

CONSTITUTION

Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité

Compte tenu des circonstances particulières liées à l'épidémie de covid-19, le Conseil constitutionnel ne censure pas la procédure d'adoption d'une loi organique qui n'a pas respecté les délais prévus par l'article 46 de la Constitution.

**Conseil constitutionnel, 26 mars 2020,
Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, n° 2020-799 DC**

CONSTITUTION - Contrôle de constitutionnalité - Procédure d'adoption de la loi - Loi organique - Circonstances particulières

CONTENTIEUX - Procédure administrative contentieuse - Question prioritaire de constitutionnalité - Instruction d'une QPC - Délai d'examen d'une QPC

SANTÉ PUBLIQUE - Protection de la santé publique - Urgence sanitaire - Epidémie - Covid-19

DÉCISION

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. La loi organique soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a été prise sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

2. Déposé devant le Sénat, première assemblée saisie, le 18 mars 2020, le projet de loi organique, pour lequel le gouvernement a engagé la procédure accélérée, a été examiné en séance publique le lendemain.

3. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution.

4. Conformément au premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution, les articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus fixent à trois mois le délai déterminé dans lequel le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. L'article 23-10 de la même ordonnance prévoit que le Conseil constitutionnel statue dans un même délai de trois mois après sa saisine.

5. Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, l'article unique de cette loi organique se borne à suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question. Il ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période.

6. Ces dispositions sont conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide :

Article 1^{er} : La loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est conforme à la Constitution. [...]

La non-théorie des « circonstances particulières »

Saisi d'une loi organique adoptée en méconnaissance d'une contrainte procédurale imposée par la Constitution, le Conseil constitutionnel la déclare conforme à cette dernière. L'intérêt de sa décision tient à sa portée *contra constitutionem*, au mobile qui paraît la sous-tendre - le sentiment diffus d'un état de nécessité - et à sa motivation lapidaire, symptomatique d'une manière singulière de rendre la justice constitutionnelle en France.

**Conseil constitutionnel, 26 mars 2020,
Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, n° 2020-799 DC**

CONSTITUTION - Contrôle de constitutionnalité - Procédure d'adoption de la loi - Loi organique - Circonstances particulières

CONTENTIEUX - Procédure administrative contentieuse - Question prioritaire de constitutionnalité - Instruction d'une QPC - Délai d'examen d'une QPC

SANTÉ PUBLIQUE - Protection de la santé publique - Urgence sanitaire - Epidémie - Covid-19

NOTE

Le zèle habituel du maquilleur

Méconnaître la norme qu'il fait profession et qu'il est de son devoir d'appliquer n'est jamais, pour un juge, une mince affaire.

Certes, les juridictions de dernière instance tirent de cette position la reposante certitude de pouvoir modifier à la marge les normes au titre desquelles elles statuent - aucun autre organe

n'étant compétent pour attacher de conséquence sérieuse à ce qui, de prime abord, peut sembler une faute juridique. Les exemples ne manquent pas en jurisprudence, en particulier lorsqu'il s'agit d'ouvrir aux justiciables des voies de recours. Que l'on pense aux arrêts consacrant, même lorsque la loi l'exclut, le droit au recours en cassation (CE 7 févr. 1947, n° 79128, *D'Aillières*, Lebon) ou au recours pour excès de pouvoir (CE 17 févr. 1950, n° 86949, *Dame Lamotte*, Lebon) ou, dans l'ordre judiciaire, à l'instauration de l'appel-nullité (Com. 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 132).

Certes, des juges ont, de longue date, infléchi leur jurisprudence pour faire face à des circonstances perçues comme singulières. La volonté de contribuer à la stabilité et à la continuité de l'Etat explique, ponctuellement, des décisions qui, en d'autres temps, paraîtraient malvenues – l'opportunité se présentant alors sous les atours de la nécessité. Evoquons simplement l'arrêt *Dames Dol et Laurent* (CE 28 févr. 1919, n° 61593, Lebon), rendu au nom de la sauvegarde de « la troupe » et de « l'intérêt national » en temps de guerre.

Il est pourtant rare que les juges statuant *contra legem* se contentent de le faire de façon sèche, sur le ton d'une quasi-banalité. Ils éprouvent souvent le besoin d'être disert – ou au moins suggestifs – dans leur motivation, pour différentes raisons : mauvaise conscience, désir d'être malgré tout compris, volonté de n'affecter qu'à la marge la cohérence de l'ordre juridique ou souci de préserver la légitimité de l'institution.

