

L'urgence et le Conseil constitutionnel

Jean-François de MONTGOLFIER - Maître des requêtes au Conseil d'État

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 54 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE TEMPS) - JANVIER 2017

Résumé : « Au Conseil constitutionnel et, de façon plus large, dans le fonctionnement des pouvoirs publics, l'urgence n'est pas synonyme d'exception. Elle constitue souvent le cadre normal de l'action, ce qui se traduit, pour le Conseil constitutionnel, par l'obligation de statuer dans un délai très court. En revanche, la notion d'urgence est un motif fréquemment retenu par le législateur pour justifier la mise à l'écart de certaines garanties ou la restriction de l'exercice de certains droits. Se pose alors, pour le Conseil constitutionnel, la question du contrôle de ces dérogations et, en particulier, la question de savoir qui contrôle que les circonstances de fait justifient le recours à une législation dérogatoire. S'agissant de la mise en œuvre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel n'a pas encore répondu à cette dernière question »

Devant la difficulté de cerner la notion d'urgence en droit, notamment en droit public, le juriste est tenté de conduire sa réflexion à partir de deux situations extrêmes.

À une extrémité : l'urgence absolue, celle que les célèbres conclusions du président Romieu sur la décision *Société immobilière de Saint Just*⁽¹⁾ définissent comme « *le péril imminent* » pour l'ordre public ; celle qui non seulement habilite mais aussi oblige l'administration à « *prendre des mesures provisoires et de pouvoir d'office à ce qui est nécessaire* ».

L'urgence absolue ne constitue pas le point de départ le plus adapté pour penser le rapport du Conseil constitutionnel à l'urgence. En effet, pour emprunter une formule du président Odent, la Constitution de la V^e République se caractérise notamment par « *l'institutionnalisation* »⁽²⁾ de l'urgence exceptionnelle. Elle a consacré l'état de siège à l'article 36 et a institué, à l'article 16, un régime de concentration exceptionnelle des pouvoirs entre les mains du président de la République en cas de menace et de crise institutionnelle majeures. Elle n'a, en outre, « *pas eu pour effet d'abroger* »⁽³⁾ la législation antérieure relative à l'état d'urgence. Nourris d'une histoire qui a vu les circonstances exceptionnelles emporter les institutions, les auteurs de la Constitution de la V^e République ont entendu que les pouvoirs publics puissent faire face aux circonstances les plus exceptionnelles dans le respect de règles constitutionnelles.

S'agissant de l'article 16 de la Constitution, mis en œuvre une seule fois lors du putsch des généraux, l'examen de l'avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961 et du compte-rendu du délibéré⁽⁴⁾, nous apprennent peu de chose sur l'appréhension de l'urgence par le Conseil constitutionnel sinon que la gravité et l'imminence de la menace ont alors emporté les doutes des membres quant à l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels.

Mais la notion d'urgence absolue nous éclaire non tant pour ce qu'on y voit (la rencontre du droit et de sa violation) que parce qu'elle révèle, *a contrario*, plusieurs figures d'une urgence atténuée : en tant qu'elle désigne une situation d'exception qui affranchit du respect de certaines règles, l'urgence absolue se distingue d'une urgence qui oblige seulement d'agir vite dans le respect des règles. En tant qu'elle opère sa fonction de justification même sans texte, elle se distingue de l'urgence prévue par les textes. En tant qu'elle est imposée par des circonstances de fait, elle se distingue de l'urgence qui résulte d'une volonté d'aller vite. Ces figures relatives de l'urgence sont celles qu'on rencontre habituellement au Conseil constitutionnel.

À l'autre extrême, l'urgence peut s'analyser par opposition à la situation normale, celle où le respect des règles s'impose dans sa plénitude « parce qu'on a le temps ». Mais cette figure d'une normalité juridique qui échapperait à la contrainte du temps est, elle aussi, inadaptée pour constituer le point de départ d'une réflexion sur le rapport du Conseil constitutionnel à l'urgence. En effet, au Conseil constitutionnel et de façon générale dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels l'obligation d'aller vite n'a rien d'anormal. Il faut d'abord penser une urgence normale du Conseil constitutionnel et du fonctionnement des autres pouvoirs publics (I) avant d'aborder la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux dérogations fondées sur une situation d'urgence (II).

I - L'urgence normale du fonctionnement régulier des pouvoirs publics

A - L'urgence du Conseil constitutionnel

1.- Si l'urgence est définie comme la situation dans laquelle le respect du délai imparti pour décider prime sur les autres considérations, alors le Conseil constitutionnel statue presque constamment en urgence.

