFRLR précité et issu des décisions **préc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 & n° 93-3225 DC du 28 juillet 1993** (cons. 07)). Votre Conseil ayant reconnu que « *les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* » (cons. 19) et « *qu'en ce qui concerne les professeurs, (...) la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* » (cons. 20).

Qu'apporte cette protection constitutionnelle ?

La garantie, notamment, de ce que les agents publics indépendants ne peuvent ni ne doivent recevoir de pression ou d'ordre de quiconque (y compris et surtout du pouvoir exécutif) est fondamentale. Par définition, pour accomplir sereinement leur mission de service public, les magistrats du siège par exemple, en garantissant constitutionnellement l'inamovibilité des magistrats du siège, ces derniers sont indépendants du Garde des Sceaux et peuvent accomplir leur mission de service public sans se voir ordonner d'agir dans telle direction ou tel intérêt.

**Il en est de même des chercheurs et des enseignants-chercheurs qui, bien que fonctionnaires d'Etat, ne peuvent ni de doivent subir d'influence et de pression de quiconque pour assurer tout aussi sereinement leurs missions.** En ce sens estimait le doyen VEDEL<sup>30</sup> à propos du principe constitutionnel d'indépendance du professeur d'Université : « *est-il façon plus claire de dire que son indépendance est au-dessus de tout soupçon comme de toute atteinte* » ?

Or, les contractuels de l'art. 04 LPR sont des chercheurs et des enseignants-chercheurs.

Le principe constitutionnel d'indépendance leur sera donc pleinement applicable. Toutefois, quelle est l'une des conséquences de cette indépendance constitutionnellement garantie ?

<sup>29</sup> BLACHER Philippe, « Le Conseil constitutionnel, gardien d'un droit public du travail ? » in *Le droit public du travail* ; Toulouse, l'Épilogue ; 2015 ; p. 72.

<sup>30</sup> Cité in *Université, Universités* ; Paris, Dalloz ; 2010 ; p. 134.

L'obligation de ne recruter, pour les emplois pérennes, que des agents statutaires fonctionnaires choisis par le mode de recrutement le plus indépendant et impartial possible : le concours et ce, pour qu'à aucun moment un enseignant-chercheur ne soit placé en situation de dépendance.

Or, en étant contractuel pendant une durée d'une année à six ans au maximum, les contractuels enseignants-chercheurs seront nécessairement dépendants de leur employeur local (et non jugés et évalués par leurs seuls pairs). C'est à l'établissement local employeur qu'ils devront donner satisfaction pour espérer une titularisation au bon vouloir dudit employeur qui réunira et formera (selon son plaisir et malgré quelques garanties formelles) la commission de titularisation.

#### 4. Constat : l'existence d'un principe constitutionnel d'indépendance applicable aux chercheurs et enseignants chercheurs fonctionnaires.

L'introduction d'une contractualisation entraîne un changement dans la nature des relations de travail entre l'employeur et l'agent mais également un changement de la nature de l'employeur, changement de nature à porter atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs que vous avez reconnu en premier lieu dans la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 et réaffirmé la décision n°93-3225 DC du 28 juillet 1993 dans laquelle vous précisez que : « *considérant d'autre part que le statut des établissements d'enseignement supérieur ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause ; que par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties ; qu'en ce qui concerne les professeurs, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* » ; ou encore plus récemment dans le cadre de l'examen de QPC, notamment la décision n°2010-20/21 QPC, 06 août 2010, cons. 6.

**Ledit principe s'applique aux enseignants-chercheurs ce qui protège nécessairement les agents uniquement chercheurs (comme ici le corps des directeurs de recherche).** En effet, l'objectif du PFRLR est de permettre une indépendance tant de la recherche que de l'enseignement supérieur mais ce, au seul profit des agents publics permanents que sont les fonctionnaires. Votre jurisprudence est explicite sur ce point : les associés, contractuels ou autres personnels temporaires, ne sont ni permanents ni pérennes et le principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs ne leur est pas applicable (décision n°2008-24-25-26 du 26 février 2008 (incompatibilités parlementaires) à propos de professeurs associés).

Par ailleurs, ce principe constitutionnalisé d'indépendance est intégré dans le statut actuel des enseignants-chercheurs, soit dans le décret n°84-431 du 06 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des Universités et du corps des maîtres de conférences à l'article 02, aujourd'hui en vigueur après modification par le décret n°2009-460 du 23 avril 2009. Selon cet article les enseignants-chercheurs, « *jouissent, conformément aux dispositions de l'article du Code de l'éducation, d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du Code de l'éducation, les principes de tolérance et d'objectivité* », décret modifié en 2009 conformément à l'adoption de la Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des Universités.

## 5. La contrariété de l'art. 04 LPR au principe constitutionnel d'indépendance applicable aux chercheurs et enseignants chercheurs fonctionnaires.

Les modifications introduites par l'article ici discuté de la LPR contreviennent à ce principe d'indépendance en permettant le recrutement par contrat d'un enseignant chercheur, pour une durée variant de quelques mois à 06 ans maximum.

En effet, le principe d'indépendance tel que vous l'avez consacré suppose la reconnaissance d'une garantie constitutionnelle visant, par l'application de règles statutaires et non contractuelles, à la protection des enseignants-chercheurs dans l'exercice tant de leurs activités d'enseignements que de recherches. Or, cette indépendance et cette protection ne peuvent être garanties que par l'application des règles de la fonction publique tel que l'énonce le décret de 1984. Par la **décision n°93-322 DC du 22 juillet 1993**, vous avez précisé que « *par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche, exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties* » et ajouté dans un considérant ultérieur que « *en ce qui concerne les professeurs, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

Ainsi, l'indépendance constitutionnelle des enseignants-chercheurs écarte-t-elle, à la différence notamment des personnels de l'éducation nationale, toute possibilité d'inspection. Le statut de fonctionnaire fait des enseignants-chercheurs, en application des garanties qui leurs sont accordées via la reconnaissance d'un statut particulier, des agents d'un service public de l'enseignement supérieur et de la recherche, à propos duquel la Loi de 1984 précise qu'il est « *laïque, indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse idéologique* » et ajoute que le service public de l'enseignement supérieur « *tend à l'objectivité des savoirs ; il respecte la diversité des opinions* ».

**Autre conséquence du principe d'indépendance, l'accès aux corps des concernés et la gestion de leur discipline ne peut se faire que par le corps lui-même.**

Or, la contractualisation des enseignants-chercheurs contrevient dans le projet de Loi LPR à cette indépendance fonctionnelle. Recrutés par contrat, les enseignants-chercheurs deviennent dépendants et clairement soumis au pouvoir hiérarchique des autorités qui les recrutent.

Comme contractuels, ils sont pendant un temps soumis à leur employeur et ce n'est que par lui qu'ils pourront devenir *in fine* des agents fonctionnaires.

Ce mode de recrutement, même dans le cadre d'un contrat de droit public, ne peut assurer ces garanties. Tel que le prévoit la disposition contestée, il est certain que la précarisation qu'entraîne la signature du contrat pour une durée maximale de 06 ans confère aux employeurs qui seront les Universités et l'Etat, un droit de regard sur les activités de l'agent contractuel, droit de regard leur permettant éventuellement d'exercer sur ledit agent, notamment au moment de la date anniversaire du contrat une pression suffisante contraignant le contractuel à agir favorablement à la demande de l'employeur et non en toute indépendance.

Selon les dispositions de l'article 04 paragraphe II, en effet, « *le contrat a pour objet de permettre à la personne recrutée d'acquérir une qualification en rapport avec les fonctions du corps dans lequel elle a vocation à être titularisée* », cet objectif du contrat explicitement énoncé contrevient à la possibilité pour l'agent contractuel d'exercer en toute indépendance son activité.

**L'atteinte à l'indépendance des enseignants-chercheurs relève également du mode de recrutement de l'agent.**

En application de l'article 04 LPR, le dossier de candidature n'est pas examiné par les pairs de l'instance nationale (CNU), l'article prévoyant un recrutement contractuel sur la base d'un appel à candidature de « *personnes titulaires d'un doctorat (...) ou d'un diplôme équivalent en vue de leur titularisation* » et l'examen de cette candidature par une « *commission constituée de personnes de rang égal à celui de l'emploi à pourvoir et composée, pour moitié au moins, d'enseignants-chercheurs et de personnels assimilés ou de chercheurs extérieures à l'établissement dans lequel le recrutement est ouvert, dont au moins une personnalité de nationalité étrangère exerçant ses activités professionnelles à l'étranger* ». L'absence, dans la procédure de recrutement, d'évaluation par une instance nationale du dossier de candidature à une fonction d'enseignement et de recherche constitue une atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs. Cette nouvelle possibilité dans le mode de recrutement, en dehors de la question de la composition dont vous avez jugé dans la décision **la décision n° 2010-20/21 QPC, 06 août 2010**, qu'il convenait que le principe d'indépendance devait être étendu au stade du recrutement et de ne pas en retenir l'application uniquement concernant l'exercice de leur fonction. Si vous avez en effet estimé dans cette décision qu'il convenait d'étendre le principe d'indépendance à la composition de la commission de recrutement, vous avez admis que les comités de sélection devaient être composés de pairs de la discipline, reconnaissant ainsi que l'évaluation d'une candidature doit être assurée par les pairs.

**Or, l'article 04 du projet de Loi LPR, s'il prévoit la présence de pairs dans la commission ne permet de garantir d'une totale indépendance des membres de la commission locale de recrutement telle qu'elle est admise dans le cadre d'une instance nationale telle que le Conseil national des Universités.**

Enfin, s'il appartient au législateur en vertu de **l'article 34 de la Constitution** de fixer les règles concernant la création des catégories d'établissement public et de déterminer les principes fondamentaux applicables en matière d'enseignement, **ledit article 34** ne reconnaît pas au législateur la possibilité de venir infléchir la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que vous avez-vous-même consacré même si ledit article autorise le législateur à fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils* ». Ces règles ne peuvent être déterminées que dans le respect des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Par conséquent, en revenant sur ce principe, le législateur n'agit pas conformément au respect d'un principe constitutionnellement reconnu. Ces dispositions de l'article 04 sont adoptées par le législateur en contrevenant à ce principe et en méconnaissant la limite de ses pouvoirs.

**6. Corollaire de cette nécessaire et constitutionnelle indépendance, l'appartenance obligatoire des chercheurs et des enseignants-chercheurs titulaires et permanents aux seuls corps *stricto sensu* de la fonction publique étatique recrutés par concours ; « l'accès, par concours et hors contrat, à la fonction publique indépendante des chercheurs et enseignants-chercheurs ».**

Il ne s'agit nullement d'affirmer que tous les agents publics de l'enseignement supérieur et de la recherche doivent, constitutionnellement, être recrutés par concours et intégrés à la fonction publique d'Etat.

Il ne s'agit pas davantage d'assurer que tous les agents publics de l'enseignement supérieur et de la recherche doivent, constitutionnellement, être des statutaires fonctionnaires ce qui ne permettrait aucunement le recours à des contractuels. L'usage du contrat pour des missions temporaires (jusqu'aux vacataires) et/ou pour des besoins ponctuels s'impose en tout service public et la Justice comme l'Enseignement supérieur et la Recherche n'y échappent pas. Parce que ces derniers ne sont ni permanents ni pérennes, le principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs ne leur est pas applicable. C'est ce qu'a précisé votre juridiction dans sa **décision préc. n°2008-24-25-26 du 26 février 2008 (incompatibilités parlementaires)**.

Nous affirmons, en revanche, que lorsqu'un besoin pérenne et permanent se fait jour, il doit impliquer, s'il s'agit d'une fonction constitutionnellement protégée d'indépendance, non seulement un recrutement par concours mais encore emportant intégration à la fonction publique statutaire.

Ainsi qu'il en ressort explicitement des décisions en incompatibilités I-2008-24 et s. préc., vous rappelez que l'article LO 142 est réservé aux « **titulaires de chaire** ». Certes, il n'existe formellement plus véritablement de « chaires » ni de « Facultés » mais respectivement des postes d'emploi et des Unités de Formation et de Recherche (UFR) mais l'important est dans l'usage du terme « **titulaire** ».

**L'hypothèse contractuelle n'est alors pas ici possible car elle impliquerait, précisément, lors des années d'exécution du contrat une dépendance des personnels reconnus enseignants-chercheurs et invités à tout faire pour plaire à leurs employeurs-supérieurs.**

A l'inverse, un personnel constitutionnellement dit indépendant et répondant à un besoin pérenne et permanent est :

- recruté par concours puis nommé par une autorité politique en compétence liée à la suite des résultats dudit concours ;
- conséquemment sans aucun lien de dépendance ou de partialité avec un employeur précédent ou une autorité donnée.

Or, les contractuels visés à l'art. 04 de la LPR traduisent cet engagement pérenne qui nécessite une protection constitutionnelle. Le recours projeté au contrat, en imposant une dépendance économique, morale et professionnelle, sur les personnels pendant l'exécution dudit contrat est alors contraire à ladite indépendance.

## 7. Un PFRLR nouveau ou une simple conséquence corollaire de celui d'indépendance des enseignants-chercheurs.

La réflexion que nous vous proposons d'adopter n'implique pas nécessairement de dégager un nouveau PFRLR. On peut en effet tout à fait estimer que le **principe constitutionnel d'indépendance préc. des enseignants-chercheurs** implique nécessairement (et comme tout principe d'indépendance) deux conséquences :

- un libre accès à la profession hors de toute pression ou dépendance ;
- une gestion par le corps lui-même des questions de discipline.

« *Quiconque est investi d'une indépendance* » a récemment réaffirmé le professeur TRUCHET<sup>31</sup>, « *doit bénéficier d'une protection* » et c'est précisément cette protection que nous vous demandons de garantir. Cela dit, le PFRLR que nous identifions pour contrer la constitutionnalité de l'art. 04 de la LPR peut tout à fait être entendu comme inclus dans le précédent puisqu'en découlant en organisant un accès libre et indépendant à la profession. En cas contraire, on peut aussi imaginer l'existence d'un PFRLR à part entière ce que, du reste, de nombreuses normes consacrent sous les dernières Républiques et jusqu'à l'actuelle.

## 8. Evidence du principe corollaire notamment consacré par les Lois de l'actuelle et des précédentes Républiques.

Jamais, pour un emploi pérenne et indépendant, d'enseignant-chercheur ou de chercheur, le législateur français n'a permis que des personnes soient recrutées par contrat hors concours :

- Sous la Cinquième République : la Loi dite SAVARY (n°84-52 du 26 janvier 1984) dispose explicitement en son art. 54 que « *le personnel enseignant comprend des enseignants-chercheurs appartenant à l'enseignement supérieur, d'autres enseignants ayant également la qualité de fonctionnaires* » ainsi que d'autres personnels qui, eux, peuvent être contractuels. Toutefois, les chercheurs et enseignants-chercheurs engagés de façon permanente sont uniquement des fonctionnaires.
- A la fin de la Quatrième République, l'ordonnance n°45-2631 du 02 novembre 1945 en atteste également. En prévoyant en effet la « *nomination des professeurs des Universités* », elle ne met en avant que des nominations successives à des concours et ce, pour intégration des « *titulaires de chaires* » notamment dans la fonction publique étatique.
- Sous la Troisième République : il n'existe pas, de manière principielle, d'enseignants du supérieur et/ou de chercheurs recrutés de façon pérenne autrement que par concours. Tous sont des fonctionnaires publics et aucun des multiples corps de professeurs de chaire, d'agrégés, de chargés de cours, de suppléants, etc. n'a été appréhendé de façon contractuelle même au titre des « employés ». Dès la Restauration, du reste, alors que commencent à se forger les théories statutaires des fonctions publiques en opposition à la notion de contrat,

---

<sup>31</sup> TRUCHET Didier, « Indépendance ! Indépendance ? » aux *Mélanges PONTIER* ;Marseille, PUAM ; 2020, p. 658.

une réflexion – en doctrine<sup>32</sup> – s'est formée pour reconnaître l'évidence de l'appartenance de certains corps aux seules fonctions publiques accessibles par concours (locaux ou nationaux) hors contrats : les professeurs d'Université étaient de ceux-ci.

Toute la législation compilée dans le Recueil dit de BEAUCHAMP (*Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur : comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'Instruction publique et du Conseil d'Etat*) en témoigne :

- pour un recrutement ponctuel ou temporaire, les contrats sont autorisés.
- pour un recrutement pérenne, seul un concours emportant intégration à la fonction publique étatique se matérialise et ce, que le concours soit local ou national avec exceptionnellement une nomination directe hors concours lors de créations.

Il en est ainsi par exemple de l'arrêté du 23 juillet 1896 (à propos de l'agrégation des Facultés de Droit), du décret du 28 décembre 1885 (pour les professeurs d'Université), etc. L'évidence du concours est ainsi consubstantielle à la création même de l'Université qui, par ses libertés académiques, même reconnues sous les Empires, implique que « *nul ne pourra* » y être professeur « *s'il n'a préalablement été admis au concours* » (art. 37 *in fine* de la Loi du 22 ventôse an XII). La tradition comme les normes académiques le consacrent :

**un emploi permanent dans l'enseignement supérieur et la recherche relève d'un concours (même local) et emporte intégration, hors contrat, dans la fonction publique étatique. Principe que nous pourrions résumer comme suit par « *l'accès, par concours et hors contrat, à la fonction publique indépendante des chercheurs et enseignants-chercheurs* ».**

#### 9. Conséquence, la contrariété de l'article 04 au PFRLR dégagé.

L'article 04 de la LPR met en œuvre la possibilité de proposer des contrats, même dissimulés sous la forme de sélections collectives par les pairs, pour permettre d'intégrer les corps de fonctionnaires de directeurs de recherche et de professeurs d'Université.

Ces contrats sont en contrariété directe avec le PFRLR *préc.* puisque ne traduisant pas un « *accès, par concours et hors contrat, à la fonction publique indépendante des chercheurs et enseignants-chercheurs* ».

**Ce principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs (et le corollaire ici exposé) permet une qualité du service public mais encore sa continuité (principe également constitutionnel comme corollaire de la continuité de l'Etat) ce qu'une succession de contrats viendrait fragiliser et contrer.**

---

<sup>32</sup> En ce sens : FOUART Emile-Victor, « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité » in RLJ ; Paris, De Cosson ; 1835, Tome I ; p. 346 et s.

## 10. Constat : la contrariété de l'article 04 au principe constitutionnel d'égalité.

L'article 04 remet en cause le principe constitutionnel d'égalité fondé sur l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Ce principe a été consacré par le Conseil constitutionnel pour les agents de l'Etat. Il comporte alors deux composantes : le principe constitutionnel d'égalité admissibilité aux emplois publics et le principe d'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps, principe de valeur constitutionnelle (Cons. const., 15 juill. 1976, déc. n° 76-67 DC, Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 relative au statut général des fonctionnaires).

Pour garantir ces principes, le système de recrutement et de gestion des carrières universitaires est depuis longtemps organisé de façon nationale. Seule une instance nationale, telle que le Conseil National des Universités (CNU), élue par la communauté des enseignants-chercheurs, ou un concours national tel que le concours d'agrégation sont à même de garantir l'égalité d'accès et de traitement au sein du corps des enseignants-chercheurs, ainsi que sa nécessaire unité et indivisibilité.

Or l'article 04 remet en cause ce système en autorisant une voie de recrutement locale et contractuelle portant atteinte de manière manifeste à ces principes constitutionnels.

Même si ces recrutements représenteront une part minoritaire des recrutements dans les corps concernés – l'article L 952-6-2 prévoyant une limite de « *15 % au plus des recrutements autorisés dans le corps concerné ou de 25 % de ceux-ci lorsque le nombre de recrutements autorisés dans le corps est inférieur à cinq* » et précise qu'« *ils ne peuvent représenter plus de la moitié des recrutements de l'établissement dans le corps pour l'année concernée* », ils introduisent une rupture du principe d'égalité car il s'agit d'une procédure de titularisation dérogatoire au droit de la fonction publique, fondé sur le recrutement sur concours national, qui porte atteinte à l'unité et l'indivisibilité du corps des professeurs d'Université.

## 11. Analyse constitutionnelle du principe d'égalité et de ses corollaires. L'absence de différence de situation objective ou de considérations d'intérêt général.

Une exception au principe d'égalité pourrait être soulevée, si une différence de situation objective ou des considérations d'intérêt général le justifient : le principe d'égalité « *ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façons différentes des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la Loi qui l'établit* » (Cons. const., déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, Cons. const., déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite). Plus particulièrement, en 1983, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics (...) ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* » (Cons. const., déc. n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, Loi relative au statut général des fonctionnaires. V. également Cons. const., déc. n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir).

Certes, les personnes recrutées par contrat, en attente de titularisation, se trouvent dans une situation objective différente puisqu'il s'agit de « *répondre à un besoin spécifique lié à [l]a stratégie scientifique ou à [l']attractivité internationale* [de l'établissement public d'enseignement supérieur ou de recherche], *dans des domaines de recherche pour lesquels il justifie de cette nécessité* ». Les personnes doivent ainsi répondre à un appel public à candidatures préalable. Mais la même disposition prévoit qu'elles peuvent être titularisées dans l'établissement après l'évaluation de leur valeur scientifique et de leur aptitude à exercer les missions assignées à la recherche publique et à l'enseignement supérieur par une commission *ad hoc*.

**Ne peuvent donc être invoquées ici des conditions différentes d'exercice de leurs fonctions, ni aucune raison d'intérêt général pour justifier cette inégalité, car soit un besoin est spécifique et effectivement il permet de justifier une exception dans le recrutement mais alors ces contrats ne sauraient déboucher sur un recrutement permanent, soit le besoin est permanent, et dans ce cas il exige de passer par une procédure de recrutement nationale qui assure le respect du principe d'égalité.**

#### **12. Le principe de l'égal accès aux emplois publics et l'absence de soumission des candidats aux mêmes règles de sélection.**

Si le Conseil constitutionnel a pu considérer que la nouvelle procédure de recrutement des enseignants-chercheurs prévue par la Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des Universités (LRU) était constitutionnelle, et notamment conforme au principe d'égalité, en ce que « *tous les candidats au recrutement, [sont] soumis aux mêmes règles* », c'est à la condition, notamment, que la « *responsabilité d'établir une sélection* » appartienne aux comités de sélection qui doivent délivrer un avis motivé, et non au conseil d'administration (Cons ; const. déc. n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010 M. Jean C. et autres [Loi Université], cons. 12). Or l'article 04 ne précise pas la portée de la sélection réalisée par la commission *ad hoc* pour recruter des docteurs par contrat, ni celle de l'avis de la commission transmis au chef d'établissement qui propose la titularisation de la personne dans un corps de professeur.

### 13. Principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics et principe d'impartialité.

L'article 04 porte également atteinte au **principe d'impartialité, condition nécessaire pour assurer l'égalité des candidats au concours d'accès à la fonction publique**. En vertu de ce principe, les instances chargées de se prononcer sur l'évaluation des carrières et le recrutement doivent en effet être impartiales dans leur composition. Celle-ci doit répondre à une double condition : l'évaluation collégiale des dossiers de candidature par les pairs de la discipline garantissant ainsi le principe d'égal accès aux emplois publics fondé sur les « *vertus* » et les « *talents* » selon l'article 06 DDHC, c'est-à-dire les « *aptitudes ou les qualifications* » (Olivia BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Conseil constitutionnel*, 2020/1 N° 04, p. 28 ; CE, 07 juin 2017, Institut national universitaire Champollion d'Albi, Req n°382986), et l'absence de conflit d'intérêt.

Or, l'article 04 précise que le recrutement des docteurs « *est réalisé [...], à l'issue d'une sélection par une commission constituée de personnes de rang égal à celui de l'emploi à pourvoir et composée, pour moitié au moins, d'enseignants-chercheurs et de personnels assimilés ou de chercheurs extérieurs à l'établissement dans lequel le recrutement est ouvert, dont au moins une personne de nationalité étrangère exerçant ses activités professionnelles à l'étranger* ». Il n'est donc plus précisé comme pour les comités de sélection institués par la LRU de 2007 (art L 952-6-1) qu'ils « *sont choisis en raison de leurs compétences, en majorité parmi les spécialistes de la discipline en cause* ». Et il en est de même pour la commission de titularisation chargée d'évaluer la capacité du candidat à exercer les fonctions de professeur.

Le CNU actuellement compétent pour la procédure de qualification des maîtres de conférences et professeurs est une instance composée des spécialistes de chaque discipline, garantissant ainsi une évaluation impartiale fondée sur des critères scientifiques et objectifs. Le principe d'égalité entre les candidats implique en matière de concours de la fonction publique que le jury opère « *une comparaison et une sélection des candidats sur leur valeur et leurs mérites respectifs, ce qui implique notamment, pour le recrutement des professeurs des Universités, que le jury de chaque concours comporte des spécialistes de la discipline à laquelle appartiennent les candidats* » (CE, 17 déc. 2003, n° 246494, Synd. autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des Universités). Cela fait référence à l'exigence consacrée par le Conseil constitutionnel d'une « *représentation propre et authentique* » des enseignants-chercheurs dans les conseils de la communauté universitaire (Cons. const. déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur, cons. 27). Or l'article 04 ne précise pas suffisamment cette exigence en ce qui concerne les instances locales qui seront chargées de l'examen des dossiers des candidats au recrutement par contrat et des personnes à titulariser dans le corps des professeurs, composées de manière pluridisciplinaire et de représentants d'autres personnels et étudiants.

#### 14. Le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de carrière des fonctionnaires appartenant à un même corps.

Cette disposition risque en outre de porter atteinte au **principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de carrière des fonctionnaires appartenant à un même corps** (Cons. constit., déc. n° 76-67 du 15 juillet 1976, Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 04 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires). En effet, ce recrutement par contrat autorise une modulation des tâches et une variation des rémunérations contraires au principe d'égalité de traitement, en déterminant « *les engagements des parties concernant les objectifs à atteindre par l'intéressé* », et notamment « *les obligations de l'intéressé en matière d'enseignement et de recherche* », et *les moyens qui lui sont apportés par son employeur pour l'exercice de ses fonctions* » qui pourront dès lors être différents de ceux prévus par le statut des professeurs d'Université.

Le Conseil constitutionnel a certes validé la possibilité pour les établissements bénéficiant des responsabilités et compétences élargies, prévues par le titre III de la Loi du 10 août 2007, en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines, de moduler la répartition des obligations de service des enseignants-chercheurs, entre les activités d'enseignement, de recherche et les autres missions qui peuvent être confiées à ces personnels. Mais il a jugé cette disposition conforme au principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics appartenant à un même corps, en raison du fait que ce pouvoir de modulation s'exerce dans le respect des dispositions statutaires « *que celles-ci résultent à la fois du statut général des fonctionnaires et des règles particulières du statut des enseignants-chercheurs prévues par décret en Conseil d'Etat* » et du caractère transitoire et temporaire de cette atteinte à l'égalité de traitement (Cons. const. déc. n°2010-20/21 QPC, 06 août 2010, M. Jean C. et autres [Loi Université], cons. 21 et 22) ce qui n'est pas le cas de la disposition introduite par l'article 04.

