

Examen, sur le rapport de Monsieur Georges VEDEL, de la loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire.

-oOo-

La séance est ouverte à 11 h 45 (1), tous les membres étant présents.

Monsieur BADINTER, Président : "Parfait, Monsieur le Doyen, c'est à vous".

Monsieur VEDEL, rapporteur, déclare que pour cette séance "initiatique" et l'accueil d'un nouveau membre il eût été plus prestigieux d'avoir à traiter de grands principes. Or, cette saisine soulève une querelle principalement corporatiste. Au-delà de l'enchevêtrement des textes législatifs et réglementaires, les intérêts en jeu sont limités. Il y a, poursuit le rapporteur, un paradoxe : nous sommes saisis de la loi toute entière, mais la critique ne porte que sur un point précis. Ceci est d'ailleurs étrange car, au cours des débats parlementaires, de grands principes, tels ceux de solidarité ou de l'organisation démocratique du service public ont été agités. Or, la saisine ne critique que la partie "administrative" de la loi. De même, n'est pas abordée la question de savoir dans quelle mesure il était possible de restaurer le secteur privé dans l'hôpital public ou de mettre en cause le "mandarinat". Pour le curieux de la chose, Monsieur VEDEL ajoute enfin que le Président et lui-même ont reçu la veille une personne intéressée dont l'audition a été sans doute favorisée par une confusion, due à une homonymie, sur la qualité de cette personne (2).

Le rapporteur expose ensuite que ce dossier a exigé de lui plus d'application que d'enthousiasme. Certes, si le temps passé à l'examen d'une affaire est sans rapport avec son importance, il a fini cependant par aimer cette affaire tant il est vrai que "ce ne sont pas les enfants les plus beaux qui sont les plus chéris".

Cette affaire soulève deux questions. D'abord, elle fait intervenir le fameux principe d'égalité, (I) principe si souvent évoqué, dont la mise en oeuvre est très délicate et qui soulève les critiques les plus justifiées de la doctrine. "Dans notre jardin, ce n'est pas la fleur la mieux venue" car ce principe fait l'objet d'une construction équivoque.

(1) La réunion du Conseil fait suite à la cérémonie de prestation de serment de Monsieur Francis MOLLET-VIEVILLE, qui a eu lieu le matin même à 11 heures au Palais de l'Elysée.

(2) Allusion à un entretien avec le Professeur André MATHE alors que le Doyen VEDEL pensait rencontrer Monsieur le Professeur Georges MATHE.

.../...

(II) En second lieu, cette affaire conduira le Conseil à porter une interrogation sur la manière de libeller le dispositif de la décision.

I. Se tournant vers Monsieur Francis MOLLET-VIEVILLE, Monsieur VEDEL souligne qu'il ne suivra pas l'ordre traditionnel d'exposé des rapports devant le Conseil, car il convient ici de poser le décor du contentieux soulevé par la saisine. Pour ce faire, le rapporteur rappelle qu'avant 1984 les établissements d'hospitalisation publics étaient organisés, en vertu de la loi du 31 décembre 1970, en services placés sous l'autorité de chefs de service. La loi du 3 janvier 1984, adoptée après bien des péripéties, a apporté diverses réformes dans l'hôpital. Pour ce qui intéresse le Conseil, il convient de noter que le département, complexe de services, a remplacé le service, le chef de département, assisté d'un conseil de département remplaçant le chef de service. Cette loi de 1984 aurait entraîné des bouleversements si elle avait fini par être appliquée. Dans les faits, la pluralité des hôpitaux ont pris leur temps.

En 1986, la nouvelle majorité revient sur le système mis en place par le texte de 1984 mais non dans les faits. Cette loi qui vous est déférée revient à l'organisation par services. Toute la clef de l'affaire est là : il n'y a pas eu création de services, disparition de ces services puis réapparition de ces derniers mais, au contraire, il y a eu une période de transition pendant laquelle les anciens services n'ont pas disparu. Cette période de transition pendant laquelle les services ont survécu tient tant aux délais nécessaires à la mise en application de la loi de 1984 créant les départements qu'au fait que "les exécutants ont, il faut le reconnaître, traîné les pieds".

Le rapporteur fait grâce au Conseil de la lecture des dispositions des trois décrets (décrets n° 84-131, n° 84-135 du 24 février 1984 et n° 85-384 du 29 mars 1985) qui ont organisé la période transitoire respectivement pour les praticiens hospitaliers, les personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires et enfin les praticiens exerçant leur activité à temps partiel dans les établissements d'hospitalisation publics. Il en expose le contenu : jusqu'à la mise en place des départements, les chefs de service sont maintenus dans leurs fonctions et leurs prérogatives. Ils sont maintenus en fonction et même ils sont parfois remplacés.

Intervient ensuite le décret du 28 décembre 1984 qui interdit, à compter du 1er janvier 1985, de nommer de nouveaux chefs de service mais permet seulement de désigner des intérimaires qui, est-il précisé dans le texte, ne peuvent se prévaloir du titre de chef de service.

