

CONCOURS ENM 2020

Droit public

Les extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif en droit public français contemporain

« Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle. » Cette appréhension, chère à Carl Schmitt, de la souveraineté comme volonté insurmontable s'imposant en dernier ressort, lorsque des temps impérieux l'exigent, nous paraît tout particulièrement appropriée pour analyser le sort qui est aujourd'hui fait à la souveraineté, ou pour être plus précis, pour analyser les mutations de la répartition des pouvoirs – expressions de la souveraineté – provoquées par l'actuelle crise sanitaire.

La notion de pouvoirs exceptionnels est familière au Conseil constitutionnel. Ainsi, dès la décision du 12 janvier 1977 *Fouille des véhicules*, il a estimé que « la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels » permettait de tenir en échec les principes essentiels de la liberté individuelle, avant de juger dans la décision du 25 janvier 1985 que l'instauration de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie était conforme à la Constitution. Malgré les différences nationales, on assiste, avec la crise sanitaire actuelle, à un même phénomène. Celui d'une réorganisation des pouvoirs au profit du pouvoir exécutif et au détriment du pouvoir législatif, notamment pour des raisons de célérité et de flexibilité.

Le temps de l'urgence n'est pas le temps politique du débat. Situation problématique, lorsque l'exception tend à devenir la norme, déséquilibre structurel de la répartition des pouvoirs et danger pour la démocratie. Il est vrai que chaque crise, de quelque nature qu'elle soit et quelle que soit son ampleur ou sa durée, affecte également ses institutions. Les situations d'urgence nécessitent des adaptations rapides et efficaces de la part du pouvoir politique. C'est sur la base de ce truisme que se déploie classiquement l'argumentaire favorable au renforcement de l'exécutif et à la dégradation simultanée du rôle du pouvoir législatif... Le pouvoir exécutif doit pouvoir être entendu ici de manière très large, qu'il s'agisse des autorités étatiques nationales (Président de la République, Premier ministre et, plus généralement, Gouvernement – art. 13, 19, 20, 21, 37 C) ou locales (autorités déconcentrées et plus principalement les préfets) ou des autorités exécutives des collectivités territoriales (72 C).

Dans l'un des passages les plus célèbres de son œuvre *De l'esprit des lois*, Montesquieu a pu affirmer « qu'il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux ». Cette affirmation correspond parfaitement à l'état d'exception au sens classique, « entendu comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril ». Les droits et les libertés sont les principales victimes de cette *jurislatio* exceptionnelle qui entraîne leur suspension temporaire, conformément aux prescriptions de l'article 15 de la Convention EDH, auxquelles font écho les régimes français de l'état de siège et de l'état d'urgence (*infra*). En reprenant Montesquieu, on doit cependant garder bien présent à l'esprit que ce n'est que « pour un moment » que le voile doit être mis sur la liberté. Comme l'a souligné le Conseil d'État (2005 *Allouache*), « dans un État de droit » il est en effet de la « nature » même d'un « régime de pouvoirs exceptionnels » d'être limité, non seulement « dans l'espace », mais aussi et surtout « dans le temps ». Et c'est certainement dans la volonté du juge administratif d'éviter que le voile ne se transforme en chape de plomb définitive sur les droits fondamentaux, qu'il faut rechercher la justification de l'extension de son contrôle.

Aujourd'hui, la notion d'état d'exception focalise tous les regards. En réalité, si cette situation génère, en tant que circonstance exceptionnelle, une extension non moins exceptionnelle des compétences du pouvoir exécutif, il n'en demeure pas moins qu'il existe, en dehors de toute période « anormale », des cas où ce dernier outrepassa ses compétences, sans que cela soit systématiquement sanctionné. De plus, parallèlement, ou en marge, des régimes légaux en période exceptionnelle, on a assisté au

développement de régimes « exceptionnels » en période normale. Face à une menace, réelle ou supposée, ces régimes se traduisent par la mise en place de mécanismes particuliers de prévention et de répression des atteintes à l'ordre public conférant aux autorités de police des pouvoirs exorbitants du droit commun. Or, bien qu'ils soient souvent adoptés en urgence et dans un contexte spécifique, ces régimes contemporains ont une nature potentiellement permanente qui les distingue de l'état d'exception traditionnel, par essence provisoire. Ainsi, l'on peut légitimement se demander ce qui sépare encore les régimes exceptionnels en période normale de ceux adoptés en période exceptionnelle.