Dans un tel cas de figure, deux branches d'une alternative sont communément privilégiées.

La première tend à occulter la contradiction entre la décision et la norme sur laquelle elle se fonde. Il s'agit d'un maquillage, plus ou moins grossier. Lorsque cela est possible, le juge cherche à dissimuler cette cicatrice infligée au système juridique – en la rattachant à un précédent jurisprudentiel ou en créant, pour l'occasion, un principe nouveau. Il est alors habituel de présenter une distance prise par rapport au droit comme son interprétation marginalement évolutive. Les ressources argumentatives du juriste, en la matière, sont pléthoriques – à l'instar des analogies ou des arguments *a fortiori* et *a contrario*.

A l'inverse, la seconde tendance tend à dévoiler cette tension apparente. Elle tient du démaquillage. Lorsque la plaie est trop profonde, les juges peuvent porter sur leurs actes une lumière crue, les expliquer dans l'espoir de les justifier, conférer à ce qui étonne les atours de l'évidence, de la nécessité proclamée. La motivation de leur décision ainsi que les prises de position officielles de l'institution – documents annexes, commentaires autorisés, conclusions de rapporteurs publics devant les juridictions administratives – en constituent les instruments les plus habituels. On défendra alors que la situation – circonstances exceptionnelles en droit administratif, état de nécessité en droit constitutionnel – impose un écart qu'il serait vain de rattacher au système juridique, tant cela reviendrait, selon une formule de Raymond Carré de Malberg, à « décorer d'une couleur juridique ce qui n'est qu'expédients de faits imposés par des nécessités inéluctables » (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. 1, p. 620).

L'une comme l'autre de ces démarches ont l'avantage de clarifier le statut de la décision – partant, de contribuer à maintenir la stabilité du système juridique et de consolider l'impression générale selon laquelle le jugement est une opération rigoureuse et rationnelle. L'une comme l'autre emportent, pour le juge, une conséquence prosaïque : elles l'obligent à faire preuve d'inventivité dans la motivation de sa décision.

De cette dernière, le Conseil constitutionnel s'est – chose étonnante – dispensé en rendant *contra constitutionem* sa décision n° 2020-799 DC relative à la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le 26 mars.

L'inconstitutionnalité sans la censure

L'inconstitutionnalité qui entache la loi organique semble moins le fruit d'une évidente nécessité que d'une indifférence collective apparemment tournée vers un désir du Conseil constitutionnel.

Une convergence d'intérêts stratégiques

Le 18 mars 2020, le conseil des ministres adopte l'article unique d'un projet de loi organique tendant à suspendre pour trois mois, jusqu'à la fin de juin, les délais normalement imposés à nos juridictions suprêmes pour examiner les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). Le gouvernement engage la procédure accélérée. Dès le lendemain, le Sénat examine puis vote le texte dans la journée, avant que l'Assemblée nationale ne fasse de même au cours des deux jours suivants. L'article 61 de la Constitution impose que les lois organiques soient déférées au Conseil constitutionnel. Au nom du Premier ministre, le secrétaire général du gouvernement transmet donc à ce dernier la loi promptement adoptée.

Des travaux parlementaires préalables à l'adoption de cette loi organique, il ressort qu'elle se trouve au point de rencontre d'intérêts stratégiques du Conseil constitutionnel et du gouvernement.

Le premier est ici placé dans la délicate position de juger une loi dont il est le principal bénéficiaire. Sans doute est-ce le cas pour toutes les lois organiques relatives au Conseil constitutionnel. Celle-ci, à l'évidence, a été ardemment souhaitée par lui. En effet, le président de la Commission des lois du Sénat présente le texte comme le fruit d'une « préoccupation très vive », d'une « attente pressante » du Conseil constitutionnel qui craint « d'être rapidement encombré » par des QPC qui lui seraient transmises « sans filtre » du fait d'une inertie prolongée de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat (Sénat, commission des lois, 19 mars). L'hypothèse soulevée par le sénateur Jean-Yves Leconte, selon laquelle ces deux juridictions pourraient examiner les QPC en « téléconférences », n'est pas discutée (Sénat, séance, 19 mars).