Enfin, la loi de 1987, qui vous est déférée, intervient à son tour dans un contexte où une grande partie du régime antérieur à 1984 a survécu au titre des mesures transitoires, mais où ce régime n'a pas survécu partout.

Au total, indique le rapporteur, on se trouve en présence de trois catégories : les chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 et toujours en fonction dans leur service, les chefs de service nommés après cette date et faisant fonction de chef de service et, enfin, les chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 et qui ont muté depuis cette date.

.../...

Le rapporteur se demande alors quelles solutions s'offraient à l'administration "au moment de remettre les pendules à l'heure".

Une première solution consistait à renommer l'ensemble des intéressés soit, environ 7 500 personnes : l'administration a jugé que ce n'était pas très expédient. Alors, elle a décidé, et c'est la solution retenue par la loi, que tous les gens nommés avant le 31 décembre 1984 et qui sont toujours en place en 1987 seraient maintenus en fonction et renommés automatiquement. Ce faisant, trois catégories sont exclues du bénéfice de la nomination automatique : les chefs de service qui n'ont pas conservé leurs fonctions, les "faisants fonction de chef de service" désignés après le 31 décembre 1984 et enfin les chefs de service, nommés avant 1984, mais qui ont muté. Monsieur VEDEL souligne que cela se trouve très exactement traduit dans le texte du premier alinéa de l'article 7 de la loi dont il donne lecture afin que l'on puisse bien comprendre les questions qui vont se poser. Il note, pour l'anecdote, qu'il convient de lire "sera nommé" et non "est nommé", comme a cru pouvoir l'indiquer le service de la séance du Sénat. En effet, en écrivant "sera nommé", le législateur n'a pas agi par inadvertance comme cela ressort des discussions qui ont eu lieu lors de l'examen du projet de loi par le Conseil d'Etat. Le projet soumis au Conseil d'Etat comportait l'expression "est nommé". Le Conseil d'Etat avait fait valoir qu'il n'appartenait pas au législateur de nommer des fonctionnaires ; cela relevait du pouvoir de l'exécutif, même si ce pouvoir était lié. Le Gouvernement s'était sur ce point rangé sagement à l'avis du Conseil d'Etat. Par contre, Monsieur VEDEL indique que la question, pour le Conseil, la plus épineuse, n'avait pas été discutée devant le Conseil d'Etat (3). Poursuivant la description du processus législatif du texte, adopté selon la procédure d'urgence, compte tenu des conclusions de la commission mixte paritaire, il expose les positions des différents intervenants. L'opposition a montré son hostilité au système de la renomination automatique sans toutefois que l'on puisse déceler les raisons de cette hostilité. Est-ce pour le principe ? Est-ce parce que le régime dérogatoire ne s'applique pas à d'autres catégories ? Il souligne que s'agissant des personnes ayant muté plusieurs solutions ont été proposées. Finalement, on est arrivé au texte déféré qui déroge au régime de nomination prévu à l'article 2 de la loi pour le "bloc" des chefs de service nommés avant 1984 et qui prévoit leur nomination automatique pour cinq ans. De ce fait, sont exclus du bénéfice de ce régime dérogatoire les chefs de service ayant quitté leurs fonctions, les faisants fonction de chef de service et enfin les chefs de service ayant muté.

(3) La rédaction de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat était la suivante : "Tout médecin, biologiste ou odontologiste hospitalier qui avait été nommé chef de service avant le 31 décembre 1984, à condition qu'il continue d'exercer, à la date de promulgation de la présente loi, les responsabilités afférentes à cette fonction, sera nommé, à compter de la même date et pour la durée définie à l'article 20-2 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, chef du service dans lequel il exerce ces responsabilités".

.../...

Le rapporteur note au passage qu'en retenant, comme date de nomination, "avant le 31 décembre" et compte tenu de l'entrée en vigueur des dispositions transitoires "à compter du 1er janvier 1985", le jour du 31 décembre n'est pas couvert par la loi. Il ajoute qu'heureusement il n'y a pas eu de nomination de chef de service ce 31 décembre !

Abordant la saisine, il en souligne la brièveté d'où son caractère quelque peu énigmatique. Il se demande, par ailleurs, comment les intéressés ont pu mobiliser soixante sénateurs pour la signer. Deux observations méritent cependant d'être faites. Tout d'abord et conformément à la Constitution, on défère la loi au Conseil, même si la critique ne porte que sur le premier alinéa de l'article 7. Si le Conseil suit les conclusions de son rapporteur, à savoir la non-contrariété à la Constitution des dispositions critiquées, il dira cependant que l'ensemble de la loi n'est pas contraire à la Constitution, sauf s'il relève d'office d'autres vices. D'autre part, les critiques faites par les sénateurs sont simples ; elles posent la question de savoir pourquoi ont été exclus du bénéfice du régime dérogatoire d'abord les chefs de service nommés après 1984, ensuite les chefs de service qui ont muté, cas qui ne peut être considéré comme un démerite. Aussi, les sénateurs estiment que le texte viole à la fois l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en tant qu'il garantit l'égal accès aux emplois publics (et l'emploi de chef de service est un emploi public) et le principe d'égalité dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires reconnu par notre jurisprudence.