Dans un premier temps, le pouvoir exécutif voit ses compétences étendues compte tenu de situations exceptionnelles

D'une part, les « circonstances exceptionnelles » constituent un terreau fertile et conjoncturel permettant au pouvoir exécutif d'étendre ses compétences et de déroger, ainsi, à la règle cardinale du principe de séparation des pouvoirs. D'abord, le régime constitutionnel de l'article 16 C, article d'exception pour une situation d'exception. Le régime prévu par l'article 16 est une sorte de dictature provisoire pour sauver la démocratie menacée ou la Nation en péril, ce qui constitue une forme de légitime défense. La mise en œuvre de cet article est soumise à un certain nombre de conditions de fond et de forme et ouvre une parenthèse dans le fonctionnement normal des institutions. L'exercice des pouvoirs de l'article 16 réalise une confusion des pouvoirs législatif et exécutif au profit du Président de la République et l'abstention du pouvoir juridictionnel. Le Président peut prendre toutes les mesures nécessaires. Il peut, pour ce faire, intervenir dans les domaines de compétence réservés par la Constitution au gouvernement ou au Parlement. La valeur de ses actes dépend du domaine dans lequel ils interviennent, législatif ou réglementaire. Ensuite, le régime de l'état de siège prévu à l'article 36 C doit également être mentionné car il se caractérise par le transfert de pouvoirs de police de l'autorité civile à l'autorité militaire, la création de juridictions militaires et l'extension des pouvoirs de police (cf. L2121-2 Code de la défense). Puis, vient le régime de l'état d'urgence « ordinaire » relevant de la loi du 3 avril 1955 qui dispose que l'état d'urgence peut être décrété soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. Il est déclaré par décret délibéré en Conseil des ministres ; il a pour effet d'étendre les prérogatives de police administrative. Plus récemment, le régime de l'état d'urgence sanitaire, issu de la loi du 23 mars 2020, vient apporter une nouvelle pierre à l'édifice de l'extension des pouvoirs de l'autorité administrative en cas de « catastrophe sanitaire » (venant ainsi contourner et aller au-delà du Code de la santé publique donnant au ministre chargé de la Santé des pouvoirs exceptionnels cas de « crise sanitaire »). Enfin, la théorie jurisprudentielle des « circonstances exceptionnelles ». Cette théorie a été consacrée par l'arrêt CE 1918 *Heyriès*. Elle consiste à admettre que dans certaines conditions, de très graves urgences, politiques ou sociales, le pouvoir exécutif peut s'affranchir du respect intégral et pointilleux de la loi afin de préserver les services publics et les intérêts de la Nation.

D'autre part, ces extensions exceptionnelles impliquent le plus souvent une violation de la séparation des pouvoirs et apportent aux libertés publiques des restrictions renforcées. D'abord, on le constate aisément, ces situations d'exception conduisent à une altération non équivoque de l'un des piliers de tout régime démocratique : le principe de séparation des pouvoirs (cf. art. 16 DDHC). Ainsi, ces situations d'exception permettent au pouvoir exécutif d'empiéter sur les prérogatives des autres pouvoirs institutionnels (cf. notamment la répartition des compétences entre 34 C et 37 C), atténuant ainsi la portée du principe de légalité. Dit autrement, les circonstances exceptionnelles sont une condition mais aussi une excuse pour appliquer un régime de légalité d'exception des actes administratifs. Ensuite, les atteintes aux libertés publiques sont d'autant plus fortes que ces régimes d'exception renforcent substantiellement les prérogatives des autorités administratives. La Convention EDH reconnaît elle-même, en son article 15, qu'en cas de guerre ou cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, tout Etat parti peut prendre des mesures

dérogeant aux obligations prévues par ladite Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige. De fait, l'état d'urgence confère à l'autorité administrative des pouvoirs de police dont elle ne dispose pas en temps normal, en lui permettant de prendre les mesures suivantes : interdiction de circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté, institution de zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé, interdictions de séjours, assignations à résidence, possibilité élargie de prononcer la dissolution d'associations ou de groupements de fait, pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons, lieux de réunions de toute nature, lieux de culte, pouvoir du ministre de l'intérieur d'ordonner des perquisitions en tout lieu, etc. Les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire sont topiques de ce mouvement.