Le délai d'un mois du contrôle de constitutionnalité *a priori* et le délai de trois mois de la QPC sont bien connus ⁽⁵⁾. Le Conseil constitutionnel est aussi tenu de statuer dans un délai d'un mois lorsqu'il est saisi pour « déclasser » à la demande du Gouvernement un texte de forme législative ⁽⁶⁾ ; il doit également statuer dans un délai de trois mois lorsqu'il se prononce sur une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie ⁽⁷⁾ ou sur la question de savoir si une disposition législative postérieure à l'adoption du statut de certaines collectivités d'outre-mer a empiété sur leur domaine de compétence ⁽⁸⁾. Lorsqu'il est appelé à statuer, en cours de procédure d'examen d'un texte, sur une question de recevabilité ou de procédure opposant le Gouvernement, selon le cas, au président ou à la conférence des présidents d'une assemblée parlementaire, le Conseil constitutionnel doit enfin se prononcer dans un délai de huit jours ⁽⁹⁾.

L'existence de ces délais constitutionnels ou organiques imprime sa marque sur les contentieux pour lesquels le Conseil constitutionnel n'est pas tenu de statuer dans un délai déterminé. Ainsi, les saisines portant sur les incompatibilités des membres des assemblées parlementaires ⁽¹⁰⁾ ou tendant à constater leur déchéance ⁽¹¹⁾ sont respectivement jugées dans un délai moyen de 35 et 40 jours et le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs est jugé dans un délai moyen inférieur à 85 jours ⁽¹²⁾. En cette matière, comme l'écrit Gaëlle Dumortier, malgré l'absence de délai, « *l'urgence à juger n'en « transpire » pas moins des textes* » ⁽¹³⁾. Enfin, lorsque le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour statuer sur la légalité de certaines des décisions préparatoires à l'élection du président de la République, il a expressément jugé qu'il était « nécessaire » qu'il statue avant le premier tour de scrutin ⁽¹⁴⁾.

Le respect du délai imparti est en effet, pour le Conseil constitutionnel, une nécessité impérieuse. Il s'y est toujours tenu, notamment dans le contrôle *a priori* des lois où l'effet suspensif de la saisine du Conseil constitutionnel sur la promulgation de la loi l'impose. Dans le cadre de la QPC, la saisine du Conseil constitutionnel ne suspend pas l'application de la loi mais seulement l'instance en cours. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a osé dépasser le terme du délai de trois mois que dans la circonstance très particulière où il lui était nécessaire de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne et tout en priant cette dernière de statuer selon la procédure d'urgence. Grâce à la diligence de la Cour, il a pu statuer sur cette QPC après un dépassement du délai imparti de seulement quelques jours ⁽¹⁵⁾.

2.- L'identification des délais légaux et des délais moyens ne rend encore que partiellement compte de la diligence dont le Conseil constitutionnel peut être tenu de faire preuve : on sait que les lois de finances et les lois de finances rectificatives, généralement déferées au Conseil constitutionnel après le 20 décembre, sont examinées au plus tard le 29 décembre. La loi du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et a été examinée le jour de l'enregistrement de la saisine. Enfin, les résolutions du Congrès adoptant ou modifiant son règlement ont toujours été examinées par le Conseil constitutionnel dans l'heure qui suivait la saisine afin de permettre au Congrès, qui se réunit sur une journée à Versailles, de poursuivre ses travaux en appliquant son règlement ainsi modifié ⁽¹⁶⁾.

Sur le contrôle *a priori* des lois, l'article 61 de la Constitution prévoit, dans son troisième alinéa, que, par dérogation au délai d'un mois « *à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours* ». Depuis 1959, le Gouvernement a formé une telle demande à trois reprises, en 1973, 1982 et 1989 ⁽¹⁷⁾. Dans les trois décisions qu'il a rendues alors, le Conseil constitutionnel a « visé » la demande du Gouvernement et a statué en moins de huit jours. Ce faisant, a-t-il accédé à une demande qu'il aurait pu refuser ou était-il tenu de statuer dans le délai raccourci ? Il peut y avoir débat sur cette question : les articles 17 et 25 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 sont rédigés en des termes qui accréditent la thèse selon laquelle le Gouvernement peut imposer au Conseil constitutionnel de statuer en urgence. Toutefois, au cours de la séance du Conseil constitutionnel du 11 février 1982, le Doyen Georges Vedel, rapporteur de la décision sur la loi de nationalisation, a développé une analyse en sens contraire. La décision est silencieuse sur ce point mais le Conseil constitutionnel semble s'être réservé le droit de ne pas déférer à une demande d'urgence qui ne serait pas justifiée. À ce jour, la question présente un caractère théorique dès lors que le Conseil constitutionnel n'a plus été saisi d'une demande tendant à statuer en urgence depuis 1989 et qu'il est spontanément très attentif aux exigences de diligence qu'impose le fonctionnement de nos institutions.

En témoigne la capacité du Conseil constitutionnel à statuer dans de très brefs délais sur certaines QPC, alors qu'aucune procédure d'urgence n'est prévue. En février 2012, il a jugé dans un délai de vingt jours la QPC posée par une candidate à l'élection présidentielle, afin que la décision, portant sur la constitutionnalité de certaines dispositions relatives à la publication du nom et de la qualité des élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle, soit rendue avant l'ouverture de la période de recueil des « parrainages » ⁽¹⁸⁾. C'est avec le même souci de célérité que, statuant sur une QPC portant sur des dispositions législatives applicables à l'état d'urgence renvoyées par le Conseil d'État, lequel

statuait lui-même en appel d'une ordonnance du juge de référé liberté, il s'est prononcé dix jours après sa saisine ⁽¹⁹⁾.