A cette saisine, le Gouvernement a répondu par une note établie pendant les vacances et qui n'a peut-être pas toute la clarté et la rigueur nécessaires. En effet, pour être énergique, la défense n'est pas excellente. Dans ces conditions, Monsieur VEDEL indique au Conseil qu'il s'en tiendra aux arguments qu'il a retenus.

Monsieur VEDEL constate tout d'abord que la critique ne concerne pas le principe même de la dérogation, mais la discrimination faite dans l'application de cette dérogation. Il pense que le devoir du Conseil est d'aller plus loin et qu'il convient de s'interroger sur la constitutionnalité de la dérogation posée par le texte. Sur ce point, il ne croit pas que le Conseil ait d'inquiétudes sérieuses à se faire. Il rappelle en effet que, dans sa décision n° 83-153 du 14 janvier 1983, le Conseil, ayant à examiner le recrutement dit de la troisième voie à l'E.N.A., a pris une position claire qui trouve ici à s'appliquer. Il cite le considérant suivant de cette décision : "Considérant que, si le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il 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 différenciée pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public". Du point de vue du rapporteur, cette décision couvre la difficulté présente. D'autre part, selon le rapporteur, il est évident que la

.../...

continuité du service public justifie la nomination de chefs de service confirmés. Si le Conseil critiquait le principe même de la dérogation, sa décision rendrait malheureuses les administrations qui ne pourraient plus recourir, comme elles le font couramment, à des intégrations d'agents dans de nouveaux corps. Ainsi, pour le rapporteur, on se trouve en face d'une pratique constante et inévitable de l'administration et cela est couvert par des principes affirmés par le Conseil constitutionnel. Il n'y a donc pas de problème en ce qui concerne le principe même de la dérogation, restent alors les deux critiques soulevées dans la saisine.

S'agissant de la première critique, il convient de s'interroger sur la date retenue, à savoir le 31 décembre 1984. Cette date ne semble pas évoquer une idée d'ancienneté. En fait, c'est plus simple et le législateur aurait pu faire l'économie de la référence à cette date. Car, après le 31 décembre 1984 et en vertu de l'article 42 du décret du 28 décembre 1984, il apparaît qu'aucun chef de service n'a pu être nommé. Monsieur VEDEL donne lecture de cet article en insistant sur le fait qu'après cette date, la désignation, à titre intérimaire, selon une procédure différente de celle prévalant avant 1984, ne permet pas aux intéressés de se prévaloir du titre de chef de service. Dès lors, ce premier grief est une sorte de mauvaise manière que l'on peut écarter d'emblée.

En effet, les requérants invoquent le principe d'égalité à l'égard de personnes placées dans des situations différentes quant à leur recrutement (dans un cas, avant 1984, le recrutement est complexe et centralisé, dans l'autre il est étroitement localisé) et aux effets de la nomination (soit des titulaires, soit des intérimaires qui ne peuvent, de plus, se prévaloir du titre de chef de service). Dans ces conditions, il est évident, déclare le rapporteur, que le principe d'égalité ne peut jouer en faveur des "faisant fonction". "Là-dessus, pas de problème".

Reste alors la deuxième critique qui, pour Monsieur VEDEL, est non pas plus difficile à comprendre mais à résoudre. Pourquoi, en effet, la loi a-t-elle exclu ceux des chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 au motif qu'ils ont fait l'objet d'une mutation. En effet, si la mutation est parfois une mesure disciplinaire, en général elle est faite à la demande de l'intéressé ou dans l'intérêt du service. D'après les éléments recueillis, les mutations de chefs de service sont intervenues à leur demande.

Dans ces conditions, les requérants soutiennent que, si la mutation est normale, il n'y a pas de raison de priver du bénéfice de la dérogation les chefs de service qui ont muté.

Le rapporteur indique que, si le législateur avait voulu sanctionner les "mutants", il conviendrait de censurer le texte, mais, à ses yeux, la raison est autre et elle est facile à comprendre.

.../...

En effet, d'un côté il y a les chefs de service qui restent en place, ils sont là, ils y restent. De l'autre, il y a les mutants et, de ce fait, il y a risque de concurrence. Toute la clef du problème est là. Les premiers n'ont pas de concurrents, les seconds peuvent trouver, au sein du service où ils ont muté, des concurrents comme le montre le tableau annexé à la note du Gouvernement. Pour Monsieur VEDEL, tout le raisonnement tient à cela : il y a 7 276 chefs de service, sur ce total plus de 7 000 n'ont pas bougé, ils sont maintenus et automatiquement nommés, quant aux 178 qui ont muté, pour lesquels il n'est pas possible de faire jouer la règle automatique de la nomination sur place. Ils sont traités selon la procédure de nomination de droit commun. Donc, dès lors qu'on ne peut régler automatiquement, le législateur renvoie à la procédure de nomination ordinaire où le fait d'avoir été chef de service, nommé avant 1984, sera pris en compte. Monsieur VEDEL se déclare convaincu par ce type de raisonnement, dès lors que pour 95 % des cas il n'y a pas de problème et que pour les 5 % avec problème on renvoie à un examen au cas par cas. Ici, le bon sens ne paraît pas contraire à la Constitution. Le rapporteur se demande d'ailleurs comment il aurait été possible de faire autrement. Lors des débats, le législateur a cherché d'autres solutions et l'Assemblée nationale avait un moment choisi de donner la priorité aux chefs de services nommés avant 1984, ce qui aurait conduit à résoudre d'avance les cas particuliers. Pour cette raison, le Sénat a supprimé le système fondé sur la priorité.