Dans un second temps, le pouvoir exécutif voit ses compétences exceptionnellement étendues en période plus ordinaire

D'une part, on observe que le pouvoir exécutif bénéficie d'un certain nombre d'hypothèses lui permettant, en période « normale », de porter atteinte aux principes de base en matière de respect des compétences. Ainsi, au niveau national, des compétences étendues du Gouvernement à l'occasion de l'adoption des ordonnances de l'article 38 C, des hypothèses où le Président de la République signe en conseil des ministres des décrets alors qu'il n'est pas compétent (CE *Meyet*), surtout en période de fait majoritaire. Ainsi, au niveau local, de l'utilisation de la « clause générale de compétence » de la part des collectivités territoriales (uniquement pour les communes depuis 2015) ou du pouvoir d'expérimentation (72 C) par le biais du pouvoir réglementaire. Ainsi aussi, toujours au niveau local, de l'action du Préfet qui se substitue à la collectivité territoriale défaillante (CE *Doublet* 1959).

D'autre part, on observe également une contamination du droit commun par le droit dérogatoire. Les pouvoirs exceptionnels se présentent tels des matryoshka : de dimension exponentielle par rapport au droit commun, ils recèlent en leur sein une multitude de facettes qui les rendent géométriquement variables. En réalité, face à la persistance de menaces de haut niveau, la recherche d'une sortie d'un état d'exception incite à renforcer les prérogatives de police administrative en période normale. La loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne est topique de cette évolution, elle qui, frappée de plein fouet par les attentats du 11 septembre, devint une loi antiterroriste, sorte de *Patriot Act*, version *soft* à la française, et dont les dispositions censées être programmées pour une durée de vie limitée au 31 décembre 2003, ont finalement été prolongées par les *lois Sarkozy I* du 18 mars 2003 et *Perben II* du 9 mars 2004. Depuis cette date, de nombreuses lois relatives à la lutte contre le terrorisme ou contre les violences « de droit commun » instaurent des régimes exceptionnels en période normale : ex. de la loi de 2010 sur la dissimulation du visage ; loi du 30 octobre 2017 pour la lutte contre le terrorisme ; loi sur l'état d'urgence sanitaire ; projets de lois « séparatisme » et « sécurité globale » ; projet de loi pérennisant le cadre de juridique de la gestion des crises sanitaires ; loi de 2013 sur la sécurité intérieure ; code de la sécurité intérieure et hypothèses de dissolutions d'associations, etc. : dans toutes ces hypothèses en effet, les compétences du pouvoir exécutif, national ou local, sont fortement renforcées et ont pour la plupart un dénominateur commun, celui de l'extension des limites apportées à l'exercice des libertés. Puisqu'on assiste à une permanence du temporaire et que les nouveaux régimes exceptionnels sont apparemment affranchis de toute contrainte temporelle, ils doivent être limités dans leur étendue et leur portée et voir leur mise en œuvre assortie de garanties juridiques, faute de quoi on pourrait assister, sous l'effet d'un mouvement de généralisation incontrôlé, à l'instauration d'un « état d'exception permanent » conçu comme « un paradigme normal de gouvernement » et rendant inutiles, car dépassés, les pouvoirs prévus par les régimes légaux applicables en période exceptionnelle.

