

# Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'expérimentation.

Par

*Simon de CHARENTENAY*

*ATER à l'Université Paris XII,*

*Doctorant de l'Université Montpellier I, sous la direction du Professeur Alexandre Viala,*

*Membre du C.E.R.CO.P.*

## **Introduction**

### **I – La consécration constitutionnelle du droit de l'expérimentation.**

*A – Une pratique existante avant la révision de mars 2003.*

1 – Les expérimentations avant 2003.

2 – Le cadre jurisprudentiel.

*B – Un cadre juridique nouveau, mais déjà déséquilibré.*

1 – La révision du 28 mars 2003.

2 – Le déséquilibre entre l'article 37.1C et l'article 72C al 4.

### **II - La confrontation du droit de l'expérimentation à la tradition constitutionnelle française.**

*A - L'expérimentation à l'épreuve du principe d'égalité.*

1 - L'aménagement normatif de l'expérimentation par le juge constitutionnel, sous la pression du principe d'égalité.

2 - Les trois visages du masque expérimental.

*B - Les remous théoriques générés par la constitutionnalisation de l'expérimentation.*

1 – L'expérimentation au service du pragmatisme épistémologique et politique.

2 – L'ère de la postmodernité constitutionnelle.

## **Conclusion**

## Introduction

La notion d'expérimentation en droit constitutionnel français est assez récente. Selon une vision positiviste du droit, elle remonte à la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 28 juillet 1993<sup>1</sup>. Toutefois, la doctrine fait remonter les premières formes d'expérimentation juridique au règne de Louis XVI, qui, touché par le souci d'améliorer l'efficacité de son administration royale, mandate Necker pour expérimenter des assemblées provinciales<sup>2</sup>. En outre, il est possible de trouver trace d'expérimentations en droit français grâce aux lumières de François Burdeau, qui fait référence à des expériences inédites dont l'objet est l'amélioration de l'efficacité de l'administration au moindre coût, datant de la fin du XIXe siècle<sup>3</sup>. L'accélération du recours à des phénomènes apparentés à des expérimentations s'effectue ensuite aux Etats-Unis, entre les années soixante et les années quatre-vingt. Les plus fameuses sont les « sunset laws » qui, du fait de leur courte durée, sont nommées *lois crépusculaires*. En France, le véritable phénomène juridique d'expérimentation, tel qu'il est mis en oeuvre à l'heure actuelle, peut être daté avec la loi Debré du 31 décembre 1959, dont l'objet est de tester des contrats simplifiés dans l'enseignement privé.

Cependant, malgré les diverses formes d'expérimentation retrouvées dans l'histoire du droit, la technique relève avant tout d'une méthode scientifique. Pour le cas français, l'explication la plus claire de cette méthodologie est formulée par le médecin Claude Bernard, dans son ouvrage *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, de 1865<sup>5</sup>. C'est en effet à partir de la théorie qu'il développe qu'il devient possible d'importer dans le domaine juridique la méthodologie expérimentale. Afin d'illustrer la vision du professeur Bernard sur l'expérimentation, il affirme que « l'expérimentateur pose des questions à la nature ; mais dès qu'elle parle, il doit se taire<sup>6</sup> ». Il y a donc des conditions protocolaires à respecter et des faits objectifs à constater, qui vont se retrouver dans l'expérimentation juridique. A ce titre, ce cadre méthodologique se perçoit dans les critères dégagés par les différentes jurisprudences relatives à l'expérimentation.

Dès lors, la consécration juridique en mars 2003 de cette pratique politique de second plan qui s'apparente à un procédé de laboratoire, mérite une attention particulière. En premier lieu, il faut remarquer que l'écriture de deux articles constitutionnels différents caractérise l'avènement non pas d'un droit de l'expérimentation, mais de deux droits bien distincts. Ainsi, les collectivités territoriales sont devenues dépositaires d'un droit de l'expérimentation (art. 72C al. 4), certes innovant, mais bien différent de celui que l'Etat s'est forgé (art. 37.1C). En effet, un certain déséquilibre dans le cadrage des dispositions est générateur d'une ineffectivité de la mesure qui autorisera à douter du véritable apport de la

---

<sup>1</sup> Cons. const., n°93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, parue au J.O. du 30 juillet 1993 ; L.P. A., 4 mars 1994, n°27, note B. Mathieu et M. Verpeaux.

<sup>2</sup> J.-L. Mestre, *L'expérimentation d'assemblées provinciales sous le règne de Louis XVI*, in *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La documentation française, 2004, p. 119.

<sup>3</sup> F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup> siècle*, Montchrestien, 1989, p. 342 et s.

<sup>4</sup> Elles sont apparues pour la première fois au Colorado en 1976 pour tester des programmes sociaux ; cité in G. Marcou, *Expérimentation et collectivités locales : expériences européennes*, in *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, op. cit., p. 34.

<sup>5</sup> C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Flammarion, 1952.

<sup>6</sup> C. Bernard, *ibid*, p. 59.

constitutionnalisation de l'expérimentation locale. Une première partie aura donc pour objet de démontrer que l'expérimentation existait déjà avant la réforme, permettant de penser que la nouveauté réside davantage dans l'intégration du droit dans la norme constitutionnelle que dans sa pratique ; dès lors, elle s'attachera à décortiquer le nouveau cadre normatif constitutionnel, mettant l'accent sur la dissymétrie juridique qui l'affecte (I).

Par la suite, il conviendra de constater que l'intégration de ces nouvelles dispositions dans la norme fondamentale est génératrice de perturbations jurisprudentielles. En ce sens, la réforme de mars 2003 est souvent présentée comme la réponse du constituant au blocage de la jurisprudence *Corse* du 17 janvier 2002<sup>7</sup>, au nom du principe d'égalité. En effet, ce principe, véritable étendard idéologique de la tradition juridique française, évincé par la révision, cristallise le débat et devient un formidable révélateur des enjeux juridiques sous-jacents de la réforme. De la même façon, l'inscription dans la Constitution d'une technique scientifique héritière de l'épistémologie empiriste, qui déclassé le droit devant les faits, peut se présenter comme la balise du déclin français d'une certaine conception classique du droit, au profit d'une post-modernité juridique. Cette seconde partie sera ainsi l'occasion d'observer la confrontation du droit de l'expérimentation et de la tradition constitutionnelle française (II).

## **I – La consécration constitutionnelle du droit de l'expérimentation.**

Alors que la réforme du 28 mars 2003 était présentée comme l'avènement d'une ère nouvelle pour les collectivités territoriales françaises, désormais caressées d'un « souffle d'initiative<sup>8</sup> » nouveau, il faut néanmoins se soumettre à l'épreuve des faits et observer que l'innovation n'était ni dans la pratique, ni dans le droit. Pour être plus juste, la véritable nouveauté vient simplement de la constitutionnalisation d'une pratique déjà existante (A). Dès lors, l'étude attentive des nouvelles dispositions laisse transparaître l'existence d'un cadre juridique déséquilibré qui fait le départ entre deux droits de l'expérimentation, l'un de l'Etat et l'autre des collectivités (B).

### **A – Une pratique existante avant la révision de mars 2003.**

Avant la réforme, l'environnement du droit public français avait déjà eu le temps de s'acclimater à la technique expérimentale et comptait un bon nombre de dispositions normatives qui organisaient des expérimentations. L'usage était suffisamment reconnu, au point que Guillaume Drago s'interroge sur la pertinence d'une constitutionnalisation du principe de lois et de règlements à *caractère expérimental*<sup>9</sup>. Pour éclairer le phénomène, il peut être utile d'effectuer dans un premier temps un récapitulatif des diverses normes expérimentales mises en œuvre depuis la fin des années cinquante en France (1), puis, dans un second temps, d'observer le support juridique que la jurisprudence avait élaboré pour encadrer la technique (2).

---

<sup>7</sup> Con. const., n°01-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, parue au J.O. du 23 janvier 2002 ; A.J.D.A. 2002, p. 100, note J.-E. Schoettl ; R.F.D.A., 2002, p. 459, note M. Verpeaux et p. 469, note B. Faure.

<sup>8</sup> Discours du Président de la République Jacques Chirac à Rouen, le 10 avril 2002, [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_1\\_interieur/les\\_collectivites\\_locales/decentralisation/discours-chirac](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/les_collectivites_locales/decentralisation/discours-chirac).

<sup>9</sup> G. Drago, *Le droit à l'expérimentation*, in *La République décentralisée*, sous la direction de Y. Gaudemet et O. Gohin, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 67.

