

Concours : Premier concours ENM 2020Epreuve : Droit public

## CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



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

"Tout État libre où les grandes crises n'ont pas été prévues est à chaque orage en péril" écrit Rousseau dans Du contrat social. Il souligne ainsi la nécessité, reconnue depuis la République romaine et l'institution du dictateur, pour les régimes démocratiques de prévoir des régimes exceptionnels en cas de crises empêchant le fonctionnement normal des institutions. Les régimes d'exception ont toujours consisté à conférer, de façon momentanée, des compétences plus larges au pouvoir exécutif.

Chargé d'exécuter les lois en disposant du pouvoir réglementaire, celui-ci est composé du gouvernement, avec à sa tête le Premier ministre, et du Président de la République.

Du fait de l'histoire française et notamment des leçons tirées du vote des pleins pouvoirs au maréchal Pétain le 18 juillet 1940, la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit plusieurs régimes d'extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif (articles 16 et 36). Ces dispositions complètent d'autres régimes d'exception, aussi bien antérieurs que postérieurs, prévus par la loi ou la jurisprudence au gré des crises qu'a connues le pays. En dernier lieu, la loi du 23 mars 2020 a institué le régime de l'état d'urgence sanitaire, en réaction à l'épidémie de covid-19. Si ces différents états d'exception sont nécessaires pour défendre l'État et la nation face à certains périls, ils ne sont toutefois légitimes que dans la mesure où ils sont limités dans le temps et exercés sous contrôle, notamment juridictionnel, dans un État démocratique.

Aussi convient-il de mettre en rapport la diversité apportée les extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif (I) avec leur nécessaire encadrement (II) au nom de la sauvegarde des libertés publiques et de l'État de droit.

### I) La diversité apportée les extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif

En raison de la diversité des crises affrontées par le pays, le pouvoir constituant, le législateur et le juge ont institué divers types d'états d'exception en droit français

N°

1/9

contemporain. On peut ainsi distinguer les régimes prévus par la Constitution (A) de ceux prévus par la loi et le juge (B).

#### A) Des extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif prévues par la Constitution

La Constitution prévoit tout d'abord un régime exceptionnel confiant les pleins pouvoirs au Président de la République en son article 16. Les conditions de fond prévues par cet article sont assez rigoureuses: d'une part, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels doit être interrompu, et, d'autre part, une menace grave et immédiate doit peser sur l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire, les institutions républicaines ou le respect des engagements internationaux de la France. Le cumul de ces strictes conditions garantit ainsi que ce régime ne soit institué qu'en cas de grave menace raison pour laquelle il n'a été mis en œuvre qu'une seule fois sous la IV<sup>e</sup> République: en 1961 après le putsch des généraux à Alger. En revanche, les conditions procédurales sont souples puisque le Président qui envisage de faire usage de cet article doit seulement consulter le Premier ministre et les présidents des deux assemblées ainsi que le Conseil constitutionnel et informer la nation par message. Il n'est ainsi pas obligé de recevoir l'accord des institutions qu'il consulte. Les effets, quant à eux, sont puissants puisque le Président dispose alors des pouvoirs réglementaire et législatif et peut même prendre des mesures d'ordre constitutionnel, comme ce fut le cas à propos de l'indépendance des magistrats en Algérie en 1961. À l'inverse, l'Assemblée nationale est elle marginalisée: elle se réunit de plein droit mais ne peut adopter de lois, suivant l'interprétation faite par le Conseil de l'article 16.

L'article 36 de la Constitution prévoit quant à lui le régime de l'état de siège, qui peut être mis en œuvre par décret en conseil des ministres pour une durée de douze jours puis prolongé par le Parlement, en cas de menaces sur l'intégrité du territoire national. Son utilisation est ainsi envisagée en cas de guerre sur le territoire, situation jamais survenue depuis 1958. Il a la particularité de transférer les pouvoirs civils, notamment de police et de justice, aux autorités militaires. De ce fait, il s'agit bien d'une extension exceptionnelle de compétence du pouvoir exécutif puisque le Président de la République est le chef des armées (article 15 de la Constitution), le gouvernement dispose de la force armée (article 20) et le Premier ministre est "responsable de la défense nationale" (article 21). Jamais mis en œuvre sous la IV<sup>e</sup> République, ce régime apparaît d'ailleurs plutôt comme constitutionnel et homme politique. François Hollande en 2015 avait ainsi envisagé de le supprimer de la Constitution au profit de l'état d'urgence, prévu lui uniquement par une loi.