3.- On ne saurait sous-estimer les effets concrets de ce contexte d'urgence sur le travail du Conseil constitutionnel.

Le délai pour statuer n'est pas l'urgence « vécue » : il est des débats parlementaires qui annoncent une saisine dans le cadre *a priori* et qui permettent au Conseil constitutionnel d'anticiper les questions et les difficultés constitutionnelles d'une loi. Dans un tel cas, le délai d'un mois permet de finaliser, en fonction des termes de la saisine, un travail qui a commencé depuis plusieurs semaines, parfois plusieurs mois ; il n'apparaît pas comme une contrainte rigoureuse. Au contraire, pour certaines QPC qui soulèvent des questions inédites, le délai de trois mois peut sembler particulièrement court.

En outre, si, devant les juridictions de première instance et d'appel, les procédures enfermées dans des délais stricts, les procédures d'urgence et autres procédures « en la forme » du référé, tendent à se multiplier, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont relativement épargnés par ce mouvement d'accélération du temps judiciaire. Ils bénéficient encore de la possibilité d'inscrire au rôle de leurs audiences les affaires qui sont en état d'être jugées. Le « délai raisonnable » de l'article 6 de la Convention EDH n'a pas pour effet de contraindre les besoins de l'instruction. Ce sont ces besoins qui déterminent le délai d'examen des affaires.

Au Conseil constitutionnel, c'est l'inverse. Il n'existe pas de stock des affaires en cours et la fixation du rôle est contrainte par les délais : très vite après l'enregistrement d'une saisine, une date prévisionnelle de délibéré est fixée. En fonction de cette date, un « rétro-planning » est arrêté qui définit les étapes de la procédure et le délai dans lequel le membre du Conseil constitutionnel désigné comme rapporteur devra être prêt à présenter un projet de décision au collège. Dans la définition du calendrier, la marge de manœuvre est très étroite sinon pour raccourcir encore le délai d'examen en fonction du degré d'urgence.

Dès lors, la faculté qu'ont normalement les juges administratifs ou judiciaires de laisser « reposer » un dossier pour y revenir plus tard, ainsi que la possibilité de radier une affaire du rôle à la faveur d'un supplément d'information ou pour permettre à la réflexion de mûrir encore, sont des outils du travail juridictionnel qui n'existent pour ainsi dire pas au Conseil constitutionnel : l'instruction d'une affaire au Conseil constitutionnel ressemble à la conduite d'un véhicule qui n'a ni point mort ni marche arrière.

Une telle contrainte, qui peut être lourde pour l'examen des affaires les plus sensibles, a impliqué, tant pour les membres du Conseil constitutionnel que pour les équipes du secrétariat général qui les assistent, d'adapter les méthodes de travail pour que le rapporteur désigné pour l'examen de l'affaire puisse, dans des délais extrêmement brefs, disposer de toute la documentation utile, approfondir les orientations possibles et s'essayer à autant de projets de rédaction que nécessaire. Il règne au Conseil constitutionnel une atmosphère d'empressement studieux qui n'échappe à la fébrilité que parce qu'il est habituel.

Enfin, la contrainte de temps explique, sinon justifie, la brièveté qui caractérise généralement la motivation des décisions du Conseil constitutionnel et ce d'autant plus que, malgré cette contrainte, la délibération collégiale porte non seulement sur l'orientation de la solution retenue mais aussi sur l'intégralité de la motivation qui est arrêtée de façon collégiale au cours de la séance du délibéré, après lecture du projet. À l'heure de la remise en question des techniques « traditionnelles » de rédaction des décisions des juridictions souveraines, les incidences concrètes de la contrainte de temps sur le Conseil constitutionnel ne doivent pas être oubliées.

B - L'urgence des pouvoirs publics

1 - L'urgence volontaire

Le contexte d'urgence dans lequel le Conseil constitutionnel travaille exerce peut-être aussi une influence sur son appréhension du recours à l'urgence dans le fonctionnement des pouvoirs publics et, en particulier, dans la procédure parlementaire. Toutefois, si sa jurisprudence ne témoigne d'aucune méfiance à l'égard de l'accélération du temps parlementaire, c'est principalement parce que, sur cette question, la Constitution attribue au Gouvernement, depuis 1958, et à la conférence des présidents des assemblées parlementaires, depuis 2008, des prérogatives dont le Conseil constitutionnel est garant et auxquelles il n'entend nullement de substituer. En outre, si l'urgence de la vie parlementaire répond parfois à des circonstances de fait ou des exigences juridiques, elle résulte le plus souvent d'une volonté politique que le Conseil constitutionnel n'entend pas contrôler.