Dans un troisième temps, enfin, l'extension exceptionnelle des compétences du pouvoir exécutif donne lieu à un contrôle renforcé et garantissant, tant bien que mal, l'autonomie du pouvoir judiciaire

D'une part, le contrôle parlementaire existe. D'abord, en tant de situation d'exception. L'al. 4 de l'article 16 C prévoit que le Parlement se réunit de plein droit lors de la mise en œuvre de l'article 16 C. Concernant l'état de siège, sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ». En outre, et sans entrer trop ici dans les détails, le Parlement assure une réévaluation régulière du bien-fondé et de l'efficacité de l'état d'urgence. En effet, le Gouvernement est tenu de solliciter régulièrement l'accord du Parlement s'il entend maintenir l'état d'urgence. La déclaration initiale par le Gouvernement ne vaut que pour une durée maximale de douze jours, l'intervention de la représentation nationale est requise pour toute prolongation. De fait le Parlement est déjà intervenu à plusieurs reprises pour proroger l'état d'urgence décrété le 13 novembre 2015 (jusqu'en octobre 2017) et durant la première phase de la crise sanitaire entre le printemps et l'été 2020. Ensuite, le Parlement est naturellement pleinement associé à la procédure d'habilitation et de ratification des ordonnances de l'article 38 C.

D'autre part, le Conseil constitutionnel assure lui aussi son contrôle sur les extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif. D'abord, il contrôle la constitutionnalité des lois prorogeant les situations d'exception comme l'état de siège ou l'état d'urgence (61 et 61-C). Ensuite, il développe, depuis peu, un contrôle de constitutionnalité des ordonnances de l'article 38 C (n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 ; CE, 1er juillet 2020, n° 429132 ; CE, 28 septembre 2020, n°441059).

De troisième part, enfin, les procédures de contrôle juridictionnel produisent leurs effets. En période normale ou extraordinaire, l'exercice de la police administrative est soumis à contrôle juridictionnel déjà poussé (CE 1933 *Benjamin* notamment, puis mise en jeu de la responsabilité, cf. CE *Tomaso Greco*), que ce soit au fond ou en procédure d'urgence (référé suspension, L.521-1 CJA ; référé liberté, L.521-2 CJA) En tout état de cause, le juge exige que la limitation apportée à l'exercice des libertés corresponde à la gravité de la menace de trouble à l'ordre public. De même, les ordonnances de l'article 38 C sont soumises, au cours de la période d'habilitation, au contrôle classique du juge administratif et, principalement, du Conseil d'Etat (CE 1996 *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*). Cependant, il est des hypothèses où le contrôle juridictionnel est inefficace, voire inopérant (actes de gouvernement, mesures d'ordre intérieur ; CE *Rubin de Servens*). Maintenant, il est toujours possible de s'interroger sur l'effectivité et l'efficacité de ce contrôle juridictionnel, alors que l'on sait pertinemment que dans ces hypothèses, l'autorité judiciaire est de plus en plus marginalisée.

Que notre conclusion soit volontairement provocante en reprenant à notre compte les propos de Gilles Armand, les pouvoirs exceptionnels légalisés en période normale rejoindraient alors ceux applicables dans les circonstances exceptionnelles, rendant ces derniers *de facto* inutiles et obsolètes. L'État de droit lui, se trouverait placé dans la situation de ce serpent qui s'est mordu la queue et qui, à vouloir défendre la liberté à n'importe quel prix, y a finalement renoncé par l'institution d'un état d'exception permanent. Est-ce donc finalement pour un moment seulement que le voile peut être mis sur la liberté ?

Les sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle en droit public français contemporain

Les années 2019 et 2020 auront été fertiles sur le plan de l'actualité juridique afférente à la violation de la norme constitutionnelle : en 2019, le Conseil d'Etat reconnaît pour la première fois la responsabilité de l'Etat pour l'application d'une loi jugée inconstitutionnelle ; en 2020, le Conseil Constitutionnel, d'abord, « valide », au nom des circonstances exceptionnelles, la loi sur l'état d'urgence sanitaire malgré un vice de procédure, ensuite, s'autorise à contrôler la constitutionnalité des ordonnances de l'article 38 C alors qu'elles n'ont pas été ratifiées... Dans tous ces cas, il s'agit d'assurer et d'affirmer la primauté de la norme fondamentale, laquelle doit être comprise à la fois comme le texte même de la Constitution de 1958 ainsi que ces « adjonctions », constituant ainsi ce qui est communément appelé « bloc de constitutionnalité » (CC 1971 *Liberté d'association*).