Pour sa part, le gouvernement trouve intérêt à ce que la loi ordinaire relative à l'état d'urgence sanitaire, discutée en même temps que la loi organique, soit immunisée pour plusieurs mois contre le risque d'un contrôle de constitutionnalité. Le député Jean-Christophe Lagarde propose d'amender la loi organique afin de maintenir les délais habituels pour les seules QPC qui pourraient être déposées à son propos. En réponse, le ministre de l'intérieur s'oppose à ce que « l'ensemble de ce qui vient d'être voté puisse faire l'objet de recours et de QPC », ce qui « reviendrait à organiser notre propre incapacité à mettre en œuvre dans l'urgence les mesures nécessaires » (Ass. nat., séance, 21 mars) – une méconnaissance de la Constitution peut en cacher une autre.

Un manquement manifeste

Quoi que l'on pense de la constitutionnalité au fond de la loi organique examinée – en regard, en particulier, du droit au recours, dans un contexte propre à accroître le risque que le législateur ne commette, au nom de l'urgence, certaines inconstitutionnalités – la principale difficulté juridique est alors la suivante. La Constitution prescrit, en son article 46, alinéa 2, que soit respecté un délai de quinze jours entre le dépôt du texte et sa délibération parlementaire en séance plénière dans un tel cas de figure. La contrainte existait depuis 1958 pour toutes les lois organiques. La révision constitutionnelle de 2008 l'a limitée à la procédure accélérée – un délai de six semaines étant désormais prévu pour la procédure ordinaire, à quoi s'ajoute un nouveau délai de quatre semaines imposé à la seconde assemblée saisie pour discuter le texte.

Par ce délai qui distingue la procédure d'adoption des lois organiques de celle des lois ordinaires, les rédacteurs de la Constitution ont entendu écarter le risque que les lois organiques ne soient modifiées « à la sauvette » (J. Solal-Céligny, co-rapporteur du projet de réforme constitutionnelle, Conseil d'Etat, 25 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Doc. fr., t. III, 1991, p. 142). Ainsi se trouve garantie la possibilité pour les parlementaires et l'opinion publique, pendant ces quinze jours, d'être informés du projet et d'identifier ses éventuelles imperfections.

La contrainte se comprend aisément : les lois organiques contribuent à fonder l'équilibre institutionnel, en complétant la Constitution et en précisant les conditions de son application. Sans doute quelques critiques ont-elles pu alors être formulées à l'encontre de ces quinze jours – François Luchaire y voyait précisément un délai « trop lourd pour les cas d'urgence » (Observations sur l'avant-projet, 29 juill. 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, préc., t. I, 1987, p. 533). Ce choix, pourtant, a prévalu.

S'il est des cas où la méconnaissance d'une disposition constitutionnelle peut donner lieu à discussion, à l'évidence, cette situation n'en relève pas. Le délai imposé par l'article 46, alinéa 2 de la Constitution est l'archétype de la disposition procédurale limpide qui correspond, selon une distinction devenue classique en théorie du droit, au modèle de la règle, qui s'applique sur le mode du « tout ou rien », et non à celui du principe, dont les contours vagues sont propres à susciter le débat quant à son applicabilité à telle ou telle situation (v. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 14-45).

Lorsqu'un professeur de droit fait parvenir au Conseil constitutionnel, après sa saisine, une contribution extérieure (26 mars 2020, P. Cassia et l'Association de défense des libertés constitutionnelles, *conseil-constitutionnel.fr*) pour insister notamment sur la méconnaissance de cette disposition constitutionnelle, l'observation n'en a pas été faite avant lui par les rapporteurs au Sénat (P. Bas, 19 mars 2020, Rapp. n° 381) et à l'Assemblée nationale (M. Guévenoux, 20 mars 2020, Rapp. n° 2764/2765).