Monsieur VEDEL se demande alors si cet usage du bon sens est vraiment constitutionnel. Dans sa note, le Gouvernement invoque en fait, sans le dire, le cas de force majeure législative en ce qui concerne les mutés. A la vérité, la suppression de la dérogation permettait de respecter le principe d'égalité.

Mais il semble au rapporteur qu'agir ainsi serait aller un peu vite ; cela reviendrait à entendre le principe d'égalité comme une espèce d'assurance tout risque contre les avatars des carrières. Or, il y a des aléas de carrière, notamment lorsque les carrières se font au sein d'un hôpital ou d'une université. Ainsi, deux assistants de même valeur ne seront pas nommés en même temps professeurs dès lors que le départ à la retraite ou la mort du titulaire interviendra plus tôt dans l'un des établissements. De même, s'agissant des concours, un candidat peut ne pas être admis une première fois parce qu'il est arrivé vingt-et-unième et qu'il y a seulement vingt places ouvertes. L'année suivante, le concours est ouvert pour quarante places, mais le candidat se trouve atteint par la limite d'âge.

D'autre part et surtout, il faut serrer de près la notion d'égalité et le principe selon lequel une différence de situation légitime une différence de traitement. Certes, mais "pas n'importe quelle différence, pas n'importe quelle situation" dit le rapporteur. Deux conditions doivent, selon lui, être réunies. La première est que la différence de situation soit objective et la seconde que cette différence de situation prise en compte ait un rapport avec la finalité de la loi et plus encore avec un principe de valeur constitutionnelle qui, en l'espèce, est celui de la continuité du service public. Enfin, Monsieur VEDEL indique qu'on peut y ajouter une troisième condition, qu'il n'a pas explicitement fait figurer dans son projet de décision, selon laquelle doit être respectée une certaine proportionnalité entre la différence de situation et la différence de traitement.

.../...

Ces conditions lui paraissent, au cas présent, réunies. En effet, la différence de situation est objective : les uns sont demeurés en place, les autres ont muté ; le rapport avec un principe constitutionnel, la continuité du service public, est évident ; enfin, la règle de proportionnalité est respectée.

Sur ce dernier point, il précise que s'il s'était trouvé face à une situation inverse où la procédure dérogatoire de nomination avait bénéficié à seulement 5 % des personnes concernées et où les 95 % autres auraient été nommés selon la procédure de droit commun, il n'aurait pas abouti aux mêmes conclusions. En effet, ni la continuité du service public, ni la bonne administration ne seraient alors favorisées par une telle loi. Mais ici, il y a gain et pour le service public et pour une bonne application de la loi.

De plus, l'effet de l'exclusion des mutés n'est pas celui de leur rejet "dans les ténèbres extérieures", d'autant que ces personnes seront semi-automatiquement nommées.

Le rapporteur se prononce donc pour la non-contrariété à la Constitution. Dans le cas contraire, il remarque qu'il faudrait empêcher la promulgation de l'article 7 dans son ensemble, ce qui n'améliorerait pas le sort des 178 mutants, dès lors que tout le monde serait soumis à la procédure de droit commun. Certes, un esprit ingénieux pourrait dire : on peut supprimer mais, pense le rapporteur, cela est impossible et ceci pour deux raisons. D'abord parce que le Conseil constitutionnel ne fait pas la loi ; et, s'il lui arrive de procéder à des censures partielles il faut en premier que cela soit grammaticalement réalisable et en second que de telles censures ne trahissent pas la volonté du législateur. Or, ici, on trahirait cette volonté. Ensuite, parce que le texte qui sortirait de cette opération serait inapplicable. En effet, le problème des mutants se retrouverait et l'administration aurait à faire face aux mêmes problèmes, sauf à nommer, dans un système à la Ubu, deux chefs de service à la tête du même service.

En conclusion et après un examen qui n'a pas été facile, Monsieur VEDEL propose cependant sans hésitation cette solution de non-contrariété. Il ajoute qu'il n'a rien relevé, dans le reste de la loi, à soulever d'office. La loi peut être pratiquement ou politiquement discutée, on ne peut rien lui reprocher au plan constitutionnel.