## *1 – Les expérimentations avant 2003.*

Dans le domaine législatif, l'expérimentation relative aux contrats simples dans l'enseignement privé mise en œuvre par la loi Debré du 31 décembre 1959 initie le mouvement, tout en étant rapidement suivi dans le domaine de la fonction publique. En effet, la loi du 19 juin 1970 qui introduit le travail à mi-temps dans l'emploi public<sup>10</sup>, est elle aussi une disposition dérogatoire au droit commun, limitée dans son objet, en vue d'une possible généralisation. A partir des années soixante-dix, propulsé par la très célèbre loi de 1975 qui met à l'essai l'IVG jusqu'en 1979, le phénomène expérimental s'accélère. Le législateur trouve de plus en plus commode d'échantillonner le droit pour éviter les déboires d'une réforme mal pensée, et par là même gagner en efficacité politique. La dotation globale de fonctionnement attribuée aux collectivités par les services de l'Etat est de ce fait, elle aussi, le fruit d'un test grandeur nature en 1979. A titre d'exemple significatif, la mise en place du revenu minimum d'insertion représente de manière caractéristique l'esprit expérimental qui s'instaure entre l'Etat et les collectivités locales dans les années qui suivent l'Acte I de la décentralisation. En février 1985, le département d'Ille-et-Vilaine met en place un revenu minimum familial garanti, rapidement transformé en un dispositif de complément local de ressources<sup>11</sup>. Dans la foulée, en mars 1986, le Conseil général du Territoire de Belfort, crée lui aussi avec l'aide de l'Etat un dispositif d'insertion pour les plus démunis. Le succès de ces initiatives débouche sur la circulaire du 29 octobre 1986 dite « circulaire Zeller » dont il ressort une trentaine de conventions départementales. Le dispositif conventionnel, très souple dans la négociation entre les autorités publiques et donc logiquement plus adapté aux diversités de l'échelon territorial, est remarqué par les organes d'évaluation des politiques publiques, notamment le Centre d'étude sur les revenus et les coûts. La loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988 qui instaure le RMI généralise la pratique et enregistre ainsi les succès d'une expérimentation plusieurs fois renouvelée. Par voie de conséquence, les années quatre-vingt dix marquent une progression dans l'utilisation de la technique expérimentale. Des domaines importants comme l'urbanisme<sup>12</sup> et l'emploi<sup>13</sup> sont l'objet d'essais législatifs. L'expérimentation fait ainsi ses preuves dans le droit français et s'avère alors particulièrement commode pour des domaines incertains, comme celui de la bioéthique<sup>14</sup>. En outre, l'année 1995 est marquée par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire qui, en date du 4 février, expérimente deux projets, l'un en matière de réseaux interactifs à haut débit et l'autre relatif au transport ferroviaire régional. S'ensuivent diverses expérimentations, notamment celle de la loi du 10 avril 1996 qui tente des innovations dans le domaine des technologies et des services de l'information, celle du 24 janvier 1997 qui expérimente une prestation spécifique de dépendance, et celle du 13 février de la même année

---

<sup>10</sup> Qui sera suivie de la loi du 23 décembre 1980 sur le temps partiel et par celle du 25 juillet 1994 qui l'annualise.

<sup>11</sup> B. Nicolaïeff, *Expérience de l'expérimentation*, Regards sur l'actualité, n° 286, décembre 2002, p. 27.

<sup>12</sup> Loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991.

<sup>13</sup> La loi quinquennale du 20 décembre 1993 introduit le chèque service ; J. Chevallier, *Les lois expérimentales : le cas français*, in *Evaluation législative et lois expérimentales*, sous la direction de Ch.-A. Morand, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1993, p. 120-152.

<sup>14</sup> Les trois lois de juillet 1994 font l'objet d'un essai initialement prévu jusqu'en 1999 mais, du fait du calendrier électoral et d'une navette parlementaire proluxe, est repoussé jusqu'au 9 juillet 2004, date définitive de leur adoption.

qui porte la création de Réseau Ferré de France<sup>15</sup>. Enfin, pour essayer d'exposer l'éventail le plus large possible des expérimentations législatives sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, il faut mentionner la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité qui permet aux régions d'exercer à titre expérimental des compétences en matière culturelle, portuaire et aéroportuaire, ainsi que la loi du 3 janvier 2003, qui, à la veille de la réforme constitutionnelle, autorise des accords d'entreprise sur les modalités de consultation des comités d'entreprises.

Cela dit, couvrir l'intégralité des expérimentations effectuées avant la révision constitutionnelle de 2003, ne peut se faire sans évoquer celles qui relèvent du règlement. Ces dernières, dites aussi « administratives », sont malheureusement trop nombreuses pour faire l'objet d'une énumération chronologique. Depuis la réforme expérimentale de la déconcentration de 1961 jusqu'à celle de la globalisation des crédits de préfecture de 2000, en passant, à grands traits, par l'expérimentation du volet prévention du Fond national à l'emploi de 1994, ou celle de la tarification des établissements de santé, sans parler des expérimentations des collectivités sur leur compétences, l'Etat a, par la voie réglementaire, testé une multitude de projets avant de les déployer dans l'ordre juridique français.

De cette façon, l'utilisation fréquente et de plus en plus grandissante des expérimentations législatives et réglementaires permet de constater que le procédé était déjà amplement pratiqué en droit français et qu'au surplus, il était entièrement régulier.

## *2 – Le cadre jurisprudentiel.*

Afin d'avoir une approche complète du phénomène juridique expérimental mis en œuvre avant la révision de 2003, il faut aborder le cadre juridique solide que les juges ont forgé, pour supporter et organiser ces expérimentations.

Le juge constitutionnel, amené à vérifier la constitutionnalité de lois expérimentales et donc *de facto* à en déterminer une sorte de « légalité constitutionnelle », est l'auteur de deux jurisprudences majeures dont on ne peut faire l'économie dans cette communication. La première est la décision du 28 juillet 1993 portant sur les universités. Cette décision, au demeurant constructive, aboutit paradoxalement à la censure complète de la loi<sup>16</sup>. En ce sens, le juge constitutionnel reconnaît le principe de l'expérimentation législative mais lui donne une portée contraignante qui pèse sur le législateur. Ainsi, le politique se voit désormais obligé dans la précision des termes, sur la nature, la portée et les cas de mise en œuvre de l'expérimentation. De plus, la loi est tenue de prévoir un bilan de fin d'expérience sans lequel elle serait sanctionnée. Dans le droit fil de cette décision, une autre jurisprudence du Conseil vient épaissir les restrictions aux expérimentations en précisant notamment que la dérogation, par nature temporaire, ne doit pas être immédiatement renouvelable<sup>17</sup>. Force est alors de

---

<sup>15</sup> Dont la phase d'essai se terminera par la généralisation, organisée par la loi « solidarité et renouvellement urbain » du 13 décembre 2000.

<sup>16</sup> B. Faure, *L'intégration de l'expérimentation au droit public français*, in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 170.

<sup>17</sup> Cons. const., n°93-933 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*, parue au J.O. du 26 janvier 1994 ; Dalloz, 1995, Somm., p. 301. A. Roux ; L.P.A., 29 mars 1995 (38), p. 8., M. Verpeaux.

constater que loin de simplement contrôler la conformité de la loi aux dispositions constitutionnelles existantes, le juge suprême forge une sorte d'esprit de l'expérimentation qui surplombe la loi, à tout le moins lui échafaude un statut constitutionnel inédit. La véritable crainte du préteur du palais Montpensier était alors la soustraction du Parlement à ses obligations définies par l'article 34C. C'est pourquoi il affirme l'interdiction faite à une autorité de se dessaisir discrétionnairement de certaines attributions constitutionnellement encadrées. Dans le même sens et accompagnée de la même rigueur juridique, la décision du 17 janvier 2002 relative à la Corse admet, dans un sens, le principe de l'adaptation des décrets (car aucune disposition constitutionnelle ne prévoit de domaine matériel défini pour l'exécution des lois) mais prohibe en revanche fermement l'adaptation des lois, dans la mesure où l'administration ne peut constitutionnellement se substituer au pouvoir législatif<sup>18</sup>. Encadrant les expérimentations qui relèvent de la loi, les critères posés par ces jurisprudences sont, jusqu'à la réforme de 2003, les limites contraignantes du droit constitutionnel de l'expérimentation.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a lui aussi participé activement à l'élaboration d'un droit de l'expérimentation. Ainsi dès les années soixante, deux jurisprudences autorisent d'éventuelles expériences par les autorités administratives<sup>19</sup>. Dans l'affaire *Pény* du 13 octobre 1967<sup>20</sup>, le Conseil d'Etat admet l'application progressive d'une réglementation concernant le contrôle de la qualité des produits alimentaires. De même, dans une autre espèce de 1968, il juge conforme à la loi la mise en place progressive du juge de la mise en état devant certaines juridictions, jusqu'à ce qu'un acte réglementaire vienne généraliser la réforme<sup>21</sup>. La reconnaissance de la pratique expérimentale s'explique alors par le caractère simplement dérogatoire de la mesure en vue d'une extension progressive du dispositif à l'ensemble du territoire. Préfigurant le juge constitutionnel, la jurisprudence administrative encadre l'autorisation de dérogation par des limites précises de temps et d'espace et accepte l'atteinte au principe d'égalité si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général. Au renfort de ces jurisprudences, un avis d'Assemblée générale du Conseil d'Etat confirme les contours de l'expérimentation<sup>22</sup> et rappelle que si l'administration peut procéder à des expérimentations et, ce faisant, générer des inégalités, elle doit circonscrire les différences de traitements qui en résultent à une durée limitée<sup>23</sup>. En outre, si ces jurisprudences concernent des expérimentations réglementaires d'envergure nationale, il est possible de trouver un cas qui légalise avant l'heure l'expérimentation locale, à l'initiative des collectivités. En ce sens, le Conseil d'Etat a, sur le fondement de la clause générale de compétence, reconnu dans une décision de 2001 un droit à expérimentation sans habilitation législative<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Cons. 21 de la décision ; B. Faure, op. cit., p. 173.

<sup>19</sup> G. Drago, op. cit., p. 69.

<sup>20</sup> CE, Sect. 13 oct. 1967, *Pény*, Rec. 365 ; R.D.P., 1968, p. 408, concl. Questiaux.

<sup>21</sup> CE, 21 févr. 1968, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris*, Rec. 123 ; Dalloz, 1968. J. 222, concl. Dutheillet de Lamothe.

<sup>22</sup> CE, avis, sect. trav. publ., 24 juin 1993, n° 353605, *tarification de la SNCF*, Rapp. CE 1993, *Études et documents*, 1993, La documentation française, n° 45, p. 338.