Ainsi, lorsque, le 15 février 2012, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'aucune disposition constitutionnelle n'impose au Gouvernement de justifier l'engagement de la procédure accélérée* » ⁽²⁰⁾, il n'a fait que confirmer une position implicite qu'avait consacrée le changement terminologique de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a remplacé la « *déclaration d'urgence* » par l'engagement de la « *procédure accélérée* ». Bien que dérogatoire, puisqu'elle permet, depuis l'origine, la convocation de la CMP après une seule lecture par chaque assemblée

ainsi que, depuis la réforme constitutionnelle de 2008, une discussion en séance en première lecture sans attendre les délais prévus par le deuxième alinéa de l'article 42 de la Constitution, la « procédure accélérée » n'a pas à être justifiée par une situation « d'urgence ». C'est la volonté du Gouvernement qui crée l'urgence et le contrôle du Conseil constitutionnel se limite à vérifier que cette procédure a été « *régulièrement engagée* »⁽²¹⁾.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel ne protège pas seulement les prérogatives constitutionnelles du Gouvernement dans la procédure parlementaire. Il adopte la même retenue s'agissant du pouvoir, désormais reconnu aux conférences des présidents des deux assemblées, de s'opposer conjointement à la procédure accélérée⁽²²⁾. Le contrôle du Conseil constitutionnel sur ce pouvoir d'opposition est limité à la vérification de ce que les conférences des présidents des deux assemblées ont été en mesure de l'exercer avant le début de l'examen du texte en première lecture⁽²³⁾. L'engagement de la procédure accélérée résulte de la combinaison de deux choix de nature politique : celui du Gouvernement et celui des conférences des présidents. Le Conseil constitutionnel veille au respect de la règle du jeu dans l'exercice de ces pouvoirs respectifs mais il ne s'y substitue nullement.

Sur cette question, comme sur d'autres questions de gestion du temps parlementaire, tel le recours au temps législatif programmé ou la réduction du délai de dépôt des amendements⁽²⁴⁾, la seule limite que le Conseil constitutionnel est susceptible d'opposer au raccourcissement des délais consiste à vérifier que la mise en œuvre de ces procédures n'a pas eu pour effet d'altérer la clarté et la sincérité des débats parlementaires⁽²⁵⁾. Le Conseil rappelle régulièrement cette exigence qui le conduit à contrôler *in concreto* le déroulement des débats devant les assemblées parlementaires, mais il n'a jamais eu l'occasion de constater qu'elle avait été méconnue.

Enfin, en matière de recours aux ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que « *l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer* » pour y recourir⁽²⁶⁾. Une lecture un peu rapide des décisions du Conseil constitutionnel peut laisser penser qu'il procède alors à un contrôle de l'existence de l'urgence. En réalité, il n'en est rien : le Conseil constitutionnel contrôle ici l'existence d'un motif, non sa pertinence. S'il contrôlait l'existence d'une situation d'urgence, il n'accepterait pas que le Gouvernement puisse, comme il le fait, se prévaloir de l'encombrement du calendrier parlementaire dont il est largement responsable.

2 - L'urgence nécessaire

Respectueux de l'urgence que la volonté politique peut régulièrement imposer au cours du débat parlementaire, le Conseil constitutionnel est aussi le défenseur de l'urgence « nécessaire » à la vie de nos institutions. En cette matière, le standard du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est la notion de « *continuité de la vie nationale* »⁽²⁷⁾.

C'est ainsi au nom de la continuité de la vie nationale que le Conseil constitutionnel a jugé en 1985 que la procédure d'urgence est applicable de plein droit à l'examen de la loi de finances du prochain exercice budgétaire⁽²⁸⁾. C'est aussi au nom de cette même notion qu'il a, de façon prétorienne, défini en 1979 les mesures provisoires d'urgence qui doivent être prises après que la loi de finances de l'année a été censurée à une date interdisant l'adoption d'une nouvelle loi de finances avant le début de l'exercice⁽²⁹⁾.

C'est enfin cette même notion qui intervient dans l'appréciation des conséquences à tirer de la méconnaissance, au cours de la procédure d'adoption de la loi, des dispositions organiques qui imposent la communication au Parlement de certains documents ou avis. Le Conseil a en effet annoncé qu'en ce cas, il « *apprécierait le respect des dispositions [organiques méconnues] au regard des exigences de la continuité de la vie de la nationale* »⁽³⁰⁾. Il y a là un raisonnement qui n'est pas sans rappeler l'exception d'urgence. Toutefois, à la différence du raisonnement tenu par le juge administratif dans le contentieux de la légalité, il ne s'agit pas d'examiner si les circonstances ou l'urgence qui existaient lorsque l'irrégularité a été commise étaient de nature à justifier le non-respect de certaines règles⁽³¹⁾. Il s'agit plutôt, dans un raisonnement conséquentialiste⁽³²⁾, de réaliser la balance entre l'importance de la règle méconnue et les conséquences qui résulteraient d'une censure de la loi.