Son argument, pourtant, n'est pas propre à étonner le Conseil constitutionnel, tant l'institution est habituée à contrôler le respect de l'article 46. En témoigne un examen des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, depuis sa création, sur les lois organiques. Certes, le Conseil n'a jamais censuré une loi organique au titre de ce vice de procédure. Il semble pourtant avoir systématiquement contrôlé ce dernier. Dans l'immense majorité de ces décisions, il se contente, par une brève phrase, d'évoquer le respect par la loi déferée de l'article 46, sous des formulations qui varient au cours du temps – ses « règles de procédure » (26 mars 2020, n° 2020-797 DC, al. 1^{er}), ses « exigences » (26 mars 2020, n° 2020-797 DC, al. 1^{er}), ses « prescriptions » (16 juill. 1996, n° 96-379 DC, consid. 1), ses « dispositions particulières » (27 janv. 1994, n° 93-337 DC, consid. 2 ; 19 nov. 1993, n° 93-327 DC, consid. 2), la « forme prévue » par elle (28 déc. 1985, n° 85-205 DC, consid. 2). Dans quelques cas rares, le respect des règles de procédure n'est pas explicitement évoqué, soit que ce dernier soit implicitement reconnu (6 févr. 1996, n° 96-372 DC ; 29 nov. 1995, n° 95-367 DC ; 10 mars 1988, n° 88-242 DC ; 10 juill. 1962, n° 62-17 DC), soit que les délais aient été respectés et que la censure soit prononcée à un autre titre – vice de procédure (16 déc. 1999, n° 99-420 DC ; 11 janv. 1990, n° 89-263 DC), incompétence du législateur organique (7 janv. 1988, n° 87-234 DC), méconnaissance de la disposition constitutionnelle que le texte prétend concrétiser (5 juill. 1977, n° 77-80/81 DC). Il est vrai que le Conseil constitutionnel n'a jamais fait preuve d'un formalisme tatillon en matière de computation des délais (v. J.-C. Car, *Les lois organiques de l'article 46*

de la Constitution du 4 octobre 1958, thèse, droit, Aix-Marseille, 1993, pp. 246-247), mais l'occasion d'invalider une loi témoignant d'une méconnaissance aussi claire de cette prescription constitutionnelle ne lui avait jamais été donnée auparavant.

Pour le Conseil constitutionnel, le choix est alors simple : invalider la loi, en sachant repoussée de quelques jours l'adoption d'une même loi respectant la Constitution, ou faire l'effort de s'aligner sur le standard habituel des juridictions qui statuent *contra legem*, soit dans l'ordre du maquillage – en faisant évoluer de façon générale la norme de référence de son contrôle –, soit dans celui du démaquillage – en explicitant les raisons qui le conduisent à agir ponctuellement ainsi.

Une concision maladroite

La motivation choisie par le Conseil constitutionnel, au soutien d'une décision apparemment *contra constitutionem*, est d'une brièveté qui, même en regard de son habituelle concision, ne laisse pas de surprendre : « Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution » (§ 3).

La justification ainsi déployée pour couvrir l'inconstitutionnalité procédurale commise par le législateur organique mérite que l'on s'y arrête. La formule articule une cause – les « circonstances particulières de l'espèce » – à une conséquence – le refus de constater par son jugement ce qu'il évoque pourtant en creux, soit la « violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution ». En d'autres termes, le raisonnement du Conseil constitutionnel peut se résumer ainsi : l'épidémie de covid-19 justifie, à elle seule, que soit pardonnée l'inconstitutionnalité procédurale commise lors de la préparation de cette loi organique – coronavirus *contra constitutionem*.

Pour le lecteur confronté à cette motivation fruste, deux réactions sont envisageables.

La première consiste à n'y voir qu'une transgression légère, commise dans l'urgence par des membres qui n'avaient qu'une conscience superficielle de leur acte, comme du risque qu'il soit perçu comme abdication de toute prétention à garantir le respect de la Constitution en temps de crise. L'accès aux délibérations préalables à son adoption, dans vingt-cinq ans, nous en dira plus. Il ne conviendrait pas alors d'y voir davantage qu'une « petite » décision du Conseil constitutionnel, à l'intérêt anecdotique.

Cette lecture n'étant à la hauteur ni des pouvoirs de l'institution, ni de sa dignité ni des circonstances, il convient d'en privilégier une seconde et supposer que cette décision a été le fruit d'une mûre réflexion.

Elle mérite, à cet égard, d'être prise au sérieux. Une première manière de le faire pourrait être de se concentrer sur le fond de la décision, en ne portant sur sa motivation qu'un regard rapide. On pourrait alors n'y voir que la manifestation nouvelle d'un phénomène qui remonte au moins au Moyen-Âge : la tendance d'organes de l'Etat à agir ponctuellement en-dehors de toute juridicité, au nom de « l'évidente nécessité » (v. F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 117 et s.). Un autre angle d'analyse – ici privilégié – consiste à se concentrer sur la motivation sommaire de la décision n° 2020-799 DC, tant elle est symptomatique de certaines idiosyncrasies de la justice constitutionnelle française.