#### B) Des extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif prévues par la loi et la jurisprudence

Historiquement, c'est d'abord le juge administratif qui a admis que, dans

N°

2/9

certaines situations de crises, le pouvoir exécutif dispose de pouvoirs élargis et puisse encadrer plus fermement les libertés publiques : il s'agit de la théorie des circonstances exceptionnelles, née pendant la première guerre mondiale (CE, 1918, *Hepneris* et CE, 1919, *Dames Del et Lament*). Le Conseil d'Etat a ainsi admis que le gouvernement puisse restreindre les libertés des individus, notamment la liberté d'aller et de venir, en situation de crise. Cette théorie a été évoquée par la doctrine au début de la crise sanitaire pour justifier les restrictions de libertés décidées par décret avant la création du cadre de l'état d'urgence sanitaire par la loi.

De fait, c'est d'abord et avant tout la loi qui prévaut les deux régimes mis en œuvre à l'époque contemporaine pour étendre les compétences du pouvoir exécutif en cas de crise.

Tout d'abord, la loi du 3 avril 1955 prévoit le régime de l'état d'urgence en cas de risques importants de graves troubles à l'ordre public. Institué par décret en conseil des ministres pour une durée de douze jours, il peut ensuite être prolongé par le Parlement. Il a pour effet de confier des pouvoirs accrus au gouvernement et à ses représentants, notamment les préfets, pour assurer la sauvegarde de l'ordre public. Il a été mis en œuvre à de nombreuses reprises sous la II<sup>e</sup> République : en 1961 et 1962 pendant la crise algérienne, en 1985 en Nouvelle-Calédonie ou encore en 2005 pendant les émeutes dans les banlieues. Surtout, il a été institué le 14 novembre 2015, au lendemain des attentats terroristes, et prolongé jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2017. La loi de 1955 a été à cette occasion modifiée à plusieurs reprises, confiant de nouvelles prérogatives au pouvoir exécutif. Celui-ci pouvait ainsi fermer des lieux de cultes, ordonner des perquisitions administratives ou des assignations à résidence ou encore instituer des périmètres de protection pour réglementer, dans certaines zones, la liberté d'aller et de venir. Autant de prérogatives qui relèvent, au droit commun, de l'autorité judiciaire.

En outre, face à l'épidémie de coronavirus, le gouvernement a imaginé un nouveau régime d'exception, adopté par le Parlement : l'état d'urgence sanitaire, promulgué le 23 mars 2020. Institué normalement pour une durée d'un mois en conseil des ministres, il a été cette fois mis en œuvre directement pour une durée de deux mois, puis prolongé à nouveau de deux mois par la loi du 11 mai 2020. Il confie des pouvoirs exceptionnels au Premier ministre et au ministre de la santé en cas de grave menace sanitaire. Il leur permet notamment de réglementer la circulation des personnes, les réunions, d'ordonner le confinement de la population ou encore des réquisitions. Il a été mis en place du fait de l'insatisfaction du régime existant précédemment, mis en place en 2006 puis modifié par la loi du 5 mars 2007 qui permettait de faire imposer et exige que le ministre de la santé puisse prendre "toute mesure utile et proportionnée" en cas d'épidémie.

Ainsi, le nombreux régimes d'exception existants, à qui apparaît légitime au nom de la protection des institutions démocratiques, de la sauvegarde de l'ordre public ou encore de la protection de la santé publique, ses deux derniers motifs étant

reconnus comme des objectifs à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Toutefois, dans un État de droit, les états d'exception ne sont légitimes que s'ils sont strictement encadrés.