Hors du contrôle de la constitutionnalité des lois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre de rares exemples de prise en compte de l'urgence comme fait justificatif d'une irrégularité. Ainsi, dans le contentieux électoral, alors qu'en raison d'un dépôt tardif de sa propagande électorale par un candidat, la commission de propagande avait délibéré par voie téléphonique, sans se réunir, le Conseil constitutionnel a écarté le moyen tiré de l'irrégularité de la délibération « *eu égard à l'urgence qui s'attachait à ce qu'une décision rapide pût être prise* »⁽³³⁾. Une autorité publique a ainsi pu se voir reconnaître le pouvoir de s'affranchir du respect de certaines règles à raison de l'urgence dans laquelle elle était tenue d'accomplir sa mission. Toutefois, une telle faculté n'est pas offerte aux candidats qui ne peuvent se prévaloir de l'urgence à laquelle ils ont été confrontés dans leur campagne pour tenter de justifier la méconnaissance des règles applicables⁽³⁴⁾. L'urgence admise par le Conseil constitutionnel comme fait justificatif est en effet, comme en droit administratif⁽³⁵⁾, étroitement liée à la continuité de l'État et du service public.

II - Les dérogations légales fondées sur l'urgence sous le contrôle du Conseil constitutionnel

A - Un contrôle attentif des recours dérogatoires à l'urgence

Dans le mouvement d'institutionnalisation de l'urgence déjà évoqué, le législateur a régulièrement recours à la notion d'urgence pour définir, parallèlement à la règle de droit qu'il fixe dans les circonstances « normales », une règle, applicable en cas d'urgence, dans laquelle, selon les cas, les pouvoirs de l'administration sont renforcés, les droits du public limités, les délais d'action raccourcis ou les formes allégées. Dès lors que la dérogation ainsi instituée en cas d'urgence est de nature à porter atteinte à une règle ou un principe constitutionnels, elle est soumise à un contrôle attentif du Conseil constitutionnel.

En premier lieu, les effets que le législateur attache à l'urgence sont soumis à un contrôle de proportionnalité. La décision du 23 juillet 2015 relative à la loi sur le renseignement illustre le plus nettement la mise en œuvre de ce contrôle. S'agissant des procédures de délivrance de l'autorisation de mettre en œuvre certaines techniques de recueil de renseignement, le Conseil constitutionnel a examiné la procédure « *d'urgence absolue* » et la procédure « *d'urgence opérationnelle* », validant la première et censurant la seconde. Sur chacune de ces dispositions, il a procédé à un contrôle de proportionnalité approfondi consistant à examiner et à mettre en balance la définition des cas de recours à cette procédure, les techniques de renseignement qui peuvent alors être mises en œuvre et le niveau des garanties instituées par la loi ⁽³⁶⁾.

En second lieu, le Conseil constitutionnel veille, dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité, à l'effectivité du contrôle exercé par le juge compétent sur la mise en œuvre de la mesure en cause et, en particulier, sur l'existence de la situation d'urgence.

En matière administrative, les décisions qui témoignent du caractère essentiel de cette garantie sont nombreuses. Ainsi, en 2004, les dispositions qui, en matière de contrat de partenariat, présupposaient satisfaite la condition d'urgence dès lors que l'évaluation préalable à la passation du contrat n'était pas défavorable ont été censurées ⁽³⁷⁾. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette présomption avait pour effet « *d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence* ». En 2013, sur les dispositions permettant à l'administration de prendre possession d'un bien exproprié en urgence, le Conseil a, pour déclarer ces dispositions conformes à la Constitution, pris en compte la possibilité ouverte aux propriétaires d'exercer les « *recours de droit commun devant le juge administratif* » ⁽³⁸⁾. Le commentaire officiel de la décision, qui précise que le juge administratif exerce un « *contrôle normal* » sur la qualification de l'urgence, montre qu'est prise en compte non seulement l'existence de ces voies de recours mais aussi l'intensité du contrôle exercé. De même, l'année suivante, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la possibilité donnée à l'administration de rendre opposables immédiatement, en urgence, les dispositions du plan de prévention des risques naturels. Il a jugé que la « *décision... justifiée par l'urgence... peut être contestée devant la juridiction compétente* » ⁽³⁹⁾. Enfin, le Conseil constitutionnel vient de valider les dispositions permettant en cas « *d'urgence absolue* » de ne pas appliquer certaines des garanties dont bénéficie en principe l'étranger qui fait l'objet d'une procédure d'expulsion. Il a relevé que l'étranger peut « *exercer un recours contre la décision d'expulsion devant le juge administratif, notamment devant le juge des référés qui, sur le fondement des articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative, peut suspendre l'exécution de la mesure d'expulsion ou ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* » ⁽⁴⁰⁾. Sur ce point encore, la lecture du commentaire officiel est instructive puisqu'elle révèle qu'a pu être prise en compte la circonstance que le Conseil d'État exerce sur la condition d'urgence absolue « *un contrôle strict* ».