Aux connaisseurs de jurisprudences constitutionnelles étrangères qui critiquent la motivation habituellement lapidaire des décisions du Conseil constitutionnel (v. D. Baranger, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Jus Politicum*, vol. 7,

2012, pp. 1-38; P. Wachsmann, Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France: la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées, *blog Jus Politicum*, 21 févr. 2019), il est courant d'opposer une manière française de rédiger les décisions de justice, signe d'un génie national qui nous prémunirait des décisions bavardes rendues ailleurs – *l'imperatoria brevitatis*, ou « concision impériale ». Cette dernière ne justifie pas tout, comme l'illustre la jurisprudence du Conseil d'Etat, forgée dans le même moule.

L'inspiration sans la rigueur

Pour tout juriste qui la découvre, la formule « circonstances particulières de l'espèce » fait écho à la théorie des circonstances exceptionnelles utilisée par le Conseil d'Etat et structurée par la doctrine.

La fausse évidence d'une analogie

L'analogie avec une théorie utilisée pour « sauver » des actes promis à l'annulation, au nom des événements singuliers ayant présidé à leur adoption, semble évidente de prime abord.

Le point de départ est comparable. Le Conseil constitutionnel écarte la Constitution au nom des circonstances. Le juge administratif, lui aussi, établit, sur ce fondement, une exception à la règle à l'occasion de son application (v. M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014, pp. 367-373) – mécanisme qui s'analyse comme la création d'une lacune axiologique (v. J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, 2016, pp. 577-582). Ainsi le juge administratif érige-t-il sa volonté à la hauteur des législations d'exception qui, de longue date, ont été conçues comme un moyen de substituer « à l'état du droit ordinaire un état exceptionnel, s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, qui forcément l'amènent et qui indubitablement le justifient » (L.-F. Corneille, concl. sur CE 6 août 1915, *Delmotte*, Lebon 275; S. 1916. III. 11).

Les critiques suscitées sont, ici aussi, du même ordre. Les premiers commentaires doctrinaux de la décision du Conseil constitutionnel insistent sur le dangereux traitement qu'il inflige à la norme de référence de son contrôle (P. Cassia, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, *blog Mediapart*, 27 mars 2020; R. Letteron, Covid-19: le Conseil constitutionnel marche sur la Constitution, *Libertescherries.blogspot*, 28 mars 2020). En se libérant du principe de subordination des juges à la loi (v. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 480), le Conseil d'Etat prend lui aussi le risque de justifier toute atteinte à la légalité (v. J. de Gliniasty, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, 2017, p. 283). L'avertissement de Maurice Hauriou en est presque devenu un lieu commun: la doctrine de l'état de guerre – dont il identifie les prodromes dans la jurisprudence administrative au crépuscule de la Première Guerre mondiale – risquerait, telle une « colossale éponge », de « laver toutes les illégalités », de « diluer toutes les responsabilités » (note sur CE 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, réimpr. in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, t. 1, p. 69).

Il serait pourtant trompeur de s'arrêter à cette impression première, tant les « circonstances exceptionnelles » du Conseil d'Etat doivent être distinguées des « circonstances particulières » ici invoquées par le Conseil constitutionnel, à un double titre.

Le refus du système

Une telle distinction s'impose, au premier chef, dans la mesure où ces notions juridiques procèdent de démarches radicalement différentes – comme si se rejouait ici une controverse ancienne

(B. Chenot, concl. sur CE 10 févr. 1950, *Gicquel*, Lebon 100; et, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, EDCE. 1950, vol. 4, pp. 77-83; J. Rivero, Apologie pour les « faiseurs de système », D. 1951. Chron. 99-102, vol. 127; B. Chenot, L'existentialisme et le droit, RFSP 1953, vol. 3, n° 1, pp. 57-68). Les « circonstances exceptionnelles » ont surtout fait l'objet d'une rationalisation *ex post* par la doctrine comme par le Conseil d'Etat. Les « circonstances particulières » connaîtront peut-être un sort équivalent. Cela n'empêche pas de les distinguer *ab initio*.

L'esprit de système, en l'occurrence, est au Palais-Royal. La théorie des circonstances exceptionnelles s'insère dans une rationalisation qui contribue à en légitimer l'usage. Lorsqu'il rend, en 1918, sa décision *Heyriès* (CE 28 juin 1918, n° 63412, Lebon 651), le juge administratif ne dispose, certes, pas encore d'une théorie très claire des circonstances exceptionnelles. Maquilleur zélé, il s'efforce cependant de légitimer sa décision, en inférant de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 une habilitation du président de la République propre à immuniser l'illégalité qu'il aurait reconnue en d'autres circonstances.