Or l'article 04 prévoit seulement que les contrats pourront prévoir des services différents « *dans le respect des dispositions de l'article L. 952-2* » du Code l'éducation visant seulement les principes d'indépendance de liberté d'expression des enseignants-chercheurs. Cette disposition s'appliquera, de manière définitive, uniquement pour les établissements qui le proposent. L'article 04 prévoit également que « *La titularisation est subordonnée à un engagement de servir* », ce qui n'est pas le cas des professeurs recrutés par la voie du concours national d'agrégation.

Il s'ensuit que des personnes recrutées pour des fonctions identiques pourront être soumises à des règles d'accès et à des obligations de service différentes portant ainsi atteinte aux principes d'unité et d'indivisibilité du statut des professeurs d'Université qu'implique le principe constitutionnel d'égalité.

#### 15. Principe d'égalité et inégalités entre établissements.

Outre le fait de porter atteinte au principe d'égalité des enseignants-chercheurs, l'article 04 met également à mal **le principe d'égalité entre les établissements universitaires, dont découle le principe d'équivalence des recrutements sur le territoire de la République**.

Le système universitaire français est en effet régi par une égalité institutionnelle qui est garantie par le mode de recrutement des enseignants-chercheurs, par un même concours national et rémunérés selon une grille de salaire nationale. Or les dispositions de l'article 04 mettent à mal ce principe en

multipliant les voies de recrutement parallèle et en permettant aux Universités de recruter des enseignants-chercheurs par contrat. Le nouveau mode de recrutement par les chaires de professeurs juniors est en effet ouvert aux établissements qui le demanderont, « *sur proposition du chef d'établissement* » dans des limites fixées pour chaque établissement par le ministre chargé de la recherche. Cela risque d'engendrer des Universités à plusieurs vitesses et des inégalités territoriales importantes entre les sites. Or là encore il faut rappeler que le Conseil constitutionnel a admis la conformité au principe d'égalité d'une différence de traitement entre Universités résultant de leur accès ou non aux responsabilités et compétences élargies au sens de l'article L. 712-8 introduit par la Loi LRU de 2007, en considérant qu'elle était purement transitoire ([Cons. const. déc. n°2010-20/21 QPC, 06 août 2010, M. Jean C. et autres \[Loi Université\], cons. 22](#)).

Il résulte de tout cela que les nouvelles modalités de recrutement visant à permettre de recruter un enseignant-chercheur par la voie contractuelle pour intégration potentielle dans le corps des fonctionnaires étatiques des enseignants-chercheurs, nous semblent incompatibles

- avec les principes constitutionnels d'indépendance des enseignants-chercheurs (et de leur éventuel corollaire ou PFRLR dégagé) ainsi que d'égalité.

## Article 05

La nouvelle Loi pour la programmation de la recherche modifie l'économie générale du recrutement des enseignants-chercheurs, bien plus que ne l'avait fait la Loi LRU qui ne modifiait que les modalités locales du recrutement (article L. 952-6-1 du Code de l'éducation), et ne remettait pas en cause la procédure de qualification délivrée par une instance nationale indépendante des établissements.

Or, l'article 05 introduit deux modifications majeures dans le processus de recrutement des enseignants-chercheurs titulaires. D'une part, il modifie le premier alinéa de l'article L. 952-6 du Code de l'éducation en précisant que la qualification des enseignants-chercheurs qui sont maîtres de conférences titulaires n'a pas à être reconnue par une instance nationale. D'autre part, il introduit un nouvel article L. 952-6-3 pour permettre, à titre expérimental jusqu'au 30 septembre 2024, aux établissements publics d'enseignement supérieur qui le souhaitent et après autorisation, à déroger à la procédure de qualification devant le Conseil National des Universités, pour recruter des maîtres de conférences.

En mettant en œuvre des critères uniformes pour la qualification, l'avancement et l'attribution de primes, la procédure de recrutement par le CNU assure l'indépendance des enseignants-chercheurs et une égalité d'accès à l'emploi dans le corps de maître de conférences ou de professeur de chaque discipline. Tel n'est pas le cas d'une procédure entièrement locale de recrutement qui mettra en œuvre des critères de recrutement nécessairement variables d'un établissement à l'autre.

Des garanties ont certes été apportées concernant les nouvelles modalités de recrutement des docteurs non qualifiés par l'instance nationale, prévues à l'article 05, Il est ainsi prévu une obligation de concertation préalable avec les parties prenantes, dont « *les organisations représentatives des personnels, les conférences d'établissement et l'instance nationale* » pour s'assurer de « *la qualité et de la transparence des procédures de recrutement* » en vue de l'adoption du décret d'application. Et pour limiter les risques de localisme et donc d'impartialité, il a également été précisé que la dérogation était accordée « *compte tenu des objectifs en matière de recrutement de maîtres de conférences n'ayant pas obtenu leur grade universitaire dans l'établissement* ».

**Mais ces précisions ne suffisent pas à garantir le respect des principes constitutionnels d'indépendance et d'égalité.**

L'article 05 de la LPR modifie les dispositions du Code de l'éducation plus précisément les articles L. 952-6 et L. 952-6-1 et procède à l'insertion d'un nouvel article L. 952-6-3.

Au-delà des questions purement juridiques que soulèvent les modifications de ces dispositions du Code de l'éducation et de l'insertion d'un nouvel article, il convient d'attirer l'attention du Conseil dans un premier temps sur les modalités d'adoption de cet article avant de revenir sur son incompatibilité avec le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs que le Conseil a lui-même consacré comme principe fondamental des lois de la République dans plusieurs décisions notamment dans les décisions n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 et réaffirmé la décision n° 93-3225 DC du 28 juillet 1993 ou encore plus récemment dans le cadre de l'examen de QPC, notamment la décision n° 2010-20/21 QPC, 06 août 2010, cons. 6.

## 1. Modalités d'adoption de l'article 05 de la LPR.

Concernant les modalités d'adoption de cet article, il convient de rappeler que l'article 05 a été introduit au moment de l'examen par le Sénat du texte adopté par l'Assemblée nationale, après adoption d'un amendement de dernière minute déposé par un sénateur, amendement voté et non remis en cause par la commission mixte paritaire. Si la procédure est toutefois relativement classique, il n'en demeure pas moins que cet article 05 vise à supprimer l'exigence de qualification du Conseil national des Universités pour l'intégration des maîtres de conférences dans le corps des professeurs d'Université et instaurant également une possibilité expérimentale jusqu'en septembre 2024 pour les Universités de déroger à l'exigence de la qualification du Conseil national des Universités, pour recruter directement des titulaires d'un doctorat, après approbation de leur conseil d'administration. Il semble que l'intégration de ces dispositions par le Sénat dans la Loi initialement *Loi pluriannuelle de programmation de la recherche*, devenue en cours d'examen *Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur* n'avait pas pour ambition à l'origine de modifier les procédures relatives à la qualification, pas plus qu'à l'existence du Conseil National des Universités. En l'occurrence, l'introduction de cet article 05 s'apparente à l'adoption d'un **cavalier législatif** dans la mesure où la disparition de l'instance nationale élue démocratiquement qu'est le Conseil National des Universités n'a pas de lien direct avec la Loi d'origine.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à plusieurs reprises dans le cadre du contrôle des cavaliers législatifs, notamment dans une décision de 1985 dans laquelle le Conseil a consacré pour la première fois, l'exigence nécessaire d'un lien entre un amendement et le projet de Loi en discussion (n° 85-198 DC du 13 décembre 1985) et qui a été rappelé dans une décision ultérieure, **décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008 Loi relative aux organismes génétiquement modifiés** dans laquelle est précisé qu'il « *résulte de la combinaison de l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du premier alinéa des articles 34 et 39 de la Constitution, ainsi que de ses articles 40, 41, 44, 45, 47 et 47-1, que le droit d'amendement qui appartient aux membres du Parlement et au Gouvernement doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets et des propositions de Loi par chacune des deux assemblées ; [...] il ne saurait être limité, à ce stade de la procédure et dans le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que par les règles de recevabilité ainsi que par la nécessité, pour un amendement, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* ».

L'introduction donc de cet article 05 peut être assimilée en application de votre jurisprudence à l'adoption d'un cavalier législatif.

## 2. Discussion de la conformité de l'article 05 de la LPR au principe constitutionnel d'indépendance.

Le Conseil National des Universités (CNU) a été créé par un décret du 20 janvier 1987 (décret n°87-31 relatif au Conseil national des Universités) dans le prolongement des dispositions antérieures mises en place dès 1879 et finalement rénové par l'ordonnance du 02 novembre 1945 publiée au JORF du 03 novembre 1945, p. 7192.

C'est l'existence de cette instance nationale, élue démocratiquement par section et par l'ensemble des enseignants-chercheurs d'une même discipline de chaque corps, professeurs des Universités et maîtres de conférences, que l'article 05 de la Loi remet en cause. Ces dispositions nouvelles portent atteinte aux principes relatifs à l'enseignement supérieur tant en matière de reconnaissance des qualités scientifiques des doctorants que relativement au principe d'indépendance que le Conseil a lui-même reconnu. Le décret n°92-70 du 16 janvier 1992 relatif au Conseil national des Universités, modifié par le décret n° 2015-1102 du 31 août 2015, fixe les missions, les règles d'organisation, de fonctionnement de cette instance nationale. L'article 05 de la Loi de programmation de la recherche supprime la procédure de qualification d'une part, et instaure, d'autre part, à titre expérimental pour une durée de quatre ans la possibilité de recruter, pour les établissements d'enseignement supérieur un enseignant-chercheur sans qualification directement, après avis du conseil d'administration. Ces modifications introduites par l'article 05 de la Loi portent atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs dans la mesure où :

- d'une part, la disparition de la procédure de qualification ne permet plus d'assurer une évaluation objective d'un dossier de candidature, procédure actuellement mise en œuvre dans le cadre de l'application du décret n° 92-70 du 16 janvier 1992 et de l'arrêté du 19 mars 2010 fixant les modalités de fonctionnement du Conseil national des Universités selon lequel sont déterminées les règles de déport des rapporteurs, les questions relatives à l'impartialité des membres du CNU, règles qui expriment ainsi la reconnaissance d'une nécessaire indépendance des enseignants-chercheurs élus pour mettre en œuvre l'évaluation.
- d'autre part, la disparition de la procédure de qualification par la dérogation posée dans l'article 05 de la Loi, ne permet plus d'assurer les garanties nécessaires au recrutement des enseignants-chercheurs dont les qualités scientifiques n'auront pas été appréciées par des pairs, indépendants et relevant de la même discipline. L'absence de procédure de qualification et donc d'inscription sur une liste d'aptitude établie par le MESRI après avis de chaque section du CNU, conduit à ne pas respecter cette indépendance nécessaire dans l'appréciation des qualités d'un dossier d'un ou d'une candidate. Alors même que la jurisprudence du Conseil d'Etat insiste sur la nécessité, dans le cadre des recrutements de procéder à la constitution de comités de sélections impartiaux, notamment dans une jurisprudence de 2016 (CE 4<sup>ème</sup> - 5<sup>ème</sup> chambres réunies, Université de Nice Sophia Antipolis 17/10/2016, 386400) dans laquelle le Conseil d'Etat rappelle que « *le respect du principe d'impartialité exige que, lorsqu'un membre du jury d'un concours a avec l'un des candidats des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation, ce membre doit non seulement s'abstenir de participer aux interrogations et aux délibérations concernant ce candidat mais encore concernant l'ensemble des candidats au concours ; qu'en outre, un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, doit également s'abstenir de prendre part à toutes les interrogations et délibérations de ce jury en vertu des principes d'unicité du jury et d'égalité des candidats devant celui-ci* », l'absence d'objectivité dans le recrutement direct sans qualification sur l'appréciation de la qualité des travaux et du candidat est susceptible de porter atteinte tant à la nécessaire impartialité qu'au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Il convient donc de considérer que l'étape de qualification, avant la modification introduite par l'article 05 de la Loi de programmation de la recherche, procédure conduite par le CNU constitue l'étape nécessaire à la reconnaissance des qualités du dossier retenu pour obtenir l'inscription sur une liste d'aptitude, liste d'aptitude dont la pratique est courante en droit des concours de la fonction publique, inscription qui ouvre un droit ensuite à l'accès à un emploi. Telle que la procédure est mise en place par le décret de 1992 précité et dans les conditions de fonctionnement fixées par l'arrêté de 2020 également précité, elle assure le respect du principe de l'indépendance des enseignants-chercheurs par une évaluation par des pairs menée sur des critères scientifiques et pluralistes. De plus, cette procédure est conforme au principe selon lequel, sans préjuger de la décision finale de recrutement du conseil d'administration de l'Université, le candidat recruté sera soumis au statut particulier de la fonction publique tel qu'il figure dans le décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires.

Les modifications introduites par l'article 05 remettent en cause le principe d'indépendance tant des enseignants-chercheurs que l'objectivité de l'évaluation telle qu'elle est organisée par l'arrêté du 19 mars 2010 fixant les modalités de fonctionnement du Conseil national des Universités qui fixe, notamment, les conditions par lesquelles chacune des sections établit les critères de l'évaluation (article 3) dans la transparence en publiant chaque année un rapport d'activité accessible par tous mais également les modalités d'examen par les membres de la section des dossiers des candidats en précisant les règles des déports et les incompatibilités (article 13). L'ensemble de ces mesures vise à garantir le respect de l'impartialité des membres de la section et garantir l'indépendance des enseignants-chercheurs. Indépendance et impartialité auxquelles veille l'instance nationale qu'est le CNU. La suppression de la qualification ne permet plus d'assurer un recrutement sur la base d'une évaluation des aptitudes d'un candidat par une instance indépendante, autonome et insusceptible d'être soumise à des pressions internes à l'établissement. L'article 05 ne permet plus de garantir une indépendance aux enseignants-chercheurs ainsi recrutés qui de fait, ne sont plus alors considérés comme des fonctionnaires de l'Etat mais susceptibles de se comporter comme des salariés de leur Université et d'être ainsi soumis à différentes pressions.

Enfin, cette procédure de qualification, remise en cause par l'article 05 de la Loi de programmation de la recherche, est le fruit d'une exigence d'excellence, d'indépendance et d'autonomie fixée par l'ordonnance du 02 novembre 1945 (ordonnance n°45-2631 du 02 novembre 1945, JORF 03 novembre 1945, p. 7192) instituant « un comité consultatif des Universités », dont le CNU est l'héritier. L'article 05 de la Loi supprime donc une instance nationale de tradition républicaine, créée à la Libération, pour le remplacer par une procédure locale dans chaque établissement d'enseignement supérieur dont la légitimité démocratique n'est pas à remettre en cause mais dont l'indépendance et l'autonomie sont susceptible d'être soumises à des pressions financières et économiques locales importantes.

Ces conditions sont susceptibles d'altérer l'indépendance de l'organe qui procédera au recrutement.

Afin de se prémunir contre ce genre de pratique, comme le préconise la professeure Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, il conviendrait de faire de cet héritage, de cette histoire et donc de l'exigence de qualification, un principe fondamental reconnu par les lois de la République plutôt que remplacer une instance nationale élue démocratiquement par une instance locale de chaque Université (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Et si l'exigence de qualification nationale pour accéder aux corps des enseignants-chercheurs était un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? », », La Revue des droits de l'homme [Online], Actualités Droits-Libertés, 19 Novembre 2020 »).

En raison de l'ensemble de ces constats et arguments, la suppression et l'organisation d'une nouvelle procédure de recrutement des enseignants-chercheurs telle qu'elle est prévue dans l'article 05 remettent en cause le principe fondamental des lois de la République tel que vous l'avez-vous-même consacré dans votre jurisprudence.

### 3. Discussion de la conformité de l'article 05 de la LPR au principe constitutionnel d'égalité.

L'article 05 remet en cause le **principe constitutionnel d'égalité fondé sur l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».**

Ce principe a été consacré par le Conseil constitutionnel pour les agents de l'Etat. Il comporte alors deux composantes : le **principe constitutionnel d'égalité admissibilité aux emplois publics et le principe d'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps**, principe de valeur constitutionnelle (Cons. const., 15 juill. 1976, déc. n° 76-67 DC, Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 relative au statut général des fonctionnaires).

Pour garantir ces principes, le système de recrutement et de gestion des carrières universitaires est depuis longtemps organisé de façon nationale. Seule une instance nationale, telle que le Conseil National des Universités (CNU), élue par la communauté des enseignants-chercheurs est à même de garantir l'égalité d'accès et de traitement au sein du corps enseignant, ainsi que sa nécessaire unité et indivisibilité.

Or l'article 05 remet en cause ce système en multipliant les voies de recrutement locales et portent atteinte de manière manifeste à ces principes constitutionnels.

#### 4. Principe d'égalité et soumission aux mêmes règles de recrutement.

En ce qui concerne les nouvelles modalités de recrutement des docteurs non qualifiés par l'instance nationale, l'article 05 introduit une différence de traitement injustifiée entre les disciplines, en préservant le recrutement par la voie d'une instance nationale des maîtres de conférences dans certaines disciplines (« *disciplines de santé et [...] celles permettant l'accès au corps des professeurs des Universités par la voie des concours nationaux de l'agrégation* »). De plus, le comité de sélection qui aura la charge d'examiner les « *titres et travaux des personnes qui ne disposent pas d'une qualification reconnue par l'instance nationale* », pourra, après avis favorable, ajouter « *les dossiers ainsi qualifiés à ceux des candidats disposant d'une qualification reconnue par l'instance nationale et à ceux des personnes dont la qualification reconnue par une instance nationale n'est pas requise* » pour procéder « *à l'examen de l'ensemble de ces candidatures* ». Or, cet examen de l'ensemble des dossiers par le comité de sélection porte atteinte à l'égalité d'accès des candidats au statut de maître de conférences. Si le Conseil constitutionnel a pu considérer qu'une procédure de recrutement par un comité de sélection était conforme au principe d'égalité c'est à la condition que « *tous les candidats au recrutement [...] se trouvent soumis aux mêmes règles* » (Cons. const. déc. n°2010-20/21 Qpc, 06 août 2010, M. Jean C. et autres [Loi Université], cons. 14), ce qui n'est pas le cas des docteurs non qualifiés et des docteurs qualifiés, qui seront soumis à des règles de recrutement différentes.

#### 5. Principe d'égalité et inégalités territoriales.

L'article 05 porte également atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics en établissant une inégalité territoriale entre les établissements. En effet, la procédure expérimentale dérogatoire de recrutement des maîtres de conférences doit être demandée par les établissements publics d'enseignement supérieur, « *après approbation du conseil d'administration* » et autorisée par décret. Si le caractère expérimental pourrait permettre de conclure à la constitutionnalité de cette disposition (Cons. const. déc. n°2010-20/21 Qpc, 06 août 2010, M. Jean C. et autres [Loi Université], cons. 22), elle porte néanmoins atteinte au principe d'équivalence des recrutements sur le territoire de la République qui découle du principe d'égalité, et les conditions et conséquences du « *rapport d'évaluation de l'expérimentation établi par le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur est remis au ministre chargé de l'enseignement supérieur et transmis au Parlement* » sont insuffisamment précisées.

#### 6. Principe d'égalité et principe d'impartialité.

L'article 05 porte enfin atteinte au principe d'impartialité, condition nécessaire pour assurer l'égalité des candidats au concours d'accès à la fonction publique. Il a déjà été rappelé que les instances chargées de se prononcer sur l'évaluation des carrières et le recrutement doivent donc être impartiales dans leur composition. Celle-ci doit répondre à une double condition : l'évaluation collégiale des dossiers de candidature par les pairs de la discipline garantissant ainsi le principe d'égal accès aux emplois publics fondé sur les « *vertus* » et les « *talents* » selon l'article 06 DDHC, c'est-à-dire les « *aptitudes ou les qualifications* » (BUI-XUAN *préc.* ; CE, 07 juin 2017, Institut national universitaire Champollion d'Albi, Req n°382986), et l'absence de conflit d'intérêts.

Or si le fonctionnement du CNU prévoit une procédure de déportation des membres permettant de garantir l'impartialité de l'évaluation, ce n'est pas le cas des instances locales chargées de l'examen des dossiers, dont la proximité des membres avec les candidats locaux sera évidente et qui, en raison de leur caractère plus restreint, ne pourront difficilement procéder à une telle procédure préventive.

Les nouvelles modalités de recrutement visant à permettre de recruter un enseignant-chercheur par la voie contractuelle, et de contourner la procédure nationale de qualification en la supprimant de manière définitive pour le recrutement des professeurs et de manière expérimentale pour les maîtres de conférences nous semble donc incompatible avec les principes constitutionnels d'égalité et d'impartialité.

## Article 06

L'article 06 de la LPR instaure le contrat doctoral de droit privé et crée l'article L. 412-3 du Code de la recherche. Ce contrat est un contrat à durée déterminée au sens du Code du travail qui permet l'embauche d'un doctorant tout en participant « *à sa formation à la recherche et par la recherche* ».

Par ailleurs, affirmons-nous, la création du contrat doctoral de droit privé se heurte à quatre principes constitutionnels qu'il s'agira de rappeler :

- l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi ;
- principe constitutionnel de responsabilité ;
- principe constitutionnel d'indépendance des chercheurs et enseignants-chercheurs ;
- le droit constitutionnel de propriété.

Discutons-le :

### 1. S'agissant de la contrariété de l'art. 06 de la Loi à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi.

L'article 06 de la Loi LPR modifie l'article L.1242-3 du Code du travail pour y ajouter un troisième cas de recours aux contrats à durée déterminée : « *Outre les cas prévus à l'article L. 1242-2, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu : (...) 3° Lorsque l'employeur confie des activités de recherche au salarié et participe à sa formation à la recherche et par la recherche dans les conditions fixées à l'article L. 412-3 du Code de la recherche* ».

**Dès lors, le contrat doctoral de droit privé est un contrat à durée déterminée soumis au régime du Code du travail.**

Toutefois, l'article 06 de la Loi LPR crée dans le même temps l'article L. 412-3 du Code de la recherche, dans lequel sont définis : les conditions de recours à ce type de contrat par l'employeur (article L. 412-3 du Code de la recherche I 1° à 3°), le contrôle de l'école doctorale sur l'adéquation, les conditions d'échange et de partage des résultats des recherches, la durée et le renouvellement du contrat, la rupture du contrat, notamment, et le délit pénal pour toute violation du régime.

**De nombreuses contradictions et incertitudes proviennent de la confrontation du régime du contrat à durée déterminée défini dans le Code du travail et dans lequel le contrat doctoral de droit privé s'inscrit et son régime juridique défini à l'article L. 412-3 du Code de la recherche.**

Tout d'abord, le contrat doctoral de droit privé peut être d'une durée initiale de trois ans et peut être renouvelé deux fois. Il peut donc s'étendre sur une période de cinq ans au maximum. Une telle amplitude contrevient à l'article L.1242-1 du Code du travail qui dispose : « *Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». A titre d'illustration, l'article L.1242-8-1 du Code du travail dispose que la durée totale « *ne peut excéder dix-huit mois* ». Au vu de la jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation, un contrat compris entre trois et cinq années correspond à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (voir par exemple un salarié qui a travaillé de manière continue pour une durée de deux ans dans

l'entreprise, Soc. 27 juin 2007, n°06-41.345). Ensuite, le législateur ne précise pas l'articulation entre le régime du contrat à durée déterminée dans lequel le contrat doctoral s'inscrit en vertu de l'article L.1242-3 du Code du travail et le régime défini à l'article L.412-3 du Code de la recherche. Si l'article déroge parfois expressément à certains articles du Code du travail ou renvoie directement à certains autres articles du même code, le législateur ne précise pas le rapport entre le régime défini à l'article L.412-3 du Code de la recherche et les autres règles du régime du contrat à durée déterminée du Code du travail (articles L.1241-1 à L.1248-11). Plusieurs interrogations peuvent être relevées à titre d'illustration :

- Le salarié doctorant bénéficie-t-il de la protection de l'article L.1242-6 2° du Code du travail qui dispose : « 2° Pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux figurant sur une liste établie par voie réglementaire, dans les conditions prévues à l'article L. 4154-1 » ?
- Le contrat doctoral de droit privé peut-il inclure une période d'essai au titre de l'article L.1242-10 ? Aucune référence n'est faite à cette possibilité dans l'article L. 412-3 du Code de la recherche.
- Le contrat de travail à durée déterminée doit comporter la définition précise de son motif (L.1242-12 du Code du travail). C'est une exigence formelle qui permet le contrôle du motif de l'employeur. L'article L.412-3 du Code de la recherche fixe trois conditions que l'employeur doit remplir pour pouvoir recourir au contrat doctoral de droit privé. Cependant, il n'est fait aucune mention de l'obligation d'inscrire la satisfaction à ces trois conditions cumulatives dans le contrat de travail. L'employeur doit-il énoncer ces conditions dans le contrat de travail ?
- L'employeur doit-il mentionner toutes les mentions obligatoires (notamment, la rémunération, la qualification professionnelle, la convention collective applicable, etc.) énoncées à l'article L.1242-12 du Code du travail dans le contrat doctoral de droit privé ?
- Le salarié doctorant bénéficie-t-il des dispositions relatives à l'exécution du contrat : le bénéfice des mêmes dispositions légales et conventionnelles, de la même rémunération qu'un salarié en contrat à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente (articles L.1242-14 et -15 du Code du travail) ?
- Le salarié doctorant a-t-il droit à l'indemnité compensatrice de préavis (article L.1242-16 du Code du travail) ? Bénéficie-t-il de l'information de la liste des postes à pourvoir dans l'entreprise par des contrats de travail à durée indéterminée (article L.1242-17 du Code du travail) ?
- **L'article L.412-3 du Code de la recherche dispose qu'« outre les cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée prévus à l'article L. 1243-1 du Code du travail ». Néanmoins, l'article L.412-3 ne précise pas si le salarié doctorant peut bénéficier de l'article L.1243-2 du Code du travail, qui autorise le salarié à rompre de manière anticipée le contrat à durée déterminée lorsqu'il justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. La confusion provient du fait que cette possibilité puisse être étendue au salarié doctorant, car l'existence du contrat doctoral est inscrite dans le Code du travail en vertu de l'article L.1242-3 du Code du travail, si bien que l'ensemble du régime du contrat à durée déterminée, dont l'article L.1243-2 du Code du travail, lui est applicable. Néanmoins, le fait pour le législateur de renvoyer expressément au seul article L.1243-1 du Code du travail, sans renvoyer en même temps à l'article L. 1243-2 du Code du travail, qui définit lui aussi une modalité de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, pourrait être interprété comme excluant ce dernier motif de rupture.**

- L'article L.412-3 du Code de la recherche ne nous renseigne pas sur le fait de savoir si le salarié doctorant peut être recruté par un nouveau contrat à durée déterminée à l'échéance de son premier contrat. Dans une telle hypothèse le salarié et l'employeur doivent-ils observer le délai de carence prévu à l'article L.1244-3 ?

Considérant qu'aux termes de **l'article 34 de la Constitution** : « *La Loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* » ; qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement cette compétence ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la Loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi, qui découle des articles 04, 05, 06 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la Loi.

Considérant de ce qui précède, que le législateur a adopté des dispositions équivoques et insuffisamment précises pour définir les règles applicables au salarié doctorant ; qu'il n'a pas pleinement exercé la compétence qu'il tient de l'article 34 et a méconnu l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.