B - Quel contrôle de l'urgence pour l'état d'urgence ?

Si le contrôle effectif de l'existence d'une situation d'urgence par le juge compétent constitue, aux yeux du Conseil constitutionnel, une garantie essentielle pour apprécier le caractère proportionné des mesures dérogatoires que l'urgence justifie, alors on ne peut comprendre que le Conseil constitutionnel n'ait pas appliqué ce principe lorsqu'il s'est prononcé sur la constitutionnalité des lois relatives à l'état d'urgence.

On se souvient que, dans sa décision du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, le Conseil constitutionnel n'avait pas pris la peine d'examiner si les conditions fixées par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 étaient réunies. Il avait alors suscité l'étonnement de François Luchaire ⁽⁴¹⁾ et s'était attiré les critiques de Philippe Terneyre ⁽⁴²⁾. Ce dernier s'était interrogé sur la question de savoir si la « *timidité excessive* » dont le Conseil avait alors fait preuve en n'examinant pas « *concrètement au préalable la réalité des circonstances définies par la loi de 1955* » ne trouvait pas une explication, à défaut de justification, dans les « *limites* » du contrôle *a priori*.

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel au cours de l'année qui vient de s'écouler apportent une réponse négative à cette interrogation.

En effet, après la déclaration puis les prorogations de l'état d'urgence faisant suite aux attentats perpétrés sur notre territoire le 13 novembre

2015, le Conseil constitutionnel a été saisi de cinq QPC portant sur plusieurs mesures qui peuvent être arrêtées par l'autorité administrative sous le régime de l'état d'urgence : les assignations à résidence ⁽⁴³⁾, les mesures de police des réunions ⁽⁴⁴⁾ et les perquisitions et saisies ⁽⁴⁵⁾. Par quatre décisions rendues le 22 décembre 2015 et les 19 février et 23 septembre 2016, il s'est livré comme il se doit à un contrôle de proportionnalité de chacune de ces mesures, en mettant en balance les conditions dans lesquelles la mesure en cause peut être prise, ses effets et les garanties dont sa mise en œuvre est assortie.

Le « considérant » de ces décisions consacré aux conditions dans lesquelles la mesure peut être ordonnée est ainsi rédigé : 1 °, la mesure en cause ne peut être prononcée ou ordonnée que lorsque l'état d'urgence a été déclaré ; 2 °, l'état d'urgence peut être ordonné dans l'une des conditions prévues par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 (en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique). On attend légitimement un 3 ° sur la question de savoir si l'une de ces conditions est réunie, mais il ne vient pas. Même lorsqu'étaient en cause des pouvoirs exorbitants de l'administration prévus par l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, dont la mise en œuvre ne résulte pas de plein droit de l'état d'urgence mais doit avoir été spécialement décidée, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné si les circonstances justifiaient cet « état d'urgence aggravé » et n'a pas même relevé qu'une mise en œuvre expresse de ces dispositions était nécessaire ⁽⁴⁶⁾.

Certes, dans chacune de ces décisions, le Conseil constitutionnel a expressément pris en compte, pour apprécier les garanties dont la mesure est assortie, le contrôle que le juge administratif exerce sur la mise en œuvre de ces mesures. Pour l'assignation à résidence notamment, tirant les conséquences du dernier état de la jurisprudence du Conseil d'État ⁽⁴⁷⁾, le Conseil constitutionnel a même précisément jugé que « *le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire est proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* » ⁽⁴⁸⁾.

Toutefois, le contrôle exercé par le juge administratif saisi dans la procédure de référé liberté porte sur la réalité de la menace pour la sécurité et l'ordre publics qui justifie la mesure ⁽⁴⁹⁾ non sur la question de savoir si l'instauration d'un régime d'état d'urgence est justifiée. Le propre de la mise en œuvre de l'état d'urgence est que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'exception d'urgence ou de la théorie des circonstances exceptionnelles ⁽⁵⁰⁾, la situation de fait dont l'urgence résulte n'est pas appréciée *in concreto* par le juge saisi du recours contre la mesure en cause : cette condition d'urgence est un « état » qui résulte de la législation en vigueur, c'est-à-dire qu'elle est réputée réunie en application de la législation qui institue ce régime d'exception pendant une durée déterminée.

Dès lors que le législateur est intervenu pour proroger l'état d'urgence, la question de savoir si les conditions prévues par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 étaient réunies lors de cette intervention du législateur est une question de contrôle de la loi elle-même. Le Conseil d'État a jugé que l'intervention du législateur dans les douze jours pour proroger l'état d'urgence ratifie le décret du président de la République déclarant l'état d'urgence de sorte que le juge administratif n'est plus susceptible de connaître de sa légalité ⁽⁵¹⁾. Le juge administratif ne demeure compétent pour apprécier la légalité de la déclaration de l'état d'urgence que lorsqu'il n'a pas été prorogé par la loi. Ce n'est pas l'hypothèse que nous connaissons depuis le 14 novembre 2015.