Depuis le Conseil d'Etat, Maxime Letourneur concède que la notion renvoie à une « idée imprécise qui ne saurait être définie et varie avec chaque espèce ». Cette difficulté emporte une exigence. Le juge doit exercer, en la matière, un contrôle strict: a) caractère exorbitant de la situation; b) absence de moyen légal d'agir alors qu'il y a nécessité publique à agir; c) existence d'un but d'intérêt général et proportionnalité de la mesure (concl. sur CE 16 avr. 1948, *Laugier*, Lebon 161; Sirey, 1948. III. 36). De la liberté ainsi laissée aux autorités administratives procède, pour le juge, une obligation de contrôler son usage avec une vigilance redoublée (v. A. Mathiot, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, in *Mélanges en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, pp. 413-428, spéc. p. 426). Comme le résume Jacques Chardeau, « l'extension des pouvoirs administratifs, en cas de crise, création de la jurisprudence elle-même, justifie un contrôle particulièrement étroit de la part du juge » (concl. sur CE 10 déc. 1954, *Haut-Commissaire de France en Indochine*, *Andreani, Desfont*, RPDA 1955. 31). Qu'il applique la théorie (CE 18 mai 1983, n° 25308, *Rodes*, Lebon 199) ou qu'il s'y refuse (CE 4 juin 1947, *Entreprise Chemin vert*, Lebon 246), le Conseil d'Etat motive sa décision d'une façon qui permette à chacun de comprendre son cheminement.

L'existentialisme juridique, lui, se trouve rue de Montpensier. En 1918, le Conseil d'Etat évoque les « circonstances exceptionnelles », au terme d'un raisonnement raffiné, pour bloquer une loi au nom de la Constitution. En 2020, le Conseil constitutionnel évoque les « circonstances particulières », par une formule laconique, pour bloquer la Constitution au nom de son sentiment diffus de l'urgence. En réponse à un journaliste du *Monde*, une figure de l'institution nie en ces termes le lien que chacun avait à l'esprit: « Cela n'a rien à voir avec la théorie des circonstances exceptionnelles développée par le Conseil d'Etat, c'est une appréciation au regard de la situation d'espèce » (J.-B. Jacquin, *Coronavirus: l'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'Etat de droit*, *Le Monde*, 28 mars 2020). Deux semaines plus tard, le président du Conseil constitutionnel réfute, à son tour, la consécration d'une « quelconque théorie générale des circonstances exceptionnelles » – fustigeant « les commentateurs qui ont cru pouvoir bâtir de grandes théories sur cette décision pour la critiquer », alors qu'ils auraient dû « commencer par la lire attentivement » (L. Fabius, *Pas d'éclipse des principes fondamentaux du droit*, *Le Figaro*, 18 avr. 2020). L'institution ne saurait exprimer avec plus de clarté sa méfiance à l'égard de toute théorisation qui risquerait de la contraindre pour l'avenir.

Les notions méritent bien d'être discernées à ce premier titre.

Une indulgence sans critère

Une telle distinction s'impose à un autre égard.

Contrairement aux « circonstances exceptionnelles » du Conseil d'Etat, les « circonstances particulières » du Conseil constitutionnel se présentent comme l'élément justificatif d'une indulgence – au bénéfice de l'auteur de la norme contrôlée – qui ne repose sur aucun critère.

Pour s'en convaincre, il est possible de reprendre les conditions généralement examinées par le juge administratif en les confrontant à l'adoption de la loi organique en question. Artificiel et néanmoins instructif, cet exercice suffit à établir que la méconnaissance de la procédure constitutionnelle par le législateur organique n'aurait sans doute jamais passé un tamis équivalent à celui auquel est habitué le juge administratif, si le juge constitutionnel s'en était doté.

Sans doute la condition de l'existence d'une situation anormale (a) pourrait-elle ici être considérée comme remplie – au titre de la survenance d'un événement grave et imprévu, dont on comprend qu'il marque les juges comme leurs concitoyens.

En revanche, l'absence de moyen légal d'agir alors qu'il y a nécessité publique de le faire (b) ne saurait être ici constatée. On peut discuter de la « nécessité publique » qui imposait au législateur organique de suspendre les délais applicables au traitement des QPC durant cette période – on est loin, semble-t-il, d'un état d'évidente nécessité qui imposerait, presque par réflexe, d'agir ainsi. Il ne fait aucun doute qu'il existait un moyen légal d'agir à cette fin : le respect de la procédure prescrite par l'article 46, alinéa 2 de la Constitution.