## II) L'encadrement nécessaire des extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif

Face aux risques de restrictions injustifiées des libertés publiques et d'atteintes persistantes à la séparation des pouvoirs, les extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif doivent être encadrées. Si cet encadrement est prévu par les textes et est, dans une certaine mesure, effectif (A), il apparaît toutefois à certains égards ponctuellement insuffisant (B).

### A) L'effectivité de l'encadrement des extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif

Les régimes d'exception sont tout d'abord placés sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Ainsi, s'agissant de l'article 16 de la Constitution, la résolution du 23 juillet 2008 a permis indépendamment de l'Assemblée nationale ou du Sénat, à ses comités parlementaires ou à leur premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel d'office jours après la mise en œuvre de cet article, pour qu'il vérifie si les conditions sont toujours réunies. En outre, il peut se prononcer d'office, par un avis public, au-delà de saisine jour. Ce regard extérieur est ainsi de nature à éviter une prolongation injustifiée des pleins pouvoirs.

En outre, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur la conformité à la Constitution de la loi du 3 avril 1955 (QPC, 27 décembre 2015). Saisi à neuf reprises par question prioritaire de constitutionnalité sur sa conformité entre 2015 et 2017, il a à plusieurs reprises censuré certaines dispositions telle que la possibilité pour le préfet d'ordonner des contrôles d'identité et fouilles de véhicules (QPC, 1<sup>er</sup> décembre 2013) ou encore les saisies informatiques dans le cadre des perquisitions informatiques (QPC, 29 janvier 2016).

Enfin, il s'est prononcé sur la conformité du cadre juridique de l'état d'urgence soumis à l'occasion de sa prolongation et a pu, par exemple, émettre une réserve d'interprétation sur la quarantaine individuelle au-delà de 12 heures par jour qui nécessite l'intervention a priori d'un juge judiciaire (D.C., 11 mai 2020). Ainsi, les droits et libertés constitutionnellement reconnus demeurent garantis pendant les états d'exception et limitent ainsi les prérogatives du pouvoir exécutif.

En outre, le juge administratif exerce lui aussi un contrôle des mesures du pouvoir exécutif pendant ces différents états d'exception, de façon plus ou moins approfondie. Ainsi, il s'est déclaré compétent pour contrôler le décret instituant l'état d'urgence (C.E., 2005, Rolin et Boisvert). En outre, il peut être saisi par tous les citoyens faisant l'objet de mesures restrictives de liberté dans le cadre de l'état d'urgence ou de l'état

Concours : Premier concours ENM 2020Epreuve : Droit public

## CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



d'urgence sanitaire, l'institution d'un régime d'exception par la loi du 30 juin 2020 a permis de rendre ce contrôle effectif, le Conseil d'Etat ayant ainsi jugé qu'il y avait une situation d'urgence en cas d'assignation à résidence (CE, ord. 11 décembre 2020). Ainsi, le pouvoir exécutif devient soumis au contrôle du juge administratif pendant les états d'urgence. Néanmoins, ce contrôle apparaît parfois insuffisant.

### B) Les limites de l'encadrement des extensions exceptionnelles de compétence du pouvoir exécutif

L'encadrement des régimes d'exception apparaît limité à deux égards. D'une part, le contrôle juridictionnel présente certaines failles. Ainsi, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour contrôler la mise en œuvre de l'article 16, considérant qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement (CE, 1957, Rubin de Lavigne). En outre, pendant l'état d'urgence sanitaire, le Conseil constitutionnel a validé une loi organique supprimant les délais de trois mois d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité alors même que le délai de 15 jours prévu à l'article 16 de la Constitution n'avait pas été respecté, en raison des circonstances exceptionnelles de l'espace (D.C. 26 mars 2020), fragilisant ainsi à double titre le contrôle juridictionnel.