**2. S'agissant de la contrariété de l'art. 06 de la Loi au principe constitutionnel de responsabilité, selon lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».**

Considérant votre **décision n° 99-419 DC du 09 novembre 1999 « Loi relative au pacte civil de solidarité »**, l'exigence constitutionnelle posée par **l'article 04 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, ce dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

L'article 06 de la Loi LPR crée un contrat doctoral de droit privé, dont l'objet particulier est de confier au salarié doctorant des activités de recherche et dans le même temps l'employeur participe à sa formation à la recherche et par la recherche. Le législateur précise que ce type de contrat ne peut être conclu que si l'employeur : « 1° *Confie des activités de recherche à un salarié inscrit dans un établissement d'enseignement supérieur français en vue d'obtenir la délivrance d'un diplôme de doctorat (...)* ; 2° *Participe, en application des dispositions de l'article L. 412-1 du présent code, à la formation du salarié doctorant à la recherche et par la recherche (...)* ».

**La législation contestée établit clairement que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction au sein de l'entreprise, est responsable de la formation du salarié doctorant à la recherche et par la recherche, dans le cadre de sa formation doctorale. La détermination des activités de recherche au sein de l'entreprise ne peut relever du salarié doctorant lui-même, car il est subordonné à l'employeur.**

L'article L. 412-3 III du Code de la recherche autorise l'employeur à rompre de manière anticipée le contrat doctoral de droit privé « *lorsque l'inscription du salarié en vue d'obtenir la délivrance d'un diplôme de doctorat n'est pas renouvelée* » - refus d'inscription qui dépend de l'école doctorale de l'établissement dans lequel le doctorant est inscrit. Dans le cadre d'une telle rupture anticipée, l'employeur est exonéré du paiement au salarié doctorant des « *dommages et intérêts prévus au*

*premier alinéa de l'article L. 1243-4 du Code du travail, ainsi que l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du même Code* ». Dans le mécanisme mis en place par la Loi contestée, l'école doctorale ne peut refuser la réinscription du salarié doctorant que si elle constate l'inadéquation des activités de recherche dans l'entreprise avec le sujet de la thèse de doctorat (alinéa 05 de l'article L.412-3 I). Considérant que l'activité de recherche du salarié doctorant est arrêtée et relève exclusivement de la responsabilité de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, une telle inadéquation entre les activités de recherche et le sujet de doctorat ne peut relever que de la responsabilité de l'employeur. Or, en décidant que dans une telle situation l'employeur n'a à payer ni les dommages et intérêts, ni l'indemnité de précarité, celui-ci se retrouve totalement exonéré de sa responsabilité de veiller à l'adéquation des activités de recherche du salarié doctorant avec son sujet de doctorat.

En outre, qu'il soit permis d'ajouter que l'objet de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du Code du travail, vise selon les termes mêmes de la Loi « à compenser la précarité de sa situation ». Dès lors, exonérer l'employeur du paiement d'une telle indemnité en raison du refus de réinscription en doctorat du salarié n'est en rien corrélée à la situation de précarité dans laquelle il a été maintenu avant le refus de réinscription.

Cette exonération totale de l'employeur de sa responsabilité ne répond ni à une exigence d'intérêt général<sup>33</sup> ni à l'exigence de proportionnalité<sup>34</sup>. Considérant qu'aucun individu ne peut ni être totalement exonéré de sa responsabilité ni totalement privé de son droit à réparation<sup>35</sup> l'exonération prévue par l'article 06 de la Loi LPR viole le principe constitutionnel de responsabilité, selon lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

### 3. S'agissant de la contrariété de l'article 06 avec le principe constitutionnel d'indépendance des chercheurs et enseignants-chercheurs.

Considérant que selon votre *décision n°83-165 du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur*, « dès lors que, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables ». Le législateur doit alors apporter les garanties suffisantes pour assurer cette indépendance dans la recherche.

Le contrat doctoral de droit privé s'inscrit dans la formation doctorale et son objet est selon les propres termes de la Loi de participer « à la formation du salarié doctorant à la recherche et par la recherche ». Cette recherche s'inscrit dès lors dans le cadre de la formation de l'enseignement public supérieur. Elle est encadrée par un directeur de thèse et l'école doctorale, qui a pour mission particulière pour ce type de contrat de contrôler l'adéquation des activités de recherche dans l'entreprise avec le sujet de doctorat.

---

<sup>33</sup> Considérant par exemple que l'objectif de l'effectivité du droit de grève ne suffit pas à dénier dans son principe même le droit d'agir des victimes, *Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

<sup>34</sup> Sur le refus d'une exonération totale, voir par exemple *Décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

<sup>35</sup> Voir par exemple *Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

Rappelons, à titre d'illustration, que dans le cadre des conventions industrielles de formation par la recherche (CIFRE), qui permet aux entreprises employeurs de bénéficier d'une aide financière pour recruter de jeunes doctorants dont les projets de recherche, menés en liaison avec un laboratoire extérieur, conduiront à la soutenance d'une thèse, l'établissement public formateur en mesure de garantir l'indépendance du chercheur en doctorat, car il est partie à la convention, qui est tripartite. En revanche, le contrat doctoral de droit privé est un contrat bilatéral entre l'entreprise employeur et le salarié doctorant. L'établissement public formateur n'étant pas partie à la convention, il n'est pas en mesure d'assurer l'indépendance du salarié doctorant.

Rien dans la Loi contestée ne permet de garantir l'indépendance du salarié doctorant face aux intérêts privés de l'employeur, auquel il est subordonné. Au-delà du salarié doctorant rien ne permet de garantir l'indépendance du directeur de thèse, chercheur ou enseignant-chercheur, qui encadre son doctorat et dont ses propres travaux peuvent dépendre ou être influencés par les activités de recherche de son doctorant, y compris celles accomplies dans le cadre de l'entreprise employeur. Rappelons que la Loi impose que les activités de recherche du salarié doctorant doivent être en lien avec son sujet de doctorat – c'est l'objet même du contrôle de l'école doctorale au moment de l'inscription et des réinscriptions dans l'établissement de l'enseignement supérieur et de la recherche.

Faute de garantie suffisante de l'indépendance du salarié doctorant ou de son directeur de thèse l'article 06 de la Loi LPR contrevient au principe constitutionnel d'indépendance des chercheurs et enseignants-chercheurs.

#### 4. S'agissant de la contrariété de l'article 06 avec le droit constitutionnel de propriété.

*L'article 34 de la Constitution dispose que « (...) La Loi détermine les principes fondamentaux : (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ».*

Au sein de l'article L. 412-3 I, sixième alinéa du Code de la recherche, créé par l'article 06 de la Loi contestée, la Loi renvoie au pouvoir réglementaire le soin de fixer « *les conditions d'échange et de partage des résultats des recherches* ». Or, les résultats d'une recherche peuvent donner lieu à propriété intellectuelle, propriété industrielle, etc. Ces résultats peuvent, selon les circonstances de la recherche, relever plus de la propriété de l'établissement public formateur que de celle de l'entreprise employeur.

En ne déterminant pas les conditions de propriété sur les résultats de recherche dans le cadre du contrat doctoral de droit privé, le législateur a méconnu ses obligations constitutionnelles.

## Article 07

L'article 07 de la LPR crée le contrat à objet défini de recherche et le contrat public post doctoral. Ces deux contrats ont pour objet commun de définir un type de contrat à destination des seuls docteurs.

Or, affirmons-nous, la création de ces contrats contreviennent à deux principes constitutionnels et deux articles de la Constitution qu'il s'agira de rappeler :

- l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi ;
- principe constitutionnel d'égalité ;
- les articles 34 et 37 de la Constitution (domaine de la Loi).

Discutons-le.

### 1. S'agissant de la contrariété de l'article 07 de la Loi à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi.

L'article 07 de la Loi LPR modifie l'article L.1242-3 du Code du travail pour y ajouter un troisième cas de recours aux contrats à durée déterminée : « *Outre les cas prévus à l'article L. 1242-2, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu : (...) 4° Lorsque l'employeur confie au salarié, dans les conditions fixées à l'article L. 431-5 du même code, des activités de recherche en vue de la réalisation d'un objet défini et qu'il s'engage à fournir au salarié une expérience professionnelle complémentaire au diplôme de doctorat prévu à l'article L. 612-7 du Code de l'éducation* ». Dès lors, le contrat doctoral de droit privé est un contrat à durée déterminée soumis au régime du Code du travail.

**Toutefois, l'article 07 de la Loi LPR modifie le Code de la recherche pour déterminer les conditions de recours au contrat à objet défini de recherche (article L. 412-4 du Code de la recherche) et le régime applicable à ce contrat (article L. 412-5 du Code de la recherche).**

La durée de ce contrat « *ne peut être inférieure à un an. La durée totale du contrat ne peut excéder quatre ans* ». Une telle amplitude contrevient directement à l'article L.1242-1 du Code du travail qui dispose : « *Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». A titre d'illustration, l'article L.1242-8-1 du Code du travail dispose que la durée totale « *ne peut excéder dix-huit mois* ». Au vu de la jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation, un contrat de plus de deux années correspond à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (voir par exemple un salarié qui a travaillé de manière continue pour une durée de deux ans dans l'entreprise, Soc. 27 juin 2007, n°06-41.345).

En l'état du droit positif, les signataires du contrat à objet défini de recherche ne savent pas s'ils peuvent légalement recourir à ce type de contrat jusqu'à quatre ans. La contradiction entre la durée maximale du contrat à objet défini de recherche et le premier principe applicable aux contrats à durée déterminée énoncé à l'article L. 1242-1 du Code du travail **contrevient à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi.**

## 2. S'agissant de la contrariété de l'article 07 de la Loi au principe constitutionnel d'égalité.

Considérant que vous affirmez de manière constante dans vos décisions que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la Loi qui l'établit* » (décision n°96-375 du 09 avril 1996, *diverses dispositions d'ordre économique et financier*).

### **L'article 07 de la Loi LPR introduit deux différences de traitement aux dépens du salarié en contrat à objet défini de recherche, qui ne peuvent être justifiées au regard du principe d'égalité.**

Tout d'abord, l'article 07 de la Loi contestée prévoit que le salarié en contrat à objet défini de recherche a le droit à une indemnité de précarité à l'échéance de son contrat : « *Par dérogation au 1° de l'article L. 1243-10 du Code du travail, les dispositions relatives à l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du même Code sont applicables lorsque le contrat prévu au I du présent article arrive à échéance et que les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée avec le même employeur ou un autre employeur public ou privé, ou par un recrutement dans un corps de la fonction publique* ».

Les contrats à objet défini, de manière générale, donnent droit à ce type d'indemnité – ils ne font pas partie des exceptions énoncées à l'article L.1243-10 du Code du travail, en vertu desquelles l'indemnité de précarité n'est pas due.

**Néanmoins, l'article 07 de la Loi LPR introduit une distinction entre le contrat à objet défini de recherche et les autres contrats à objet défini quant à l'éligibilité à cette indemnité de précarité : l'indemnité n'est pas due lorsque l'employeur recrute directement le salarié par un contrat à durée indéterminée – comme pour tout contrat à durée déterminée – mais également lorsque le salarié est recruté par « *un autre employeur public ou privé, ou par un recrutement dans un corps de la fonction publique* ».**

Cette dernière hypothèse d'exemption de versement de l'indemnité de précarité n'existe donc pas pour les autres contrats à objet défini. Une telle exemption n'est pas justifiée par un intérêt général. En outre, elle n'est pas pertinente, car l'indemnité de précarité vise à indemniser le salarié qui a été maintenu dans une situation de précarité, soit son maintien sous l'empire d'un contrat à durée déterminée. Il s'agit de compenser le maintien dans une relation de travail précaire, car à durée déterminée et qui peut se terminer dès que la mission, objet du contrat, est achevée.

Cette indemnité de précarité s'apprécie au jour de l'échéance du contrat, car c'est à cette date seulement que l'on peut apprécier la durée pendant laquelle le salarié a été maintenu dans cette situation. Le mode de calcul de l'indemnité en témoigne d'ailleurs : « *Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié* » (article L.1243-8, deuxième alinéa du Code du travail), c'est-à-dire sur l'ensemble des salaires versés sur l'ensemble de la période couverte par le contrat. C'est donc bien l'ensemble de la période passée de précarité qu'il s'agit d'indemniser. Dès lors, exonérer l'employeur de verser cette indemnité parce qu'un autre employeur privé ou public, par la suite, a recruté à durée indéterminée le salarié n'est pas pertinent au regard de l'objet de cette indemnité.

Ensuite, les contrats à objet défini autres que le contrat à objet défini de recherche ne peuvent être institués que par convention collective de branche ou accord collectif d'entreprise, qui doivent nécessairement prévoir (article L.1242-2 *in fine* du Code du travail) : « *a) Les nécessités économiques*

*auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée ; b) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel ; c) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en contrat à durée indéterminée dans l'entreprise ».*

L'article 07 de la Loi contestée renvoie plus modestement aux parties au contrat le soin de déterminer entre elles « *Les mesures d'accompagnement, notamment en matière de formation aux emplois, de périodes d'insertion professionnelle et de poursuite de carrière en France comme à l'étranger* » (article L. 431-5 V, 6° du Code de la recherche). Le contrat à objet défini de recherche ne reprend ni « *les nécessités économiques* » exposées par l'employeur pour être autorisé à recourir à ce type de contrat, dérogoratoire au contrat à durée indéterminée, ni les garanties « *relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue* », ni la priorité d'emploi sur les contrats à durée indéterminée dans l'entreprise. Les mesures d'accompagnements visées à l'article 07 de la Loi contestée ne couvrent que très partiellement les garanties visées au b) de l'article L.1242-2 du Code du travail. En outre, il ne couvre pas les conditions posées au a) et c) de l'article précité.

**Cette distinction de régime opérée entre le contrat à objet défini et le contrat à objet défini de recherche n'est ni justifiée par un intérêt général, ni par l'objet de la Loi qui l'établit.**

**Précisons en outre que les garanties de reclassement, de priorité de réembauche, de formation professionnelle et d'accès à l'emploi ressortent toutes du droit constitutionnel à l'emploi. L'égalité face au droit constitutionnel à l'emploi, garanti par l'alinéa 05 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, commande que les salariés dans une même situation d'emploi, ici un contrat à objet défini, doivent bénéficier des mêmes garanties – en l'occurrence toutes celles énoncées à l'article L.1242-2.**

Les dérogations à l'égalité introduites par l'article 07 de la Loi contestée à propos du contrat à objet défini ne sont justifiées ni par des raisons d'intérêt général ni en rapport direct avec l'objet de la Loi qui l'établit dont l'ambition est « *de donner à notre recherche publique les leviers permettant de relever les principaux défis scientifiques des décennies à venir, qu'il s'agisse par exemple de la transition écologique, de la santé ou du numérique, tout en participant à la relance de notre pays. Cette programmation permettra à la France de tenir son rang parmi les grandes nations scientifiques* ».

### **3. S'agissant de la violation de l'article 07 avec les articles 34 et 37 de la Constitution.**

L'article 07 de la Loi LPR introduit une règle spéciale selon laquelle le contrat doit prévoir « *Les mesures d'accompagnement, notamment en matière de formation aux emplois, de périodes d'insertion professionnelle et de poursuite de carrière en France comme à l'étranger* » (L. 431-5, V, 6° du Code de la recherche). En prévoyant cette règle spéciale, le législateur déroge donc à la règle plus générale énoncée à l'article L.1242-2 du Code du travail, applicable à l'ensemble des contrats à objet défini. Il en ressort donc que les conditions et garanties posées par ce dernier article ne sont pas applicables au contrat à objet défini de recherche.

**Le législateur méconnaît l'article 34 de la Constitution qui dispose : « (...) La Loi détermine les principes fondamentaux : (...) - du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».**

Le législateur méconnaît sa compétence lorsqu'il renvoie la détermination de ces principes fondamentaux au contrat de travail. C'est pourtant ce que fait le législateur à propos des garanties apportées au salarié en contrat à objet défini de recherche.

Le législateur a pu par le passé renvoyer à la négociation collective le soin de déterminer certaines conditions de recours aux contrats à objet défini et les garanties apportées aux salariés dans le cadre de ces contrats (article L.1242-2 *in fine* du Code du travail) : « a) Les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée ; b) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel ; c) Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en contrat à durée indéterminée dans l'entreprise ».

Pour ces contrats à objet défini, si le législateur ne fixe pas le détail de ces conditions et garanties, il affirme qu'ils doivent nécessairement exister dans l'accord collectif ou la convention collective de branche qui autorise le recours à ce type de contrat. Il n'en est pas de même pour le contrat à objet défini de recherche.

L'article 07 de la Loi contestée renvoie plus modestement aux parties au contrat de travail le soin de déterminer entre elles « Les mesures d'accompagnement, notamment en matière de formation aux emplois, de périodes d'insertion professionnelle et de poursuite de carrière en France comme à l'étranger » (article L. 431-5 V, 6° du Code de la recherche). Le contrat à objet défini de recherche ne reprend ni « les nécessités économiques » exposées par l'employeur pour être autorisées à recourir à ce type de contrat, dérogoire au contrat à durée indéterminée, ni les garanties « relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue », ni la priorité d'emploi sur les contrats à durée indéterminée dans l'entreprise.

**Dès lors, le législateur méconnaît sa compétence en ne déterminant pas lui-même l'ensemble des conditions et garanties qui doivent être apportées au salarié en contrat à objet défini de recherche. Il ne peut se contenter de donner quelques exemples de garanties à considérer pour les inclure dans le contrat de travail.**

En outre, en renvoyant au contrat de travail le soin de préciser la Loi, le législateur méconnaît la compétence du pouvoir réglementaire au titre de l'article 37 de la Constitution, selon lequel « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la Loi ont un caractère réglementaire ». Le législateur méconnaît également la compétence des partenaires sociaux, qui aurait pu en lieu et place du pouvoir réglementaire préciser les garanties apportées au salarié en contrat à objet défini de recherche<sup>36</sup>. Le

---

<sup>36</sup> Voir dans le même sens **Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.**

législateur méconnaît ses compétences en habilitant directement les parties à un contrat de travail de définir les garanties sociales au salarié en contrat à objet défini de recherche.

**Il ne saurait renvoyer cette compétence aux seules parties au contrat de travail, dont l'une des parties est subordonnée à l'autre. Il méconnaît alors l'article 34 de la Constitution.**

Précisons en outre que les garanties de reclassement, de priorité de réembauche, de formation professionnelle et d'accès à l'emploi ressortent toutes du droit constitutionnel à l'emploi, garanti par l'alinéa 05 du préambule du 27 octobre 1946. Ces mêmes garanties doivent être apportées au salarié en contrat à objet défini de recherche.

## Article 08

L'article 08 ici contesté permet d'introduire dans le Code de la recherche un article prévoyant que tout candidat à la direction d'un établissement public de recherche est titulaire d'un doctorat. Cependant, cet article précise que le ministre chargé de la recherche est dorénavant compétent pour attribuer une équivalence à ce diplôme en prenant en compte un autre diplôme universitaire inférieur, une qualification, une expérience professionnelle ou un titre.

Nous attirons l'attention des membres du Conseil constitutionnel sur l'atteinte que peut porter l'article 08 de la Loi sur le principe d'évaluation par les pairs, inhérent au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs (explicitement reconnu par les [décisions du Conseil constitutionnel n°83-165 DC du 20 janvier 1984](#) et [n°93-322 DC du 28 juillet 1993](#)).

### 1. Constat : évaluation par le ministre chargé de la recherche de l'équivalence de doctorat.

**Cet article donne au ministre chargé de la recherche un pouvoir d'appréciation de niveau scientifique d'un candidat.** Or, les ministres chargés de la recherche n'ont pas nécessairement un doctorat. En effet, aucune condition de diplôme n'est exigée pour la nomination des ministres. Cette nomination relève de la libre appréciation du Président de la République sur proposition du Premier ministre ([article 08 de la Constitution](#)). Ceci implique donc que dorénavant il sera possible qu'un ministre, n'appartenant pas à la communauté scientifique et non titulaire d'un doctorat, puisse apprécier sur le fond les qualités scientifiques d'un candidat, et en particulier puisse évaluer si l'expérience professionnelle d'une personne équivaut au travail de recherche qu'implique une thèse de doctorat.

Ceci apparaît être en parfaite contradiction avec le [principe même de l'évaluation par les pairs](#) contenu dans [le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs](#).

### 2. Constat : l'évaluation par les pairs est inhérente au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Comme vous l'avez clairement affirmé le Conseil constitutionnel dans le considérant n°7 de sa [décision n°2015-465 Qpc du 24 avril 2015](#)<sup>37</sup>, « *la garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que ce principe implique notamment que les professeurs des Universités et les maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs* ». Ainsi, il est clair que [l'évaluation par les pairs](#) est un principe protégé par le bloc constitutionnel français.

Cette évaluation par les pairs est essentielle pour le recrutement de nouveaux collègues, mais elle ne se limite pas à ce seul aspect. Au regard de l'importance du diplôme de doctorat, toute évaluation d'une équivalence à un tel diplôme ne peut être effectuée que par des personnes disposant de ce même diplôme ou d'un diplôme équivalent.

Dès lors, attribuer à une autorité administrative, dont il n'est pas exigé qu'elle soit titulaire d'un diplôme de doctorat, un tel pouvoir d'appréciation apparaît en totale contradiction avec le [principe d'évaluation par les pairs](#). Ce pouvoir d'évaluation doit être réservé aux personnes disposant des

<sup>37</sup> Cons. const., [décision n° 2015-465 Qpc du 24 avril 2015](#), [Conférence des présidents d'université](#) [Composition de la formation restreinte du conseil académique], JORF.

diplômes équivalents. Ne pas censurer une telle disposition constituerait une brèche extrêmement dangereuse pour la préservation de l'excellence scientifique.

En confiant au ministre de la recherche le pouvoir d'apprécier l'équivalence à un diplôme de doctorat pour tout candidat à la direction d'un établissement de recherche, l'article 08 de la Loi porte une atteinte grave au **principe d'évaluation par les pairs**, inhérent au **principe d'indépendance des enseignants-chercheurs**.

## Article 12

L'article 12 institue la possibilité pour les établissements de recherche et d'enseignement supérieur d'accueillir, dans le cadre de « séjours de recherche », des doctorants et chercheurs étrangers bénéficiant d'une bourse ou d'un financement équivalent, ce qui permet de sécuriser, notamment, l'éventuel complément de financement et l'obtention d'un titre de séjour pour les intéressés.

Cette disposition porte atteinte :

- Au principe de clarté de la Loi qui découle de **l'article 34 de la Constitution** et aux exigences d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi qui découlent **des articles 04, 05, 06 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789** (ci-après DDHC)
- Au principe d'égalité devant la Loi consacré par **l'article 06 de la DDHC**.

Discutons-le.

### 1. L'atteinte au principe de clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.

Vous avez déduit **de l'article 34 de la Constitution** un principe de « clarté de la Loi » et des **articles 04, 05, 06 et 16 de la DDHC** un objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi qui impose « *au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la Loi* » (**Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, cons. 09**). La « *généralité des termes* » employés est ainsi susceptible de conférer à la Loi « *une portée imprécise* » (**Ibid. cons. 19**).

L'alinéa 08 de cet article 12 réserve le bénéfice de ce séjour de recherche aux doctorants ou chercheurs étrangers qui bénéficient « *d'une bourse ou de tout autre financement dédié à cette activité accordé selon des critères scientifiques, après sélection par un gouvernement étranger, une institution étrangère ou par le ministère des affaires étrangères* ». En ne fixant pas de manière suffisamment précise la notion de « *financement dédié à cette activité* » ni celle d'« *institution étrangère* » susceptible d'accorder ce financement, cette disposition reporte sur les institutions mentionnées à l'alinéa 04 du même article un pouvoir discrétionnaire sur l'appréciation de ces financements et des organismes dont elles émanent qui ne permet pas de prémunir contre un risque d'arbitraire quant à l'octroi de ces séjours de recherche. Ces dispositions apparaissent donc contraires **aux articles 04, 05, 06 et 16 de la DDHC** et à **l'article 34 de la Constitution**.

## 2. L'atteinte au principe d'égalité devant la Loi.

L'article 06 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que la Loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Interprétant cette disposition, le Conseil constitutionnel a considéré que « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la Loi qui l'établit » (décision n°90-283 DC du 08 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 34).

Les alinéas 17 à 20 de l'article 12 prévoient les modalités d'obtention des titres de séjour pour les bénéficiaires d'un « séjour de recherche » au sens de cet article et modifient en conséquence le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA).

Ces dispositions établissent une différence de traitement entre les bénéficiaires qui disposent « d'un financement au moins équivalent à la rémunération minimale, hors prise en compte des charges sociales afférentes, fixée par arrêté des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de la recherche portant rémunération des doctorants » qui peuvent prétendre à une carte de séjour pluriannuelle portant la mention « passeport-talent » définie par l'article L. 313-20 du CESEDA et les bénéficiaires du séjour de recherche qui n'atteignent pas ce niveau de rémunération qui ne peuvent se voir délivrer qu'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » définie par l'article L. 313-7 du CESEDA.

En soumettant à un régime différent les bénéficiaires du séjour de recherche en fonction de leur niveau de financement (et sans tenir compte de la durée de la recherche qui justifie le séjour), les alinéas 17 à 20 de l'article 12 établissent une différence de traitement qui est sans rapport direct avec l'objet de la Loi qui vise, selon les termes de l'étude d'impact, à « renforcer l'attractivité de nos établissements, de fluidifier et de simplifier l'accueil de ces chercheurs, en cohérence avec les orientations gouvernementales et les objectifs de la directive européenne ». Au surplus, le Législateur n'avance aucun motif d'intérêt général susceptible de justifier que les bénéficiaires d'un « séjour de recherche » dont le financement est inférieur à celui fixé par arrêté pour la rémunération des doctorants ne puissent prétendre à une carte de séjour pluriannuelle « passeport talent » à l'instar des autres bénéficiaires. Ces dispositions apparaissent donc contraires à l'article 06 de la DDHC.

## Article 18

Cet article, introduit par voie d'amendement devant le Sénat, prévoit la mise en place d'un serment que tout docteur doit prononcer à l'issue de sa soutenance de thèse. L'article 18 vise à insérer à l'article L. 612-7 du code de l'éducation la phrase suivante : "A l'issue de la soutenance de la thèse, le candidat doit prêter serment en s'engageant à respecter les principes et les exigences de l'intégrité scientifique, dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la recherche". Nous attirons l'attention des membres du Conseil constitutionnel sur l'absence manifeste de portée normative de cet article 18 et sa contrariété avec **l'article 06 de la DDHC**.

Si toutefois, les membres du Conseil constitutionnel ne nous suivent pas dans cette argumentation, et estiment que cette disposition dispose d'une portée normative, nous les invitons soit à considérer que le législateur a commis une **incompétence négative** en omettant de prévoir les garanties nécessaires à la mise en œuvre de cet article (**conformément à l'article 34 de la Constitution**), soit à reconnaître l'atteinte particulièrement grave que matérialise cet article à l'égard de la liberté d'expression (consacrée **l'article 11 de la DDHC**), qui dans le domaine scientifique se doit d'être particulièrement préservée, comme le confirme le **principe d'indépendance des enseignants-chercheurs** (explicitement reconnu par les **décisions du Conseil constitutionnel n°83-165 DC du 20 janvier 1984 et n°93-322 DC du 28 juillet 1993**).