<sup>23</sup> Dans le même sens : CE, 18 déc. 2002, *Conseil national des professions de l'automobile, Sté SN CECAM*, A.J.D.A. 2003, p. 748 ; F. Crouzatier-durand, *Première évaluation des expérimentations normatives, trois ans après leur consécration constitutionnelle*, Revue Lamy des collectivités territoriales, n° 13, mai 2006, p. 20.

<sup>24</sup> CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, A.J.D.A., 2002, 42, note Y. Jegouzo. Cité in J.-C. Groshens et J. Waline, *A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003*, in *Mélanges P. Amselek*, Bruylant, 2005, p.

Suite à ces précédents juridiques, qu'ils soient législatifs, réglementaires ou juridictionnels, il est manifeste que la révision constitutionnelle ne vient que consacrer une pratique déjà largement répandue. A bon droit, les professeurs J.-C. Groshens et J. Waline se plaisent à susurrer l'adage « sur des musiques anciennes faisons des chants nouveaux »<sup>25</sup>. En somme, pour ceux qui s'interrogent sur « l'existence d'un monde juridique nouveau »<sup>26</sup> de l'expérimentation, il convient de répondre que s'il en est un, force est d'admettre que celui-ci est cerné par les magistrats du droit public français. La présence des juges est à cet égard tellement significative à l'aube de la consécration de l'expérimentation, que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, plutôt que d'être une véritable innovation, doit être considérée comme le moment d'un dialogue entre le constituant et son juge constitutionnel, en l'occurrence la réponse du premier au second.

## **B – Un cadre juridique nouveau, mais déjà déséquilibré.**

L'Acte II de la décentralisation a été présenté comme l'occasion de revoir en profondeur la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités. Tel qu'annoncée par le Gouvernement<sup>27</sup>, avec le concept de collectivité chef de file, le nouveau droit de l'expérimentation devait être le fer de lance de la dynamique territoriale enclenchée par la réforme (1). Cependant, les contours nouveaux de ce droit ancien, dont la matrice est constitutionnelle mais les dispositions qui la déclinent législatives, sont profondément déséquilibrés (2).

### *1 – La révision du 28 mars 2003.*

La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003<sup>28</sup> a introduit deux mesures relatives à l'expérimentation. Elle crée en premier lieu l'article 37-1C qui dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Puis, elle introduit un quatrième alinéa dans l'article 72C qui prévoit que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Qu'il s'agisse de l'article 72C al. 4 ou de l'article 37-1C, la réforme affiche l'ambition de

---

381 ; J.F. Brisson, *Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, A.J.D.A., 2003, p. 529.

<sup>25</sup> J.-C. Groshens et J. Waline, *ibid*, p. 377.

<sup>26</sup> B. Faure, *ibid*, p. 166.

<sup>27</sup> Discours du Premier ministre Jean-Pierre Raffarin, aux Assises des libertés locales à Rouen, 28 février 2003. [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_1\\_interieur/les\\_collectivites\\_locales/decentralisation/discours-raffarin](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/les_collectivites_locales/decentralisation/discours-raffarin)

<sup>28</sup> Loi constitutionnelle n° 2003-276, 28 mars 2003, parue au J. O. du 29 Mars 2003.

reconnaître les collectivités territoriales comme lieux d'invention, d'initiative, de débat public voire d'élaboration de la norme<sup>29</sup>.

En premier lieu, l'article 37-1C consacre la possibilité pour l'Etat de décider d'expérimentations. Celles-ci sont les héritières des expérimentations législatives précédemment évoquées et relèvent uniquement de l'échelon central. Dans ce cadre, l'Etat peut notamment décider de transférer aux collectivités territoriales l'exercice de nouvelles compétences. Il est alors possible de les qualifier « d'expérimentations-transfert ». Ces dernières ont été principalement mises en place dans la loi du 13 août 2004<sup>30</sup> et touchent à des domaines aussi divers que les interventions économiques (art. 1er), le transfert des aéroports (art. 28-IV), la gestion des fonds structurels européens (art. 44), les mesures d'assistance éducative confiées aux départements par l'autorité judiciaire (art.59), le financement d'équipement sanitaire (art.70), la résorption de l'insalubrité (art.74), l'organisation des écoles primaires (art. 86) et l'entretien du patrimoine (art.99)<sup>31</sup>.

A l'inverse, l'expérimentation prévue à l'article 72C al. 4 a vocation à être mise en oeuvre par des collectivités territoriales ou par leurs groupements. Celle-ci consiste à confier par une loi d'habilitation un pouvoir normatif concernant les domaines de compétences dévolues aux collectivités par les lois de décentralisation. Elle a ainsi pour but de permettre aux collectivités territoriales de déroger aux règles législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice d'une de leur compétence. Leurs noms « expérimentation-dérogação » ou « expérimentation-normative » ont le mérite de mettre en lumière la nouvelle compétence offerte aux collectivités en matière d'initiative normative au-delà de leur qualité de gestionnaire public local<sup>32</sup>.

Les conditions de la mise en oeuvre de l'article 72C al. 4 sont définies par la loi organique du 1er août 2003<sup>33</sup>. Cette loi, instituant un véritable protocole du pouvoir normatif décentralisé à caractère expérimental, fait particulièrement écho aux jurisprudences précédemment évoquées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. En particulier, la loi organique limite la durée de l'expérimentation à cinq ans et impose que la loi ou le décret qui l'autorise définisse non seulement l'objet mais encore mentionne les dispositions auxquelles il peut être dérogé. L'ouverture à l'expérimentation se fait par une norme nationale (loi ou règlement) qui définit la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à y participer. Dans une décision du 30 juillet 2003<sup>34</sup>, le Conseil constitutionnel souligne qu'il s'agit d'une compétence liée du Gouvernement. Ainsi, les collectivités territoriales qui remplissent les conditions contenues dans la loi ou le décret en Conseil d'Etat

---

<sup>29</sup> Rapport du Sénat sur la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, *Rapport Longuet* n°408, 2002-2003.

<sup>30</sup> Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, parue au J. O. du 17 août 2004.

<sup>31</sup> M. Verpeaux, *La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation*, A.J.D.A., 2004, pp. 1960-1968 ; M. Verpeaux, *Les collectivités territoriales en France*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006 ; [http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les\\_collectivites\\_te/administration\\_des\\_c/experimentations/](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les_collectivites_te/administration_des_c/experimentations/)

<sup>32</sup> P. Lapouze, *L'expérimentation par les collectivités territoriales*, J.C.P. A. et C.T., n° 10, 6 mars 2006, p. 1050.

<sup>33</sup> Loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, parue au J.O. du 2 août 2003.

<sup>34</sup> Cons. const., n°2003-478 DC, du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, parue au J.O. du 2 août 2003.



autorisant l'expérimentation et qui souhaitent y participer, ne peuvent être écartées<sup>35</sup>. Quant à la procédure, les collectivités territoriales doivent matérialiser leur intention de participer à l'expérimentation par une délibération motivée de l'assemblée délibérante, transmise au représentant de l'Etat. Le Gouvernement fixe alors, par décret, la liste des collectivités habilitées à participer à l'expérimentation.

Par ailleurs, la loi organique dote d'un régime juridique particulièrement contraignant les actes locaux qui ressortent d'expérimentations. A cet effet, le contrôle de légalité est renforcé puisque le préfet dispose de la faculté d'assortir son déferé d'une demande de suspension qui paralyse l'acte immédiatement, et pendant au moins un mois. Ainsi, même lorsque l'acte déroge à la loi, il est passé en forme réglementaire tout en étant matériellement législatif. Cette disposition profite incidemment au juge administratif qui voit son domaine de compétence élargi, lui conférant ainsi un avantage substantiel en terme de pouvoir juridictionnel. D'autre part, au terme de l'expérimentation, la loi organise une phase d'évaluation. A la lumière de cette dernière, il est décidé soit de la prolonger, soit de l'abandonner, soit de la maintenir en la généralisant. Lors de sa décision relative à la loi organique, le Conseil constitutionnel a clairement précisé, comme déterminant le sens de l'article 72C al. 4, que la généralisation est la seule issue possible pour maintenir la norme en vigueur. L'objectif, qu'il y ait abandon ou généralisation, étant que l'expérimentation dans sa fonction dérogatoire demeure une parenthèse, c'est-à-dire un état transitoire de l'ordre juridique<sup>36</sup>.

A ce jour, seules deux lois ont ouvert des expérimentations à des collectivités suivant la procédure de l'article 72C al. 4<sup>37</sup>. La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale<sup>38</sup>, propose ainsi d'expérimenter une simplification des contrats aidés. A cette fin, un premier décret<sup>39</sup> a été pris afin d'autoriser les départements de l'Eure et de la Côte d'Or à participer à ces expérimentations. Depuis, dans le cadre de la loi du 21 août 2007<sup>40</sup>, l'Etat a formulé une autre proposition d'expérimentation relative au revenu de solidarité active, en proposant notamment un accompagnement financier des départements expérimentateurs<sup>41</sup>.

En définitive, l'apport objectif de cette réforme est de donner un fondement constitutionnel à un droit jusqu'alors jurisprudentiel<sup>42</sup>. Il faut remarquer que si les expérimentations-transfert ne nécessitent pas de révision constitutionnelle, les

---

<sup>35</sup> P. Janin, *L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme*, J.C.P. A. et C.T., n° 41, 10 Octobre 2005, p. 1334.

<sup>36</sup> Sur le détail de la procédure de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, se reporter aux dispositions LO 1113-1 à LO 1113-7 du C.G.C.T. ; de G. Drago, op. cit. p.77 et s. ; P. Janin, op. cit. ; P. Lapouze, op. cit.