D'autre part, l'extension des compétences du pouvoir exécutif présente le risque de s'étendre lors la durée de façon disproportionnée. Ainsi, le régime d'exception risque de se prolonger au-delà de la nécessité, comme en 1961 où le général de Gaulle n'a mis fin aux pleins pouvoirs qu'en octobre 1961 alors que, pour beaucoup de commentateurs, les circonstances ne la justifiaient plus une semaine après sa mise en œuvre en avril. Et même, il est apparu politiquement délicat de mettre fin à l'état d'urgence entre 2020 et 2021 alors que la menace terroriste demeurait persistante. Par ailleurs, un second risque est que l'extension exceptionnelle de compétence du pouvoir exécutif devienne la norme. Par exemple, la loi du 30 octobre 2017 pour la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme reprend de nombreuses dispositions de la loi du 3 avril 1955, avec les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance ou les visites domiciliaires qui remplacent les assignations à résidence et les perquisitions administratives.

Finalement, à l'époque actuelle, les extensions exceptionnelles de compétence du

N°

519

pouvoir exécutif n'appartiennent plus si exceptionnellement : entre l'état d'urgence (presque 2 ans) et l'état d'urgence sanitaire (quelques mois), quasiment la moitié des cinq dernières années s'est déroulée dans le cadre de l'un de ces régimes d'exception.

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

Dans une décision "loi référendaire" de 1962, le Conseil constitutionnel se définissait comme un "simple organe régulateur des pouvoirs publics". Plus tard, il apparaît comme un réel gardien de la norme constitutionnelle, comme en témoigne la diversification de ses pouvoirs pour sanctionner les méconnaissances de celle-ci. Il n'est cependant pas le seul gardien de la Constitution puisque le juge administratif contrôle, quant à lui, le respect de cette norme par le pouvoir réglementaire.

Par norme constitutionnelle, il faut comprendre non seulement le texte même de la Constitution du 4 octobre 1958 modifié à 24 reprises mais aussi l'ensemble des textes auquel son préambule renvoie. Il s'agit donc de l'ensemble de l'édifice de constitutionnalité, selon l'expression du Doyen Favoreu.

Si, en 1958, seules les méconnaissances formelles de la Constitution étaient sanctionnées par les juges constitutionnel et administratif, telles que la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, le contrôle de la norme constitutionnelle s'est progressivement accru au point qu'une véritable "culture de constitutionnalité" émerge en droit français. La II<sup>e</sup> République a ainsi donné naissance à un véritable État de droit en France. Néanmoins, les méconnaissances de la norme constitutionnelle ne sont pas toutes strictement sanctionnées, du fait de limites aussi bien internes (absence de contrôle de certains textes, rigueur du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité) qu'externes, liées à la construction européenne.

Dès lors, si l'efficacité des sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle s'est accrue pendant la II<sup>e</sup> République (I), des limites demeurent persistantes (II).

### I) L'efficacité accrue des sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle

L'efficacité des sanctions de la norme constitutionnelle s'est accrue du fait de la combinaison de deux facteurs : non seulement leur fondement s'est élargi (A) mais, en plus, leurs modalités se sont diversifiées (B).

#### A) Le fondement élargi des sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle

En 1958, le Conseil constitutionnel a été pensé par Charles de Gaulle et Michel Debré

N°

6.19

comme un instrument du parlementarisme rationalisé : il avait pour objectif de faire respecter le texte de la Constitution, essentiellement consacré à l'organisation des pouvoirs publics, et plus spécifiquement la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et exécutif (articles 34 et 37). Seules les méconnaissances formelles du texte constitutionnel étaient sanctionnées.

Le Conseil constitutionnel est lui-même à l'origine de l'élargissement de la notion de norme constitutionnelle. En effet, par un arrêt Liberté d'association du 16 juillet 1971, il a considéré que le Préambule de la Constitution avait une valeur constitutionnelle, de même que les textes auxquels il renvoyait : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et le Préambule de la Constitution de 1946. Le pouvoir constituant y a ajouté le 12 novembre 1958 la Charte de l'environnement de 2004. Désormais, le Conseil constitutionnel censure donc la méconnaissance par le législateur de l'ensemble de ces textes.