### 1. Absence de normativité de la disposition législative (neutron législatif – Article 06 DDHC).

Le « neutron législatif » (expression employée par Jean FOYER) est une disposition dont la charge juridique est nulle, en ce qu'elle n'a aucun contenu obligatoire ou effet pratique, donc aucune portée normative. Pour la première fois en 2005, le Conseil constitutionnel a déclaré une disposition législative contraire à la Constitution pour absence manifeste de portée normative (**Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école**). A cette occasion le Conseil a rappelé que « *la Loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* », conformément à l'article 06 de la **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789**, qui dispose que « *La Loi est l'expression de la volonté générale* ». Cette exigence du contrôle de la qualité normative de la Loi est nécessaire pour préserver l'effectivité du droit, puisque, comme le disait si clairement Pierre Mazeaud lors de ses vœux au Président de la République, le 03 janvier 2005 : « *La Loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits* »<sup>38</sup>.

Or, la Loi dont vous êtes saisis présente des défaillances en matière de portée normative, en particulier dans son article 18. En apparence, cet article dispose donc des attributs d'une règle normative, puisqu'il semble créer une obligation. Or, cette obligation est totalement fictive.

Le caractère purement symbolique du serment a de fait été directement reconnu par les auteurs mêmes de l'amendement. Selon MM. OUZOULIAS, BACCHI et Mme BRULIN notamment, cet amendement a pour objet d'inscrire « *symboliquement le jeune docteur au sein de la communauté scientifique* » (*sic*). Ce caractère symbolique a été rappelé dans les débats y compris par la ministre de l'enseignement supérieur.

<sup>38</sup> *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, p. 10.

En effet, pour que l'obligation de serment introduite par cet article 18 ait une portée normative, il faudrait pour cela que l'article ait un contenu obligatoire ou des effets pratiques. Or, le serment prévu par le législateur dans cette Loi n'a ni un contenu obligatoire ni un effet pratique. En principe, l'effectivité juridique d'un serment tient en deux éléments alternatifs :

- le fait qu'il conditionne l'entrée dans une profession (comme peut l'être celui des administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires conformément à l'article R. 814-52 du Code de commerce) ou
- le fait qu'il soit prononcé avant une prise de parole devant une autorité juridictionnelle ou notariale (comme le serment judiciaire prévu dans le Code de procédure civile (articles 317 à 322)).

Toutefois, aucun de ces éléments ne se retrouve ici, conduisant ainsi à conclure à l'absence d'effet pratique de ce serment.

## 2. Constat : absence d'effet d'un serment ne conditionnant pas l'entrée dans une profession scientifique.

Au Moyen-Age, certains métiers étaient dits jurés, « *c'est-à-dire ayant droit de corps et communauté, en laquelle on entrait par serment* »<sup>39</sup>. Le métier juré est donc le regroupement de personnes pratiquant le même commerce ou le même métier, et ce groupement est fondé sur la défense des intérêts de la profession. Cette profession n'est donc pas libre puisque pour l'intégrer, il faut faire partie du métier juré et accepter sa Loi, par le serment. Le serment permet donc d'intégrer immédiatement une profession déterminée, organisée en corporation, et c'est cette dernière qui est chargée de veiller à ce que le nouveau membre respecte une bonne moralité, et qui prend les sanctions en cas de violation.

Mais tel n'est absolument pas le cas des enseignants-chercheurs, et encore moins des docteurs : il n'existe ni corps organisé, ni Ordre professionnel, ni Code de déontologie à respecter, ni intérêts d'une quelconque profession à défendre, le titre de docteur ne permettant en soi de n'avoir aucune profession déterminée et encore moins immédiate (à moins que la proposition de Loi n'ait entendu implicitement donner immédiatement un emploi à tout nouveau docteur). Ainsi, une soutenance de thèse ne constitue jamais une étape permettant à elle-seule l'intégration automatique à une profession. Concernant l'intégration des corps de maître de conférences, professeur d'Université, chargés de recherche ou directeur de recherche, il est exigé la détention du doctorat, mais il s'agit d'une condition parmi d'autres. En outre, la rédaction d'une thèse n'a pas toujours vocation à conduire à l'entrée dans une profession *scientifique*. Certaines thèses ont une forte dimension professionnelle et l'objectif de ces docteurs n'est pas toujours la poursuite dans une carrière *scientifique*. Demander à des docteurs de promettre de « *respecter les principes et les exigences de l'intégrité scientifique* », alors même qu'ils n'ont pas pour ambition de poursuivre dans la recherche scientifique n'a absolument aucun sens. Il n'y a donc aucun effet utile à attendre de la prononciation de ce serment, ce qui conduit à dénier toute portée normative à cette disposition.

---

<sup>39</sup> C. LOYSEAU, *Les œuvres de Maître Charles LOYSEAU, avocat en Parlement, contenant les cinq livres du droit des offices, les traités des seigneuries, des ordres et simples dignitez, du déguerpissement et délaissement par hypothèque, de la garantie des rentes et des abus des justices de village*, Compagnie des Libraires, Lyon, dernière édition, 1701, Livre V, Chapitre VII, n°77.

### 3. Constat : absence d'effet d'un serment prononcé à l'issue de la soutenance de thèse.

L'absence de normativité de l'article tient également au fait que le serment soit prononcé une fois la soutenance déjà faite. Quelle est l'utilité d'un tel serment une fois un travail de recherche accompli, rédigé et soutenu ?

Si le législateur tenait absolument à l'introduction d'un serment, il aurait alors fallu l'imposer au moment de la première inscription en thèse ou, au pire, en début de soutenance de thèse. Placer cette obligation de serment à l'issue de la soutenance de thèse, une fois le travail réalisé et sans que la thèse conduise nécessairement à l'intégration dans une profession scientifique, n'a aucun sens et conduit à dénuer toute portée juridique à ce serment.

Ceci illustre à nouveau la méconnaissance du fonctionnement réel des métiers de la recherche et de la diversité des doctorats, mais surtout cela conduit, du point de vue juridique, à obscurcir et encombrer inutilement l'ordonnement juridique.

### 4. Conséquence : l'absence d'effet utile au serment prévu à l'article 18 est avérée.

Bien qu'ils pensaient bien faire, les auteurs de cet article ont introduit très maladroitement une disposition qui n'apporte rien au doctorat et conduit au contraire à alourdir inutilement le cadre normatif de textes qui n'en sont pas. L'article 18 qui prévoit l'instauration d'un serment que devra prononcer tout docteur à l'issue de sa soutenance consiste en une mesure manifestement dépourvue de toute portée juridique, et constitue à ce titre un neutron législatif, en contrariété avec l'article 06 de la *DDHC*.

### 5. Incompétence négative du fait de l'absence de sanctions prévues en cas de méconnaissance du serment (Article 34 de la Constitution).

Toutefois, dans l'hypothèse où les membres du Conseil constitutionnel considéreraient que cet article 18 dispose d'une portée juridique, nous les invitons à censurer cet article en ce qu'il ne prévoit pas de sanctions afférentes à la méconnaissance du serment, attestant ainsi d'une incompétence négative de la part du législateur (article 34 de la Constitution).

Conformément à la jurisprudence désormais classique du Conseil constitutionnel, apparue dès la *décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967*, il est attendu du législateur qu'il détermine avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. Ainsi, le Conseil constitutionnel a déjà, par le passé, sanctionné les dispositions obscures ou équivoques<sup>40</sup>, mais aussi celles où le législateur n'épuise pas sa propre compétence<sup>41</sup>. La possibilité de censurer une disposition pour incompétence négative permet ainsi de s'assurer que le législateur ne se défait pas sur d'autres autorités pour mettre en œuvre la Loi et qu'il a respecté la réserve de Loi imposée par l'article 34 de la Constitution.

Or, dans le cas présent, l'article 18 est visiblement incomplet.

---

<sup>40</sup> Voir par exemple : *décision 2000-435 DC, 7 décembre 2000, cons. 53*.

<sup>41</sup> Voir par exemple : *décision 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 57*.

## 6. Constat : la reconnaissance de la portée normative du serment va de pair avec la mise en place de sanctions.

Lorsque l'on examine les autres serments existant déjà dans l'ordonnement juridique national on constate que ceux-ci sont assortis de sanctions en cas de méconnaissance. C'est le cas par exemple du serment judiciaire prévu aux articles 317 à 322 du Code de procédure civile. L'article 319 dudit Code rappelle que le faux serment expose son auteur à des sanctions pénales. De même, l'article L. 8113-10 du Code du travail qui oblige les inspecteurs du travail à prêter serment prévoit les sanctions liées à sa méconnaissance.

Dans la disposition litigieuse, aucune mention n'est faite quant à ces sanctions. Certes, le législateur renvoie au pouvoir réglementaire le soin de fixer les conditions dans lesquelles ce serment sera prononcé. Cependant, le législateur ne saurait par cette voie confier au pouvoir réglementaire la compétence de fixer les sanctions pénales à lier à une telle infraction. D'autant plus que l'article 18 prévoit que les modalités de mise en œuvre du serment seront fixées par un arrêté ministériel. Or, le ministre chargé de la recherche n'a aucune compétence en matière pénale, conformément au décret n°2017-1083 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation<sup>42</sup>. De ce fait, en omettant d'indiquer les sanctions applicables pour une telle méconnaissance, le législateur a commis une **incompétence négative**.

En ne prévoyant pas directement les sanctions applicables à la méconnaissance du serment post doctoral, le législateur a commis une **incompétence négative**, violant ainsi la réserve de Loi fixée à **l'article 34 de la Constitution**.

## 7. Atteinte à la liberté d'expression (article 11 de la DDHC).

Dans l'hypothèse où les membres du Conseil constitutionnel considéreraient que cet article 18 dispose d'une portée juridique, nous les invitons à censurer cet article en ce qu'il constitue une violation de la **liberté d'expression (art. 11 de la DDHC)**.

Comme l'ont affirmé si clairement les révolutionnaires de 1789, « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme* ». La liberté d'expression, en tant que condition essentielle du progrès et de l'épanouissement de chacun, fait partie du noyau des droits fondamentaux et en particulier des droits dits de première génération, en ce sens où sa jouissance impose à l'Etat d'éviter toute action qui viendrait à en réduire la portée. Ceci explique pourquoi les révolutionnaires de 1789 ont absolument tenu à la consacrer à l'article **11 de la DDHC**, selon lequel : « (...) *tout Citoyen peut (...) parler, écrire, imprimer librement* ».

Cette liberté d'expression apparaît d'autant plus nécessaire dans le domaine scientifique, puisque la science ne doit pas pouvoir être bridée dans sa forme ni dans son contenu par l'Etat. Le Conseil constitutionnel en a parfaitement conscience et ceci explique pourquoi il a consacré **le principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs** (explicitement reconnu par les **décisions du Conseil constitutionnel n°83-165 DC du 20 janvier 1984 et n°93-322 DC du 28 juillet 1993**), lequel permet de protéger la liberté d'expression de ces agents publics. Bien qu'ils soient des fonctionnaires

---

<sup>42</sup> JORF n°0123 du 25 mai 2017, texte n°31.

de l'Etat, ils bénéficient à ce titre d'une entière et totale liberté d'expression et de recherche.

Si le Conseil constitutionnel considère que le serment instauré par l'article 18 de la Loi a une quelconque portée juridique, il devra alors admettre que par ce serment les docteurs en droit s'engagent sur l'honneur à « *respecter les principes et les exigences de l'intégrité scientifique* ». Or en n'indiquant pas clairement quelles sont les sanctions applicables à la violation de ce serment et en imposant au docteur la soumission à une morale scientifique, le législateur viole ici clairement la liberté d'expression scientifique.

#### **8. Constat : tout serment créer une limitation de l'action et de la parole.**

Tout serment ayant une portée juridique (c'est-à-dire qui vise à avoir un effet utile et donc dispose de sanction en cas de méconnaissance), a nécessairement pour conséquence de limiter l'expression de ceux soumis au serment.

Le caractère liberticide du serment est ancien. On peut par exemple évoquer la Loi du 22 ventôse an XII (articles 24, 29 et suivants), qui déterminait les conditions d'exercice de la profession d'avocat : diplômes, tableau, et serment. Or le serment alors prononcé consistait à ne rien dire ou publier de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique. Surtout le 14 décembre 1810 est adopté un décret contenant règlement sur l'exercice de cette profession et sur la discipline du barreau. Le serment comprenait obéissance aux constitutions de l'Empire, fidélité à l'empereur, et impliquait de ne rien dire ou publier de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat et la paix publique, de ne pas s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques, et de ne concilier ou défendre aucune cause que l'avocat ne croirait pas juste en son âme et conscience. Quant au conseil de discipline, il était chargé de veiller à la conservation de l'honneur de l'ordre, de maintenir les principes de probité, et de délicatesse, et de réprimer et punir les infractions et fautes. Le serment on le voit, a toujours servi à « lier » le membre à son corps, et de limiter son expression qui pourrait être contraire notamment à une bonne moralité.

Mais tel n'est absolument pas le cas des docteurs, puisque comme il a été indiqué précédemment, le titre de docteur ne permet en soi de n'avoir aucune profession déterminée et encore moins immédiate. Le serment ici prévu ne repose alors sur aucun fondement et n'a pour seul objectif que de restreindre la liberté d'expression et l'indépendance du futur enseignant-chercheur (si tant est que le récent docteur souhaite encore embrasser cette carrière, et surtout le puisse !).

#### **9. Conséquence : censure de l'article 18 de la Loi.**

Si le Conseil constitutionnel estime que le serment prévu à l'article 18 de la Loi consacre l'obligation juridique pour tout docteur à respecter à l'avenir « les principes et les exigences de l'intégrité scientifique », il devra au nom de la liberté d'expression scientifique ([art. 11 DDHC](#)), censurer cet article.

## Article 20

L'article 20 concerne la création et l'organisation des unités de recherche au sein de différents organismes de recherche (art. L 313.1 du code de l'éducation). Sa rédaction prolonge les réflexions menées depuis plusieurs années sur le fonctionnement des unités de recherche. Ces rapports ont quasiment tous mis en évidence les difficultés de fonctionnement des unités, notamment lorsqu'elles sont de taille importante. La grande difficulté du mode de fonctionnement réside aujourd'hui dans les rapports entre la direction et les tutelles. Pour l'heure, les textes réglementaires régissant le fonctionnement et les rapports entre les structures et leurs représentants manquent de précisions et/ou sont datés.

Les références législatives dans le Code de l'enseignement n'existent pas ou sont faméliques (Article L712-2 Code de l'éducation sur les délégations de signatures du président au Directeur d'unité).

Le Code de la recherche donne à voir sur le sujet des dispositions éclatées, mal codifiées, et faiblement éclairantes. Le législateur s'est, pour l'heure, contenté de faire un canevas très large des unités de recherche en prescrivant notamment quelques règles :

« Art. L. 321-3. *Le régime administratif, budgétaire, financier, comptable des établissements publics à caractère administratif est applicable aux établissements publics à caractère scientifique et technologique, sous réserve des adaptations et dérogations fixées par décret. Les établissements peuvent comporter des unités de recherche administrant les dotations globales de fonctionnement et d'équipement qui leur sont allouées par les organes directeurs de l'établissement. Les modalités du contrôle financier sont fixées, pour les établissements publics à caractère scientifique et technologique, par décret en Conseil d'Etat. [L. no 82-610 du 15 juill. 1982, art. 18.]. L'article L.313-1 est un nouvel article. Les articles L. 313-1 et L. 313-2 du Code de la recherche qui portaient sur les EPCE ont été abrogés par Ord. no 2014-135 du 17 févr. 2014, art. 1er .) ».*

**Devant ces imprécisions législatives, le texte proposé pourrait, *a priori*, sembler intéressant s'il ne s'inscrivait dans la même tendance que ces prédécesseurs, renforçant davantage les incohérences sur le sujet.**

### 1. Le caractère imprécis des mesures.

On retiendra, de la lecture du texte, que le texte fait de nombreuses éventualités quant à son application. Il ouvre la voie à de nombreuses interprétations et laisse d'ores et déjà envisager des pratiques très variables.

Au reste, rien n'est dit sur l'encadrement juridique des délégations de pouvoirs (car c'est bien de cela dont il s'agit).

Seront-ils prévus dans l'arrêté ou les arrêtés de nomination, dans les contrats liant les parties et créant les unités de recherche ? Que se passera-t-il si plusieurs établissements sont concernés, mais ne s'accordent pas pour conférer les mêmes compétences de gestion au Directeur d'unité ?

Les imprécisions du texte et son caractère abscond sont, d'un point de vue pratique, très inquiétants et, au plan constitutionnel, contestables.

Au plan constitutionnel, le texte porte atteinte au principe d'intelligibilité de la Loi.

## 2. La contrariété à l'objectif d'intelligibilité & d'accessibilité de la Loi.

A cet égard est manifestement porté atteinte au principe de clarté de la Loi, ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle **d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi, qui découle des art. 04, 05, 06 et 16 de la Déclaration de 1789.**

La méconnaissance de ces exigences a déjà conduit à plusieurs censures :

- S'agissant du principe de clarté : **n° 2000-435 DC du 07 décembre 2000, cons. 52 et 53** (loi d'orientation pour l'Outre-Mer).
- S'agissant de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi : **n° 2003- 475 DC du 24 juillet 2003** (loi portant réforme de l'élection des sénateurs, cons. 20 à 26).

C'est d'ailleurs sur ce fondement que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion -dans sa décision **du 21 avril 2005, portant sur la Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école** (21-04-2005 N° 2005-512-DC)- de déclarer la non-conformité partielle d'un texte législatif insuffisamment précis.

En outre, ce manque de précision s'accroît davantage au regard du dernier alinéa.

Au regard de ce qui précède, la mouture de l'article évoqué pose question quant aux termes retenus et à ses conséquences. Le dernier alinéa indique que « *le directeur de l'unité est placé sous l'autorité conjointe de leurs dirigeants* ».

D'abord, qui sont les dirigeants ? Par exemple, au CNRS parle-t-on du Président de l'institution, des Directeurs d'instituts auxquels sont rattachées les unités (CNRS), ou pense-t-on aux responsables des directions régionales ? Si nous envisageons cette dernière hypothèse, cela impliquera que le DU (qui doit être chercheur et HDR) sera placé sous l'autorité d'une personne qui n'a pas de grade équivalent à celui qu'elle contrôle, puisque les directions régionales sont administrées par des administratifs.

Il y a donc, ici, un véritable problème quant à l'indépendance des enseignants chercheurs et du cadre d'intervention des personnes qui auront autorité sur le DU.

Le dernier alinéa, de par son imprécision, risque de porter atteinte au principe fondamental qui veut que le chercheur tienne, en partie, son indépendance de son statut de fonctionnaire d'Etat et du lien hiérarchique qui le lie à ce dernier.

Une fois de plus, le texte en raison de son intelligibilité risque de porter atteinte à l'indépendance des universitaires et des chercheurs.

Dans le considérant de la décision **n° 2001- 455 DC du 12 janvier 2002 (cons. 08)**, le Conseil indique à cet effet : « *Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la Loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la Loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi, qui découle des articles 04, 05, 06 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

En outre l'article 04 de la Déclaration de 1789 dispose « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, 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 déterminées que par la Loi* ». Par ailleurs aux termes de l'article 05 : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* ».

En ce sens, nous pouvons considérer que tout ce qui n'est pas défendu, ou suffisamment encadré par la Loi, ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. Ainsi, la liberté, en l'espèce académique, ne serait plus assurée si la Loi comportait trop de zones d'ombre. Ce qui est clairement le cas ici.

La formule retenue compromet la sécurité juridique et la " *garantie des droits* " proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

L'équivoque sur la portée d'une prescription peut, en outre, conduire le législateur à rompre l'égalité en admettant, *a priori*, l'existence de principes susceptibles de contrevenir à des obligations qui seraient impossibles à respecter, ou trop facilement atteintes.

## Article 22

L'article 22 de la LPR reconnaît en substance la participation des établissements privés à but non lucratif en contrat avec l'Etat au service public de la recherche et leurs contributions aux objectifs de la recherche publique. Une telle ouverture leur permettra notamment de concourir aux appels à projet des établissements publics et à bénéficier des financements publics de la recherche.

**Une telle ouverture ne contrevient-elle pas au principe d'un monopole public du service public indépendant de l'enseignement et de la recherche ?**

Seuls des établissements publics de l'enseignement supérieur et de la recherche ou des établissements publics de la recherche peuvent en effet concourir à ce service public que nous croyons appartenir à la catégorie des services dits constitutionnels.

### 1. L'existence de services publics constitutionnels.

En reprenant les études du pr. ESPLUGAS-LABATUT<sup>43</sup>, à l'aune de votre jurisprudence notamment exprimée en 1986 (cf. **Cons. const.**, n° 86-207 DC, 26 juin 1986 & **Cons. const.**, n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, **Loi relative à la liberté de communication**), « un service public devient « constitutionnel » si l'on peut le déduire d'un droit ou principe constitutionnel ».

Il ne nous a pas échappé que le Conseil constitutionnel n'avait pas encore eu l'occasion de matérialiser des exemples positifs de cette notion (en la refusant en revanche expressément à plusieurs secteurs).

Toutefois, reprenant la thèse du pr. ESPLUGAS-LABATUT, on croit pouvoir estimer que si un service public met « en œuvre le principe de souveraineté nationale » ou tend « à concrétiser des « droits-créances » tirés du Préambule de la Constitution de 1946 » alors il est constitutionnel. Il importe alors de relever sa présence dans les normes constitutionnelles.

### Qu'en est-il du service public de l'enseignement supérieur et de la recherche ?

- non seulement nous estimons qu'il participe à la souveraineté nationale ce dont son existence multiséculaire témoigne sous la direction première de l'Etat ;
- mais encore le service public de l'enseignement et de la recherche est directement visé par plusieurs normes constitutionnelles :
  - o **l'alinéa 13 du Préambule à la Constitution de 1946** selon lequel, « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* » ; à propos duquel votre haute juridiction a récemment admis au moyen d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, **la constitutionnalité du principe de gratuité d'accès à l'Université (CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 Qpc)** ;
  - o le fait qu'existe par ailleurs un **principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs** (*préc.* à multiples reprises à partir de vos décisions **n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 & n° 93-3225 DC du 28 juillet 1993**) n'implique-t-il pas nécessairement l'existence d'un service public constitutionnel ?

<sup>43</sup> En dernier et récent état : « Retour sur les services publics constitutionnels (...) » aux *Mélanges en l'honneur du professeur Serge REGOURD* ; Paris, Institut Varenne, 2019.

## 2. L'Université publique, service public constitutionnel.

On pourrait même relever la fermeté avec laquelle, à partir de 1880, le législateur a imposé depuis la Loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur<sup>44</sup> que seuls des organes publics sous la coupe de l'Etat puissent déterminer les conditions d'examens et des épreuves pratiques déterminant la collation des grades.

**La Loi (reprise depuis par toutes les Républiques) exclut expressément les établissements privés de cette faculté, y compris ceux à but non lucratif. Le principe s'impose avec la même vigueur au domaine de la recherche et interdit l'usage du vocable « Université » à un organe privé.**

***Ce principe ne doit-il alors pas être reconnu comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République ?***

En considération de ce principe, l'article 22 de la Loi encourt votre censure, en ce qu'il viole le monopole public de la recherche publique.

## 3. L'intégration d'une réserve d'interprétation.

Au regard des éléments précédents, il est suggéré au Conseil constitutionnel :

- d'affirmer que le service public de l'enseignement et de la recherche est « constitutionnel » ;
- qu'un organe privé, même sous contrat et surveillance publique, ne peut être qualifié d'Université (ce qu'une réserve d'interprétation pourrait matérialiser).

---

<sup>44</sup> Publiée au Journal officiel du 19 mars 1880.

## Article 23

L'article 23 entend rétablir l'article L.411-5 du Code de la recherche en inscrivant une obligation, pour toute personne qui participe directement au service public de la recherche, d'établir une déclaration d'intérêts préalablement à l'exercice d'une mission d'expertise auprès des pouvoirs publics et du Parlement. Il est précisé que cette déclaration d'intérêts doit mentionner les « *liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée, qu'elle a, ou qu'elle a eus pendant les cinq années précédant cette mission, avec des personnes morales de droit privé dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de l'expertise pour laquelle elle est sollicitée* ».

La largesse de la rédaction se heurte au **principe de clarté de la Loi** en ce sens qu'il contrevient à **l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la Loi**.

### 1. Observations sur la contrariété à l'intelligibilité de la Loi.

Il ressort de l'exigence d'intelligibilité de la Loi que cette dernière doit être revêtue d'une portée normative et que le législateur doit adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la Loi. Ainsi, le Conseil a censuré des dispositions législatives imprécises, ambiguës, d'une portée normative incertaine (n° 2000-435 DC du 07 décembre 2000, cons. 52 ; n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 20 à 26).

La disposition contestée entend imposer la rédaction d'une déclaration d'intérêt pour toute mission d'expertise, en particulier auprès des pouvoirs publics. A ce seul stade, la notion même de « pouvoirs publics » pose la question de l'étendue des autorités en cause, notamment s'agissant des projets de recherches financés ou cofinancés par l'Etat ; les collectivités territoriales ou toute autre autorité administrative.

Par ailleurs, la disposition contestée impose de déclarer les intérêts « de toute nature », quand bien même ceux-ci n'interviendraient « par personne interposée » et ce, avec une personne morale de droit privé « *dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de l'expertise pour laquelle elle est sollicitée* ». Cette exigence s'étend sur une période de 05 ans précédant la mission. La largesse des critères relevant de l'exigence de déclaration retenue dans cette disposition apparaissent inintelligibles en ce qu'ils ne permettent en aucun cas de comprendre le périmètre de ladite exigence, confinant à l'imprécision.

## Art. 26

L'article 26 institue dans le Code du travail de nouvelles dispositions reconnaissant aux salariés un nouveau droit de congé appelé Congé d'enseignement ou de recherche. Ces dispositions sont organisées selon la nouvelle architecture de certaines parties du Code du travail initié par la Loi du 8 août 2016 distinguant les dispositions d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives.

La principale question conduit à se demander si le législateur a exercé pleinement sa compétence en définissant les dispositions légales d'ordre public et renvoyant d'abord à la négociation collective le soin de définir les modalités d'exercice de ce droit, l'essentiel des dispositions légales n'étant que supplétives.

### 1. Observations sur la participation des travailleurs.

Il s'agit ici d'évoquer les exigences tirées de l'article 34 de la Constitution avec celles tirées de l'alinéa 08 du Préambule de la Constitution de 1946 au terme duquel tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte (Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989). Par ailleurs, le Conseil exige de la part du législateur, lorsqu'il renvoie le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte ou lorsqu'il autorise des dérogations aux lois d'ordre public, qu'il ait apporté toutes les garanties légales suffisantes aux droits à valeur constitutionnelle. (Déc. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *préc.*, considérant 9 ; S'agissant des habilitations à déroger aux lois d'ordre public, Déc. n° 2006-545 du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. p. 138).

Au surplus, on rappellera que dans le cadre de sa compétence, le législateur doit définir des dispositions qui respectent l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la Loi.