La supériorité de la Constitution sur les autres normes juridiques s'inscrit dans une logique formelle, celle de la hiérarchie des normes juridiques, et a une logique substantielle, celle liée au principe de souveraineté nationale. Aujourd'hui, la Constitution de 1958 assure la réalité de cette supériorité constitutionnelle (Par ex. CE 1998 *Sarran*, Cass., 2000 *Mme Fraisse*...) en mettant en place un contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire un contrôle du respect de la Constitution par l'ensemble des normes juridiques. Si la notion de hiérarchie des normes est issue pour l'essentiel de la doctrine constitutionnaliste, elle implique naturellement la supériorité de la Constitution sur les autres normes juridiques. La hiérarchie des normes intéresse tous les actes de la vie en société, qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé. Mais elle intéresse surtout les actes produits par des organes publics ou des autorités publiques car ce sont eux qui définissent le droit applicable. La hiérarchie implique l'idée d'un classement. Celui-ci se fait par le degré d'autorité que possède chaque acte : il y a ainsi des normes supérieures dont dépendent des normes inférieures ou subordonnées. Dans notre système juridique, la Constitution est non seulement la première norme, au sens où elle est supérieure, mais elle est aussi la norme qui commande les autres, qui les organise ou les « distribue » entre les différents pouvoirs.

L'existence d'un réel contrôle de constitutionnalité en France tient autant à l'existence de mécanismes permettant la mise en œuvre de ce contrôle qu'à l'existence de normes de références adéquates. L'article 16 DDHC proclame que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». La réalité d'un contrôle de constitutionnalité exige, pour renverser cette proposition, que la Constitution contienne non seulement des règles relatives à la séparation des pouvoirs constitués, mais aussi des règles relatives aux droits et libertés fondamentaux. La Constitution ne s'intéresse plus seulement aux rapports entre les organes de l'Etat, mais aussi aux rapports entre l'Etat et les citoyens, en assurant leur protection. Si la légitimité de ce contrôle n'est en principe plus contestée, sa mise en œuvre rencontre des limites dont certaines ont été partiellement levées par la révision du 23 juillet 2008 introduisant la procédure QPC.

Aujourd'hui, l'essor des droits subjectifs conduit à placer toutes les normes sous l'empire de la Constitution, principalement en ce qu'elle protège et garantit les droits et libertés. Dès lors, afin d'assurer une meilleure protection des citoyens, les mécanismes de contrôles de constitutionnalité se multiplient et se diversifient, notamment en accompagnant l'évolution générale du droit et des institutions. Si la sanction classique – l'annihilation de la norme contraire – demeure et connaît une nouvelle vigueur grâce à la QPC (I), d'autres dispositifs existent, en complément, pour aborder en souplesse la question de l'inconstitutionnalité (II).

I. L'affermissement et la consolidation de la sanction classique de la méconnaissance de la norme constitutionnelle : la disparition de l'ordonnancement juridique.

La France a longtemps refusé le contrôle des lois par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité. C'est donc un contrôle par la voie d'action qui a été organisé, à partir de 1958, au profit du Conseil constitutionnel. Ce contrôle n'empêche pas, bien entendu, les juridictions ordinaires, administratives et judiciaires, d'exercer un contrôle de constitutionnalité des actes pour lesquels elles sont respectivement compétentes. Dès lors, le principe est celui-ci : toute loi inconstitutionnelle est nécessairement mauvaise et doit, à ce titre, être supprimée.

A. Le contrôle de constitutionnalité des lois, ou la consécration de la Constitution comme norme suprême, expression directe de la souveraineté nationale exprimée par le peuple français.

L'idée même d'un contrôle de la loi va à l'encontre de toute l'histoire politique française car la sacralisation de la loi, consacrée en 1789, à l'article 6 DDHC, voulait que le législateur composé de représentants du peuple souverain ne puisse pas se tromper. Sous la V^{ème} République, le contrôle de la constitutionnalité de la loi s'inscrit dans la volonté d'un affaiblissement du Parlement. En outre, il ne paraît plus choquant d'opposer la loi à la Constitution, expression encore plus solennelle de la volonté générale. C'est cette idée qu'exprime la décision 85-197 DC du 23 août 1985 : la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». La France a organisé pendant longtemps un contrôle qui n'était qu'a priori, concentré, des lois. Elle a introduit, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, un contrôle a posteriori des lois.