Quant au but d'intérêt général et à la proportionnalité de la mesure (c), il serait ardu de les identifier dans l'adoption précipitée de cette loi organique. Pour comprendre que rien n'imposait d'agir aussi vite, en méconnaissance de la Constitution, il suffit de constater que l'inertie du législateur organique n'aurait guère eu de conséquences pour notre système juridictionnel (v. S. Benzina, La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité, *blog Jus Politicum*, 3 avr. 2020).

Deux rythmes de la durée méritent ici d'être distingués. A moyen terme, la même loi organique aurait été probablement adoptée, quinze jours plus tard, conformément à la procédure prescrite par la Constitution. A plus court terme, une telle censure n'emportait que deux inconvénients mineurs. D'une part, le Conseil constitutionnel risquait de se voir transmettre de plein droit certaines QPC sur lesquelles le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne se seraient pas prononcés dans les délais qui leur sont impartis. D'autre part, le Conseil constitutionnel risquait de dépasser les trois mois que la loi organique relative à la QPC lui laisse pour rendre ses décisions (Ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 23-10) – simple indication dont la méconnaissance n'est pas sanctionnée par son dessaisissement, comme le révèle une décision rendue hors délai pour cause de renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (14 juin 2013, n° 2013-314 QPC).

En somme, plutôt que de prendre le risque de devoir examiner quelques QPC supplémentaires et de dépasser peut-être le délai suggéré par une loi organique, le Conseil constitutionnel a préféré, au regard de tous et sans le justifier, ignorer la méconnaissance d'un délai imposé par la Constitution.

La norme sans théorie

Un tel choix fait peser sur le Conseil constitutionnel un désagréable soupçon. Ne contribuerait-il pas à diluer la singularité de la Constitution ? La décision n° 2020-799 DC met en lumière, à cet égard, un double risque.

La substitution du législateur au pouvoir exécutif

Un premier danger consisterait à perdre de vue ce qui distingue les manquements d'un organe exécutif de ceux d'un organe législatif. La théorie du Conseil d'Etat a été conçue pour sauver des actes pris par le pouvoir exécutif pour faire face aux circonstances. C'est dans ce cadre seul que Maurice Hauriou peut évoquer l'idée selon laquelle il faudrait « d'abord gouverner et administrer » pour « ensuite exécuter la loi » – en somme, « vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances normales » (note sur CE 28 juin 1918, *Heyriès*, réimpr. in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, préc., spéc. p. 82). Appliquée de façon classique à l'œuvre du gouvernement, une telle maxime ne saurait sans dommage être transposée à celle du Parlement, quelle que soit l'acception retenue des pouvoirs d'exception.

Une première approche consiste à partir des théories de l'exception, qui procèdent traditionnellement d'un point de vue « extérieur » à la Constitution en diffusant l'idée d'une habilitation implicite d'organes exécutifs – non législatifs – à sauver l'Etat lorsque cela s'impose. Lorsque John Locke défend qu'un organe se voit toujours confier *a priori* une habilitation implicite à agir *contra legem* pour faire face à l'évidence de circonstances exceptionnelles, au nom de l'impératif de sauvegarde de l'Etat, il évoque le Prince et sa « prérogative » – par quoi il entend le « pouvoir d'agir à discrétion et pour le bien public, en dehors des prescriptions de la loi, et parfois contre elle » (J. Locke, *Le second traité du gouvernement*, PUF, coll. Epithémée, 1994, p. 118). Dans le contexte du constitutionnalisme moderne, on a pu inférer du concept de souveraineté l'idée selon laquelle le chef de l'Etat pourrait toujours, au nom d'une « réserve de souveraineté » implicitement confiée par la Nation souveraine, prendre – au besoin *contra constitutionem* – les mesures nécessaires à la sauvegarde de la Constitution (O. Beaud, *Le souverain, Pouvoirs*, 1993, vol. 67, pp. 33-45, spéc. p. 44). On ne saurait défendre une thèse équivalente à propos du législateur, fût-il organique, tant le Parlement est dépouillé par la Constitution de 1958 – œuvre principale, aujourd'hui, du souverain – des attributs traditionnels de la souveraineté.