S'agissant des dispositions contestées, il s'agirait en particulier de se demander si le législateur a apporté toutes les garanties au droit à l'éducation et à la formation résultant de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 au terme duquel « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture » ainsi qu'au droit au repos (alinéa 11 du Préambule).

### 2. Observations sur le droit au repos & l'exigence de clarté.

En premier lieu, au titre des dispositions d'ordre public, la Loi reconnaît au salarié soit un congé soit une période de travail à temps complet. Cependant, les dispositions ne précisent pas selon quelle modalité le choix est effectué ni même si ce choix constitue un droit pour le salarié. La rédaction de la disposition légale contestée est imprécise et équivoque quant aux droits des salariés et au pouvoir de l'employeur. Il en résulte que les dispositions sont contraires à l'exigence de clarté découlant de l'article 34 de la Constitution.

**En deuxième lieu**, le législateur n'a pas précisé quelles étaient les conséquences de la prise de congés sur ses autres droits à congés et en particulier ses congés payés annuels. Ainsi n'a-t-il précisé si la durée de ce congé était ou non imputée sur celle du congé payé annuel (comp. Art. L. 3142-2 ; L. 3142-12 ; L. 2145-10).

**Ce faisant, il n'a pas apporté des garanties légales suffisantes au droit au repos garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution** en ne prévoyant pas les conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle.

**En troisième lieu**, le législateur renvoie à la conclusion d'un accord collectif la détermination de la condition d'ancienneté requise pour avoir droit à ce congé. La durée d'un an d'ancienneté n'est prévue qu'au titre des dispositions supplétives. Par conséquent, aucune limite n'est imposée aux acteurs de la négociation collective, la Loi ne fixant aucune durée maximale au-delà de laquelle l'accord collectif ne saurait aller. Or, la condition d'ancienneté à laquelle est subordonné le bénéfice de ce droit à congé constitue une condition de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle résultant de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946, et, par conséquent, relève de la compétence du législateur. En effet, une durée d'ancienneté trop longue serait de nature à porter une restriction excessive à ce droit des salariés en privant un nombre important de son bénéfice.

**Dès lors, en ne fixant aucune durée d'ancienneté de manière impérative à l'égard des acteurs de la négociation collective, le législateur n'a pas correctement défini les principes fondamentaux du droit du travail ni les conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle résultant de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution.**

## Article 27

L'article 27 modifie le Code de la recherche (en introduisant un article L. 421-4) et le Code de l'éducation (en modifiant l'article L. 954-2) en attribuant respectivement aux chefs d'établissement des établissements publics à caractère scientifique et technologique et au président d'Universités la responsabilité d'attribuer des primes aux chercheurs et enseignants « *en application des textes applicables et selon les principes de répartition définis par le conseil d'administration* ».

### 1. Observations sur la contrariété au principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Or, par sa **décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984**, le Conseil constitutionnel a reconnu au titre des Principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République l'indépendance des enseignants-chercheurs. Dans sa **décision n° 20/21 QPC du 06 août 2010**, le Conseil constitutionnel a précisé à propos du « *pouvoir de veto* » du président d'Université, introduit dans le Code de l'éducation par la Loi du 10 août 2007 (l'article L. 712-2 du Code de l'éducation), que « *le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs s'oppose à ce que le président de l'Université fonde son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'Université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection* » (considérant 16).

### 2. Observations sur la contrariété au principe constitutionnel d'égalité de traitement.

Par ailleurs, « **le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics appartenant à un même corps découle de l'article 06 de la Déclaration de 1789** » (Décision n°20/21 QPC du 06 août 2010, considérant 20).

**Dès lors, en attribuant au président d'Université ou au directeur des établissements de recherche la « responsabilité » d'attribuer les primes aux enseignants-chercheurs sous la seule condition de suivre « les principes de répartition définis par le conseil d'administration » mais sans attribuer au conseil d'administration le pouvoir d'établir la liste nominative des enseignants chercheurs bénéficiaires des primes, la Loi de programmation pluriannuelle de la recherche introduit au bénéfice de ces présidents d'Université et directeurs d'établissements de recherche un pouvoir discrétionnaire puisque rien ne les oblige à attribuer ladite prime à tous les enseignants et chercheurs qui entreraient dans le champ d'application des principes déterminés par le conseil d'administration.**

Ainsi, non seulement cet article 27 permet aux présidents d'Université et directeurs d'établissements de recherche de fonder leur appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'Université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats, mais elle leur permet de différencier discrétionnairement les enseignants chercheurs admissibles à l'attribution d'une prime. L'article 27 porte donc gravement atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et au principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics appartenant à un même corps. Il n'est pas conforme à la Constitution.

## Article 29

L'article 29 de la LPR dispose : « *avant le 31 décembre 2025, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels examinent les conditions de la reconnaissance du diplôme national de doctorat à l'occasion des négociations obligatoires relatives aux classifications prévues aux articles L. 2241-1 et L. 2241-15 du Code du travail* ».

**Le législateur méconnaît ici ses compétences en créant une disposition législative dénuée de caractère normatif et inopérante.**

En effet, l'article 29 ne crée aucune obligation à la charge des partenaires sociaux lorsqu'ils négocient sur les classifications professionnelles. Tout juste sont-ils tenus « *d'examiner* » la question de la reconnaissance, ou non, du diplôme de doctorat. Ajoutons que les partenaires sociaux, pour eux-mêmes ou pour ceux qu'ils représentent, ne tirent aucun bénéfice s'ils reconnaissent une valeur au diplôme national de doctorat dans leurs accords collectifs.

Dans votre **décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 relative à la Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail**, vous aviez reconnu le caractère normatif et opérant de la Loi contestée, car de la négociation collective dépendait le versement d'une aide financière publique (considérant 18 à 20 de la décision). En outre, aucune sanction n'est prévue si les négociateurs refusent « *d'examiner* » la question de la reconnaissance des diplômes nationaux de doctorat dans leur grille de classification. Le refus de négociation collective, notamment par l'employeur, est sanctionné par le délit d'entrave, aucune sanction n'existe à ce jour pour le refus « *d'examen* ».

**L'article 29 est alors dénué de toute portée normative et apparaît inopérant.**

**Il doit donc être abrogé.**

## Article 37

L'article 37 de la LPR modifie comme suit l'art. L. 124-3 du Code de l'Education en ajoutant les mots : « *ou selon les modalités d'enseignement à distance proposés par l'établissement* » ce qui ouvre et rend pérenne la faculté d'enseignement non présentiel.

Certes, la faculté n'est pas inscrite pour tout enseignement mais uniquement à propos des stages et périodes de formation en milieu professionnel (Chap. IV du Titre II du Livre 01 de la Partie 01 législative du Code *préc.*).

Cependant, cette faculté d'enseignement non présentiel, qui s'appuie sur les nécessités exceptionnelles que la pandémie de coronavirus a induites pendant l'année 2020 en forçant le service public à respecter les principes de mutabilité et de continuité, entraîne une « normalisation » ou « banalisation » de l'urgence et de l'exceptionnel en rendant « normal » ce qui ne devrait être qu'une exception due aux circonstances graves.

Par ailleurs, affirmons-nous, cette banalisation de l'exceptionnel (ici non justifiée) se heurte à deux principes constitutionnels qu'il s'agira de rappeler :

- le principe d'égalité ;
- le principe de gratuité de l'enseignement supérieur (tel qu'énoncé au **13<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et récemment développé par votre décision du 11 octobre 2019, n°2019-809 Qpc**).

Discutons-les.

### 1. S'agissant de la contrariété de l'art. 37 de la Loi au principe constitutionnel d'égalité.

Le principe constitutionnel d'égalité est proclamé par les articles **1<sup>er</sup> et 06 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution**. Il comporte un certain nombre d'incidences dans les services publics, et implique notamment l'égalité des usagers, à la fois dans l'accès même au service public (**CC, 08 juillet 1999, n°99-414 DC**) mais aussi dans la prestation fournie, ou dans les tarifs appliqués. Il est alors souvent considéré que c'est à travers le principe d'égalité devant et dans les services publics que se traduit la vision solidariste du service public, auquel est profondément attaché le système français. Tous les usagers bénéficient d'un droit égal à une prestation de qualité, sans considération de leur situation économique, sociale, géographique ; aussi l'ensemble du territoire national doit assurer les mêmes services, ce qui garantit d'ailleurs le principe de continuité (**CC, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC**).

Dès lors, le principe d'égalité consiste à traiter de façon égale des usagers situés dans une situation égale. Certes, cela n'exclut pas que des règles différentes s'appliquent aux usagers se trouvant dans des situations différentes, à condition que cette différence soit objective et en rapport avec l'objet du service. Dans le cas contraire, on serait en présence d'une discrimination (**CC, 29 décembre 2003, n°2003-489 DC**).

Dans la Loi qui vous est soumise, l'article 37 impose que certains enseignements se fassent de façon permanente à distance, ce qui crée assurément une atteinte au principe d'égalité dans l'accès des usagers au service public. Tout d'abord, cette disposition signifie que selon les enseignements, mais aussi selon les établissements, les modalités d'accès ne seront pas identiques. Ensuite, la Loi traite de façon différente des usagers situés dans une situation égale, on ne voit en effet pas en quoi il y aurait une différence de situation appréciable et légitime entre les étudiants, qui justifierait de telles disparités et de leur imposer dans certains cas des enseignements uniquement en distanciel. Enfin, cette différence de traitement n'est pas non plus justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général en rapport avec l'objet du service ; elle est au contraire disproportionnée puisqu'elle impose des modalités d'enseignement différenciées et nécessitant que chaque étudiant soit impérativement équipé sur le plan informatique et matériel afin de suivre les enseignements en distanciel.

Or tel n'est évidemment pas le cas, et il existe de nombreuses zones blanches en France, qui ne sont pas, ou mal, desservies par un réseau internet. Dès lors, la Loi, en imposant que certains enseignements ne se feront pas en présentiel, crée une rupture d'égalité des usagers dans l'accès au service public, en créant notamment des disparités fondées sur leur situation économique, mais aussi géographique.

**L'article 37 de la LPR est donc contraire au principe constitutionnel d'égalité.**

## **2. S'agissant de la contrariété de l'art. 37 de la Loi au principe constitutionnel de gratuité du service public de l'enseignement supérieur et de la recherche.**

Comme en dispose en effet le **préambule à la Constitution de 1946 en son 13<sup>e</sup> alinéa**, « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

Interrogé, au moyen d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, votre juridiction a récemment réaffirmé spécialement **la constitutionnalité du principe de gratuité d'accès à l'Université (CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 QPC)**. Cette affirmation théorique du principe n'empêche pas l'application politique de distinctions et conséquemment d'accès tarifés différenciés (au détriment des étudiants non-européens en particulier) ce qu'a acté le 1<sup>er</sup> juillet 2020, le Conseil d'Etat par sa décision CE, 01 juillet 2020, Asso. Unedesepe & alii (430121, 431133, 431510, 431688).

Toutefois, au niveau de la juridiction constitutionnelle, c'est le principe – et non son application – qu'il faut envisager.

Or, en imposant que certains enseignements se fassent, hors périodes exceptionnelles justifiées, de façon permanente, par un enseignement à distance, la Loi crée une atteinte directe au principe *préc.* de gratuité en ce qu'elle impose à toute étudiante et à tout étudiant d'acquérir personnellement les moyens techniques et informatiques (ordinateur, caméra, connexion, abonnement à Internet, ...) de ce même enseignement.

Si l'enseignement est gratuit alors il ne peut imposer de dépenses.

Une réserve d'interprétation pourrait toutefois acter de ce que si l'enseignement est imposé de façon distancielle, alors il appartient aux établissements publics de délivrer eux-mêmes les matériels permettant cet enseignement.

Sans cette réserve, l'art. 37 de la LPR est donc contraire au principe constitutionnel de gratuité.

## Article 38

L'art. 38 consacre un « *délit d'entrave à la tenue de débats organisés au sein des établissements d'enseignement supérieur* ». Nous attirons l'attention des membres du Conseil constitutionnel sur l'atteinte particulièrement grave que matérialise cet article à plusieurs dispositions et principes constitutionnels :

- **L'article 45 de la Constitution**, dans la mesure où cet article constitue un cavalier législatif
- Le **principe de légalité des délits et des peines** (art. 07 et 08 DDHC)
- Les **principes de nécessité des délits et de proportionnalité des peines** (art. 05 et 08 DDHC)
- Les **libertés d'expression et de manifestation** (art. 11 DDHC).

### 1. **L'article 38 constitue un cavalier législatif (art. 45 de la Constitution).**

Un cavalier législatif est une disposition contenue « *dans un projet ou une proposition de Loi qui, en vertu des règles constitutionnelles ou organiques régissant la procédure législative, n'ont pas leur place dans le texte dans lequel le législateur a prétendu les faire figurer* »<sup>45</sup>. Ce type de dispositions législatives sont considérées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel depuis une **décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985**. Par la suite, cette jurisprudence s'est affinée et le Conseil constitutionnel a considéré que la combinaison de **l'article 06 DDHC**, des **articles 34, 39, 40, 41, 44, 45, 47 et 47-1 de la Constitution** conduisaient à devoir censurer ces dispositions dépourvues de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. Cette inconstitutionnalité est jugée d'autant plus grave par le Conseil constitutionnel, qu'il a, depuis une **décision du 16 mars 2006**<sup>46</sup>, pris l'habitude de soulever d'office cette inconstitutionnalité.

Suite à la révision constitutionnelle de 2008, l'importance du lien entre amendement et texte déposé a été consacrée dans la Constitution, puisque désormais, l'article **45 de la Constitution** précise que « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ».

Pour opérer ce contrôle, le Conseil constitutionnel prend comme point de référence le contenu du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. Il peut également à cette occasion s'appuyer sur l'exposé des motifs, le titre du projet ou l'intitulé des parties, même si, comme le souligne Jean MAÏA, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, ces éléments ne sont pas pour autant décisifs ; ils sont uniquement utilisés pour conforter l'interprétation que l'on peut avoir du contenu du texte initial<sup>47</sup>.

Conformément à cette jurisprudence désormais bien établie, le Conseil constitutionnel ne pourra que conclure à l'absence de lien entre le projet de Loi de programmation de la recherche initial et cet article 38.

<sup>45</sup> Raphaël DECHAUX, « L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007.

<sup>46</sup> Décision n°2006-534 DC, 16 mars 2006.

<sup>47</sup> Jean MAÏA, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, n°4, Avril 2020.

## 2. Constat : un article non présent dans le texte initial et introduit lors de la première lecture devant la seconde chambre saisie.

L'article ici contesté n'était pas présent dans le projet de Loi déposé devant l'Assemblée nationale. Il n'était pas présent, non plus, dans la version votée en première lecture par l'Assemblée nationale, le 23 septembre 2020 (T.A. n°478). Ce n'est que lors d'une séance publique qu'il est introduit par M. LAFON (amendement n°147) à l'occasion de l'examen en première lecture du texte devant le Sénat.

Dans sa version originale, l'article litigieux avait alors la formulation suivante : « *Après l'article 431-22 du Code pénal, il est inséré un article 431-22-1 ainsi rédigé : Art. 431-22-1. – Le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement supérieur sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le **but d'entraver la tenue d'un débat organisé** dans les locaux de celui-ci, est puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende.* »

Cet amendement est alors adopté sous cette forme. Le Gouvernement ayant demandé la réunion d'une commission mixte paritaire, cet article est à nouveau soumis à la discussion de cette commission. Au regard des débats publiés de la commission, les députés et sénateurs s'accordent tous pour considérer que cet article consacre un « *délit d'entrave à la tenue de débats organisés au sein des établissements d'enseignement supérieur* ». Cependant, la formulation de l'article est modifiée, sans que les raisons aient été précisées : le délit n'est plus inséré dans le Code pénal mais dans le Code de l'éducation ; et les termes « *d'entraver la tenue d'un débat organisé dans les locaux de celui-ci, est puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende* » sont remplacés par « *de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement, est passible des sanctions définies dans la section 05 du chapitre 1er du titre III du livre IV du Code pénal* ».

Malgré ces modifications, les députés et sénateurs continueront, lors de l'examen des travaux de la commission mixte paritaire, à considérer que cet article ne s'applique qu'aux cas d'entrave à la tenue de débats au sein des Universités.

## 3. Constat : un article sans lien direct ou indirect avec le contenu du texte déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, dans la mesure où il n'a pas sa place dans une Loi de programmation budgétaire.

La Loi dont le Conseil constitutionnel est saisi est sans nul doute une Loi de programmation budgétaire. Son nom, son contenu initial et l'exposé des motifs ne laissent planer aucun doute quant à la nature programmatrice et budgétaire de cette Loi. Or, comme l'indique **l'article 34 de la Constitution**, les lois de programmation sont des lois visant à déterminer les objectifs de l'action de l'Etat. De par son titre, la Loi disposait donc d'un périmètre initial extrêmement précis, limité aux dispositions de nature budgétaire. L'exposé des motifs le confirme, puisque la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche indique que ce texte a pour objectif « *la nécessité de financer la recherche publique et de soutenir la recherche privée* ».

Les principaux articles du projet de Loi initial en sont la preuve : l'article 1<sup>er</sup> approuve le rapport annexé qui présente les principales orientations fixées pour les évolutions de la recherche française dans la période 2021-2030. L'article 02 détermine la trajectoire de crédits de paiement des programmes concernés sur cette même période. Les autres articles visent (selon la ministre, ce que nous contestons, mais ceci a déjà été abordé), quant à eux à prévoir de nouveaux dispositifs en faveur d'une meilleure attractivité des métiers de la recherche, de la diffusion de ses travaux ou de simplification de ses tâches.

Aucun article comprenant des dispositions pénales n'était présent dans la version déposée devant la première assemblée. La mise en place de dispositifs pénaux liés à la sécurité des établissements de l'enseignement supérieur ne constitue en rien un moyen de participation au financement de la recherche publique ou de valorisation des métiers de la recherche. Son insertion par voie d'amendement devant la seconde chambre saisie apparaît ainsi complètement déconnectée du contenu initial et de la nature même d'une Loi de programmation.

#### **4. Constat : un article sans lien direct ou indirect avec le contenu du texte déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, dans la mesure où il n'entre pas dans le champ de compétence de la commission saisie de la Loi.**

Cet article a, comme son intitulé l'indique, clairement une portée pénale. Or, le droit pénal ne fait pas partie du champ de compétence des commissions saisies par le projet de Loi.

A l'Assemblée nationale, le texte a été examiné par la Commission des affaires culturelles et de l'éducation. Conformément à l'article 36, alinéa 04, du Règlement de l'Assemblée nationale, les domaines de compétence de la commission des Affaires culturelles et de l'éducation sont l'enseignement scolaire, l'enseignement supérieur, la recherche, la jeunesse, les sports, les activités artistiques et culturelles, la communication et la propriété intellectuelle. Le droit pénal ne relève pas de ses compétences, qui elles sont confiées à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République (conformément à l'article 36, alinéa 18 du Règlement de l'Assemblée). Au Sénat, le texte a été examiné par la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, les dispositions de nature pénale ne sont pas non plus du ressort de cette commission.

Le choix de ces commissions pour l'examen du projet de Loi confirme bien que l'objet initial de la Loi n'était pas de modifier le droit pénal. Dès lors, introduire un nouveau délit par le biais d'un amendement devant la seconde chambre constitue incontestablement un cavalier législatif.

#### **5. Constat : un article sans lien direct ou indirect avec le contenu du texte déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, même si les chambres ont essayé de le masquer.**

Comme il a été souligné précédemment, cet amendement avait pour objectif initial d'inscrire un nouveau délit au sein du Code pénal. Cependant, suite aux discussions menées dans le cadre de la commission mixte paritaire, il a été fait le choix de placer cet article dans le Code de l'éducation. Ce changement de localisation, qui n'a pas été expliqué lors des débats publiés de la commission pourrait être interprété comme une volonté d'éviter que cet article soit considéré comme un cavalier législatif.

Or, rares sont les dispositions du Code de l'éducation comprenant des dispositions pénales (deux articles dans la partie législative et trois dans la partie réglementaire) et lorsqu'il y en a, elles ne font que retranscrire un article du Code pénal (comme cela est le cas de l'article R472-1 du Code de l'éducation qui ne fait reprendre l'article R645-12 du Code pénal). Cette rareté confirme l'incongruité des dispositions pénales dans des dispositions relatives à l'éducation.

Bien que ce changement de localisation du Code pénal vers le Code de l'éducation visait certainement à masquer l'absence de lien entre ces dispositions et l'objet de cette Loi, il s'agit d'une pure façade qu'un examen rapide du Conseil constitutionnel permettra de lever facilement.

#### **6. Constat : l'absence de lien entre le projet et l'article est d'autant plus préjudiciable que cet article a été introduit par voie d'amendement dans le cadre d'une procédure accélérée.**

Comme l'indique le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Jean MAÏA, « *lorsque l'amendement est adopté devant la deuxième assemblée saisie et que la procédure accélérée a été mise en œuvre* » (comme cela est le cas dans la Loi dont vous êtes saisi), « *la lecture qui en est faite se trouve tronquée, puisqu'il revient à la commission mixte paritaire d'en connaître avant que l'autre chambre se prononce* »<sup>48</sup>. L'introduction donc de cet amendement parlementaire sans lien avec l'objet de la Loi, ni avec le champ de compétence de la commission et l'exposé des motifs, est d'autant plus préjudiciable, car les parlementaires qui auraient pu en connaître n'ont pas pu jouir des conditions nécessaires pour apprécier la pertinence de son contenu.

#### **7. Conséquence : censure de l'article 38 de la Loi.**

Pour ces raisons, il apparaît évident que l'article 38 constitue un cavalier législatif. Conformément à la jurisprudence classique en la matière et à l'article 45 de la Constitution, il convient de le censurer afin de préserver la cohérence des textes législatifs mais aussi la sincérité des débats au sein des assemblées parlementaires.

---

<sup>48</sup> Jean MAÏA, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, n°4, Avril 2020.

### 8. L'article 38 est contraire au principe de légalité des délits et des peines (art. 07 et 08 DDHC).

Si le Conseil constitutionnel ne nous suit pas dans notre démonstration, et considère que l'article 38 ne constitue pas un cavalier législatif, nous considérons que d'autres éléments permettent d'attester de l'inconstitutionnalité de l'article, en particulier sa contrariété avec les différentes composantes du **principe de légalité des délits et des peines**, consacré aux **articles 07 et 08 de la DDHC**.

Ce principe, consacré par tous les principaux textes reconnaissant des droits de l'Homme (Pacte international des droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'Homme, Convention américaine des droits de l'Homme, Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples), bénéficie d'une importante consécration en droit constitutionnel français, puisqu'il se fonde sur les **articles 07 et 08 de la DDHC**<sup>49</sup>. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce principe comprend deux composantes, formelle et matérielle, qui garantissent la prévisibilité de la répression : les éléments de l'infraction doivent être définis par la Loi, et cette loi doit être claire et précise.

Ce principe prohibe les formulations ambiguës, obscures qui placent les personnes suspectées d'avoir commis une infraction face à l'arbitraire des autorités de police et des formations de jugement. Selon le Conseil constitutionnel, le législateur est tenu de définir avec précision (« *en des termes suffisamment clairs et précis* ») les infractions (**décision n°80-127 DC, cons. n°7**). Il exige que les éléments constitutifs de l'infraction soient précis, la prévisibilité de la peine impliquant, par elle-même, que les individus soient en mesure de déterminer si leurs actions sont, ou non, de nature à les exposer à une condamnation pénale. Or la rédaction de l'article discuté manque à ce devoir élémentaire.

### 9. Constat : le contrôle du principe de clarté de la définition des infractions doit être plus poussé, du fait du principe de franchise universitaire.

Comme il a été souligné précédemment, la formulation de l'article 38 de la Loi, telle qu'elle fut adoptée par le Parlement, n'est pas celle qui avait été proposée initialement par amendement. Dans sa version initiale, cet article était plus précis et était inséré dans le Code pénal. En transformant la formulation, les parlementaires, réunis en commission mixte paritaire, ont certainement voulu s'assurer de la conformité de la formulation au regard de votre jurisprudence préexistante.

En effet, la formulation finalement retenue est pratiquement identique à celle de l'article 431-22 du Code pénal, qui dispose que : « *Le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement scolaire sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement, est puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende.* ». Cette modification paraissait d'autant plus judicieuse en apparence, que le Conseil constitutionnel a déjà été saisi de la constitutionnalité de cet article 431-22 du Code pénal. Dans une **décision n°2010-604 DC du 25 février 2010**, le Conseil constitutionnel avait alors considéré que ce délit était défini « *avec une précision suffisante pour satisfaire au principe de légalité des délits et des peines* » (cons. n°27).

---

<sup>49</sup> **Décision n°98-408 DC, 22 janvier 1999, cons. 22.**

Toutefois, nous soutenons qu'en dépit de sa formulation quasi identique, l'article 38 de la Loi viole bien **le principe de légalité des délits et des peines**.

Cette violation réside dans le fait que le **principe de légalité des délits et des peines** doit être entendu différemment selon son champ d'application. Si le législateur doit, en matière pénale, définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis, c'est parce qu'il est nécessaire d'exclure l'arbitraire (**décision n°80-127 DC, 19 janvier 1981**). Le Conseil constitutionnel a notamment souligné que cette exigence devait permettre d'éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infraction. Or, précisément, c'est cet élément de rigueur qui doit ici justifier une interprétation différente quant à la clarté de cette infraction. Nous soutenons que cette rigueur est d'autant moins nécessaire dans le cadre du champ d'application de cette Loi, car contrairement à l'article 431-22 du Code pénal, l'article 38 concerne des agissements ayant lieu au sein d'un *établissement d'enseignement supérieur*. Ces établissements ont un fonctionnement, mais aussi une protection bien différente de celles d'un établissement scolaire.

Les établissements d'enseignement supérieur sont, contrairement aux établissements scolaires, des espaces de liberté et qui bénéficient à cet égard d'une protection accrue puisqu'ils sont régis par un principe de franchise universitaire, reconnu à l'article L. 712-2 du Code de l'éducation. Cet article précise notamment que le Président « 6°. (...) *est responsable du maintien de l'ordre et peut faire appel à la force publique dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat ; 7°. (...) est responsable de la sécurité dans l'enceinte de son établissement* ». Ce principe de franchise universitaire a de fait failli être reconnu plus explicitement par les parlementaires, puisque des sénateurs (MM. Ouzoulias et Bacchi) avaient proposé d'insérer dans le Code de l'éducation l'article additionnel suivant : « *Art. L. 711-1-... – Le maintien de l'ordre dans l'enceinte des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel relève de la compétence des présidents, des directeurs et des personnes qui, quel que soit leur titre, exercent la fonction de chef d'établissement. Ceux-ci peuvent faire appel à la force publique en cas de nécessité.* » L'objectif était de sortir les pouvoirs de police du président d'Université de l'article L.712-2 du Code afin de les rendre plus visibles. Bien que cet amendement n'ait pas été adopté, car précisément, il ne faisait que rappeler le droit existant, il atteste de la particularité des établissements d'enseignement supérieur en matière de police : la force publique ne peut y accéder qu'en cas de nécessité et sur décision du chef d'établissement, ou comme le disait si bien Georges VEDEL : « *L'Université est assimilée à un lieu privé, où les forces de police générales ne peuvent, en principe, pénétrer que sur la demande du responsable ou sur appel au secours* »<sup>50</sup>.