II. Monsieur VEDEL expose alors qu'à la faveur de l'examen de ce point de détail le Conseil va conclure à la conformité de l'ensemble de la loi. Il y a en effet quelque chose qui peut paraître choquant ou qui pourrait l'être à déclarer l'ensemble d'une loi conforme alors que n'ont été examinés que quelques articles de cette loi. Ainsi, s'agissant des lois de finances qui comprennent une centaine d'articles ou, peut-être, prochainement avec le projet de loi portant diverses mesures d'ordre social qui comporte des articles nombreux et variés, l'examen conclut à la conformité de l'ensemble et ne porte que sur quelques articles. Cependant, il estime que le Conseil ne peut pas

.../...

prendre en considération ce souci dont il ne méconnaît pas pour autant la valeur, mais, dit-il, "nous ne pouvons pas jouer avec les textes qui nous concernent". Il fait tout d'abord valoir un argument de bon sens. Quand le Conseil annule un article d'un texte, il déclare, dans le dispositif de la décision, que cet article est contraire à la Constitution et il peut, comme il le fait habituellement, ajouter que les autres dispositions de la loi ne sont pas contraires. Cette dernière précision peut ou non être faite et si elle n'est pas faite cela n'est pas important. Le raisonnement a contrario implicite permet d'inférer que les autres articles ne sont pas contraires. A l'inverse, et dans le cas présent, on ne peut envisager de déclarer que l'article 7 est conforme à la Constitution puis de s'en tenir là, car, a contrario, cela indiquerait cette fois que les autres dispositions de la loi ne sont pas conformes à la Constitution.

"Nous sommes devant notre statut de juge qui fait que nous sommes saisis de la loi dans sa totalité". Pour le rapporteur, en effet, l'article 61 impose au Conseil de dire si la loi qui lui est déférée est conforme à la Constitution. Le Conseil procède alors à une "troisième lecture" de la loi, faite, bien sûr, d'un point de vue exclusivement constitutionnel. En cela, le système de l'article 61 est dérogoratoire au droit juridictionnel habituel puisque le Conseil est saisi d'office de l'ensemble du texte. Seul le contrôle de la Cour des comptes peut lui être comparé. Monsieur VEDEL note cependant que le Conseil, avec le considérant que l'on peut appeler irrévérencieusement de considérant "balai" (Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen) se donne une "faculté de respiration" ; c'est une marge d'opportunité que le Conseil se donne, mais il ne peut pas aller plus loin - on objecte à cela qu'il est exorbitant de donner un label de conformité à des lois que le Conseil n'a pas le temps d'examiner. Mais, pour Monsieur VEDEL, il faut bien voir ce qui est une déclaration de non inconstitutionnalité. Une telle déclaration produit un effet formel, procédural et non de fond. Ainsi, la loi qui a été soumise au Conseil peut être promulguée.

L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil n'est pas une autorité doctrinale, c'est seulement ce que le Conseil a jugé sur un point déterminé à propos d'une loi déterminée. Si un jour le législateur reprend les termes mêmes d'une loi non censurée par le Conseil constitutionnel n'opposera-t-on pas alors le silence précédemment gardé par le Conseil ? Pour le rapporteur, il n'en est rien, la liberté du Conseil serait entière pour examiner la loi nouvelle : des dispositions identiques reprises dans la loi nouvelle ne sont pas couvertes par l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la possibilité de promulgation mais qui ne signifie pas que toutes les dispositions de la loi étaient constitutionnelles.

A ses yeux, l'immunité purement procédurale résultant de l'autorité de la chose jugée est la conséquence nécessaire du système. S'il en était autrement, le Conseil serait la seule juridiction qui ne pourrait pas changer de jurisprudence. Il faut donc accepter ces servitudes et ces contraintes. En effet, il n'est pas possible de dire c'est "S.G.D.G.". En conclusion, Monsieur VEDEL prie le Conseil de l'excuser d'avoir, à l'occasion d'une si mince affaire, développer une question aussi considérable.

.../...

Monsieur le Président remercie le Doyen VEDEL pour son rapport remarquable à l'occasion d'une question aussi ténue. Il le remercie d'avoir apporté de la clarté au milieu des ténèbres qui entourent les conditions de nomination des chefs de service. S'agissant de la partie finale de son rapport, il en souligne lui aussi l'extrême importance tout en ne partageant pas tout à fait les vues du rapporteur. En effet, le Conseil a pour mission de délivrer son estampille à des textes très longs, telles les lois de finances. Il craint qu'un jour le Conseil ne laisse glisser quelques inconstitutionnalités.

Monsieur VEDEL estime que la seule parade réside dans l'autorité de la chose jugée et non dans la rédaction des dispositifs. Il indique qu'il en va de même des arrêts de rejet du Conseil d'Etat, dont l'effet relatif aboutit à ce qu'avec d'autres moyens et dans d'autres circonstances l'acte peut être de nouveau attaqué. Aussi, le seul remède à une rédaction des décisions que la Constitution impose c'est qu'il soit bien entendu qu'une loi nouvelle, reprenant des dispositions déjà soumises au Conseil, serait réexaminée. Il ajoute d'ailleurs que, si dans ses notes le Gouvernement invoque le silence du Conseil sur de telles dispositions, cela n'a jamais gêné les différents rapporteurs du Conseil pour les examiner.

Monsieur le Président constate que c'est une question très importante que le Conseil verra sûrement revenir. S'agissant de la loi déferée, elle lui rappelle la réponse du Duc d'Artois à Talleyrand lors de son retour d'immigration. A Talleyrand qui demandait : "Alors Monseigneur qui est-ce qui vous étonne le plus ?" le Duc d'Artois avait répondu : "D'y être". Pour le Président c'est d'avoir été saisi.