<sup>37</sup> [http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les\\_collectivites\\_te/administration\\_des\\_c/experimentations/](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les_collectivites_te/administration_des_c/experimentations/)

<sup>38</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, *Loi instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, parue au J.O. du 6 mars 2007.

<sup>39</sup> Décret n°2007-691 du 4 mai 2007, paru au J.O. du 5 mai 2007, fixant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer aux expérimentations prévues par l'article 142 de la loi de finances pour 2007 n° 2006-1666 du 21 décembre 2006, parue au J.O. du 27 décembre 2007.

<sup>40</sup> Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, *Loi en faveur du travail de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA)*, parue au J.O. du 22 août 2007.

<sup>41</sup> M.-C. de Montecler, *Expérimentation du revenu de solidarité active*, A.J.D.A., 2007, p. 1272.

<sup>42</sup> B. Faure, op. cit., p. 179.

expérimentations-dérogation en avaient besoin<sup>43</sup>. En effet, l'appel au constituant effectué par le politique était nécessaire pour faire « sauter le verrou<sup>44</sup> » de la jurisprudence *Corse* de 2002. Dès lors, les premières conclusions sont de diverses natures. Autant cette réforme semble stabiliser des règles déjà établies et autorise de surcroît l'Etat à expérimenter lui-même (art. 37.1C), autant il est possible de voir dans l'art. 72C al. 4 une véritable revanche culturelle des girondins sur les jacobins<sup>45</sup>. En tout état de cause, à ce stade de l'analyse, il convient simplement de discerner l'évolution d'un droit unique et jurisprudentiel de l'expérimentation élaboré avant 2003, vers des droits constitutionnels différents relatifs à deux possibilités d'expérimentations<sup>46</sup>.

## 2 - Le déséquilibre entre l'article 37.1C et l'article 72C al 4.

La simple lecture comparée des deux articles offre une dissymétrie évidente entre les deux droits de l'expérimentation. Le cadrage excessif de l'expérimentation locale, renforcé par la loi organique du 1er août 2003, comparé aux marges de manœuvre de l'expérimentation nationale, provoque cette impression. Deux angles d'approche différents permettent de mettre en évidence ce déséquilibre. Le premier est relatif aux procédures de mise en œuvre des expérimentations (a) et le second est celui de la protection contrastée des libertés individuelles (b).

### a – Deux procédures sans commune mesure.

Le déséquilibre entre les deux droits à l'expérimentation provient principalement des nombreuses limites qui encadrent fortement l'article 72C al. 4. En ce sens, lors du débat parlementaire, Pierre Méhaignerie avait déploré pas moins de neuf contraintes propres à l'expérimentation-dérogation : l'objet, la durée, l'espace, le volontariat, l'évaluation, la réversibilité, l'autorisation, la finalisation et les libertés publiques<sup>47</sup>. De plus, telle qu'insérée dans le titre XII de la Constitution, la seule possibilité concrète qu'offre cette expérimentation aux collectivités consiste à adopter des règles dérogatoires à l'exercice de leurs propres compétences. Avec l'impossibilité d'opérer, à l'essai, des différenciations statutaires entre les collectivités d'une même catégorie, le nouvel article 72C al. 4 organise ainsi le « triomphe implicite de la jurisprudence constitutionnelle de l'unité catégorielle des collectivités locales<sup>48</sup> ». Derrière ces restrictions juridiques, il est alors difficile d'apercevoir l'épanouissement d'une véritable liberté locale. D'autant plus que le caractère laconique de l'article 37.1C, libre de toute loi organique, génère un effet de contraste évident. De surcroît,

---

<sup>43</sup> Fadli A., *La consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique : entre innovations et implications*, in *Les nouveaux objets de droit constitutionnel*, sous la direction de H. Roussillon, X. Bioy, S. Mouton, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 219.

<sup>44</sup> P. Janin, *ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> A. Roux, *Aspects constitutionnels des droits à l'expérimentation*, in *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, op. cit., p. 157.

<sup>47</sup> J.-M. Pontier, *La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, A.J.D.A., 2003, p. 1715.

<sup>48</sup> Cons. const., n°82-147 DC du 2 décembre 1982, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, parue au J.O. du 4 décembre 1982 ; R.D.P., 1983, p. 333, note L. Favoreu ; cité in B. Faure, op. cit., p. 182..

si les expérimentations-dérogation paraissent ostensiblement réversibles, il est possible de douter de l'amovibilité des expérimentations-transfert. C'est pourquoi, si les expérimentations prévues par l'article 72C al. 4 semblent n'être que des propositions faites du bout des lèvres, bardées de contraintes juridiques et facilement rétractables, celles que l'Etat s'est arrogées au titre de l'article 37.1C sont beaucoup plus lourdes et difficilement révisables<sup>49</sup>. Dès lors, le déséquilibre manifeste entre les deux types d'expérimentation pousse à n'admettre de commun aux deux cadres juridiques que le nom même d'expérimentation. De plus, le caractère très bureaucratique domine la procédure des candidatures de l'article 72C al. 4<sup>50</sup>, justement là où aurait pu être consacré un esprit de négociation entre l'Etat et les collectivités, intégrant les associations représentants les collectivités.

Eu égard aux distinctions patentes qui affectent les deux dispositions, il est possible d'être tenté de requalifier le nouveau droit d'expérimentation des collectivités locales en un simple « droit à demander<sup>51</sup> » à bénéficier d'une expérimentation. Au surplus, il existe une position plus sceptique encore qui va même jusqu'à douter de ce « droit à demander » à bénéficier d'une expérimentation et stigmatise la maîtrise totale par le législateur et le gouvernement de toutes les procédures<sup>52</sup>. En effet, vu sous cet angle, les collectivités n'ont pas non plus le droit à demander à expérimenter, mais le droit de se voir proposer des expérimentations sur la base desquelles elles peuvent alors demander à en bénéficier. A l'évidence, dans la mesure où jusqu'à présent seules deux lois proposent la mise en œuvre d'expérimentations locales, les faits abondent en ce sens. La procédure dissuasive étouffant toute initiative est certainement la cause d'un tel « retard à l'allumage<sup>53</sup> ». Cela dit, le climat délétère de la décentralisation qui a accompagné les transferts de la loi du 13 août 2004, a certainement dû aussi réfréner les ardeurs des collectivités dans l'aventure expérimentale de l'article 72C al. 4. C'est pourquoi, s'il est encore trop tôt pour affirmer que l'expérimentation locale, de par son maigre bilan, n'a pas réellement d'avenir devant elle, il est difficile de nier la mise au second plan du renforcement du pouvoir normatif local<sup>54</sup>. Entre le report, l'oubli et la faible utilisation des mesures audacieuses de la réforme, il est significatif de constater que le déséquilibre juridique entre les deux expérimentations a fortement atténué le vent d'initiatives qui devait souffler sur les territoires.

L'expérimentation-dérogation devait ainsi multiplier les opportunités des collectivités et contrebalancer les très onéreux transferts de l'Acte II, par un regain de marges de manœuvres et d'initiatives locales. Cependant, le texte est quasiment resté lettre morte et consacre finalement une décentralisation principalement administrative<sup>55</sup>, soulignant la prépondérance de l'Etat au niveau local et la difficulté qu'il éprouve à concrètement

---

<sup>49</sup> J.-M. Pontier, *ibid.*

<sup>50</sup> J. Fialaire, *La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales : entre classicisme juridique et nouveau droit managérial*, Pouvoirs locaux, n° 59 IV/2003, p. 49.

<sup>51</sup> J.-F. Brisson, *Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, A.J.D.A., 2003, p.529.

<sup>52</sup> J.-M. Pontier, *ibid.*

<sup>53</sup> P. Lapouze, *ibid.*

<sup>54</sup> G. Chavrier, *Les règles du jeu de la décentralisation, un an après*, in *GRALE, La décentralisation en mouvement, colloque organisé à l'Assemblée nationale les 12 et 13 janvier 2006*, La documentation française, coll. Les travaux du Centre d'études et de prospective, 2007, pp. 38-39.

<sup>55</sup> O. Gohin, *Quel nouveau droit constitutionnel des collectivités territoriales ?* R.D.P. n° 1/ 2-2002, p. 441 ; *La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France*, A.J.D.A., 24 mars 2003, p. 522.

décentraliser ses pouvoirs. Partant, les expérimentations-transfert, dont la véritable raison d'être se révèle intrinsèquement liée à la réforme de l'Etat, expriment le centralisme idéologique qui règne jusque dans la conception de cette révision<sup>56</sup>. La vision unitaire de l'Etat qui structure si profondément la France rejaillit ainsi dans le déséquilibre constitutionnel manifeste entre les articles 72C al. 4 et 37.1C et ampute la dynamique expérimentale propre à une véritable décentralisation politique.

b – Une protection contrastée des libertés individuelles.

Louis Favoreu et André Roux émettent l'hypothèse d'une continuité conceptuelle entre la libre administration des collectivités territoriales telle que posée par l'article 72C et les libertés individuelles classiques<sup>57</sup>. L'idée suppose un prolongement entre la liberté dont jouit l'individu et la faculté pour les collectivités à gérer leurs affaires librement. Selon ce point de vue, le point d'encrage de ces deux libertés se retrouve dans le texte constitutionnel qui garantit le droit fondamental de la liberté des personnes<sup>58</sup>. Partant de cette proposition, est-il possible d'établir un lien avec les limites *ratione materiae* touchant aux libertés individuelles qui viennent border les nouveaux droits à l'expérimentation ? De surcroît, cet éclairage permet-il de mieux saisir la protection contrastée qui caractérise les deux articles constitutionnels relatifs à l'expérimentation ?