D'abord, le renforcement du contrôle a priori de constitutionnalité de la loi (61 C), conduisant à une censure totale ou partielle de la loi adoptée par le Parlement et à l'impossibilité, pour le Président de la République, de la promulguer en l'état. Dans un premier temps, après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel s'est principalement borné à exercer un contrôle procédural de la constitutionnalité de la loi : incompétence positive ou négative, vices de forme ou de procédure, détournement de pouvoir. Puis, inmanquablement, le Conseil constitutionnel a renforcé son office, à partir de la décision CC 1971 *Liberté d'association*, en consacrant non seulement le « bloc de constitutionnalité » mais aussi, et surtout, son rôle dans la protection des droits et libertés contenus dans les textes constitutionnels. Dès lors, la loi est non seulement examinée au prisme de la procédure, mais aussi du respect des lois et liberté. Par suite, le Conseil constitutionnel va, par le biais de sa propre politique jurisprudentielle, consolider son office en consacrant différents mécanismes que nous ne ferons, ici, que mentionner : « soulevé d'office », « considérant balai », « effet cliquet », « contrôle à double détente », etc. Il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel, suivant la méthode d'analyse du juge administratif, examine tant la « constitutionnalité externe » que celle « interne » de la loi. Au final, la sanction est rédhitoire : l'impossibilité de promulguer la ou les dispositions jugées non conformes à la constitution : elles n'entrent donc pas en vigueur.

Ensuite, l'émergence et la confirmation du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois (61-1 C), depuis la réforme constitutionnelle de 2008, par le biais du mécanisme de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), permettant ainsi de renforcer l'étendue du contrôle sur les lois et d'épurer l'ordonnancement juridique de textes non conformes à la loi fondamentale. Pour les articles jugés inconstitutionnels à la finale de la procédure (filtres par les juridictions de droit commun, puis transmission au conseil constitutionnel par l'ordre suprême), la sanction est dirimante : l'abrogation. Aujourd'hui, la QPC est inscrite durablement dans le paysage juridique national. Même si ces sanctions sont radicales, il existe tout de même des limites à leur mise en œuvre : l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de se saisir d'office d'une loi ; l'impossibilité pour lui aussi de contrôler les

lois adoptées par référendum (11 C ; CC, 1962, *Election du Président de la République au suffrage universel direct*) ou les lois constitutionnelles.

B. La censure, par le juge administratif, de tout acte administratif contraire aux normes de valeurs constitutionnelle

Il est généralement admis que le juge ordinaire peut contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif ou d'un acte de droit privé. D'ailleurs, ce contrôle de constitutionnalité ne représente pas pour les juridictions administratives comme pour les juridictions judiciaires une véritable nouveauté. L'on en trouve en effet des traces sous les Républiques précédentes tant dans la jurisprudence judiciaire que dans la jurisprudence administrative et il faut considérer que la mise en place d'un mécanisme de référé-liberté (L. 521-2 CJA) représente une accélération considérable, dans l'exercice par le juge administratif, d'un contrôle indirect de constitutionnalité, beaucoup de libertés étant consacrées dans la Constitution largement entendue. Mais le juge administratif se refuse à écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle : « *Si large qu'ait été [...] l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif [...]. Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard [...] même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle, selon nous, qu'en l'état du droit puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine qui vous est propre, des actes administratifs.* » Le président Latournerie, en concluant ainsi sur les arrêts CE 1936 *Arrighi* et *Dame veuve Coudert*, exprimait avec force le rôle que le juge administratif entendait alors être le sien dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce rôle n'a depuis lors pas substantiellement changé. Par ces deux arrêts, le Conseil d'État a jugé qu'« en l'état actuel du droit public français, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ». Il soulignait ainsi le motif fondamental qui avait déterminé le Conseil d'État à ne pas, selon ses propres termes, « sauter le pas » en se reconnaissant le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Selon cette théorie de la loi-écran, le juge ordinaire ne peut écarter l'application d'une loi contraire à la Constitution, car cette loi fait écran entre l'acte que le juge doit contrôler ou appliquer et la Constitution (application récente, CE 2005, *Deprez et Baillard*). Cette position a légèrement évolué en 2008 au prisme de la réforme permettant aux juridictions judiciaires et administratives de participer à la procédure QPC : soit elles estiment la disposition législative querellée constitutionnelle et la procédure s'arrête, soit au contraire, il existe un doute sur la constitutionnalité et la question peut remonter...Par contre, hormis cette exception, le juge administratif est tout à fait libre de censurer tout acte administratif, dans la mesure il est susceptible de recours contentieux, qui serait contraire à la Constitution : acte réglementaire, ordonnance de l'article 38 C, acte individuel, etc.