Monsieur LECOURT indique qu'il n'a pas de difficultés de fond sur la solution proposée. Il fera, lors de la lecture, une remarque rédactionnelle concernant le premier considérant de la page 3 afin d'élargir le texte qu'il estime trop étroit. Il a d'ailleurs noté que, sur ce point, le rapport oral était plus prudent que le projet de décision.

Monsieur VEDEL : "Le rapport est une dissertation. Le texte du projet est l'impérium".

Monsieur FABRE observe tout d'abord que, lors des débats devant l'Assemblée nationale, les critiques "volaient assez bas", notamment en ce qui concerne le cas des députés qui voulaient retrouver un poste de chef de service après leur mandat.

Monsieur VEDEL : "Il n'y a pas 7 000 députés chefs de service".

Monsieur FABRE : Le problème, à ses yeux, est celui de la mutation, de la mutation volontaire, et qui n'est donc pas une sanction. Il s'interroge aussi sur le point de savoir si la qualité de chef de service correspond à un titre, un grade ou une fonction. Il se demande si un chef de service qui mute perd son titre du fait que sa mutation l'amène dans un établissement organisé en département. Il demande enfin au rapporteur s'il peut indiquer combien de chefs de service sont concernés par ce cas de figure.

.../...

Monsieur VEDEL indique à Monsieur FABRE que son interrogation est la justification même du texte. En effet, il y a une multitude de cas particuliers. Voilà pourquoi le texte pose la règle de la nomination au cas par cas dès qu'il y a problème ; il indique que les deux praticiens que le Président BADINTER et lui-même ont reçu la veille étaient dans cette situation.

Monsieur FABRE souligne pour l'approuver que le projet de décision prend la précaution d'indiquer que, pour les chefs de service ayant muté, il devra être tenu compte de leurs titres et fonctions.

Monsieur JOZEAU-MARIGNE : "C'est très bien".

Monsieur VEDEL indique que l'administration est soucieuse de ne pas faire de vagues et qu'il y aura sans doute des créations de postes.

Monsieur le Président constate qu'en définitive il y a une catégorie à qui il peut être reconnu une situation particulière. Pour quel motif ? Peu importe, c'est l'affaire du législateur.

Monsieur SIMONNET retient, quant à lui, deux choses. D'une part, la proportion n'est pas de 95 % mais de 97,5 %. D'autre part, il souligne que les députés chefs de service ne pourront pas être nommés car, étant députés, ils ont nécessairement cessé d'occuper leurs fonctions.

Monsieur le Président invite alors Monsieur VEDEL à donner lecture de son projet de décision.

A la demande de Monsieur LECOURT, au troisième considérant, est substitué au membre de phrase "au détriment des praticiens" la formule "et non aux praticiens".

Monsieur VEDEL propose de compléter la première phrase du considérant 13 par les mots : "ce qui correspond d'ailleurs à la généralité des cas", afin de traduire, dans la décision, la condition de proportionnalité qu'il a exposée dans son rapport oral.

Monsieur le Président déclare n'être pas sûr qu'il faille faire application du principe de proportionnalité : il craint que la doctrine ne glose sur un a contrario.

Monsieur le Secrétaire général fait observer que le "d'ailleurs" montre que c'est surabondant, donc qu'il n'y a pas à craindre d'a contrario.

Monsieur le Président pense que la doctrine dira : C'est la justification in concreto.

Monsieur VEDEL souligne que cette adjonction n'est certes pas indispensable, mais qu'elle est utile.

Monsieur JOZEAU-MARIGNE note que l'on peut la considérer plus comme le constat d'une situation que comme un argument de conformité.

.../...

Monsieur LECOURT se dit réservé, dans la mesure où le Conseil donnerait l'impression de s'immiscer dans les justifications de fait.

Finalement, cette adjonction n'est pas apportée au texte.

Monsieur LECOURT, comme il l'avait annoncé, demande que dans le considérant 14 l'adjectif "justifiée", figurant vers la fin de la première phrase, soit remplacé. En effet, l'emploi de cet adjectif donne à penser que le Conseil exige que le législateur se justifie. Il préférerait, pour sa part, une expression comme "fondée sur" ou "est en rapport avec".

Monsieur VEDEL dit que "justifiée" a un sens subjectif, au sens de bien ou mal justifié, et un sens objectif, équivalent à pertinent. Il propose, dans ce cas, d'écrire "motivée". Sur le fond, il observe que, dans le cas des lois de validation, le Conseil examine bien les motivations du législateur.

L'adjectif "motivée" est retenu.

L'ensemble du projet de décision est adopté.

Monsieur MOLLET-VIEVILLE demande alors la parole pour exprimer au Président et aux membres du Conseil un sentiment et leur faire part d'un engagement.