Le fait que les établissements d'enseignement supérieur soient des espaces de tolérance, et constituent ainsi un sanctuaire en matière de liberté, est une tradition juridique ancienne en droit français. Historiquement, ce statut spécifique provient des lettres du légat ROBERT DE COURÇON de 1215, qui ont été suivies par la bulle du Pape GREGOIRE IX « *Parens Scientiarum* » du 13 avril 1231, qui reconnaît la liberté intellectuelle de l'Université de Paris : « *Au reste, il est vrai que le mal se glisse facilement là où règne le désordre, nous vous accordons le pouvoir d'établir de sages constitutions ou règlements sur les méthodes et horaires des leçons, des discussions, sur la tenue souhaitée, sur les cérémonies funéraires, sur les bacheliers : qui doit leur donner des leçons, à quelle heure et quel auteur choisir* ». Véritable « *immunité des établissements universitaires à l'égard de l'intervention de la force publique* », cette règle perdure. En ce sens, l'article 157 du décret impérial du 15 novembre 1811, relatif au régime de l'Université, dispose : « *Hors les cas de flagrant délit, d'incendie ou de secours*

---

<sup>50</sup> Georges VEDEL, « Les franchises universitaires » *Le Monde*, 17 juillet 1970.

*réclamés de l'intérieur des lycées, collèges et autres écoles publiques appartenant à l'Université, aucun officier de police ou de justice ne pourra s'y introduire pour constater un corps de délit ou pour l'exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt dirigé contre des membres ou élèves de ces établissements, s'il n'en a l'autorisation spéciale et par écrit de nos procureurs généraux, de leurs substituts ou de nos procureurs impériaux* ». Ainsi, les libertés et franchises universitaires sont entendues comme protectrices de l'Université contre le monde extérieur : elles correspondent alors à une liberté-autonomie car elles constituent une garantie négative, une borne à toute intervention extérieure.

Cette particularité du régime juridique des établissements d'enseignement supérieur permet de les distinguer nettement des établissements scolaires. Dans ces derniers, des règles pénales plus strictes peuvent être imposées dans la mesure où les usagers du service public ne sont pas les mêmes. En tant que mineurs, et du fait de leur vulnérabilité, les élèves de l'éducation nationale, primaire et secondaire, doivent être d'autant plus protégés, ce qui justifie une plus grande rigueur dans la recherche des auteurs d'infractions. Ce qui n'est pas le cas du public existant dans les établissements d'enseignement supérieur. C'est pourquoi d'ailleurs les étudiants ne peuvent être inquiétés pour leurs opinions ou leurs croyances ; c'est ce que reconnaît l'article L. 141-6 du Code de l'éducation : « *Le service public de l'enseignement supérieur est laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique* ». L'Université accueille tous les étudiants, quelles que soient leurs croyances, leurs religions, leurs opinions, leur statut, leur situation économique, sociale, géographique etc.

Du fait de cette tradition de franchise universitaire et de la différence des publics concernés, un contrôle plus poussé du principe de légalité des délits et des peines apparaît justifié. Ce faisant, nous invitons donc le Conseil constitutionnel à ne pas simplement se contenter d'appliquer sa jurisprudence issue de la [décision n°2010-604 DC du 25 février 2010](#) et d'examiner à nouveau et de manière encore plus stricte la conformité de cet article au [principe de légalité des délits et des peines](#).

#### **10. Constat : le champ d'application de l'article 38 est insuffisamment précis.**

Selon le Conseil constitutionnel, « *il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 08 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la Loi pénale* », et de « *fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure* »<sup>51</sup>. Nous considérons que ces conditions ne sont pas réunies concernant l'article 38 de la Loi.

Dans la mesure où l'élément matériel de l'infraction est constitué du fait de la seule présence « *dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement supérieur* », le champ d'application de l'incrimination dépend notamment du fait d'être « *habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires* ». Or cette référence générale à la Loi ou au règlement ne satisfait pas aux exigences du [principe de légalité pénale](#). C'est uniquement « *en dehors du droit pénal* » que « *l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite (...) par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* »<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> [Décision n°98-399 DC du 05 mai 1998, §7.](#)

<sup>52</sup> [Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, §37.](#)

S'agissant d'une incrimination pénale, la seule référence à une habilitation dont le fondement légal n'est pas précisé ne peut satisfaire aux exigences d'une détermination légale du champ d'application de l'infraction et enfreint le principe de légalité dans ses dimensions formelle et matérielle.

En outre, le champ d'application de l'incrimination dépend ici du fait que les personnes n'aient pas été autorisées « *par les autorités compétentes* » à pénétrer ou à se maintenir dans l'enceinte de l'établissement d'enseignement supérieur. Le même grief peut être adressé dès lors que les « *autorités compétentes* » ne sont pas désignées, ni dans le texte même, ni au moyen d'un renvoi vers d'autres textes désignant lesdites autorités. La généralité de la formule ne permet pas de connaître qui elles sont, parmi les dirigeants (est-ce le Président ? les conseils centraux ?), les employés de l'établissement (services administratifs ? enseignants-chercheurs ?), ou toute autre « *autorité* », celles susceptibles d'autoriser le séjour dans un établissement d'enseignement supérieur. Le champ d'application de l'incrimination s'en trouve alors indéterminé et indéterminable.

Le grief est d'autant plus grave que le délit institué est dépourvu de matérialité : il suffit que la personne entre ou se trouve dans un établissement d'enseignement supérieur, aucun comportement particulier n'est exigé. Les habilitations ou autorisations mentionnées sont alors davantage que des immunités ou une autorisation de la Loi, elles déterminent la totalité du « domaine objectif » de l'infraction.

### **11. Constat : une imprécision liée à l'inadéquation du trouble dans le cas de l'enseignement supérieur.**

Confirmant que la transposition du régime juridique des établissements scolaires aux établissements du supérieur est à proscrire, la Loi place dans le champ de l'infraction tout individu agissant « *dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* ». C'est là faire l'aveu de sa parfaite ignorance du contenu des activités se déroulant sur un site universitaire. En somme, la tranquillité d'un établissement d'enseignement primaire ou secondaire n'est pas comparable à la tranquillité d'un établissement d'enseignement supérieur. Le climat qui y règne n'est pas aussi tranquille, on oserait même dire qu'il est, précisément, « *intranquille* ».

Contrairement aux écoles, aux collèges et aux lycées, les établissements académiques sont des lieux que l'on ne saurait résumer à l'accomplissement de missions d'apprentissage d'un savoir, d'ouverture à la culture et à la découverte d'activités sportives. Il s'y tient des réunions, des conférences, des assemblées générales et des actions de sensibilisation. Chacune de ces situations est susceptible de troubler la tranquillité de l'établissement. Une conférence houleuse, où sont scandés des slogans militants trouble l'ambiance habituelle de l'établissement. Des manifestations bruyantes organisées par des associations et des syndicats étudiants afin de faire progresser les droits des usagers ou d'alerter sur une réforme inquiétante viennent interrompre l'atmosphère habituelle. L'entrée d'un ou plusieurs étudiants dans une salle de cours pour inviter les personnes présentes à se rendre à une assemblée générale programmée quelques heures/jours plus tard perturbent le déroulement de l'enseignement. Cette perturbation affecte le bon ordre de l'activité pédagogique. Pourtant, étudiants et enseignants s'en accommodent depuis des décennies. Ces événements font partie de la vie universitaire. Ces événements sont l'expression des libertés académiques.

Ces évènements qui participent à l'identité des établissements de l'enseignement supérieur seront, demain, avec cette Loi, constitutifs de l'élément moral d'une infraction pénale, parce que, dans le cadre d'une école, d'un collège ou d'un lycée, ils troublent la paisibilité des lieux. Or, cette paisibilité, cette tranquillité, ce bon ordre là n'existent pas à l'Université. Si la Cour de cassation refuse d'appliquer l'actuel article 763-1 du Code de l'éducation aux situations observées dans les facultés (Cass. Crim., 11 déc. 2012, pourvoi n°11-88.431), ce n'est pas seulement en vertu du principe d'interprétation stricte de la Loi pénale. C'est aussi parce que « *les étudiants qui (...) fréquentent* [les établissements de l'enseignement supérieur] *ne sont pas des élèves au sens du livre IV* » du Code de l'éducation, et donc parce que les évènements qui se déroulent à l'école ne sont pas les mêmes que ceux qui se déroulent dans les Universités. Par voie de conséquence, le bon ordre scolaire ne peut être tenu pour équivalent au bon ordre universitaire. La transposition d'une logique caractéristique des lieux d'enseignement primaire et secondaire aux Universités génère une incertitude inconciliable avec le principe de prévisibilité des infractions.

En l'état, l'article 38 prévoit que quiconque a « *pour but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* » s'expose à une condamnation pénale. Puisque la « tranquillité » et le « bon ordre » ne sont pas clairement appréhendables, le « trouble » ne l'est guère plus, ainsi, les faits susceptibles de caractériser ce trouble ne peuvent pas l'être non plus. Cette rédaction ne permet pas d'apprécier la portée de l'infraction. Or, le Conseil constitutionnel a rappelé, dans la décision rendue à propos de la Loi « AVIA » toute l'importance qui s'attache à la précision des faits incriminés (**décision n°2020-801 DC cons. n°17**). En plaçant sous la menace d'une action pénale, tout individu troublant « *la tranquillité et le bon ordre* » des Universités, le législateur a cristallisé des difficultés d'appréciation incompatibles avec l'article 08 de la DDHC. L'article 38 de la LPR énonce une condition qui ne se réfère à aucune situation précise et heurte de plein fouet l'exigence de prévisibilité des peines encourues parce qu'elle ne dit rien de suffisamment précis.

## **12. Constat : une imprécision admise par la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche.**

Cette absence de clarté est manifeste et se trouve confirmée par les propos tenus par la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche elle-même. Lors des débats sur l'amendement en première lecture du texte devant le Sénat et durant les débats sur le texte devant l'Assemblée nationale le 17 novembre 2020, la ministre a indiqué à plusieurs reprises que ce délit ne s'appliquerait pas aux étudiants et aux personnels, laissant ainsi entendre que la formulation ne paraissait pas suffisamment convaincante.

Pourtant une telle précision est non seulement fautive mais aussi inquiétante.

En effet, la rédaction de l'article est bien trop imprécise et large. Seront concernées toutes les personnes ayant pénétré ou se maintenant dans un établissement supérieur sans y être habilitées en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisées par les autorités compétentes. Or, si un étudiant ou un enseignant est certes habilité en vertu de dispositions législatives et réglementaires à pénétrer dans l'établissement, qu'en est-il si, du fait de troubles, il lui est demandé de quitter l'établissement ? Il ne sera donc plus habilité à s'y maintenir et on voit donc que cet article peut en effet, contrairement à ce qu'affirme la ministre, s'appliquer aux usagers et aux

personnels des établissements d'enseignement supérieur. De même, plus largement, l'étudiant et le membre du personnel ne sont habilités à pénétrer sur le site qu'autant qu'ils participent au service public (l'étudiant en suivant une formation, le membre du personnel en assurant la formation ainsi que les tâches administratives inhérentes au service). Dès lors que l'un ou l'autre se maintient dans les locaux ou aux abords des locaux dans le but d'accomplir une action destinée à troubler le déroulement du service, il peut se situer en dehors de l'habilitation visée par l'article L. 763-1 du Code de l'éducation. L'interprétation de cette disposition est passablement obscure, en tous cas, elle n'a rien d'évident.

Surtout, et de manière particulièrement inquiétante en terme de hiérarchie des normes, la ministre a tenu devant la représentation nationale, le 17 novembre 2020, les propos suivants : « *Puisque des doutes semblent persister quant à la portée de cet article, j'écrirai par voie de circulaire à l'ensemble des établissements pour rappeler que jamais la libre expression et la liberté de mobilisation, qui sont au cœur de la tradition universitaire, ne pourront être remis en cause* » (sic). Non seulement, il paraît aberrant dans un Etat de droit que des dispositions pénales soient imprécises, mais il est d'autant plus inquiétant que le champ d'application d'une disposition pénale soit lié à une circulaire administrative, qui est un texte normalement dépourvu de portée normative, ou, lorsqu'il en a, ne dispose que d'une valeur purement réglementaire.

Conditionner l'application d'une disposition pénale à une circulaire administrative est non seulement contraire à la hiérarchie des normes, au principe de prévisibilité de la Loi pénale mais aussi et surtout au principe de clarté de la définition des infractions pénales.

### 13. Conséquence : censure de l'article 38 de la Loi.

Du fait de son absence manifeste de clarté et parce que ce délit touche à un espace jusqu'ici particulièrement préservé en matière de liberté, nous considérons que l'article 38 de cette Loi viole gravement et dangereusement le principe de légalité des délits et des peines (art. 07 et 08 de la DDHC).

#### 14. L'article 38 est contraire au principe de nécessité des délits et des peines (art. 05 et 08 DDHC)

En plus de violer le principe de légalité des délits et des peines, l'article 38 viole le **principe de nécessité des délits et des peines** qui découle de la lecture combinée des **articles 05 et 08 de la DDHC**.

Cette exigence constitutionnelle est l'une des plus élémentaires de l'Etat démocratique. En ce qui concerne la nécessité des délits, celle-ci découle de **l'article 05 de la DDHC**, selon lequel : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* ». Le Conseil constitutionnel en a naturellement déduit que seule la nécessité devait justifier la création d'un nouveau délit et donc que la Constitution imposait un **principe de nécessité des délits**. La nécessité des peines est, quant à elle, exprimée à **l'article 08 de la DDHC** en ces termes : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* » (*Décision n°97-395 DC du 30 décembre 1997*).

L'article 38 crée une nouvelle infraction pénale. Nous considérons que la pénalisation des agissements décrits au nouvel art. L. 763-1 du Code de l'éducation est triplement contraire au **principe de nécessité des délits et des peines**. Ce constat est de fait partagé par la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche elle-même puisqu'elle a affirmé devant l'Assemblée nationale que cet article n'apportait « *rien de plus qui n'existe déjà dans notre arsenal répressif* ».

Nous en sommes personnellement convaincus et ce, pour différentes raisons.

#### 15. Constat : une incrimination non nécessaire au regard des pouvoirs de police conférés aux présidents d'Université déjà existants.

L'article L. 712-2 du Code de l'éducation, confie, au titre des pouvoirs de direction du président d'Université, un certain nombre d'attributions. Parmi elles, figure le pouvoir de faire appel à la force publique lorsque les circonstances l'exigent. Cette attribution est le corollaire nécessaire du devoir qui incombe au président de l'Université : celui de garantir l'ordre sur le site placé sous sa responsabilité. C'est ainsi que le 6° de cet article prévoit que le président « *est responsable du maintien de l'ordre et peut faire appel à la force publique dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

Cette disposition doit être lue à la lumière de l'art. R. 712-1 du même Code : « *Le président d'Université est responsable de l'ordre et de la sécurité dans les enceintes et locaux affectés à titre principal à l'établissement dont il a la charge. Sa responsabilité s'étend aux locaux mis à la disposition des usagers en application de l'article L. 811-1 et à ceux qui sont mis à la disposition des personnels (...). Elle s'exerce à l'égard de tous les services et organismes publics ou privés installés dans les enceintes et locaux précités* ».

Le champ d'application spatial de ces attributions est étendu (le détail des éléments du site universitaire inclus dans le périmètre des attributions de police est précisé aux art. R. 712-2 s.), des locaux recevant des affectations différentes sont ainsi protégés des atteintes que des individus ou des groupes d'individus essaieraient de leur porter. L'infraction créée n'est, dès lors, nullement justifiée.

S'agissant des pouvoirs dont dispose le Président, les articles R. 712-6 et R. 712-8 du Code de l'éducation lui reconnaissent le droit de « *prendre toute mesure utile pour assurer le maintien de l'ordre* ». Parmi ces mesures, le Président est habilité, « *en cas de désordre ou de menace de désordre dans les enceintes et locaux* », à « *interdire à toute personne et, notamment, à des membres du*

*personnel et à des usagers de l'établissement ou des autres services ou organismes qui y sont installés l'accès de ces enceintes et locaux. Cette interdiction ne peut être décidée pour une durée supérieure à trente jours. Toutefois, au cas où des poursuites disciplinaires ou judiciaires seraient engagées, elle peut être prolongée jusqu'à la décision définitive de la juridiction saisie. »*

Ainsi, le directeur d'établissement dispose déjà d'un arsenal de mesures exorbitantes et contraignantes propres à dissiper le risque contre lequel l'article 38 entend s'élever. S'il s'agit de faire obstacle aux entreprises destinées à empêcher la tenue d'un débat dans un amphithéâtre, le Président peut adopter une mesure interdisant aux individus poursuivant un tel projet d'accéder aux bâtiments. La décision est susceptible de recours devant le juge administratif qui en contrôle le bien-fondé (ex., pour une interdiction visant un usager, CAA Paris, 29 janv. 2019 req. n°17PA00659, pour une mesure destinée à un professeur, CE, 26 oct. 2005, req. n°275512 ; CE, 26 août 2014, req. n°382513).

Il importe de souligner que l'interdiction d'accès n'est pas limitée aux étudiants et aux membres du personnel. L'adverbe « notamment » élargit le champ de la mesure aux tiers. En outre, le périmètre organique des interdictions s'apprécie au regard de la mission dévolue à l'autorité compétente. Puisqu'il s'agit de préserver l'ordre au sein de l'établissement et considérant que la menace peut provenir non des seuls usagers et des agents mais également des tiers à l'établissement public. L'interdiction couvre dès lors les personnes étrangères à l'Université qui profiteraient d'une occasion pour troubler l'ordre établi. On en conclut que les deux corpus normatifs, celui déjà en application, et couché dans le Code de l'éducation, et celui qui résulte de l'article 38 de la Loi ont le même objet.

Les mêmes dispositions prévoient qu'il « *peut en cas de nécessité faire appel à la force publique* ». Les présidents d'Université peuvent solliciter l'intervention des services de police afin de faire cesser le trouble occasionné. A titre d'exemple, le président de l'Université Grenoble Alpes, en mars 2018, a fait intervenir la police pour dissiper un groupe d'individus ayant pénétré dans les locaux d'un amphithéâtre où se tenait un colloque international (l'accès de la salle leur avait été interdite, le groupe s'est infiltré et a commis des dégradations matérielles). Pour l'exercice de sa mission de protection, le Président « *peut recourir à des personnels chargés d'assurer le respect des règlements et de constater les éventuels manquements à la discipline universitaire.* ».

L'autorité de police n'est aucunement démunie pour parer au risque dont le législateur s'est saisi par la voie de l'article 38. Dans ces conditions, le nouvel article L. 763-1 du Code de l'éducation est aussi superflu que contraire au **principe de nécessité des délits et des peines**.

#### **16. Constat : une incrimination non nécessaire dans la mesure où les juridictions répressives peuvent déjà sanctionner les comportements visés par l'article 38.**

Le Code pénal en vigueur comporte au moins trois séries d'infractions de nature à réprimer les agissements visés par le nouvel article L. 763-1 du Code de l'éducation.

Il en va ainsi de l'atteinte aux biens. L'article 322-1 énonce dans son premier alinéa que : « *La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger* ». Ce délit punit d'ores et déjà les dégradations faites à l'occasion de mouvements de contestation organisés dans les facultés. Il est d'ailleurs plus sévèrement puni lorsque les dégâts sont le fait d'un groupe. L'article 322-3 1° porte les peines à cinq ans d'emprisonnement et 75000€ d'amende.

Les atteintes aux biens publics elles aussi répondent à la situation visée par l'article ici discuté. Elles sont de différentes sortes et couvrent, sans conteste, l'ensemble des dommages matériels causés aux biens appartenant aux établissements de l'enseignement supérieur. A ce titre :

- Le second alinéa de l'article 322-1 du Code pénal, à cet égard, prévoit que : « *Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3 750 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger* ».
- Le 8° de l'article 322-3 punit de 05 ans de prison et de 75000€ d'amende, les dégradations visant un « *bien (...) destiné à l'utilité ou à la décoration publique et appartient à une personne publique ou chargée d'une mission de service public* ».

Pour toutes ces infractions, la tentative est punie de la même la manière que l'infraction caractérisée.

Le délit établi par l'article litigieux réprimerait les dégâts occasionnés par des groupes d'individus pénétrant dans les bâtiments pour protester. On se référera ici aux propos de la ministre. Il y a quelques jours, F. VIDAL félicitait l'auteur de l'amendement n°147, à l'origine de l'article 38, de donner les moyens de lutter « *contre les dégradations* ». Dès lors que le nouveau délit entend punir des faits qui sont susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales et de condamnations, le législateur a manqué à son devoir constitutionnel.

Dans l'hypothèse où les agissements des groupes d'individus visés par l'article 38 provoque des blessures, les infractions réprimant l'atteinte aux personnes peuvent, déjà, utilement, punir les auteurs. L'article 222-11 du Code pénal notamment punit l'auteur de violences ayant entraîné huit jours d'ITT d'une peine de 03 ans d'emprisonnement et de 45.000€ d'amende.

Enfin, il est également possible d'évoquer l'article 431-1 du Code pénal qui permet de sanctionner les entraves à la liberté d'expression et de réunion. Selon cet article : « *Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation ou d'entraver le déroulement des débats d'une assemblée parlementaire ou d'un organe délibérant d'une collectivité territoriale est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté de création artistique ou de la liberté de la diffusion de la création artistique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées aux alinéas précédents est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». Il est vrai qu'il existe une différence entre cet article et celui de la Loi dont est saisi le Conseil constitutionnel. L'article 431-1 du Code pénal réprime « *le fait d'entraver* » alors que l'incrimination de l'article 38 anticipe la répression en pénalisant une situation propice à la commission du délit d'entrave. Mais outre les difficultés soulevées par l'absence de tout comportement précis exigé par le texte permettant de faire apparaître un projet univoque d'entrave, cela montre l'absence de proportionnalité de la peine.

### 17. Constat : une incrimination non nécessaire car intervenant avant tout trouble à l'ordre public

L'autre reproche qui peut être fait à cet article tient au fait qu'il vise à réprimer des actes avant tout trouble. Il est vrai que le Conseil constitutionnel admet l'incrimination d'actes préparatoires à la commission d'infractions. Mais tel n'est pas le cas ici puisque le but visé par le texte est le « *but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* », c'est-à-dire simplement un trouble à l'ordre public en général et non pas des infractions « *clairement définies par le texte*<sup>53</sup> ».

Surtout, le délit est constitué par le simple fait de se trouver ou de se maintenir dans l'établissement. Il n'existe ici aucune matérialité dans la mesure où aucun comportement n'est exigé. Dès lors, les « *faits matériels susceptibles de caractériser un acte préparatoire* ne sont pas « *définis avec suffisamment de précision*<sup>54</sup> ». Cet article crée un délit d'intention. Pour que cela soit conforme à l'article 05 de la DDHC, le Conseil constitutionnel exige que la preuve repose sur autre chose que l'élément matériel quand celui-ci n'implique pas un projet ; formulant ainsi une sorte de « *réserve d'interprétation probatoire*<sup>55</sup> ». Cependant, dans le cas ici présent, aucun comportement matériel précis n'est exigé alors qu'il faudrait, au moins, que le législateur ait adopté une rédaction permettant de « *circonscrire les actes pouvant constituer*<sup>56</sup> » le comportement incriminé.

Le délit repose sur une situation de fait ne visant aucun comportement précis et réprime une intention qui ne saurait se déduire des simples circonstances de fait décrites par l'incrimination sans violer l'article 05 de la DDHC.

### 18. Constat : une atteinte au principe de proportionnalité des peines

Le principe de proportionnalité des peines est lui rattaché à l'article 08 de la DDHC (décision n°2001-455 DC, cons. n°85). Ainsi, dès lors qu'elle expose un individu à une peine répressive, la Loi doit satisfaire l'exigence constitutionnelle de proportionnalité.

L'art. 38 soumet les personnes reconnues coupables du délit de trouble illicite à une série de peines définies par le Code pénal. Ces peines ne sont pas conformes au principe de proportionnalité à plusieurs égards.

D'abord, la correctionnalisation de l'infraction méconnaît le principe de proportionnalité. Ce délit en est un par référence – inopportune – au délit d'intrusion applicable aux établissements scolaires. Or, comme cela a été souligné à plusieurs reprises, mais il importe de le souligner systématiquement : les établissements scolaires ne sont pas comparables aux établissements universitaires. Les libertés démocratiques s'exercent selon des modalités plus souples, débat d'idées, provocation, contradiction, la manifestation s'y exercent à un niveau supérieur à celui qui s'exercent dans les écoles, collèges et les lycées. Le respect dû à ces libertés impliquait de privilégier la voie contraventionnelle. L'option délictuelle est inconciliable avec les libertés académiques. La contravention de 5<sup>ème</sup> classe, exposant le coupable à une amende de 1.500€, en application de l'article R. 645-12 du Code pénal garantirait un juste équilibre entre l'exercice des libertés collectives dont les Universités sont le théâtre naturel et l'objectif de lutte contre les atteintes aux biens et aux personnes. Les coupables pourraient, en outre, se voir condamnés à une peine complémentaire de travaux d'intérêt généraux, d'une durée maximale

<sup>53</sup> Décision n° 2017-625 Qpc du 7 avril 2017, §10.

<sup>54</sup> Décision n° 2017-625 Qpc du 7 avril 2017, §11 *a contrario*.

<sup>55</sup> Décision n° 2017-625 Qpc du 7 avril 2017, §16.

<sup>56</sup> Décision n° 2017-625 Qpc du 7 avril 2017, §17.

de 05 jours, ce qui, compte tenu de ce qui leur est reproché, augmenterait la fonction sociale attachée à la peine (article R. 645-12 2° du Code pénal). Le caractère adéquat de la sanction, apprécié au regard des faits reprochés, est une exigence contrôlée par le Conseil constitutionnel (**décision n°2019-796 QPC, cons n°9**). Il n'est pas sérieusement contestable, que, si l'article 38 entend réprimer les actions destinées à empêcher un intervenant de se présenter dans un amphithéâtre, la cohérence est bien mieux assurée lorsque le condamné exécute des travaux profitant à l'ensemble de la collectivité que lorsqu'il s'expose à une lourde amende et à une peine privative de liberté.

Ensuite, la nature des peines encourues est hors de toute proportion avec celle des actes réprimés. Les peines retenues sont manifestement disproportionnées aux faits reprochés. Elles sont démesurément lourdes compte tenu des faits qu'elles sanctionnent.

Les peine(s) principale(s) le sont. Elles privent l'individu reconnu coupable de liberté (le condamné effectue une peine de prison d'un an). Observons d'ailleurs que compte tenu des faits concernés, l'application de l'article 431-22 est largement hypothétique. Commis en bande, par des groupes d'individus, les agissements visés tombent systématiquement sous le coup de l'article 431-23. Or, les peines qu'il prévoit sont bien plus sévères : *« Lorsque le délit prévu à l'article 431-22 est commis en réunion, les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende »*.