II. Le dépassement des mécanismes traditionnels par le développement et la diversification des sanctions.

La disparition totale de la norme inconstitutionnelle constitue une sanction radicale. Parfois dogmatique. Toutefois, d'autres mécanismes, plus pragmatiques, plus en accord avec les réalités concrètes, existent. Ils sont complémentaires dans la mesure où, s'ils sanctionnent, à leur manière, une inconstitutionnalité, ils permettent d'assurer la continuité de l'action publique tout en préservant les droits des citoyens et la sécurité juridique.

A. La création jurisprudentielle de sanctions souples, alternatives ou parallèles

D'un côté, et de sa propre initiative, le Conseil constitutionnel a trouvé, en exploitant le pouvoir général d'interprétation qui est inclus dans l'opération de contrôle de constitutionnalité, des

solutions alternatives pour échapper au caractère abrupt de la censure ou de l'abrogation des dispositions législatives considérées comme inconstitutionnelles. Premièrement, la technique des « réserves d'interprétation » lui permet de déclarer une disposition conforme à la Constitution (de la « sauver »), à condition qu'elle soit interprétée ou appliquée de la façon qu'il indique, faute de quoi elle pourrait ou devrait être censurée (CC, 1959, *Décision relative au règlement de l'Assemblée nationale*). Secondement, les pouvoirs de modulation dans le temps des effets des décisions de justice sont aujourd'hui pleinement intégrés dans l'office des juges français, en particulier dans celui du juge de l'excès de pouvoir (CE 2004 *Association AC !*). L'intérêt de la mise en œuvre de ces pouvoirs pour la protection de la stabilité des situations juridiques n'est plus à démontrer. Depuis l'entrée en vigueur de QPC, il convient d'ajouter la modulation temporelle fréquemment utilisée par le Conseil constitutionnel pour priver d'effet le principe - qu'il a lui-même posé (n° 2010-108 QPC 2011 *Loi relative à la pension de réversion des enfants*) - selon lequel la décision d'abrogation doit bénéficier à l'auteur de la QPC et aux requérants dont les instances sont en cours au jour de sa publication. Bien souvent, cela se traduit par un report dans le temps des effets de l'abrogation à une date ultérieure à celle de la publication de la décision (n° 2011-223 QPC 2012 *Loi relative à la garde à vue en matière de terrorisme*). Soulignons que ces deux techniques sont efficaces grâce à l'article 62 al. 2 C, déterminant l'autorité qui s'attache aux décisions du constitutionnel ainsi qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même. D'un autre côté, il est possible de mentionner, brièvement, le cas du contrôle facultatif des engagements internationaux (54 C) qui implique, le cas échéant, une révision de la constitution. D'un dernier côté, le juge administratif n'est pas non plus étranger à la question des sanctions « souples ». Déjà, soulignons-le d'emblée, il exerce un examen complet et approfondi de la conformité des textes législatifs – et réglementaires le cas échéant – à la Constitution dans l'exercice de sa mission consultative (39 C). Ensuite, le Conseil d'Etat a enrichi ses techniques de contrôle au service d'une meilleure protection des administrés. Il est possible d'en mentionner certaines, sans souci d'exhaustivité. Premièrement, la théorie de l'« écran législatif », hypothèse particulière lorsqu'un acte administratif est fondé sur une loi qui se borne à habiliter l'administration : dans ce cas, le juge administratif accepte de contrôler la constitutionnalité de l'acte malgré l'existence d'une loi ; sans la remettre en cause directement ; dans la mesure où la loi ne dit rien sur le contenu de l'acte, alors l'acte peut être inconstitutionnel sans que la loi ne le soit (CE 1991, *Quintin*). Deuxièmement, la technique de l'« abrogation implicite » procède d'une même logique : elle ne remet pas en cause le refus constant du juge administratif de censurer la loi au regard de la Constitution, mais elle permet d'affirmer la suprématie de cette dernière sur des textes de valeur législative qui ont été adoptés avant son entrée en vigueur et qui lui sont manifestement contraires (CE 1960, *Société Eky* ; CE 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*). Troisièmement, parfois, le Conseil d'Etat a pu dénier à certains textes ayant force de loi le caractère d'actes législatifs. Ce contrôle de l'existence de la loi, a conduit le Conseil d'Etat à juger, par exemple, qu'une ordonnance ayant « force de loi » en application de l'article 92 C, n'avait pu être regardée comme un acte ayant valeur législative, dès lors que le Président de la République demeuré en fonction jusqu'au 8 janvier 1959, dont les pouvoirs étaient encore déterminés par la Constitution du 27 octobre 1946, n'avait pas compétence pour la signer (CE 1960, *FNOSS et Fradin*).