Il éprouve un sentiment d'émotion à la pensée de prendre la suite de Maître MARCILHACY qu'il a bien connu et ceci depuis longtemps. Ils étaient, en 1940, à Saumur, dans la même promotion. Ils se sont bien connus à la Conférence du stage. Il a suivi, pendant les quatre mois où Maître MARCILHACY était hospitalisé au Val de Grâce, la souffrance d'un ami. Il prend, auprès du Conseil, la succession d'un ami pour achever son mandat.

Il veut aussi faire part d'un engagement. Celui de suivre l'exemple des membres du Conseil. Avec l'expérience qui est sienne et en comptant sur l'indulgence de ses collègues, il les assure de son dévouement complet à l'égard du Conseil et de sa disponibilité totale vis-à-vis de l'institution.

Monsieur le Président remercie Monsieur MOLLET-VIEVILLE pour son intervention en soulignant qu'il a anticipé sur les propos qui doivent marquer le repas amical auquel il est convié maintenant ainsi que tous les membres.

La séance est levée à 13 h 30.

Loi relative aux établissements
d'hospitalisation et à
l'équipement sanitaire

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 26 juin 1987, par MM. Jules FAIGT, Marcel COSTES, Jean PEYRAFITTE, Léon ECKHOUTTE, Roland GRIMALDI, Philippe LABEYRIE, François LOUISY, Michel DREYFUS-SCHMIDT, Lucien DELMAS, Louis PERREIN, René REGNAULT, Philippe MADRELLE, André MERIC, Robert LAUCOURNET, André ROUVIERE, Robert GUILLAUME, Jacques BIALSKI, Marcel BONY, Maurice PIC, Claude ESTIER, Jean-Luc MELENCHON, Paul LORIDANT, Jacques BELLANGER, Guy PENNE, Charles BONIFAY, Roger QUILLIOT, Robert SCHWINT, William CHERVY, Raymond COURRIERE, Roland BERNARD, Georges BENEDETTI, Jean-Pierre BAYLE, Gérard ROUJAS, François AUTAIN, Franck SERUSCLAT, Guy ALLOUCHE, Gérard GAUD, Michel MOREIGNE, Albert RAMASSAMY, Michel MANET, Marc BOEUF, Albert PEN, Marcel DEBARGE, Roland COURTEAU, Bastien LECCIA, Marcel VIDAL, Jean-Pierre MASSERET, Jacques CARAT, Mme Irma RAPUZZI, MM. Germain AUTHIE, André DELELIS, Pierre MATRAJA, Félix CICCOLINI, Fernand TARDY, Raymond TARCY, Gérard DELFAU, Michel DARRAS, Tony LARUE, Louis LONGEQUEUE, Michel CHARASSE, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

.../...

Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire ; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que l'alinéa premier de l'article 7 de cette loi serait contraire à la Constitution ;

Considérant que ledit alinéa premier de l'article 7 est ainsi conçu : "Par dérogation aux dispositions de l'article 2 de la présente loi relatives à la procédure de nomination des chefs de service, tout médecin, biologiste ou odontologiste hospitalier qui avait été nommé chef de service avant le 31 décembre 1984 et qui n'a pas fait l'objet d'une mutation depuis cette date, à condition qu'il continue d'exercer à la date de publication de la présente loi ces responsabilités, sera nommé, à compter de la même date et pour la durée définie à l'article 20-2 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 précitée, chef du service dans lequel il exerce ces responsabilités" ;

Considérant que les auteurs de la saisine font valoir que les dispositions précitées comportent, quant au bénéfice de la dérogation qu'elles prévoient, une double discrimination, d'une part en ce qu'elles réservent ce bénéfice aux seuls chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 au détriment des praticiens exerçant les mêmes responsabilités de chef de service nommés après cette date, d'autre part en ce qu'elles excluent de ce bénéfice les chefs de service même nommés avant le 31 décembre 1984 mais ayant, depuis cette date, fait l'objet d'une mutation ;

Considérant que, selon les auteurs de la saisine, cette double discrimination serait contraire tant au principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'au principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics, lesquels ont l'un et l'autre valeur constitutionnelle ;

- SUR LA REFERENCE A LA DATE DE NOMINATION :

Considérant qu'il est fait grief aux dispositions du premier alinéa de l'article 7 de réserver le bénéfice de la nomination automatique comme chef de service dans le cadre de la nouvelle loi aux chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 et donc de refuser ce bénéfice aux praticiens exerçant les responsabilités de chef de service nommés après cette date ;

Considérant que, modifiant la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, les articles 4 et 5 de la loi n° 84-5 du 3 janvier 1984 portant diverses mesures relatives à l'organisation du service public hospitalier avaient substitué à l'organisation des établissements d'hospitalisation publics par services dirigés par des chefs de service une organisation par départements dirigés par des chefs de département assistés d'un conseil de département ; que la loi présentement examinée est revenue au système de l'organisation par services ;

Considérant que, cependant, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1984, par l'effet de diverses mesures transitoires résultant de l'article 91 du décret n° 84-131 du 24 février 1984 portant statut des praticiens hospitaliers, de l'article 86 du décret n° 84-135 du même jour portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires, de l'article 69 du décret n° 85-384 du 29 mars 1985 portant statut des praticiens exerçant leur activité à temps partiel dans les établissements d'hospitalisation publics, les praticiens qui, à la date de publication de celui des décrets concernant leur catégorie, avaient la qualité de chef de service continuent à exercer les responsabilités afférentes à cette qualité jusqu'à l'installation dans leur établissement des départements institués par la loi du 31 décembre 1970 modifiée ;