Les peines complémentaires ne sont pas en reste. Les étudiants juristes peuvent se voir priver d'intégrer la carrière de leur choix puisque le juge pénal peut s'opposer à ce qu'ils occupent des fonctions juridictionnelles (lesquelles ne se limitent pas aux fonctions de magistrat mais peuvent s'opposer à l'exercice de la fonction de greffier, d'assistant de justice, etc.). De la même manière, il ne leur sera pas possible de devenir avocat si la peine complémentaire visée par l'article 131-26 3° est prononcée. Les étrangers, eux, s'exposent à une interdiction du territoire français en application de l'article 431-27°.

Il faut ici revenir aux agissements que la Loi entend punir (si tant est que l'on soit en mesure de les déterminer, v. *supra*). Nous livrant à ce nécessaire exercice, nous ne pouvons pas aboutir à une autre conclusion que celle-ci : L'Etat démocratique, l'Etat de droit, ne saurait s'accommoder de peines aussi injustes, aussi sévères, quand les faits reprochés aux personnes poursuivies, souvent étudiantes, se limitent à avoir exercé leur droit de manifestation. Ceci est encore plus vrai quand on sait que l'infraction délictuelle s'applique aux personnes ayant seulement eu l'« *intention* » d'occasionner un trouble et non pas seulement aux personnes ayant manifesté. La gravité des actes est sans commune mesure avec la sévérité des peines introduites par l'article 38. L'orientation suivie par le législateur conduit à retenir des sanctions pénales manifestement disproportionnées aux actes incriminés.

### 19. Conséquence : censure de l'article 38 de la loi

En définitive, le délit créé méconnaît le **principe de nécessité des délits et des peines**. L. Lafon, animé par l'intention de « *donner les moyens* » de lutter contre un comportement socialement nuisible, a, en réalité, introduit dans la Loi une disposition parfaitement inutile, ces moyens existant déjà, et, partant, inconstitutionnelle.

## 20. L'article 38 porte une atteinte inconstitutionnelle aux libertés d'expression et de manifestation (art. 11 DDHC)

Un dernier argument peut être soulevé concernant l'inconstitutionnalité de l'article 38 : celui de l'atteinte qu'il commet à l'égard des **libertés d'expression et de manifestation** reconnues à l'**article 11 de la DDHC**.

**Rappel de la portée des libertés d'expression et de manifestation (art. 11 DDHC) et particularité de ces libertés dans le cadre des établissements d'enseignement supérieur :** Comme cela a déjà été évoqué précédemment, l'**article 11 de la DDHC** établit que « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* »

Cette liberté est au cœur même de la liberté d'enseignement et tout particulièrement de l'enseignement supérieur. Comme il a été souligné précédemment, les établissements d'enseignement supérieur disposent d'un régime juridique particulier en matière de police. Ce régime permet de faire de ces lieux des sanctuaires de la liberté d'expression et de manifestation.

Cette protection est d'autant plus nécessaire qu'elle est celle qui justifie la création de cette nouvelle incrimination pénale. En effet, d'après les auteurs de cet amendement, l'objectif est qu'à travers cet article puisse être réprimée toute entrave aux débats tenus au sein des établissements d'enseignement supérieur. Cependant, la solution apparaît comme plus dangereuse que le mal, puisque c'est par la création de ce délit que les libertés d'expression et de manifestation sont dangereusement mises à mal.

Dans une **décision précitée du 25 février 2010 (n°2010-604 DC)**, le Conseil constitutionnel avait examiné une disposition similaire inscrite dans le Code pénal (article 431-22). Il avait alors considéré que cet article ne portait pas atteinte, par lui-même « *à la liberté d'aller et de venir et au droit d'expression collective des idées et des opinions* ». Toutefois, comme nous l'avons fait concernant l'application du principe de légalité des délits et des peines (voir *supra*), nous considérons que cette jurisprudence doit être différente dès lors que le délit s'applique à des faits commis au sein d'un établissement d'enseignement supérieur.

## 21. Constat : absence de nécessité d'incriminer l'atteinte aux libertés d'expression et de manifestation que l'on entend protéger

Selon les propres mots du Conseil constitutionnel : « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi*<sup>57</sup>. » De ce fait, le Conseil estime que l'examen d'une disposition touchant à cette liberté se doit d'être particulièrement poussé.

Or, dans le cas présent, d'autres infractions pénales existent déjà et qui ont pour objet de prévenir les troubles invoqués par les travaux préparatoires à la Loi. Outre l'article 431-1 du Code pénal, il est possible déjà possible de sanctionner les menaces ou pression qui pourraient être exercées dans ces lieux (articles 222-17 à 228-18-3 du Code pénal), voire les actes relevant du harcèlement moral (article 222-33-2 du Code pénal). Ainsi, la **liberté d'expression** que cherche à préserver le texte par cette

<sup>57</sup> Décision n° 2016-611 Qpc du 10 février 2017, §5.

incrimination est déjà protégée contre les comportements que le législateur désigne comme devant être évités. Créer un nouveau délit apparaît donc non seulement inutile mais dangereux, car visant à réprimer des expressions individuelles ou collectives.

## 22. Constat : atteinte aux libertés d'expression et de manifestation directement par l'incrimination

Il a été déjà dit précédemment que l'article 38 portait une atteinte inconstitutionnelle au principe de **légalité des délits et des peines**. Cette inconstitutionnalité nous apparaît comme d'autant plus grave qu'à travers cette violation est également portée une atteinte à **la liberté d'expression**, notamment celle des usagers et des enseignants-chercheurs, et donc à la liberté d'enseignement et de recherche.

Comme nous avons déjà pu le souligner, la formulation choisie par le législateur n'empêche en rien que cet article soit appliqué aux usagers et aux enseignants-chercheurs, puisqu'au regard de la rédaction, une personne autorisée à pénétrer dans l'établissement pour être condamnée si elle s'y maintient après qu'on lui a demandé de partir. Les usagers et personnels des établissements supérieurs voient donc **leurs libertés d'expression et de manifestation** visiblement réduite par cet article.

Par ailleurs, il convient ici à nouveau de rappeler que les établissements d'enseignement supérieurs, et en particulier les Universités sont, contrairement aux établissements scolaires, des lieux traditionnels de débat et de discussion et que ce débat n'est pas limité aux seuls usagers du service public et aux enseignants-chercheurs. Ces établissements sont des biens communs, des biens mis au service de la Nation toute entière. Leur ouverture à la société, leur interaction avec tous les acteurs de la vie sociale (associations, entreprises, administrations, citoyens lambda) font que ces lieux soient traditionnellement extrêmement ouverts à l'extérieur. Les débats, conférences, colloques et mêmes cours sont ouverts à tous (pensons notamment aux auditeurs libres). Nul n'a besoin d'une autorisation spéciale pour rentrer dans une Université afin d'assister et de participer au débat. Tout débat est par essence ouvert aux personnes extérieures à l'établissement, car précisément ces débats sont toujours d'intérêt général. Sanctionner ces personnes parce qu'elles provoquent un trouble serait alors une atteinte majeure à leur **libertés d'expression et de manifestation**.

Enfin, le dernier point que nous souhaiterions soulever tient à la nature même de l'incrimination qui porte une atteinte majeure aux **libertés d'expression et de manifestation**. **L'article 11 de la DDHC** permet la sanction des abus de la liberté d'expression, ce qui implique que la répression est possible *a posteriori*. Or, ici, il ne s'agit pas de réprimer l'atteinte causée à la liberté d'expression mais de prévenir la réalisation de comportements qui pourraient constituer des abus en venant perturber des débats, manifestations scientifiques ou cours. L'instauration d'une telle incrimination pourrait inciter les chefs d'établissement à limiter et empêcher l'accès à ces établissements aux personnes venant de l'extérieur, ce qui conduirait nécessairement à l'appauvrissement des échanges et donc du débat démocratique. Dans la mesure où le texte subordonne l'accès à l'établissement à une habilitation ou à une autorisation, le risque est grand que ce délit conduise à une fermeture de principe des établissements d'enseignement supérieurs, lieux d'échanges indispensables au débat public d'intérêt général. Ces éléments conséquents sont des critères importants au moment de jauger de la constitutionnalité d'une disposition législative au regard de la **liberté d'expression**. Lors de l'examen de la Loi AVIA (**décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, §19**), vous avez par exemple souligné le fait que « *les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer*

*les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée* ». Par le risque que fait courir ce nouveau délit à la vie des établissements d'enseignement supérieur et à leur rôle dans le débat démocratique, nous considérons que l'article 38 porte une atteinte grave et dangereuse aux **libertés d'expression et de manifestation**.

### **23. Conséquence : censure de l'article 38 de la Loi.**

Pour les raisons exposées ci-dessous, et du fait notamment de son imprécision et de ses conséquences pour les **libertés d'expression, de manifestation, d'enseignement et de recherche**, nous demandons au Conseil constitutionnel la censure de l'article 38 de la Loi.

## Articles 39 & 40

L'article 39 précise que « *les titulaires du diplôme national de licence sanctionnant des études du premier cycle qui ne sont pas admis en première année d'une formation du deuxième cycle de leur choix conduisant au diplôme national de master se voient proposer l'inscription dans une formation du deuxième cycle* » à condition qu'ils aient déposé « *plusieurs demandes d'admission* ». L'article 40 précise que l'autorité académique peut procéder au réexamen de la candidature d'une personne en situation de handicap pour prononcer son inscription dans un master. Le texte dans sa nouvelle formulation renforce davantage le rôle des recteurs d'académies et pour certaines régions académiques celui du recteur délégué à l'enseignement supérieur.

En ce sens, la nouvelle formule pourrait contrevenir à deux principes : celui de l'égalité des candidats, susceptible de varier en fonction des régions, et celui de l'autonomie des Universités, qui peuvent se voir imposer des inscriptions d'étudiants qu'elles ont recalés.

### 1. A propos de l'autonomie des Universités.

Cette dernière hypothèse pourrait paraître devoir être écartée.

Ainsi, qu'a eu l'occasion de l'indiquer le Conseil d'Etat : « *le principe d'autonomie des Universités, s'il est consacré par l'article L. 711-1 du Code de l'éducation cité ci-dessous, n'a pas, en revanche, de valeur constitutionnelle* » (CE, 23 novembre 2016 n° 395652).

Nous pourrions cela dit considérer que l'obligation faite à une Université d'admettre en son sein un étudiant qui aurait été préalablement refusé, par « *concours ou sur dossier* », peut présenter une atteinte aux libertés académiques, dans la mesure où cette « obligation » reviendrait à contourner la décision d'universitaires pris pour le compte de son établissement mais votre haute juridiction l'acceptera-t-elle ?

### 2. Une contrariété au principe constitutionnel d'égalité.

Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont, en matière universitaire, eu l'occasion d'indiquer à plusieurs reprises, l'application et l'étendue du principe d'égalité.

Est classiquement retenu que la rupture d'égalité n'est pas opposable dans n'importe quelles conditions. Des discriminations sont possibles dans la mesure où elles sont justifiées au regard des objectifs que s'est assignés le législateur. (CE 21 mai 2019 req. n° 430122 reprenant les principes posés par **CC 13 août 1993 93-325 DC, Maîtrise de l'immigration**).

En conséquence, nous pourrions raisonnablement retenir que « *la situation d'un candidat le justifie, eu égard à des circonstances exceptionnelles tenant à son état de santé ou à son handicap* » se réfère à une situation qui le place dans une posture différente de celle des autres candidats.

## Article 41

*Après le 4° de l'article L. 123-2 du Code de l'éducation, il est inséré un 4° bis ainsi rédigé : « 4° bis A la sensibilisation et à la formation aux enjeux de la transition écologique et du développement durable ».*

Selon votre jurisprudence constante l'article 41 doit être déclaré inconstitutionnel. Il porte atteinte en toute vraisemblance à l'article 06 de la DDHC en ce qu'il est **dépourvu de portée normative ou/ au principe de clarté de la Loi et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi** en ce que la Loi ne précise pas les modalités de la mission de sensibilisation et de formation aux enjeux de la transition écologique et du développement durable confiée au service public de l'enseignement supérieur.

**De nouveau, le service public de l'enseignement supérieur se voit enrichi d'un nouvel objectif à poursuivre, et qui cette fois-ci, est de dimension environnementale. Son inscription dans la Loi peut de prime abord sembler être une bonne chose mais elle n'est malheureusement pas accompagnée des moyens de son ambition.**

L'insertion de ce genre de dispositions de portée seulement déclarative est une pratique indésirable. C'est pourquoi, dans le cadre de votre contrôle de la constitutionnalité de la LPR, nous souhaitons attirer votre attention sur ce genre de pratique d'autant qu'elle est abondante lorsqu'il s'agit pour les pouvoirs publics de s'employer à répondre aux préoccupations environnementales des citoyens

Le contrôle de l'article 41 vous offre ainsi l'occasion de rappeler au législateur sa mission. Notamment que l'exercice de sa compétence lui commande de l'exercer pleinement en prenant des mesures au réel impact sur le quotidien de ses concitoyens afin de répondre aux mieux à l'ensemble de leurs préoccupations. Compte tenu de la place croissante qu'occupent les enjeux environnementaux dans le débat public, et de l'importance de la sensibilisation et de la formation pour y répondre, il est frappant de constater que les propos purement déclaratifs des dispositions de l'article 41 sont inappropriés. En effet, ils ne permettent pas de garantir à nos concitoyens la participation effective du service public de l'enseignement supérieur à cette grande cause.

Ne fait aujourd'hui l'objet d'une attention particulière que la mission de sensibilisation et de formation à l'environnement et au développement durable à l'école primaire et dans les établissements technologiques. En effet, et si néanmoins une section spécifique relative à l'éducation à l'environnement et au développement durable est consacrée par le Code de l'éducation, en revanche, son unique article ne précise que les connaissances et les savoirs nécessaires à la sensibilisation et formation d'un très jeune public. La LPR ne vient aucunement préciser les modalités de la mission de sensibilisation et de formation aux enjeux de la transition écologique et du développement durable confiée au service public de l'enseignement supérieur malgré un public mieux à même de saisir la complexité des enjeux environnementaux, et donc d'y apporter tout son concours.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous invitons les membres du Conseil Constitutionnel à censurer ces dispositions. Nous l'invitons à le faire en considérant que les dispositions de l'article 41 sont manifestement dépourvues de toute portée normative, ou à défaut, de les censurer sur le fondement du non-respect du principe de clarté de la Loi et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi sans possibilité d'émettre une réserve d'interprétation.

### 1. De la portée normative de l'art. 41.

Pour parvenir à cette solution, nous invitons les membres du Conseil Constitutionnel à suivre le même raisonnement que celui de sa **décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école »**. Ainsi, vous rappellerez tout d'abord le principe selon lequel une disposition dépourvue de portée normative est inconstitutionnelle. Pour ensuite constater sur ce fondement l'inconstitutionnalité manifeste des dispositions de l'article 41.

C'est sur le fondement de l'article 06 de la DdHC que vous rappellerez au législateur que la Loi a uniquement vocation à énoncer des règles revêtant une portée normative. Vous lui rappellerez aussi qu'il ne peut déroger à ce principe que si et seulement si les dispositions contestées relèvent de la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévues par l'avant dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution.

### 2. La vocation de la Loi à énoncer uniquement des règles revêtant une portée normative.

C'est par votre **décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école »** que vous avez sanctionné pour la première fois sur le fondement du principe selon lequel les dispositions de la Loi doivent revêtir une portée normative. Vous avez en effet réaffirmé *« qu'aux termes de l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La Loi est l'expression de la volonté générale... " ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la Loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la Loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »*. Depuis, vous avez maintenu de manière constante ce principe.

A l'aide de ce principe, vous condamnez ainsi les dispositions législatives de portée déclarative. Selon vous, la Loi ne doit pas édicter des déclarations d'intention mais seulement des règles de droit. Vous considérez en effet à juste titre que c'est parce que l'édition du droit est sous le monopole de l'Etat qu'alors l'exercice du pouvoir législatif, qui n'est rien d'autre que sa manifestation, doit pleinement assurer la fonction régulatrice du droit, à défaut, des autres composantes de notre société, de pouvoir le faire pleinement pour satisfaire aux mieux les exigences de l'intérêt général.

Néanmoins, vous avez aussi consacré une exception à ce principe comme les dispositions de la Constitution vous l'y autorisent.

### 3. L'exception au principe consacrée par l'avant dernier aliéna de l'article 34 de la Constitution.

Quand vous avez réaffirmé le principe selon lequel une Loi doit revêtir une portée normative, vous avez aussi précisé ses limites. Dans votre **décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005** vous avez en ce sens consacré une exception telle qu'elle ressort de la lecture de la Constitution. A la lecture de l'avant dernier alinéa de la Constitution relatif *aux « lois de programme déterminant les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat »*, vous avez en effet considéré que les seules dispositions pouvant ne pas revêtir une portée normative sont celles relevant de cette catégorie de lois.

Ainsi, et si vous vous êtes rangé à la conception classique de la Loi, vous avez aussi pris acte de l'évolution contemporaine de nos sociétés, et de nouvelles fonctions attachées à la Loi. En effet, la Loi n'a plus seulement vocation à permettre ou défendre, à ordonner ou établir, à punir ou récompenser, elle peut aussi fixer un cap et, simplement définir l'intérêt général afin d'orienter l'ensemble des individus vers la satisfaction des exigences de l'intérêt général. C'est tout l'intérêt des lois de programme qui déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Après avoir rappelé le principe et son exception, vous pourrez en constater le non-respect.

#### 4. L'inapplication de l'exception au cas présent.

Pour rejeter l'application de l'exception à notre hypothèse, vous devez d'abord vérifier si les dispositions de l'article 41 rentrent dans la catégorie des lois de programmes. Il est nécessaire de rappeler que l'article 41 de la LPR insère un nouvel alinéa à l'article L. 123-2 du Code de l'éducation. Ce dernier énumère des objectifs qualitatifs que le service public de l'enseignement supérieur doit contribuer à réaliser. Néanmoins, si ce dispositif énumère bien des objectifs, il ne relève pas de la catégorie des lois de programmes.

En effet, la volonté du législateur de fixer des objectifs qualitatifs et quantitatifs au service public de l'enseignement supérieur s'est concrétisée avec la Loi pour l'enseignement supérieur et la recherche du 22 juillet 2013. Il revient désormais à la seule stratégie nationale de l'enseignement supérieur prévue à l'article L 123-1 du Code de l'éducation de fixer ces objectifs.

Les objectifs de la stratégie nationale sont aujourd'hui inscrits dans un rapport annexé à la LPR. C'est à ce titre seulement que certaines dispositions de la LPR peuvent recevoir la qualification de Loi de programme. Vous devez donc écarter cette qualification s'agissant des dispositions de l'article 41 conformément à la position défendue dans votre [décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011 « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure »](#)

Après avoir écarté l'application de l'exception, il vous faut apprécier encore la portée normative des dispositions litigieuses.

#### 5. Les dispositions contestées manifestement dépourvues de portée normative.

La non-qualification de l'article 41 de la Loi en Loi de programme vous amène alors à devoir apprécier sa portée normative. Nous vous invitons à considérer que les dispositions contestées sont manifestement dépourvues de portée normative. Vous avez déjà procédé à cette appréciation à plusieurs reprises.

Dans votre [décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école »](#), vous aviez notamment à apprécier la portée normative des dispositions suivantes : *« L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel »*. Vous avez considéré ces dispositions comme *« manifestement dépourvues de toute portée normative »*.

Dans une décision plus récente [n°2016-741 DC du 08 décembre 2016 « Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique »](#), vous aviez à apprécier la portée normative de l'article 134 de la Loi déférée. Vous avez alors considéré que ses dispositions *« se bornent à conférer à l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme le pouvoir de confier à un administrateur la charge de suivre des évolutions technologiques, sont dépourvues de portée normative. Dès lors, cet article est contraire à la Constitution »*.

**Nous vous invitons alors à considérer les dispositions de l'article 41 comme manifestement dépourvues de portée normative en ce qu'elles ne créent pas de nouvelles obligations. N'est-ce pas déjà le rôle de l'enseignement supérieur que de sensibiliser et de former les étudiants aux enjeux contemporains de notre société et notamment environnementaux ?**

Dès lors, et si la volonté du législateur est de créer une obligation spécifique, les dispositions contestées ne permettent pas en tout état de cause de déterminer la portée de cette nouvelle obligation. Elles rappellent simplement l'étendue de la mission du service public de l'enseignement, et sont ainsi superfétatoires. Ainsi, nous invitons le Conseil Constitutionnel à considérer les dispositions contestées comme manifestement dépourvues de portée normative, et ainsi à déclarer l'article 41 de la LPR inconstitutionnel. Toutefois, et si en revanche vous considérez la portée de cet article seulement « incertaine », nous vous invitons à le censurer néanmoins sur le fondement du non-respect du principe de clarté de la Loi et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

#### **6. Observations de l'article 41 au regard du non-respect du principe de clarté de Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.**

Pour parvenir à cette seconde solution, vous devez en premier lieu reconnaître que l'article 41 revêt une portée normative « incertaine », pour ensuite, et considérer sur ce fondement conformément à votre jurisprudence, que ce dernier porte atteinte au principe de clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.

A défaut de considérer les dispositions de l'article comme manifestement dépourvues de portée normative, nous vous invitons néanmoins à les considérer comme incertaines. Cette incertitude provient de l'ambiguïté sur l'objet de l'article. En effet, une première incertitude porte sur la volonté du législateur de confier une nouvelle mission au service public de l'enseignement supérieur. La seconde sur l'étendue de la mission déterminée par l'utilisation des termes vagues de transition écologique et de développement durable retenus par le législateur.

#### **7. Incertitude sur la volonté du législateur de confier une nouvelle mission au service public de l'enseignement supérieur.**

S'il existe selon vous une incertitude persistante quant à la volonté de confier une nouvelle mission au service public de l'enseignement supérieur, et donc de créer une nouvelle obligation, elle peut être levée à la lecture des travaux parlementaires.

Pour la sénatrice Mme Laure DARCOS, rapporteuse du projet de Loi : « *l'article 41 introduit par le Sénat propose de reconnaître dans les missions de l'enseignement supérieur la sensibilisation à l'écologie et au développement durable. C'est un objectif sur lequel nous pouvons tous tomber d'accord.* ». Selon cette parlementaire, l'intention du législateur n'est aucunement de créer une nouvelle mission mais seulement de la reconnaître.

**De son aveu même l'article 41 n'a donc aucune portée normative.** C'est en ce sens que plaident encore les propos de Mme la Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche. Interpelée par des sénateurs appelant à arrêter « *les injonctions aux professeurs* » ou les « *demande[s] impérative[s] aux établissements universitaires* », Mme Frédérique VIDAL précise alors qu'« *Il ne s'agit pas d'imposer quoi que ce soit [...] mais simplement de compléter les missions énoncées à l'article L. 123-3 du Code de l'éducation.* ». Là encore, les propos plaident en faveur de dispositions dépourvues de portée

normative, ou du moins, confirment l'incertitude sur la portée normative de l'article 41 par cet énoncé contradictoire de la Ministre. L'incertitude sur la portée normative de l'article 41 n'est pas seulement alimentée par les propos contradictoires des débats parlementaires mais est aussi renforcée par l'utilisation de termes vagues ne permettant pas de bien déterminer l'étendue de la mission du service public de l'enseignement supérieur.

#### **8. Une incertitude renforcée par l'usage des termes vagues de transition écologique et de développement durable retenus par le législateur.**

Le recours aux termes de transition écologique et de développement durable rend bien difficile la détermination de l'étendue de cette mission de sensibilisation et de formation confiée au service public de l'enseignement supérieur. Car, si aujourd'hui il y a un réel consensus sur le sens des termes de développement durable, il n'existe pas encore pour les termes de transition écologique.

En effet, il existe aujourd'hui un consensus autour du concept de développement durable. Ce concept est un concept consacré en droit international public et européen, et irrigue en partie le droit de l'environnement. Néanmoins, et malgré tout il « *peine à démontrer sa capacité à transformer les modes de production et de consommation* » (Agathe VAN LANG, « Entre la chauve-souris et le pangolin ? La place du droit dans la science du « monde d'après » », *Recueil Dalloz*, 2020, p.1044).

En revanche, ce consensus n'existe pas encore pour le concept de transition écologique. En effet, ce concept, à considérer qu'il existe vraiment, renvoie à une pluralité de transitions écologiques (Agathe VAN LANG (dir.), *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, éd. Mare & Martin, coll. Droit, sciences & environnement, 2018). Abondamment présents dans nos législations mais sans être définis, les termes de transition écologique font référence au verdissement de notre économie, ou plus généralement de notre société dans la perspective de lutter contre le dérèglement climatique. Seule aujourd'hui la transition énergétique fait l'objet d'une définition en droit français grâce à la définition d'objectifs précis fixés par la politique énergétique et climatique. C'est donc plutôt la notion de transition énergétique et climatique qui prend davantage d'ampleur comme le témoigne la décision très récente du Conseil d'Etat conférant dans la lignée de sa jurisprudence récente une portée normative autonome aux objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie (CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autre*, n° 427301).

Ainsi, le législateur, en ne précisant pas les enjeux de la transition écologique, renforce l'incertitude sur la portée normative de l'article 41. Ceci nous semble suffisant, au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, pour porter atteinte au principe de la clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi consacrés par notre Constitution.

#### **9. L'atteinte par l'article 41 au principe de clarté de Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.**

Selon votre jurisprudence constante les dispositions d'une Loi de portée normative incertaine portent atteinte au principe de clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi. En l'occurrence, vous ne pourrez pas émettre une réserve d'interprétation, mais déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 41.

Vous avez à plusieurs reprises considéré qu'une disposition de Loi pourvue seulement d'une portée normative incertaine portait atteinte au principe de clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.

Vous l'avez fait pour la première fois dans votre **décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004 « Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales »**, à propos de l'article 04 de Loi. Vous avez considéré que *« l'article 04 de la Loi déferée relative à la garantie de la libre administration des collectivités territoriales, outre son caractère tautologique, ne respecte, du fait de sa portée normative incertaine, ni le principe de clarté de la Loi ni l'exigence de précision que l'article 72-2 de la Constitution requiert du législateur organique »*.

Vous l'avez rappelé par votre **décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école »**, à propos de ses articles 27 et 31. Vous avez considéré *« qu'en raison de la généralité des termes qu'ils emploient, ces articles font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ; qu'il résulte cependant des travaux parlementaires qu'ils imposent des obligations non pas de résultat mais de moyens ; que, sous cette réserve, les articles 27 et 31 ne méconnaissent pas le principe de clarté de la Loi »*.

Dans les deux cas, vous avez justifié cette atteinte en affirmant par un considérant de principe : *« qu'il revient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, et qu'à cet égard, le principe de clarté de la Loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi, qui découle des articles 04, 05, 06 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la Loi. »*. **Vous considérez alors que, par principe, une disposition de portée normative incertaine porte atteinte au principe de clarté de la Loi et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.**

Ainsi, si précédemment, vous avez considéré que les dispositions de l'article 41 sont pourvues seulement d'une portée normative incertaine, nous vous invitons, conformément à votre jurisprudence constante à cet égard, à les déclarer inconstitutionnelles sans pouvoir émettre une réserve d'interprétation.