C'est donc d'abord au Conseil constitutionnel d'examiner si les conditions de l'état d'urgence sont réunies. Le président de la section du contentieux du Conseil d'État en a jugé ainsi lorsque, le 27 janvier 2016, il a statué, comme juge des référés sur la demande tendant à voir ordonner la suspension de l'exécution du régime de l'état d'urgence. S'il s'est alors reconnu compétent pour se prononcer sur l'usage que le président de la République fait ou non de son pouvoir de mettre fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai prévu par la loi, il a en revanche rappelé que la conformité à la Constitution de la prorogation de l'état d'urgence et des mesures qu'il permet ne pouvait être contestée que par la voie de la QPC ⁽⁵²⁾.

On pourrait être tenté de soutenir que si le Conseil constitutionnel n'a pas examiné la légitimité de la prorogation de l'état d'urgence lorsqu'il a été saisi de QPC portant sur les mesures que l'état d'urgence autorise, c'est parce que la prorogation de l'état d'urgence résulte d'une disposition législative distincte des dispositions sur lesquelles il était appelé à se prononcer. À cette objection il faut répondre que, sans la déclaration ou la prorogation de l'état d'urgence, la loi du 3 avril 1955 est une législation « dormante » : elle n'est que virtuellement en vigueur et, dans cette limite, elle est insusceptible de porter atteinte à des droits ou libertés ⁽⁵³⁾. Inversement, sans les mesures qu'elle autorise, la déclaration de l'état d'urgence n'est rien. La dissociation de la déclaration de l'état d'urgence et des mesures applicables sous le régime de l'état d'urgence conduit à séparer abstraitement la cause et la conséquence et à amputer une partie du contrôle. Un contrôle de la constitutionnalité de la prorogation de l'état d'urgence n'est pas possible sans prise en considération des mesures que l'état d'urgence autorise. Réciproquement, on ne peut se prononcer sur le caractère proportionné des mesures qui peuvent être prises pendant l'état d'urgence sans prendre en considération les circonstances qui justifient ou non cet état d'exception.

On pourrait aussi objecter que le Conseil constitutionnel était dispensé de motiver sa décision sur ce point car, en 1985 comme en 2015-2016, la question n'était pas soulevée par les requérants. Toutefois, il ne s'agit pas d'un moyen à relever d'office : la vérification de ce que les conditions de

l'état d'urgence sont réunies était une condition de la constitutionnalité des mesures qui étaient soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Un contrôle purement abstrait des dispositions législatives relatives à l'état d'urgence est nécessairement incomplet car l'état d'urgence résulte, au sens propre du terme, d'une loi de circonstances. Certes, le contrôle de l'état d'urgence fait sortir le Conseil constitutionnel de son office habituel en ce qu'il implique de contrôler concrètement la réalité des circonstances qui justifient l'état d'urgence. Mais un tel contrôle concret des motifs ayant justifié le recours à une loi n'est pas inédit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; il existe déjà par exemple dans le cadre du contrôle de la justification des lois de validation⁽⁵⁴⁾.

En 1985, François Luchaire avait envisagé la possibilité que, malgré le silence de sa motivation, le Conseil constitutionnel ait en réalité procédé à un « contrôle « implicite » de la réalité du « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ». Peut-être, « la nécessité était tellement évidente qu'elle n'avait pas à être discutée devant le juge »⁽⁵⁵⁾. Il est en réalité probable que, sur ce point, il en est allé en 2015 comme en 1985. Toutefois, une position expresse du Conseil constitutionnel sur la plénitude du contrôle exercé aurait été préférable. Elle aurait assuré la cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'urgence dérogatoire ; elle aurait apporté un éclairage nécessaire sur la notion de « péril imminent » prévue par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, notion qui rappelle la définition de l'urgence absolue de Romieu que nous avons citée, mais qui s'en distingue nécessairement ; enfin, surtout, elle aurait rassuré quant à la possibilité que le Conseil constitutionnel puisse mettre fin à l'état d'urgence si, par impossible, sa prorogation venait à n'être plus l'indispensable défense de la Nation devant une menace terroriste d'une ampleur et d'une gravité exceptionnelles mais le signe, soit (on n'ose y penser) d'une dérive autoritaire des institutions, soit (moins impossible) de la difficulté à assumer le « retour à la normale ».

À l'heure où nous terminons cette contribution, l'état d'urgence a été prorogé une quatrième fois⁽⁵⁶⁾ par la loi du 21 juillet 2016, pour une durée de six mois. Une cinquième prorogation est annoncée...