Considérant que, toujours sous l'empire de la loi du 3 janvier 1984, l'article 42 du décret n° 84-1196 du 28 décembre 1984 relatif aux départements hospitaliers dispose, au titre des mesures transitoires, qu'en cas de vacance d'un poste de chef de service survenant dans un établissement d'hospitalisation public entre le 1er janvier 1985 et la date de l'installation des chefs de département et des conseils de département, "ces fonctions sont confiées à titre intérimaire à un praticien hospitalier de même discipline exerçant dans

.../...

l'établissement. Ce praticien est désigné par le commissaire de la République après avis de la commission médicale consultative et du conseil d'administration de l'établissement. Il exerce les responsabilités afférentes aux fonctions de chef de service, telles qu'elles sont définies à l'article 106 du décret du 17 avril 1943..., sans toutefois pouvoir se prévaloir du titre de chef de service" ;

Considérant qu'il suit de là que, si les praticiens placés à la tête des services postérieurement au 31 décembre 1984 exerçaient les responsabilités afférentes aux fonctions de chef de service, ils n'étaient désignés qu'à titre intérimaire selon une procédure différente de celle applicable antérieurement à cette date à la nomination des chefs de service ; qu'il leur était interdit de se prévaloir du titre de chef de service ; qu'ainsi ni le principe de l'égal accès aux emplois publics ni le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics n'exigeaient que leur soit étendu le bénéfice de la dérogation établie en faveur des praticiens nommés chefs de service avant le 31 décembre 1984 selon une procédure différente et en qualité de titulaires ;

.../...

Considérant que, dès lors, la référence faite à la date du 31 décembre 1984 par l'alinéa premier de l'article 7 de la loi pour définir le champ d'application du régime dérogatoire en matière de nomination des chefs de service n'est pas contraire à la Constitution ;

- SUR LE REFUS DU BENEFICE DE LA DEROGATION AUX CHEFS DE SERVICE AYANT FAIT L'OBJET D'UNE MUTATION :

Considérant que l'alinéa premier de l'article 7 de la loi déferée au Conseil constitutionnel exclut du bénéfice de la dérogation consentie en faveur des chefs de service nommés avant le 31 janvier 1984 ceux d'entre eux qui, depuis cette date, ont fait l'objet d'une mutation ;

Considérant que si, comme le font valoir les auteurs de la saisine, la mutation d'un agent public ne constitue ni nécessairement ni généralement une mesure disciplinaire dont l'existence justifierait un retard ou une interruption dans le déroulement normal de la carrière, il ressort des travaux préparatoires de l'alinéa premier de l'article 7 de la loi que le législateur n'a pas donné un tel fondement à la disposition présentement examinée ;

.../...

Considérant que, dans l'intérêt de la continuité du service public et d'une prompt application de la loi nouvelle rétablissant l'organisation par services, le législateur a pu juger expédient que, par une nomination automatique, fussent maintenus en fonction les chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 et ayant conservé leurs responsabilités ; que cette procédure, dérogatoire à la procédure de nomination applicable à l'avenir, aurait cependant présenté de graves inconvénients si elle avait été mise en oeuvre pour les chefs de service ayant fait l'objet d'une mutation après le 31 décembre 1984 ; qu'en effet, contrairement aux chefs de service ayant conservé leurs fonctions au sein du même service, les chefs de service mutés pouvaient se trouver, dans leur nouvelle affectation, en concurrence avec des responsables de services ou de départements ayant également vocation à une nomination ; que la situation de chacun d'eux ne pouvait relever que de l'examen concret de son cas particulier et donc de la procédure de droit commun régissant la nomination des chefs de service ; qu'ainsi ces chefs de service se trouvaient dans une situation de droit et de fait différente de celle de leurs collègues n'ayant pas fait l'objet d'une mutation ; qu'au demeurant, il appartiendra aux autorités et organes compétents, dans le cadre de la procédure de droit commun, de tenir compte des titres et des fonctions des chefs de service ne bénéficiant pas de la dérogation ;

.../...

Considérant que ni le principe d'égal accès aux emplois publics ni le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics ne s'opposent à ce que soient appliqués des traitements différents à des candidats ou agents se trouvant dans des situations différentes dès lors que cette différence de situation présente un caractère objectif et que sa prise en compte est justifiée par l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public ; qu'au vu des considérations ci-dessus rappelées, le législateur a donc pu, sans méconnaître des principes ou des règles de valeur constitutionnelle, limiter le régime dérogatoire prévu pour le maintien en fonction des chefs de service nommés avant le 31 décembre 1984 à ceux d'entre eux n'ayant pas fait l'objet d'une mutation depuis cette date ;

Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ;

D E C I D E :

Article premier.- La loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire n'est pas contraire à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du juillet 1987.