*A priori*, la proposition doctrinale précitée ne semble pas corroborer les options prises par l'Acte II. En effet, si les libertés individuelles étaient prolongées politiquement dans la libre administration des collectivités locales, le droit à l'expérimentation des collectivités ayant pour objet de déroger à des compétences qui reposent sur la base de leur légitimité, c'est-à-dire leur libre administration, devrait logiquement permettre des projets expérimentaux sur la liberté des individus. Autrement dit, si les deux libertés sont liées, expérimenter sur celle des collectivités devrait emporter la possibilité d'expérimenter sur celle des individus. Or, rien dans l'expérimentation de l'article 72C al. 4 ne corrobore cette vision. Ce dernier formalise même l'interdiction d'expérimenter « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ». Donc à première vue, l'expérimentation locale qui résulte de la réforme constitutionnelle de mars 2003 invalide la thèse de Louis Favoreu et d'André Roux selon laquelle il y aurait un prolongement entre les libertés classiques et la libre administration des collectivités.

Cependant, si l'on fait le parallèle avec l'Etat, c'est-à-dire si l'on considère que l'Etat est dépositaire des libertés individuelles des citoyens, et que pour les protéger il doit en disposer, c'est à dire les organiser, alors la comparaison proposée par les deux auteurs

---

<sup>56</sup> Pour un récapitulatif des diverses expérimentations faites à partir de l'article 37.1C, voir le Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, par M. Guy Gest, Ass. nat., n°3199, 18 juin 2006 ; G. Marcou, *Le bilan en demi-teinte de l'Acte II. Décentraliser plus ou décentraliser mieux?*, R.F.D.A., 2008, p. 295.

<sup>57</sup> L. Favoreu et A. Roux, *La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ?*, in M. Verpeaux, *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°12/2002, p. 92.

<sup>58</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

fonctionne. En ce sens, selon cette acception du contrat social significative de la modernité occidentale, il y a une véritable continuité entre l'article 34C qui sanctuarise les libertés publiques ainsi que les dispositions constitutionnelles qui protègent les libertés fondamentales, et la véritable liberté des citoyens. Les plus hauts organes de l'Etat ont de la sorte la charge, en tant que prolongement des libertés individuelles classiques, de leur mise en œuvre. A ce titre et c'est ici que l'expérimentation est un prisme révélateur, les conditions du nouvel article 37.1C ne prohibent pas l'expérimentation sur les libertés individuelles, révélant la continuité théorique entre la liberté individuelle et le rôle protecteur de l'Etat en la matière, fondé sur l'idée d'un contrat social. Par voie de conséquence, cette seconde présentation confirme finalement la thèse de Louis Favoreu et d'André Roux et ne fait que mettre plus en évidence la pusillanimité de l'Etat à établir un véritable droit à l'expérimentation locale.

Le déséquilibre patent des matières susceptibles d'être l'objet d'expérimentation entre les deux articles s'est manifesté à l'occasion de la loi *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* 20 novembre 2007<sup>59</sup>. A cette occasion, le législateur a mis en œuvre l'expérimentation très controversée qui vise à prouver par test ADN, à fin de regroupement familial, la filiation d'un enfant avec ses parents en cas de défaillance de l'Etat d'origine dans la production de preuves administratives. Certes, la décision du Conseil du 15 novembre 2007<sup>60</sup> estime que les droits fondamentaux de l'égalité et de la dignité de la personne humaine ne sont en l'espèce pas méconnus. Toutefois, si au regard du Conseil cette loi ne semble pas manifestement violer de droit fondamental, la décision consacre en revanche la possibilité, dans le respect des autres exigences de valeur constitutionnelle<sup>61</sup>, d'expérimenter sur les libertés individuelles. Dès lors, force est de constater que le rempart, espéré par Bertrand Faure, de la jurisprudence sur « l'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques<sup>62</sup> » est d'ores et déjà mis à mal. En ce sens, la décision du 15 novembre 2007 permet désormais, dans le respect des exigences de valeur constitutionnelle, de différencier la mise en oeuvre des libertés publiques sur le territoire, à titre expérimental.

Les silences ressentis de l'article 37.1C face aux précisions de l'article 72C al. 4, laissent ainsi transparaître autant la liberté que l'Etat s'arroge sur les matières sur lesquelles il compte expérimenter, que la négation idéologique d'une quelconque jouissance de la liberté des collectivités. Cette défiance, bien loin d'être un garde fou contre les dérives locales, est la marque d'une conception étatiste des choses, bien distincte des Etats régionalisés et fédéraux qui accordent de véritables libertés politiques aux provinces qui les composent.

Toutefois, la progression dans l'observation des dessous de la révision par la lorgnette de ses failles, permet d'accéder à un niveau supérieur de compréhension juridique. En effet, au-delà du centralisme des concepteurs de la réforme, à tout le moins des résistances contre

---

<sup>59</sup> Loi n° 2007-1631 du 20 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, parue au J.O. n° 270 du 21 novembre 2007.

<sup>60</sup> Cons. const., n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, parue au J.O. du 21 novembre 2007.

<sup>61</sup> L. Baghestani-Perrey, L. Janicot, A.-L. Cassard-Valembos, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle no 5 (Second semestre 2007) (Ire partie)*, Petites Affiches, 14 avril 2008 n° 75, p. 5.

<sup>62</sup> B. Faure, op. cit., p. 180 ; G. Chavrier, *L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ?*, Annuaire 2004 des collectivités locales, CNRS Editions, p. 47.

lesquelles elle a dû céder, ce nouveau droit de l'expérimentation est significatif d'un choc de culture qui dépasse les gouvernants et s'inscrit au plan de l'histoire de la pensée juridique.

## **II - La confrontation du droit de l'expérimentation à la tradition constitutionnelle française.**

Comparable avec légèreté à un « organisme juridique génétiquement modifié », il est manifeste que l'expérimentation est contradictoire avec certains piliers de la République. Afin de bien la saisir, il est intéressant de pénétrer cette discordance par l'observation de l'ingéniosité dont a dû faire preuve le Conseil constitutionnel pour concilier l'expérimentation et le principe d'égalité (A). Partant de ces considérations constitutionnelles, l'expérimentation permettra ensuite de mieux comprendre les remous théoriques qui animent les tréfonds de la culture juridique occidentale (B).

### **A - L'expérimentation à l'épreuve du principe d'égalité.**

L'égalité de la loi, héritière typiquement française des Lumières, qui s'applique « à tous les cas et à toutes personnes entrant dans les prévisions abstraites des textes régulateurs<sup>63</sup> », s'oppose par principe à l'expérimentation. Il est difficile de nier que la reconnaissance d'un pouvoir juridique d'expérimentation se traduit par une distinction juridique claire entre ceux qui expérimentent et ceux qui n'expérimentent pas, entre les collectivités territoriales qui décident d'exercer une nouvelle compétence à titre expérimental et celles qui s'abstiennent<sup>64</sup>. Le juge constitutionnel a donc été amené, sous l'impulsion juridique de la constitutionnalisation de l'expérimentation et des pressions qui l'ont accompagnée, à concilier les nouvelles dispositions avec le très sacré principe d'égalité (1). Dès lors, l'étude attentive de cette mécanique juridique permet de discerner les différents enjeux qui se dissimulent derrière le masque de l'expérimentation (2).

#### *1 - L'aménagement normatif de l'expérimentation par le juge constitutionnel, sous la pression du principe d'égalité.*

Du fait de l'existence d'expérimentations avant 2003, très tôt, les juges ont été amenés à se prononcer sur l'expérimentation juridique à la lumière du principe d'égalité. Toutefois, il est remarquable que la contradiction des mécanismes juridiques n'ait généré jusqu'alors aucune position jurisprudentielle de principe, en faveur de l'expérimentation ou de l'égalité. Au sujet de l'expérimentation en matière d'établissements universitaires, dans la décision du 28 juillet 1993, l'édile constitutionnel semble en effet davantage préoccupé par le respect des articles 34C et 37C que par la violation du principe d'égalité. Par ailleurs, de façon générale, il exprime une vision assez souple du principe d'égalité, considérant qu'il « 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 avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>65</sup> ». En outre, les trois jurisprudences du Conseil d'Etat, *Pény* de 1967, *Ordre des avocats auprès de la Cour d'appel*

---

<sup>63</sup> R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, p. 4.

<sup>64</sup> A. Faldi, *op. cit.*, p. 221.

<sup>65</sup> Cons. const., n°87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, parue au J.O. du 10 janvier 1988.

de Paris de 1968 et Conseil national des professions de l'automobile, Société SNCECAM de 2002, attestent d'une conception elle aussi assez large du principe d'égalité, parfaitement conciliable avec l'expérimentation<sup>66</sup>.

Cela étant, la révision de mars 2003 a quelque peu raffermi les rondeurs jurisprudentielles dans la mesure où, dans la décision du 30 juillet 2003 relative à la loi organique du 1<sup>er</sup> août, et dans la décision du 12 août 2004<sup>67</sup> relative à la loi sur les libertés et les responsabilités locales du 13 août, le juge constitutionnel montre une attention d'autant plus grande au principe d'égalité que la loi y déroge désormais explicitement. A cet effet, ces deux lois ont l'avantage de permettre au juge constitutionnel de se positionner sur les deux nouveaux articles 37.1C et 72C al. 4. Pour ce faire, il ne laisse planer aucun doute sur l'interprétation à l'avenir très formelle qu'il faut avoir du principe d'égalité, à l'image de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>68</sup>. Le Conseil d'Etat a lui aussi été revigoré par la réforme car, en amont de celle-ci, il suggère déjà dans un avis du 11 octobre 2002 que la rédaction du futur article 37-1C souligne expressément que l'expérimentation déroge au principe d'égalité<sup>69</sup>. Il réaffirme de plus, dans une décision récente du 15 juin 2007<sup>70</sup>, que l'expérimentation ne peut déroger au principe d'égalité que dans la mesure où elle poursuit un but d'intérêt général. En somme, la consécration constitutionnelle de l'expérimentation ainsi que les lois qui l'ont accompagnée ont marqué le passage d'une jurisprudence conciliante avec un principe d'égalité relativement souple, vers une égalité qui renoue avec la conception très formelle de l'unité de la règle.