- (1) TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint Just*, au recueil, p. 713.
- (2) R. Odent*, *Contentieux administratif**, t. 1, Dalloz, Paris, p. 303.
- (3) Cons. const., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. 4.
- (4) Les comptes rendus des délibérations du Conseil constitutionnel, consultables après l'expiration d'un délai de 25 ans, sont désormais accessibles sur le site Internet du Conseil constitutionnel.
- (5) Art. 61, al. 3 de la Constitution et art. 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
- (6) Art. 37, al. 2 de la Constitution.
- (7) Art. 105 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie.
- (8) Art. 12 de la L.O. n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; articles L.O. 6213-5 et à l'article L.O. 6313-5 du CGCT.
- (9) Articles 39, al. 4 et 41, al. 2 de la Constitution.
- (10) Art. L.O. 151-2 du code électoral.
- (11) Art. L.O. 136 du code électoral.
- (12) Merci au service de la documentation du Conseil constitutionnel pour ces chiffres actualisés.
- (13) G. Dumortier, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral », cette revue, n° 41, oct 2013, p. 36.
- (14) Cons. const., n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, *M. Delmas*, cons. 4.
- (15) Cons. const., n°s 2013-314P QPC du 4 avril 2013 et 2013-314 QPC du 14 juin 2013, *M. Jeremy F.*
- (16) Cons. const., n°s 63-24 DC du 20 décembre 1963, 99-415 DC du 28 juin 1999 et 2009-583 DC du 22 juin 2009.
- (17) Cons. const., n°s 75-51 DC du 27 décembre 1973, n° 82-139 DC du 11 février 1982, et n° 89-258 DC du 8 juillet 1989.
- (18) Cons. const., n° 2013-233 QPC du 22 février 2012, *Mme Le Pen*.
- (19) Cons. const., n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cedric D.*
- (20) Cons. const., n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, cons. 4.
- (21) *Idem*.
- (22) Deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution.
- (23) Cons. const., n° 2014-705 DC du 11 décembre 2014, cons. 43.
- (24) Cons. const., n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, cons. 49 et 55.
- (25) Cons. const., n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 4.
- (26) Cons. const., n°s 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13, 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 5 et 2004-506 DC du 2 décembre 2004, cons 5.

- (27) Le Conseil constitutionnel a pu employer indifféremment l'expression « *continuité de la vie de la Nation* » (n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 17). Toutefois, cette expression ne doit pas être confondue avec la même expression lorsqu'elle constitue une norme de contrôle en matière de ratification des traités (Décisions n°s 85-188 DC du 22 mai 1985, cons. 2, et 91-294 DC du 25 juin 1991, cons. 9.)
- (28) Cons. const., n°s 83-161 DC du 19 juillet 1983, cons. 3 et 85-190 DC du 24 juillet 1985, cons. 1 à 3.
- (29) Cons. const., n° 79-111 DC du 30 décembre 1979.
- (30) Cons. const., n°s 2001-448 DC du 25 juin 2001, cons. 75, 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 17, et 2012-658 DC du 13 décembre 2012, cons. 54.
- (32) Pour emprunter à un travail de thèse que le Conseil constitutionnel vient de primer : Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2016.
- (33) Cons. const., n° 97-2252 AN du 9 janvier 1998, *AN Rhône (5^e circ.)*, cons. 2.
- (34) Cons. const., n°s 2002-2849 AN du 7 novembre 2002, 2007-4021 AN du 27 mars 2008, 2007-4180 AN du 17 avril 2008 et 2015-4941 SEN du 11 juin 2015.
- (35) C. Gabolde, « L'exception d'urgence en droit administratif », *D.* 1952, Chronique, p. 44.
- (36) Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 23 à 30.
- (37) Cons. const., n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 14.
- (38) Cons. const., n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, cons. 7.
- (39) Cons. const., n° 2014-411 QPC du 9 septembre 2014, cons. 14.
- (40) Cons. const., n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, cons. 10.
- (41) F. Luchaire, note sous la décision du 25 janvier 1985, *D.* 1985, jurisprudence, p. 366.
- (42) P. Terneyre, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité », *RDP*, 1987, p. 1498 et 1499.
- (43) Cons. const., n° 2015-527 QPC, précitée.
- (44) Cons. const., n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*.
- (45) Cons. const., n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* et n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F et autres*.
- (46) *Ibid.*
- (47) CE, Section, 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, au recueil, points 27 à 30.
- (48) Cons. const., n° 2015-527 QPC précitée, cons. 12, décision n° 2016-536 QPC précitée, cons. 10.
- (49) CE, Section, 11 décembre 2015 précitée, point 30.
- (50) CE, Ass., 23 octobre 1964, *d'Oriano*, 56756, au recueil ; 19 janvier 1980, *Synd. CFDT des P et T du Haut Rhin*, 07636, au recueil.
- (51) CE, Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, 286834, 287218, au recueil.
- (52) CE, ordonnance de référé du 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, 396220, au recueil.
- (53) Cons. const., n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *P. Patrick E*, cons. 5.
- (54) Cons. const., n° 2013-336 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA*, cons. 6.
- (55) F. Luchaire, *ibid.*
- (56) Lois n°s 2015-1501 du 20 novembre 2015, n° 2016-162 du 19 février 2016, n° 2016-629 du 20 mai 2016 et n° 2016-987 du 21 juillet 2016.