Une seconde approche consiste à se placer « à l'intérieur » de la Constitution. Il pourrait être abstraitement défendu que le législateur, en tant qu'il exprime la volonté générale, est moins contraint que le pouvoir exécutif, soumis à cette dernière. Deux remarques invitent cependant à relativiser cette intuition. D'une part, il est douteux que la production d'une loi organique puisse être aussi urgente, face à l'imprévu, que les premières décisions prises par le pouvoir exécutif – rares sont sans doute les cas dans lesquels le respect du délai de quinze jours en la matière présenterait un véritable risque pour les institutions de la République. Sans doute la question se pose-t-elle en termes différents pour les lois ordinaires – mais leur production n'est pas soumise à un délai équivalent. D'autre part, les limites fixées par la Constitution trouvent précisément leur raison d'être dans les situations de crise qui placent la Nation face à des défis nouveaux. En l'occurrence, le délai de quinze jours ne prend son sens que dans le cas où pourrait sinon être envisagée l'adoption plus prompte d'une loi organique – chose inouïe en temps normal.

La tolérance à l'égard des vices procéduraux

Un autre péril consisterait, pour le Conseil constitutionnel, à emprunter au juge administratif la souplesse avec laquelle il appréhende aujourd'hui certaines normes procédurales – comme il a



pu le faire par le passé (v. Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, pp. 536-545).

Le risque serait de perdre de vue la singularité de la Constitution au sein de notre ordre juridique. Le Conseil constitutionnel a peut-être vu dans le délai de quinze jours ici méconnu une règle qui serait, en quelque sorte, procédurale avant d'être constitutionnelle, technique plutôt que fondatrice de notre ordre juridique. Ainsi comprise, la décision n° 2020-799 DC serait symptomatique d'une tendance à réduire la Constitution à sa conception normative, à niveler les normes constitutionnelles et infra-constitutionnelles – à considérer, en somme, que leur substance importe plus que leur rang hiérarchique.

Un parallèle avec la jurisprudence administrative frappe – ici encore – l'esprit. Il est devenu courant pour le juge administratif de hiérarchiser les vices susceptibles d'entacher un acte soumis à son contrôle. Les jurisprudences *Danthony* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon 649; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau; et 1484, étude C. Mialot; et 1609, tribune B. Seiller; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier; et 296, note P. Cassia) et *CFDT finances* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, Lebon avec les concl.; AJDA 2018. 1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas; AJFP 2018. 278; AJCT 2018. 528, obs. G. Le Chatelier; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau), dont les ramifications sont aujourd'hui nombreuses, révèlent une tendance structurante à se montrer plus indulgent à l'égard de la méconnaissance, par les autorités administratives, de certaines règles de procédure qu'à l'égard de vices de légalité interne.

Il n'est pas interdit d'imaginer que le Conseil constitutionnel ait pu inscrire sa décision dans un mouvement comparable, au nom d'un constat rassurant: la méconnaissance de la Constitution par le législateur organique n'a été que procédurale, si bien qu'a été préservé l'essentiel – la garantie constitutionnelle des droits et libertés et la répartition des compétences entre organes institutionnels.

Un tel réflexe se révélerait, lui aussi, hasardeux. En effet, tout juriste qui garde à l'esprit l'épaisseur historique et théorique des constitutions sait les obstacles qui doivent être maintenus à la tendance à « législativiser » notre conception des normes constitutionnelles. Il serait risqué, à cet égard, de considérer que le juge constitutionnel qui bloquerait l'application d'une norme constitutionnelle – fût-elle de procédure – ne commettrait pas un acte plus grave et lourd de conséquences que le juge administratif qui bloque celle d'une loi. Le juge constitutionnel ne tirant ni de la Constitution ni de la Nation souveraine une habilitation à méconnaître une disposition constitutionnelle au nom d'un état de nécessité, un tel acte ne saurait être considéré comme simplement véniel.

En définitive, le principal intérêt de la décision n° 2020-799 DC tient au contraste – toujours étonnant pour qui s'intéresse à la justice constitutionnelle au-delà de nos frontières – entre les pouvoirs importants dont dispose aujourd'hui le Conseil constitutionnel et son mode de fonctionnement. En matière de situations exceptionnelles, l'un des textes les plus fameux de la théorie constitutionnelle est l'ouverture de la *Théologie politique* de Carl Schmitt – « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle » (Gallimard, 1988, trad. J.-L. Schlegel, p. 23). En rendant cette décision sur cette loi organique, le Conseil constitutionnel a démontré avec clarté, aux yeux de tous, qu'il était maître en son royaume. Hélas, faute de l'avoir fait au terme d'une motivation à la hauteur des circonstances et de la gravité de son acte, il a pris le risque de se présenter, au regard de l'Histoire, comme un roi fainéant.

Julien Jeanneney

Professeur à l'université de Strasbourg