« Or, le principe d'égalité n'a jamais commandé l'uniformité abstraite, prohibant tout écart de régime pour une même activité publique, dès l'instant où les droits civils et politiques des individus n'apparaissent plus en jeu<sup>71</sup> ». L'égalité formelle restaurée par le Conseil n'est en effet qu'une résurgence de l'esprit révolutionnaire, un de ces « maîtres mots » qu'Edgar Morin se plaît à décrypter<sup>72</sup>. Ce concept clé de l'inconscient collectif français est ainsi « issu de la sacralité d'une nation rassemblée, et de la foi en une république idéalisée dans l'unité et l'indivisibilité<sup>73</sup> ». Tocqueville décelait déjà la dimension passionnelle que ce principe revêtait pour les français, « élevé par ses adorateurs comme un ostensor, pour confondre ceux qui ne seraient pas convaincus<sup>74</sup> ». La réforme constitutionnalisant l'expérimentation a de la sorte revivifié l'historique conception française de l'égalité, largement idéologique, qui exerce une pression puissante sur le gardien de la Constitution. La réactivation de l'égalité formelle à l'occasion du sacre de la norme expérimentale doit alors être comprise comme le maintien par

---

<sup>66</sup> B. Faure, *Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, R.F.D.A., nov.-déc. 2004, p. 1150.

<sup>67</sup> Cons. const., n° 2004-503 DC du 12 août 2004, parue au J.O. du 17 août 2004.

<sup>68</sup> Article 6 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen : « La loi doit être la même pour tous ».

<sup>69</sup> M. Verpeaux, *La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, J.C.P. A., 10 mai 2004, p. 655, n°1333.

<sup>70</sup> C.E., 15 juin 2007, *Centre d'éducation routière (c.e.r.) Gargan gare*, inédit au recueil.

<sup>71</sup> B. Faure, *Les expérimentations et le principe d'égalité*, in M. Long (dir), *Egalité et services publics territoriaux*, L.G.D.J., coll. Décentralisation et développement local, 2005, p. 44.

<sup>72</sup> E. Morin, *Pour sortir du XXe siècle*, cité in J.-M. Pontier, *ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

le juge constitutionnel des apparences de la « République une et indivisible » pour apaiser les inquiétudes parlementaires<sup>75</sup>.

Derrière cette affection jurisprudentielle joue donc la pesée des principes républicains « à la française », contraignant le juge à aménager les droits expérimentaux avec le principe d'égalité, plutôt que de simplement y déroger. Par là même, le propos ne peut manquer de souligner la polyvalence ontologique du principe d'égalité, dans la mesure où il renferme, tel une poupée gigogne<sup>76</sup>, une multitude de significations adaptables. Le juge, qui distingue parfaitement la malléabilité juridique de la rigidité idéologique du principe, façonne alors l'égalité en une sorte de principe prétorien de « non discrimination injustifiée<sup>77</sup> », tout en s'appuyant sur l'obligation de généraliser la règle après l'expérimentation<sup>78</sup> pour pouvoir la maintenir. En droit donc, à la lumière de cette décision, tout se passe comme si l'égalité était maintenue, voire renforcée par la généralisation *a posteriori*, déterminant l'apaisante apparence du triomphe de l'égalité abstraite. De cette façon, fraîchement constitutionnalisée et instamment interprétée, l'expérimentation ne se présente pas comme le vecteur d'une territorialisation du droit, eu égard aux conditions de précision de l'objet, de réversibilité, de limites matérielles strictes, d'un contrôle de légalité renforcé et d'une évaluation *a posteriori*<sup>79</sup>. Au final, la norme constitutionnelle devient le lieu de la conciliation de principes foncièrement contradictoires que le juge suprême, avec l'habileté d'un tisserand qu'on lui connaît, doit raccommoder.

Toutefois, le jeu à plusieurs bandes qui se déroule lors de la révision constitutionnelle de mars 2003 n'est pas resté sans suites. L'effort considérable du juge pour ménager les puissantes résistances face à l'expérimentation, réussissant à stabiliser le débat autour de la victoire du formalisme juridique du principe d'égalité, a évolué. En effet, trois ans après, une fois les esprits refroidis, le juge de l'aile Montpensier du Palais Royal laisse entendre dans sa décision du 15 novembre 2007 qu'une disposition expérimentale de l'article 37.1C est totalement exonérée de toutes les conditions que véhicule le respect du principe d'égalité. Une certaine doctrine<sup>80</sup> laisse ainsi penser que le Conseil, loin de mesurer l'expérimentation et l'égalité à l'aune de l'intérêt général<sup>81</sup>, lâche progressivement le principe d'égalité devant la reconnaissance de plus en plus affirmée des droits de l'expérimentation. Tout porte ainsi à croire que le Conseil, lors de la réforme de mars 2003, a joué un rôle dont les ressorts n'étaient pas exclusivement constitutionnels.

---

<sup>75</sup> B. Faure, *Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, *ibid.*

<sup>76</sup> J.-M. Pontier, *ibid.*

<sup>77</sup> B. Faure, *ibid.*

<sup>78</sup> Considérant 9 de la décision 2004-503 DC.

<sup>79</sup> J. Fialaire, *Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité : Les apparences et "faux-semblants" d'une prétendue territorialisation des normes, (synthèse générale)*, in J. Fialaire (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes. Etat des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, P.U.R., coll. L'univers des normes, 2004, p. 16.

<sup>80</sup> L. Baghestani-Perrey, L. Janicot, A.-L. Cassard-Valembos, *ibid.*

<sup>81</sup> Le Garde des sceaux Dominique Perben avait annoncé, que l'équilibre entre l'égalité et l'expérimentation serait jugé à l'aune de l'intérêt général ; Assemblée nationale, 3ème séance du 21 novembre 2002, J.O. p. 5522.



## 2 - Les trois visages du masque expérimental.

Le premier visage qui se cache derrière le masque de l'expérimentation est celui de l'uniformité abstraite de la norme juridique. Ainsi, selon cette acception, il faudrait voir dans l'esprit des réformateurs l'empreinte des thuriféraires de l'unité du droit. De la sorte, s'entraperçoit, maquillée par une consécration constitutionnelle médiatisée, une « directive d'uniformité du droit » jouant le jeu de l'égalité abstraite des révolutionnaires. En ce sens, l'expérimentation « ne remet pas en cause le caractère indivisible de la souveraineté et, partant, de la République. [...] L'unité de régime (de l'expérimentation) est une garantie et une condition de l'égalité des citoyens devant la loi ainsi d'ailleurs que du caractère unitaire de la loi <sup>82</sup> ». Ainsi travestie sous le voile de l'expérimentation, la « volonté de ne pas couvrir le pays d'un manteau d'arlequin législatif<sup>83</sup> » travaille à « contre courant de la dynamique expérimentale, et profile à l'horizon tout à la fois une conception sacrée de la règle de droit et un procès fait à la décentralisation pour rupture d'unité <sup>84</sup> ». Partant du constat des difficultés de mise en oeuvre de l'article 72C al. 4, des expérimentations-transfert de l'article 37.1C et de la généralisation qui s'impose, l'expérimentation apparaîtrait comme le paravent du maintien du centralisme juridique français.

Le second visage dissimulé derrière l'expérimentation présente des traits opposés. En effet, il est celui de la désagrégation programmée du droit. En vertu de ce prisme, l'article 72C al. 4 provoque un « risque d'atomisation de la réglementation<sup>85</sup> ». Le critère dégagé par Louis Favoreu dans son commentaire des décisions n° 137 DC et 138 DC du 25 février 1982<sup>86</sup> distinguant un Etat indivisible d'un Etat divisible, par l'existence ou l'inexistence d'un pouvoir normatif autonome, serait donc à l'heure actuelle en jeu. Le semblant d'unité de l'Etat qui reste est perçu comme étant tellement formel, tellement étroitement juridique, qu'il confine au sophisme<sup>87</sup>. Ainsi, l'indivisibilité serait maintenue au prix d'un raffinement juridique qui peine à justifier des actes « chauve souris », formellement administratifs et matériellement législatifs<sup>88</sup>. Pour ce faire, l'expérimentation serait beaucoup plus éloignée qu'il n'y paraît d'un régime d'exception temporaire, tant pointent ça et là des hypothèses de plus en plus probables de maintien de la norme sans généralisation<sup>89</sup>. En trame de fond de l'expérimentation, il s'agirait alors de tester grandeur nature la mutation du droit public français vers une sorte de pluralisme juridique, où les territoires deviendraient les foyers d'une multiplicité de normes concurrentes.

Enfin, la troisième réalité qui pourrait tout aussi bien habiter l'apparence de l'expérimentation est celle du désengagement de l'Etat. Tout se passe comme si, au théâtre de la décentralisation et sur la scène du droit constitutionnel, se jouait la représentation du sacre de l'expérimentation-locale. Seulement, c'est en coulisse que s'organise la réalité dissimulée

---

<sup>82</sup> A. Roux, *Aspects constitutionnels des droits à l'expérimentation*, op. cit., p. 165 et 167.