#### **10. La portée normative « incertaine » de l'article 41 : l'impossibilité de recourir à une réserve d'interprétation.**

A la différence de votre décision, vous ne pouvez pas émettre une réserve d'interprétation en faveur de l'article 41 puisqu'il est impossible de déterminer avec certitude l'intention du législateur, et pas raisonnable d'outre passer votre pouvoir en précisant les modalités de la mission.

Selon toute vraisemblance, l'article doit être supprimé ou réécrit en totalité. Le législateur doit ainsi préciser les modalités de cette nouvelle mission confiée au service public de l'enseignement supérieur si telle est son intention. A cette fin, il peut insérer un nouvel article à la suite de l'article L. 312-19 du Code de l'éducation, et ainsi préciser notamment les connaissances et savoirs indispensables à transmettre afin de sensibiliser et former les étudiants d'aujourd'hui et de demain aux enjeux du développement durable et de la transition énergétique et climatique.

## Article 42

L'article 42 a été introduit au projet de Loi par amendement gouvernemental lors de l'examen du texte au Sénat. Selon l'exposé des motifs, il vise à simplifier les démarches administratives des promoteurs de recherches impliquant la personne humaine dans les cas où celles-ci nécessitent des importations ou exportations d'éléments issus du corps humain.

En pratique, l'article modifie plusieurs dispositions du Code de la santé publique en supprimant la demande d'importation ou d'exportation auprès du ministère chargé de la recherche (MESRI).

### 1. Rappel des conditions d'exercice du droit d'amendement.

L'article 45 de la Constitution dispose que « *sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ».

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, même dans le cadre d'une Loi comportant de nombreuses dispositions diverses, le lien au moins direct avec le texte en discussion doit être maintenu (*Décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, Loi de simplification du droit*, moyen soulevé d'office).

L'appréciation du lien est effectuée au regard du périmètre initial du projet de Loi.

Le commentaire autorisé de la *décision n° 2011-640 DC du 04 août 2011* précise ainsi que « *c'est bien le contenu du projet de Loi ou de la proposition de Loi initial qui est pris en compte ; l'exposé des motifs ou le titre du projet ou de la proposition de Loi, s'ils constituent des indices, ne constituent que des indices du contenu matériel des dispositions* ». A cet égard, dans sa *décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019 (Loi d'orientation des mobilités)*, le Conseil constitutionnel s'est attaché à confronter chaque disposition contestée au périmètre initial du projet de Loi avant de conclure à l'inexistence d'un lien, même indirect, avec celui-ci (57 à 63).

### 2. Périmètre du projet de Loi initial.

L'article 42 a été introduit par un amendement du gouvernement lors de l'examen du texte devant le Sénat au sein des dispositions du projet de Loi portant mesures de simplification et autres mesures (Titre V).

L'examen détaillé du projet de Loi initial montre que les mesures en question portent :

- Sur l'organisation et le fonctionnement interne des établissements publics à caractère scientifique, culture et professionnel et des établissements publics à caractère scientifique et technologique ;
- Sur l'Institut de France et les académies ;
- Sur le cumul d'activité des enseignants-chercheurs ;
- Sur certains dispositifs de formation.

Toutes les modifications envisagées concernent des dispositions figurant dans le Code de l'éducation.

### 3. Conséquence : inconstitutionnalité de l'art. 42.

Comme indiqué en introduction, l'article 42 modifie plusieurs articles du Code de la santé publique relatifs à la procédure applicable aux recherches impliquant la personne humaine qui nécessitent des importations ou exportations d'éléments issus du corps humain.

La simple référence à la recherche n'apparaît pas comme comportant un lien autre que sémantique avec les autres dispositions du texte au sein duquel l'amendement gouvernemental a été introduit (alors même qu'un autre projet de Loi relatif à la bioéthique est actuellement en cours d'examen parlementaire).

**Dès lors, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et sans préjuger de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles, il appartient à ce dernier de déclarer contraire à la Constitution cet article introduit en méconnaissance de la règle de procédure prévue à l'article 45.**

## Article 44, 1.6°

Cette disposition précise que le Gouvernement peut être habilité, dans les conditions de l'article 38 de la Constitution « à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la Loi visant à : (...) 6° Etendre l'application des dispositions de la présente Loi en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, le cas échéant avec les adaptations nécessaires ». Nous souhaitons, à travers cette contribution extérieure, inviter les membres du Conseil constitutionnel à revoir leur position en matière d'ordonnances ultra-marines afin de faire cesser l'utilisation abusive que fait le Gouvernement de l'article 38 de la Constitution, de donner enfin une pleine et stricte application à l'article 74-1 de la Constitution, et surtout de préserver les droits et l'autonomie des collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie.

### 1. Constat : les différences entre les ordonnances de l'article 38 de la Constitution et celles de l'article 74-1 de la Constitution.

A la suite de la révision constitutionnelle de 2003, un nouvel article a été inséré dans la Constitution : l'article 74-1. Selon cet article, « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnance, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ». Cet article crée ainsi un fondement constitutionnel spécifique permettant au Gouvernement de prendre directement des ordonnances, sans demander d'habilitation parlementaire, afin d'étendre et d'adapter des dispositions métropolitaines à la Nouvelle-Calédonie et aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, à savoir : Saint-PIERRE-et-MIQUELON, les îles Wallis et Futuna, la Polynésie française, Saint-BARTHELEMY et Saint-MARTIN.

Malgré cette révision constitutionnelle, les Gouvernements successifs ont continué à utiliser l'article 38 de la Constitution afin d'étendre par ordonnances des dispositions législatives aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et/ou à la Nouvelle-Calédonie<sup>58</sup>. La présente Loi confirme cette tendance puisque selon le point 1.6 de l'article 44 de la Loi dispose que : « Dans les conditions définies à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est habilité à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la Loi visant à : (...) 6° Etendre l'application des dispositions de la présente Loi en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, le cas échéant avec les adaptations nécessaires. »

Ce recours à l'article 38 de la Constitution en lieu et place de l'article 74-1 de la Constitution n'a jusqu'alors jamais été sanctionné par votre haute assemblée. Ceci pourrait laisser croire qu'il n'y aurait pas de distinction à utiliser l'un ou l'autre de ces fondements constitutionnels. En effet, certains membres de la doctrine ont déjà étudié ce « brouillage des frontières entre les deux procédures »<sup>59</sup>. Pourtant, la différence entre ces deux dispositions constitutionnelles est importante et même cruciale.

Le dispositif de l'article 38 de la Constitution étant bien connu, nul besoin dès lors de le préciser à nouveau ici. En revanche, il importe d'insister sur les spécificités de la procédure prévue pour

<sup>58</sup> Jean-Philippe THIELLAY, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 2003, p. 564.

<sup>59</sup> Anne JENNEQUIN, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Bilan de la pratique », *RFDA*, 2008, p. 920. Voir également : Geneviève KOUBI, « Outre-mers et ordonnances. Cf. art. 38 et art. 74-1 de la Constitution », *Droit cri-TIC*, 05 janvier 2014.

l'adoption des ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Dans le cadre de cet article, la Constitution autorise le gouvernement à prendre directement des ordonnances sans demander au préalable d'habilitation législative au Parlement. De ce point de vue, cet article consacre un dispositif plus souple et aisé aux ordonnances, que celui institué à l'article 38. Mais surtout, l'article 74-1 prévoit, dans son deuxième alinéa, deux exigences importantes. D'une part, l'article indique que les ordonnances ultra-marines seront prises en conseil des ministres « après avis des assemblées délibérantes intéressées ». D'autre part, il prévoit que ces ordonnances « deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication ».

## 2. Constat : les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution préservent les droits et l'autonomie des collectivités d'outre-mer et de la Nouvelle-Calédonie.

Le deuxième alinéa de l'article 74-1 de la Constitution consacre ainsi deux garanties essentielles à la préservation des droits et de l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie et des collectivités régies par l'article 74 de la Constitution. En effet, l'obligation de consultation des assemblées délibérantes concernées avant toute adoption d'ordonnance permet à ces entités de pouvoir exprimer leur avis sur la pertinence des extensions et adaptations envisagées par le Gouvernement. Cette participation, ne serait-ce que consultative, à la rédaction de ces ordonnances permet à la fois de préserver le caractère unitaire de la République française, tout en mettant en œuvre une décentralisation plus poussée concernant ces collectivités d'outre-mer.

En outre, le fait qu'il soit prévu à l'avance la caducité de ces ordonnances en cas de non ratification par le Parlement dans un délai de 18 mois suivant leur publication, permet de s'assurer que le législateur national garde un pouvoir d'intervention et de contrôle du contenu de ces ordonnances. Il s'agit également d'une garantie pour ces collectivités, puisqu'ici, contrairement aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, la caducité n'est pas liée à l'absence de dépôt d'un projet de Loi de ratification au Parlement, mais bien au vote d'une telle Loi de ratification.

Ces deux précisions contenues à l'article 74-1 sont en parfaite concordance avec l'esprit même de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. La Loi constitutionnelle n°2003-276 est souvent présentée comme étant celle de l'acte II de la décentralisation. Mais cette décentralisation du pouvoir vers les collectivités locales a été d'autant plus marquée pour les collectivités d'outre-mer. Dans cette logique, une meilleure prise en compte des spécificités de ces territoires est consacrée dans la Constitution. Une interprétation conforme aux volontés du pouvoir constituant dérivé plaide donc en faveur d'une application stricte de l'article 38 de la Constitution : lorsque le Gouvernement souhaite étendre et adapter des dispositions législatives à la Nouvelle-Calédonie et aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution via des ordonnances, il ne devrait pas pouvoir utiliser l'article 38 de la Constitution, mais devrait être dans l'obligation d'utiliser *uniquement* l'article spécialement prévu à cet effet et qui permet d'associer ces collectivités à la rédaction de ces ordonnances, à savoir l'article 74-1 de la Constitution.

## 3. Nécessité d'une interprétation plus stricte de la Constitution suite aux décisions relatives aux ordonnances qui rendent de moins en moins nécessaires la ratification législative.

Cet appel à une évolution de votre jurisprudence sur ce point apparaît d'autant plus justifiée que dernièrement, vous avez vous-même fait grandement évoluer le régime juridique des ordonnances.

Depuis votre **décision Qpc n°2020-843 du 28 mai 2020**<sup>60</sup>, il est établi que les ordonnances, prises sur le fondement de **l'article 38 de la Constitution**, acquièrent une valeur législative à l'expiration du délai d'habilitation et non plus au moment de leur ratification. La majorité de la doctrine aboutit au même constat : cette jurisprudence diminue grandement l'intérêt que pourrait avoir le Gouvernement à faire ratifier ces ordonnances par le Parlement<sup>61</sup>. Puisque le Gouvernement a l'assurance qu'au terme du délai d'adoption des ordonnances, mentionné dans la Loi d'habilitation, celles-ci auront nécessairement une valeur législative, le Gouvernement n'a aucun intérêt juridique à mener à bien le processus de ratification de ces ordonnances par le Parlement : seul le dépôt d'un projet de Loi de ratification sera ici nécessaire pour éviter que ces ordonnances ne deviennent caduques.

Si l'on applique cette règle au texte ici présent, ceci signifie que les ordonnances visant à étendre et adapter les dispositions de la Loi à la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et aux îles Wallis et Futuna acquerront automatiquement valeur législative au terme du délai de douze mois (mentionné au III. de l'article 44), sans qu'aucun contrôle par le Parlement ne soit effectué. Le Gouvernement, pourra ensuite se contenter de déposer un projet de Loi de ratification au Parlement pour éviter leur caducité, sans avoir jusqu'à faire en sorte que ce projet de Loi soit bel et bien adopté par le Gouvernement. Or, si le Gouvernement avait eu recours à **l'article 74-1 de la Constitution** directement, il serait alors contraint non pas uniquement de déposer ce projet de Loi mais bien de procéder à son vote, afin d'éviter la caducité des ordonnances. Ceci permettrait d'offrir la garantie aux collectivités concernées que les ordonnances non contrôlées par le Parlement ne leur seront pas appliquées de force et deviendront caduques. On constate donc bien ici que votre **décision Qpc du 28 mai 2020** accentue la distorsion entre **l'article 38** et **l'article 74-1**. En ayant recours à **l'article 38 de la Constitution** et non à **l'article 74-1**, le Gouvernement conduit à diminuer les droits et l'autonomie de ces collectivités contrairement aux dispositions claires de la Constitution.

#### 4. Conséquence : censure du I. 6° de l'article 44 de la Loi.

Si ce recours à **l'article 38 de la Constitution** en lieu et place de **l'article 74-1 de la Constitution** n'a jusqu'alors jamais été sanctionné par votre haute assemblée, nous vous invitons à profiter de l'occasion de l'examen de cette Loi pour revoir votre position sur ce point. Seule une lecture stricte de la Constitution permettra de préserver le sens et la portée de **l'article 74-1 de la Constitution** mais aussi de préserver les droits et l'autonomie des collectivités régies par **l'article 74 de la Constitution** et de la Nouvelle-Calédonie. Pour ce faire, il conviendrait donc de censurer l'article I.6° de l'article 44 de la Loi en ce qu'il constitue un détournement de procédure de **l'article 38 de la Constitution** au détriment de **l'article 74-1 de la Constitution**.

<sup>60</sup> Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 Qpc, Force 05 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité] : JO, 29 mai 2020, texte n° 58.

<sup>61</sup> Notamment, un certain D. WATSON, « Cauchemar en cuisine : Sherlock HOLMES et les ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Après la décision n°2020-843 Qpc », *AJDA*, 2020, p. 2242. Voir entre autres : T. PERROUD, « La Constitution "Total" », *D.*, 2020, p. 1390 ; C. BARTHELEMY, « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la Loi », *RFDA*, 2020, p. 887.

## Article 45

L'art. 45 modifie plusieurs articles du Code rural et de la pêche maritime et, secondairement, du Code de l'éducation et du Code de la santé publique en portant sur l'enseignement supérieur pour la formation des vétérinaires. Il a été inséré lors des discussions en commission lors de la première lecture au Sénat pour répondre à « *la crise de la formation des vétérinaires* », conduisant notamment à un maillage insuffisant des territoires ruraux. Pour reprendre les termes de la rapporteur Laure DARCOS, il s'agit de « *créer, sous le contrôle de l'Etat, des écoles vétérinaires privées, seules à même de résoudre la pénurie de vétérinaires en milieu rural. Cet amendement apporte une solution à la pénurie de spécialistes des animaux dans les zones rurales. Les écoles nationales sont largement remplies et ne pourront pas se développer au rythme nécessaire* ».

La LPR décide donc que la formation vétérinaire peut être dispensée, outre par l'enseignement supérieur public agricole (avec l'adossement à chaque Ecole nationale vétérinaire d'un centre hospitalier universitaire vétérinaire), par des établissements privés.

**Les rédacteurs de la présente note se demandent si l'art. 45 n'entreprend pas une privatisation interdite : celle d'un service public constitutionnel.**

### 1. Constat : la privatisation de l'enseignement vétérinaire.

De manière générale (C. Rur., art. L. 813-10 mod.), des établissements privés sous contrat avec l'Etat peuvent assurer la formation initiale et continue des vétérinaires.

En particulier (nouvel article L. 813-11 du Code rural), il est prévu que des établissements privés, à but non lucratif et reconnus d'intérêt général, « **peuvent** » être agréés par le ministre de l'Agriculture pour délivrer une formation préparant au diplôme d'Etat de docteur vétérinaire. Le texte prévoit notamment une évaluation de ces établissements identique à celle à laquelle sont soumises les Ecoles nationales vétérinaires. Il est opéré un renvoi en Conseil d'Etat pour l'application du texte.

Si toutes les futures écoles privées DOIVENT (et non peuvent) être agréées, alors la disposition ne pose pas de difficulté : le service public de l'enseignement supérieur vétérinaire demeurant *in fine* sous le contrôle de l'Etat agréant.

**En revanche si, effectivement, des établissements d'enseignement supérieur privés peuvent ne pas être agréés et néanmoins fonctionner sans agrément étatique, alors il y a là une privatisation d'un service public que l'on croit constitutionnel.**

### 2. L'existence de services publics constitutionnels.

En reprenant les études du pr. ESPLUGAS-LABATUT<sup>62</sup>, à l'aune de votre jurisprudence notamment exprimée en 1986 (cf. **Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986 & Cons. const., n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, Loi relative à la liberté de communication**), « *un service public devient « constitutionnel » si l'on peut le déduire d'un droit ou principe constitutionnel* ».

Il ne nous a pas échappé que le Conseil constitutionnel n'avait pas encore eu l'occasion de matérialiser des exemples positifs de cette notion (en la refusant en revanche expressément à plusieurs secteurs).

<sup>62</sup> En dernier et récent état : « Retour sur les services publics constitutionnels (...) » aux *Mélanges en l'honneur du professeur Serge REGOURD* ; Paris, Institut Varenne, 2019.

Toutefois, reprenant la thèse du pr. ESPLUGAS-LABATUT, on croit pouvoir estimer que si un service public met « en œuvre le principe de souveraineté nationale » ou tend « à concrétiser des « droits-créances » tirés du Préambule de la Constitution de 1946 » alors il est constitutionnel. Il importe alors de relever sa présence dans les normes constitutionnelles.

### **Quid du service public de l'enseignement supérieur et de la recherche (notamment) dans sa composante vétérinaire ?**

- non seulement nous estimons qu'il participe à la souveraineté nationale ce dont son existence multiséculaire témoigne sous la direction première de l'Etat ;
- mais encore le service public de l'enseignement et de la recherche est directement visé par plusieurs normes constitutionnelles :
  - o **l'alinéa 13 du Préambule à la Constitution de 1946** selon lequel, « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* » ; à propos duquel votre haute juridiction a récemment admis au moyen d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, **la constitutionnalité du principe de gratuité d'accès à l'Université (CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 QPC)** ;
  - o le fait qu'existe par ailleurs un **principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs** (préc. à multiples reprises à partir de vos décisions **n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 & n° 93-3225 DC du 28 juillet 1993**) n'implique-t-il pas nécessairement l'existence d'un service public constitutionnel ?

Quelle conclusion en tirer ?

### **3. La privatisation impossible ?**

Si le service public de l'enseignement supérieur et de la recherche est « constitutionnel », alors il faudra modifier le texte précité de manière à ce que les écoles privées instituées « doivent » et non seulement « peuvent » être agréées.

## Éléments procéduraux

Enfin, les rédacteurs des présentes observations souhaitent attirer l'attention des membres du Conseil constitutionnel sur les trois erreurs et inconstitutionnalités procédurales suivantes :

### 1. L'absence de consultation du comité technique des personnels enseignants titulaires et stagiaires de statut universitaire.

L'alinéa 08 du Préambule de la Constitution de 1946 « implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise » (déc. n°93-328 DC du 16 décembre 1993, *Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*).

Le Conseil constitutionnel a consacré une exigence à valeur constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires « sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « La Loi est l'expression de la volonté générale... », ni celle résultant du premier alinéa de l'article 03 de la Constitution, en vertu duquel : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... ».

Il découle de la combinaison de ces normes constitutionnelles, un principe à valeur constitutionnelle de consultation obligatoire des instances du personnel en amont des projets de Loi relatifs aux conditions de travail que le Conseil constitutionnel est invité à consacrer.

Le projet de Loi de programmation de la recherche déposé à l'Assemblée Nationale le 22 juillet 2020 contient de nombreuses dispositions relatives aux conditions de travail et/ou aux règles statutaires relatives aux enseignants-chercheurs. Il en va par exemple ainsi :

- de l'article 04 du projet de Loi relatif aux chaires de professeurs juniors.
- de l'article 13 du projet de Loi relatif aux promotions en cours de détachement ou de mise à disposition.
- de l'article 14 du projet de Loi relatif au maintien en fonction de professeurs et directeurs de recherche lauréats de grands appels à projets
- de l'article 25 du projet de Loi initial relatif à l'élargissement des mobilités par les dispositifs de cumul d'activités à temps partiel

Or, ce projet de Loi n'a pas été soumis pour avis au Comité technique des personnels enseignants titulaires et stagiaires de statut universitaire (CTU). L'article 03 du décret n° 2018-422 du 29 mai 2018 relatif à la création de comités techniques auprès du ministre chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche dispose pourtant : « Par dérogation aux dispositions du titre III du décret du 15 février 2011 précité, le comité technique des personnels enseignants titulaires et stagiaires de statut universitaire est exclusivement compétent pour l'élaboration ou la modification des règles statutaires relatives aux enseignants-chercheurs régis par le décret du 06 juin 1984 précité et de celles relatives aux assistants de l'enseignement supérieur régis par le décret du 08 mars 1999 précité ». Une séance du CTU consacrée à la LPR s'est bien tenue le 02 juillet 2020, mais le Gouvernement a refusé de mettre un avis de la CTU au vote.

Cette absence d'avis n'a pas permis la pleine information des parlementaires et a privé les représentants du personnel d'une garantie quant à leur participation à la détermination des conditions

de travail et du statut des enseignants-chercheurs. Il en résulte une violation du **principe constitutionnel de consultation obligatoire des instances du personnel en amont des projets de Loi relatifs aux conditions de travail** qui résulte d'une lecture combinée de **l'article 03 de la Constitution**, de **l'article 06 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen** et de **l'alinéa 08 du Préambule de 1946**. Cette violation implique la non-conformité de la Loi.

**A défaut, le Conseil constitutionnel devra enjoindre à la suspension de la promulgation de la Loi jusqu'à ce que le CTU ait été régulièrement consulté.**

## 2. L'introduction de cavaliers législatifs.

L'article 45 de la Constitution dispose : « *Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ». Il s'en suit que les « cavaliers législatifs », c'est-à-dire, les dispositions qui n'ont pas leur place dans le texte dans lequel le législateur entend les inscrire, ne peuvent être introduites par voie d'amendement y compris en première lecture (**Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, paragraphe 394**). Selon les termes du secrétaire général du Conseil constitutionnel, ce contrôle s'exerce « *au regard du contenu du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie - l'exposé des motifs, le titre du projet ou l'intitulé de ses parties ne venant éventuellement que conforter ce contenu sans être décisifs pour son appréciation* »<sup>63</sup>.

L'article 38 introduit par voie d'amendement (n°147) le 23 octobre 2020 en première lecture au Sénat modifie le Code de l'éducation en introduisant un nouvel article L. 763-1 qui crée un nouveau délit d'entrave réprimant « *le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement supérieur sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* »

Cet article ne présente aucun lien, même indirect avec le projet de Loi initial qui ne concerne pas le maintien de l'ordre au sein des établissements. Il excède donc le paramètre initial de ce projet de Loi. Au surplus, ni l'intitulé de la Loi, ni l'exposé des motifs, ni les différents titres qui structurent le projet de Loi ne permettent d'établir un tel lien.

**Par conséquent, l'article 38 a été adopté suivant une procédure contraire à la Constitution.**

- [Cf ; supra nos obs. sur l'article 38 ;](#)
- [Il en est de même s'agissant de l'art. 05 ; cf. supra ;](#)
- [ainsi que pour l'art. 42 ; cf. supra nos obs. en ce sens.](#)

## 3. L'introduction d'articles additionnels de portée substantielle par voie d'amendement.

Le Conseil constitutionnel a consacré **une exigence à valeur constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires** « *sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « La Loi est l'expression de la volonté générale... »*, ni celle résultant du premier alinéa de l'article 03 de la Constitution, en

<sup>63</sup> MAÏA Jean, « Le contrôle des cavaliers législatifs : entre continuité et innovations » in *Titre VII*, n°4, avril 2020.

vertu duquel : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants...* » (Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*). Il en découle que les amendements adoptés au cours des débats parlementaires ne doivent, « *ni en raison de leur nombre, ni en raison de leur objet, port[er] atteinte au respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire* » (Décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*)

L'article 05 a été introduit par un amendement n°150 au Sénat le 23 octobre 2020 sans avoir été examiné en commission et sous-amendé à la dernière minute le 28 octobre 2020 (sous-amendement n°238). Cet article a été discuté en séance de nuit au Sénat le même jour. Or, cet article bouleverse le modèle du service public de l'enseignement supérieur et la gestion nationale des corps par le Conseil national des Universités. L'article 38 a également été introduit par voie d'amendement (n°147) le 23 octobre 2020 sans avoir été préalablement examiné en commission et discuté dans les mêmes conditions. Cet article remet en cause le principe constitutionnel des franchises académiques.

- [Cf. supra nos obs. sur l'art. 05 ;](#)
- [Cf ; supra nos obs. sur l'article 38.](#)

En introduisant nuitamment ces articles d'une portée considérable, ces amendements modifient l'économie générale de la Loi sans avoir fait l'objet d'une étude d'impact préalable et alors que la procédure accélérée était engagée. Dès lors, en raison de leurs objets, ces amendements portent une atteinte disproportionnée aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires et par voie de conséquences aux [articles 03 de la Constitution et 06 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen](#).

#### 4. Les conditions d'examen du projet de Loi dans un contexte de crise sanitaire.

L'article 33 de la Constitution dispose :

« *Les séances des deux assemblées sont publiques* ».

Il ne peut y être dérogé que si l'assemblée concernée se constitue en comité secret.

Le Conseil constitutionnel a consacré [une exigence a valeur constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires](#) « *sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 06 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « La Loi est l'expression de la volonté générale... », ni celle résultant du premier alinéa de l'article 03 de la Constitution, en vertu duquel : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants...* » (Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*).

Le Conseil constitutionnel a également consacré [une exigence à valeur constitutionnelle de liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat](#) qui résulte d'une lecture combinée [des articles 03, 26 et 27 de la Constitution](#) (Décision n° 2018-767 DC du 05 juillet 2018, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*).

**Or, pour faire face à la crise sanitaire, la conférence des présidents de l'Assemblée nationale a décidé, à l'issue de sa réunion du 30 octobre 2020, d'adapter les modalités de travail à l'Assemblée nationale pour tenir compte du rétablissement du confinement.**

La conférence a ainsi décidé :

- de plafonner la présence des députés en commission et en séance publique à la moitié des effectifs de chaque groupe.
- d'imposer aux groupes la transmission d'une liste de présence hebdomadaire pour les séances publiques.
- d'interdire aux députés d'assister aux travaux des commissions dont ils ne sont pas membres
- de limiter la présence des collaborateurs en réunion de commission à un seul par groupe
- de limiter la présence des collaborateurs dans l'enceinte de l'Assemblée nationale à un par député
- d'interdire l'accès à l'Assemblée nationale à tout visiteur extérieur

Ces décisions de la conférence des présidents de l'Assemblée nationale appliquées à la discussion de la Loi LPR n'ont pas permis d'assurer des conditions de délibération propres à assurer le respect des exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires puisque certains parlementaires n'ont pu prendre part à la discussion et n'ont pas pu s'appuyer sur l'ensemble de leurs collaborateurs. En outre, le principe de publicité des séances parlementaires n'a pas été respecté dès lors qu'aucun visiteur n'était admis.

**Par conséquent, la Loi a été adoptée suivant une procédure contraire aux articles 03, 26, 27 et 33 de la Constitution et à l'article 06 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.**

**5. S'agissant de la contrariété des articles 01 à 03 de la Loi aux exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire.**

- [Cf. supra nos obs. sous les articles 01 à 03.](#)

**6. Détournement procédural de l'art. 38 de la Constitution au détriment de l'art. 74-1.**

- [Cf. supra nos obs. sous l'art. 44.](#)