B. La consécration et l'émergence récentes, au plus haut niveau, de la responsabilité comme sanction de la violation de la Constitution

La responsabilité remplit une fonction sanctionnatrice, voire moralisatrice, dans la mesure où elle implique un jugement porté sur une activité et conduit à stigmatiser comme fautifs certains actes ou comportements. La faute conserve une valeur symbolique qui n'est pas négligeable, ainsi qu'une vertu de clarification en ce sens qu'elle permet de connaître les limites d'une action. Depuis l'arrêt CE 1973 *Driancourt*, toute illégalité est fautive. Par conséquent, et il convient d'être bref sur cette question : à partir du moment où une juridiction censure une décision administrative (décret, arrêté, acte réglementaire ou individuel...) pour non-respect du principe de légalité – y compris, donc, pour violation de la Constitution le cas échéant, cf. *supra* –, la « victime » dispose donc d'un fondement

juridique pour engager la responsabilité de l'auteur de ladite faute. Cette solution est classique, mais jusqu'à présent, une méconnaissance de la Constitution par le Législateur ne pouvait servir de fondement à une telle démarche. Cependant, récemment, le Conseil d'Etat a proposé une avancée considérable : désormais (CE 2019, n°425981), une personne peut obtenir réparation des préjudices qu'elle a subis du fait de l'application d'une loi déclarée contraire à la Constitution (par le mécanisme de la QPC). L'assemblée du contentieux a profité de cette occasion pour distinguer la réparation des préjudices nés de l'adoption de la loi de celle des préjudices nés de son application. La première est une responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. La seconde, sur laquelle porte l'innovation principale de l'arrêt, est présentée comme découlant « des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'application d'une loi méconnaissant la Constitution ou les engagements internationaux de la France ». Il appartient alors à la victime d'établir la réalité de son préjudice et l'existence d'un lien direct de causalité entre l'inconstitutionnalité de la loi et ce préjudice.

L'évolution contemporaine de la conception même de la hiérarchie des normes conduit à ne pas se focaliser uniquement sur le contrôle de constitutionnalité. En effet, il incombe désormais au législateur et au pouvoir réglementaire de respecter les règles et principes constitutionnels, le droit européen, les traités internationaux. Ces obligations sont effectives et elles donnent donc lieu à des contrôles du juge (CC 1975 *IVG* ; CE 1989 *Nicolo* ; CE 2007 *Gardedieu* ; CE 2007 *Arcelor*, notamment...). A tel point qu'aujourd'hui, avec la montée en puissance du droit de l'Union européenne, il n'est pas original de s'interroger sur la persistance, même dans l'ordre interne, de la supériorité de la Constitution...