<sup>83</sup> B. Faure, *L'intégration de l'expérimentation au droit public français*, op. cit., p. 188.

<sup>84</sup> B. Faure, *Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, op. cit.

<sup>85</sup> P. Janin, op. cit.

<sup>86</sup> *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12ème édition, 2003, p. 515, n°20, in P. Janin, *ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> J.-M. Pontier, op. cit. ; A. Roux, *ibid.*, p. 169 ; P. Janin, *ibid.*, G. Chavrier, *L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ?*, op. cit., p. 50.

de la réforme, à savoir le recentrage de l'Etat sur ses missions essentielles<sup>90</sup>. Poursuivant l'idéologie selon laquelle l'Etat modeste est un Etat moderne<sup>91</sup>, l'expérimentation de l'article 72C al.4 n'a pu très longtemps camoufler le transfert de charges mis en place par l'article 37.1C de l'Etat vers les collectivités locales. Dès lors, contrairement à l'idée répandue selon laquelle l'expérimentation serait le cheval de Troie du régionalisme, lui même l'avant-garde du fédéralisme, elle est davantage l'expression de l'ingéniosité de l'Etat afin de se désengager financièrement de postes économiquement lourds. En effet, il est tout à fait remarquable que le cadrage de l'article 72C al. 4 maintenant une domination juridique des organes centraux étouffe l'initiative juridique locale, alors que le très laconique article 37.1C expérimente facilement la diversité territoriale des politiques publiques. Le bilan de l'Acte II joue ainsi à la faveur de cette interprétation, dans la mesure où l'expérimentation apparaît cinq ans après dans un contexte maintenant connu, bien loin de l'atmosphère émancipée des libertés locales, qui est celui de transferts massifs de compétences aux collectivités qui peinent à les financer.

## **B - Les remous théoriques générés par la constitutionnalisation de l'expérimentation.**

Les enjeux qui sous-tendent la méthode juridique expérimentale sont aussi théoriques. En effet, il est significatif de voir qu'il s'agit d'un affrontement entre deux cultures juridiques dans les débats relatifs à l'expérimentation. Jacques Chevallier a très précisément pointé l'évolution du droit actuel vers un paradigme post-moderne, dont il est difficile de maîtriser toutes les implications. A tout le moins, il est possible de dégager deux axes structurants de ce mouvement fondamental du droit. Le premier est l'influence empiriste du droit de l'expérimentation, assujettissant le droit à une logique pragmatique (A). L'autre est plus historique et permet de voir que c'est l'héritage de la Révolution française qui est battu en brèche par le modèle post-moderne (B).

### *1 – L'expérimentation au service du pragmatisme épistémologique et politique.*

A la question de savoir si l'expérimentation est politique ou scientifique<sup>92</sup>, il est possible de répondre en affirmant qu'elle est épistémologiquement une science. C'est-à-dire qu'elle constitue une méthode, un discours scientifique, qui permet de tester sur un échantillon réduit les effets d'une pratique qui a vocation à être mise en œuvre à grande échelle. Ainsi en droit, l'expérimentation est d'abord destinée à faire l'économie des inconvénients possibles d'une réforme<sup>93</sup> (a). Toutefois, intégrée dans le monde juridique et manœuvrée par le pouvoir politique, elle laisse apparaître des qualités pragmatiques qui l'éloignent de son berceau scientifique mais offrent de redoutables avantages stratégiques (b).

#### a – Epistémologie de l'expérimentation.

Il faut se plonger dans l'histoire de la méthode expérimentale pour en découvrir les origines scientifiques. La plus structurante est sans aucun doute celle relative à la méthode expérimentale développée par le médecin Claude Bernard, au milieu du XIXe siècle. Ce

---

<sup>90</sup> G. Chavrier, *ibid*, p. 52.

<sup>91</sup> M. Crozier, *Etat modeste. Etat moderne*, Le Seuil, 1987.

<sup>92</sup> G. Chavrier, *ibid*, p. 43.

<sup>93</sup> J.-M. Pontier, *op. cit.*

dernier a posé cinq principes méthodologiques pour approfondir la science médicale, qui fonctionnent avec n'importe quelle discipline<sup>94</sup>. Premièrement, l'expérience suppose une hypothèse fondée sur des observations. Par exemple : pour favoriser le recours à l'article 72C al. 4, il faudrait alléger sa procédure. Deuxièmement, l'expérimentation consiste à introduire un trouble intentionnel dans l'ordre naturel des choses, afin d'en constater les effets : cela pourrait consister en l'allègement effectif de l'initiative expérimentale pour quelques collectivités. Troisièmement, l'expérimentation suppose la comparaison entre la situation normale et celle qui résulte du trouble provoqué : les collectivités à procédure allégée ont-elles davantage utilisé l'article 72C al. 4 que les autres ? Quatrièmement, l'observation des résultats doit être libre de toute idée préconçue : il faut confier l'évaluation à un organe institutionnel tiers. Enfin, cinquièmement, « le doute est le grand principe expérimental sans lequel les hommes sont portés à ne voir dans les résultats que la confirmation de leur théories<sup>95</sup> ». A l'évidence, il s'agit donc bien d'une forme d'empirisme expérimental qui, dans le droit fil du scepticisme de David Hume et du positivisme juridique, soumet la science à l'observation et à la découverte d'une ontologie objective qui s'impose à elle. Inversant le prisme selon lequel le devoir-être modifie l'être, c'est dorénavant le résultat de l'expérience qui influence la norme.

Cela étant, l'expérimentation scientifique recouvre une multitude de pratiques et impose d'en choisir une qui corresponde à la matière juridique. Pour ce faire, Jacques Chevallier réunit quatre conditions propres à l'expérimentation législative<sup>96</sup>. 1) La loi expérimentale a un caractère temporaire. 2) Elle fixe elle-même *ab initio* le terme de son application. 3) Elle prévoit une évaluation. 4) La pérennisation nécessite une loi ultérieure. Force est alors d'admettre que le schéma français des normes expérimentales, autant avant qu'après la révision de mars 2003, répond à ce canevas juridico-scientifique. L'expérimentation juridique est ainsi possible lorsqu'elle corrobore les critères de droit posés par la Constitution, par les lois (1<sup>er</sup> août 2003 et 13 août 2004) et par les juges, ainsi que ceux de la science qui cadrent le processus et attestent de sa fonctionnalité<sup>97</sup>. De la sorte, l'expérimentation résulte de l'importation d'une épistémologie pragmatique issue des sciences dures, conciliée avec les impératifs de la logique juridique.

En outre, une spécificité épistémologique de l'expérimentation juridique est l'évaluation *ex ante* et non *ex post* de la loi, c'est-à-dire l'évaluation des effets de la norme avant sa généralisation<sup>98</sup>. Des études préalables accompagnent ainsi l'essai de la norme, offrant une perspective rétrospective à la démarche globalement prospective de l'expérimentation. Autrement dit, l'expérimentation s'accompagne épistémologiquement d'études d'impact qui prennent en compte les éléments préexistants à la réforme. En ce sens, la circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, vise « à évaluer *a priori* les effets administratifs, juridiques, sociaux,

---

<sup>94</sup> C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, op. cit., ; cité in G. Marcou, *Expérimentation et collectivités locales : expériences européennes*, in *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, op. cit., p. 29.

<sup>95</sup> Ibid, p. 30.

<sup>96</sup> J. Chevallier, op. cit., p. 121.

<sup>97</sup> C. Mamontoff, *Réflexions sur l'expérimentation du droit*, R.D.P., n° 2, 1998, p. 369.

<sup>98</sup> J. Chevallier, *Prévenir l'échec*, R.F.A.P., n° 87, juillet-septembre 1998, p. 379.

économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique <sup>99</sup>».

#### b – Stratégie politique de l'expérimentation.

L'autre facette révélant la dimension pragmatique de l'expérimentation est l'utilité qu'elle trouve dans la stratégie politique. En ce sens, elle peut servir à démontrer l'efficacité d'une mesure afin de convaincre un électorat *a priori* réticent. Recherchant l'adhésion des français à un dispositif nouveau, l'expérimentation sert à faire passer en douceur une mesure controversée dans l'opinion, ou même redoutée par le Parlement. Ce fut le cas notamment avec la loi du 17 janvier 1975 relative à l'IVG, qui subordonnait la pérennisation de la dépénalisation de l'avortement à une évaluation de ses conséquences sociales<sup>100</sup>. L'expérimentation peut de cette façon s'avérer être une très bonne stratégie politique d'usure, afin de réduire les résistances au fil du temps. Il est alors possible d'observer cette tactique larvée dans l'expérimentation à plusieurs tiroirs de la loi sur la maîtrise de l'immigration du 20 novembre 2007, qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir les conditions de mise en oeuvre des mesures d'identification des personnes par leurs empreintes génétiques<sup>101</sup>.

Le fait est que la dimension politique de l'expérimentation trouble la limpidité de la méthode scientifique dans la mesure où la loi à l'essai se retrouve être l'instrument d'une volonté politique souvent voilée par le slogan de l'efficacité, mais dont le véritable objectif est d'acclimater, de faire accepter une solution déjà considérée comme manifestement préférable<sup>102</sup>. Ainsi, dans l'obscurité de la logique démocratique de transparence dont on entend souvent les louanges, le pouvoir a souvent déjà entériné l'orientation de la réforme, avant même les résultats de l'évaluation obtenus. Pour ce faire, l'artifice n'est pas dans l'expérience, mais dans la manière de présenter celle-ci, orientée vers la satisfaction illusoire des adversaires de la réforme<sup>103</sup>. C'est en ce sens que tout processus réformateur comporte une dimension symbolique qui, surdéterminant parfois le contenu concret des réformes, ne saurait être sous-estimée<sup>104</sup>.

L'évaluation est aussi un point névralgique de l'expérimentation juridique dans le sens où la pratique politique est ontologiquement subjective, à l'inverse de l'objectivité factuelle de la pratique scientifique. Par essence partisane, relative et idéologiquement orientée, l'expérimentation politique est tributaire des critères d'évaluation qu'elle développe. Le quatrième principe de Claude Bernard qui réclame l'objectivité totale de celui qui évalue est donc, dans l'expérimentation juridique, bafoué. La multiplicité des prises pour la

---

<sup>99</sup> Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, parue au J.O. n°31 du 6 février 1998.

<sup>100</sup> G. Chavrier, op. cit., p. 43.

<sup>101</sup> L. Heldwein, O. Renaudie, *L'expérimentation législative, un outil pour mieux légiférer ?*, Centre d'Analyse Stratégique, La note de veille, n° 84, 3 décembre 2007, pp. 1-4.

<sup>102</sup> C. Atias, *L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ?*, in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et Science, Séminaire du centre de philosophie du droit*, P.U.F., 1994, p. 133.

<sup>103</sup> Ibid, p. 134.

<sup>104</sup> J. Chevallier, op. cit., p. 376.

manipulation qu'offre l'expérimentation en droit conforte alors le scepticisme récurrent du juriste devant « l'intention scientifique » du législateur<sup>105</sup>.

## 2 – L'ère de la postmodernité constitutionnelle.

Dans le système hérité de la Révolution française, l'organisation hiérarchisée et centralisée d'où découlent les décisions et les lois confère au gouvernement et au Parlement la place de source unique du pouvoir<sup>106</sup>. Il est impossible de nier que la méthode expérimentale se situe aux antipodes de ce système juridique. A cet effet, l'aura qui pare la norme abstraite héritée de la toute puissance du rationalisme des Lumières s'efface devant le réalisme des faits. Avec l'expérimentation, le prisme classique s'inverse et ce sont donc les faits qui précèdent le droit. Ils le contraignent même, dans la mesure où l'historique loi se retrouve échantillonnée, segmentée, souvent abrogée et parfois généralisée. La splendeur révolutionnaire qui ambitionnait de légiférer pour l'éternité, laisse place au pragmatisme glacial des experts qui expérimentent la procréation normative dans des éprouvettes territoriales. Au-delà d'une nouvelle méthode, l'expérimentation revêt de la sorte une dimension symbolique qui pose problème aux défenseurs du vieux modèle républicain français. Lorsque le Conseil constitutionnel ménage le principe d'égalité devant l'innovation expérimentale constitutionnalisée, c'est ainsi l'héritage des Lumières, si cher aux défenseurs du principe d'égalité autant que celui de légalité, qu'il protège.

L'expérimentation participe de cette manière à la dynamique d'un droit post-moderne. L'on passe du bien fondé de la loi *a priori*, à l'efficacité évaluée *a posteriori*, qui se veut factuellement indiscutable. Le rapporteur du projet de loi organique à l'Assemblée nationale, se référant au rapport du Conseil d'Etat de 1996, y a vu trois avantages. D'abord l'expérimentation est « un vecteur d'adhésion » parce qu'il importe, compte tenu de la méfiance croissante des citoyens envers le pouvoir, de les convaincre de la pertinence d'une réforme avant d'en tirer une règle générale. Ensuite, l'expérimentation est « un facteur d'efficacité » parce qu'elle permet d'établir des bilans d'étape, de s'assurer que toutes les données ont été prises en compte, de les corriger éventuellement. Enfin, l'expérimentation présente un avantage « technologique » car elle permet « de s'assurer que les nouvelles règles sont bien adaptées aux nouvelles réalités »<sup>107</sup>. De cette façon, cette nouvelle rationalité juridique qui assimile l'analyse des lois à celle de l'objectivité des faits, se présente dans le langage juridique du droit public comme un prolongement de la subsidiarité et importe la culture du résultat dans l'administration. La subsidiarité expérimentale a donc comme hypothèse préalable de tester *in vivo* l'échelon le plus efficace avant de légiférer globalement. Ce sont donc moins les représentants du peuple qui légifèrent pour orienter les choses, que des experts et des économistes qui fabriquent du droit pour satisfaire aux faits. Les auteurs des textes sont dès lors voués à procéder par tâtonnement et non plus par décret, en corrigeant le droit en fonction des résultats de l'évaluation<sup>108</sup>. Comme le souligne le Conseil d'Etat : « la prudence face aux effets potentiels et pour partie indéterminés d'une modification de la règle

---

<sup>105</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 327.

<sup>106</sup> J.-L. Bœuf et C. Vanherle, *Avant propos*, in *Décentralisation et expérimentation locales*, Problème politiques et sociaux, n°895, décembre 2003, La documentation française, p. 5.

<sup>107</sup> Michel Piron, *Rapport sur le projet de LO relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Doc. AN n° 955, 18 juin 2003, cité in J.-M. Pontier, op. cit.

<sup>108</sup> J. Chevallier, op. cit., p. 382

de droit incite à expérimenter, en amont de la loi, une solution sur une échelle modeste avant de la généraliser<sup>109</sup>». Le droit semble ainsi s'adapter à son nouvel environnement. Jusqu'alors empreinte de la clarté révolutionnaire et quelque peu insolente du modèle moderne, la norme juridique, à l'image des lois expérimentales et du principe de précaution, avance dorénavant avec prudence dans un monde post-moderne incertain.

## Conclusion

En définitive, ce qui reste le plus significatif de l'étude de la constitutionnalisation de l'expérimentation par la révision constitutionnelle de mars 2003, sont les diverses significations dérobées de la réforme. Le simple fait que l'expérimentation existait déjà et qu'elle était juridiquement bien encadrée, trahit la volonté politique de l'Etat d'en modifier la substance. En effet, bridé par des juges soucieux d'homogénéiser l'ordre juridique à l'aune des principes fondamentaux, le pouvoir central, profitant de la réforme pour se délier les mains, a forgé derrière « l'expérimentation spectacle » de l'article 72C al. 4, un véritable outil de la réforme de l'Etat (art. 37.1C), orienté vers un recentrage de ses missions essentielles. Si l'atmosphère discordante de l'Acte II de la décentralisation a étouffé la vraie nature de l'expérimentation juridique, l'œil averti des juristes a très tôt débusqué les déséquilibres constitutionnels qui la caractérisent. La circonspection remarquable du juge constitutionnel dans la gestion des pressions juridiques et idéologiques à l'œuvre, particulièrement significatives avec le principe d'égalité, laisse transparaitre la double scène sur laquelle se joue l'acte expérimental, dans la pièce de la décentralisation. De surcroît, ce qu'il y a encore de plus paradoxal, c'est que l'Etat lui-même semble être l'objet d'un mouvement culturel qui le dépasse.

A cet effet, en synthèse, trois niveaux de lecture se dégagent de l'étude de la constitutionnalisation de l'expérimentation. Le premier est la nouveauté plastique du droit de l'expérimentation. Il s'agit sur ce plan de constater que le constituant dérivé a substantiellement modifié la norme fondamentale et en apparence crée des droits nouveaux pour les collectivités. Le second niveau est accessible par le truchement de la dissymétrie des articles et des lois qui organisent les nouveaux droits, ainsi que par l'analyse de l'évolution des jurisprudences. Ce plan offre alors un panorama qui, teinté de centralisme étatique persistant, à tout le moins d'une maîtrise totale du dispositif par le pouvoir central, dévoile les objectifs d'économies de l'Etat, que le juge doit concilier avec le principe d'égalité et de liberté, autant des individus que des collectivités. Enfin, le dernier degré d'analyse permet d'observer que l'Etat lui-même est l'objet d'une modification culturelle de l'idée du droit, désormais placé sous le boisseau du pragmatisme et de l'efficacité, témoignant en dernière instance des profondes mutations de la tradition juridique française.

Partant de ces considérations, cette « utilitarisation » du droit orienté vers les faits plutôt que fondé sur les principes, remet-il pour autant en cause l'hypothèse juridique de base de l'occident libéral qui définit l'homme comme une fin juridique et non comme un moyen ? Le droit moderne doit en effet à Kant d'avoir superbement théorisé l'interdiction de prendre l'homme et sa sociabilité comme des champs de l'expérience : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en

---

<sup>109</sup> Rapport public 1996, *EDCE*, n°48, p. 51.

même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen<sup>110</sup> ». Or, les récentes expérimentations de l'article 37.1C relatives à la loi sur la maîtrise de l'immigration du 20 novembre 2007, qui expérimentent des politiques publiques sur l'identité génétique et la liberté des individus, sont l'indice d'un dépassement du droit moderne. Dans le même sens, les interrogations qui accompagnent les lois de bioéthique, la juridicisation des confins de la vie ainsi que la reconnaissance de droits spécifiques à des minorités, bousculent aussi l'étalon normatif classique. Le droit, traditionnellement clair et inaltérable, laisse de plus en plus souvent la place à un désordre de lois superflues et de décrets jetables<sup>111</sup>. C'est donc dans cette atmosphère brumeuse de confusion morale et légale, qu'il est possible de conclure que l'inscription de l'expérimentation dans le marbre de la norme fondamentale est le signe de l'avènement d'une post-modernité constitutionnelle.

---

<sup>110</sup> E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs, deuxième section*, traduit par V. Delbos, Poche, 1993, p. 105.

<sup>111</sup> J. Fialaire, *Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité : Les apparences et "faux-semblants" d'une prétendue territorialisation des normes*, op. cit., p. 14.