Le juge administratif, quant à lui, censurait déjà des décrets méconnaissant ces textes, par exemple ceux contraires au principe d'égalité protégé par la DDHC (CE, 1954, Barel) ou la liberté d'association en tant que « un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (CE, 1956, Amical des armistes).

Les méconnaissances de la Constitution sont ainsi interprétées largement, ce qui garantit l'efficacité de leurs sanctions, d'autant plus que les modalités de celles-ci se sont diversifiées.

### B) Les modalités diversifiées des sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle

Depuis 1958, la Constitution prévoit un contrôle a priori de certains textes au regard de la norme constitutionnelle, par le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'article 61 prévoit que les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel par le Président de la République, le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale ou le Premier ministre, après leur adoption et avant leur promulgation. Depuis la révision constitutionnelle d'octobre 1974, 60 députés ou 60 sénateurs peuvent également saisir le Conseil constitutionnel, ce qui permet à l'opposition d'en être à l'origine. Les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans ce cadre sont efficaces puisqu'ils empêchent la promulgation du texte par le Président de la République (article 62) qui ne peut que, le cas échéant, demander une nouvelle délibération du Parlement (article 10). En outre, le Conseil constitutionnel peut également être saisi par les mêmes institutions de la régularité d'un traité à la norme constitutionnelle (article 53). Dans cette hypothèse, le traité ne peut pas être promulgué, à moins que la Constitution ne soit modifiée sur ce fondement, le Conseil constitutionnel annule notamment les limitations excessives de la souveraineté nationale (DS, 1985, protocole sur l'abolition de la peine de mort).

Le contrôle a priori se double d'un contrôle a posteriori, lequel a néanmoins longtemps présenté des failles. Ainsi, le juge administratif contrôlait de façon traditionnelle les décrets après leur adoption au regard de la Constitution, mais il refusait de le faire lorsque les dispositions contestées reprenaient une loi, selon la théorie de la loi-écran (CE,

1956, Amighi). Il accepte seulement de contrôler les décrets reprenant des lois antérieures à la Constitution et implicitement abrogé par sa adoption (CE, 1905, Syndicat national des huissiers de justice) ou sa modification (CE, 1909, CRIGEN). Le Conseil constitutionnel, quant à lui, ne contrôlait que les lois a priori et acceptait de contrôler les lois déjà en vigueur uniquement lorsqu'une loi nouvelle modifiait une loi ancienne (CE, 1985, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie), ce qui était une hypothèse rare. En revanche, les lois étaient contrôlées au regard des lois (CE, 1989, Niclo). La révision du 23 juillet 2008 a comblé cette lacune en instituant un contrôle a posteriori des lois (article 61-1). Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel peut décider de l'abrogation immédiate de la loi ou de moduler dans le temps cette abrogation (article 67). Il peut être saisi par tout justiciable dans le cadre d'un procès.

Les sanctions de la méconnaissance des normes constitutionnelles ressortent des lois mieux garanties de cette évolution. Elles se limitent néanmoins à certaines limites.

## II) Les limites persistantes des sanctions de la méconnaissance de la norme constitutionnelle

Les limites sont aussi bien internes (A) qu'externes (B).

### A) Les limites inhérentes à l'ordre juridique national

Les limites internes des sanctions des méconnaissances de la Constitution tiennent essentiellement au strict cadre procédural de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) instituée par la révision du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009. D'une part, seules les méconnaissances des droits et libertés garantis par la Constitution peuvent faire l'objet d'une QPC et non l'ensemble des méconnaissances constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel apprécie toutefois de façon large ces droits et libertés, en admettant par exemple que l'incompétence négative du législateur puisse justifier dans certains cas sa saisine (QPC, 2010, Kimberly Clark).

En outre, un mécanisme de filtres a été institué : après les juridictions du fond, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont saisi et peuvent refuser de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel s'ils estiment que la question n'est pas nouvelle au regard de la jurisprudence antérieure. De plus, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, refusé de transmettre des questions relatives à sa jurisprudence et non à la loi, ce qui limite le contrôle du Conseil constitutionnel.

### B) Les limites inhérentes à la construction européenne.

La Cour de justice de l'Union européenne a posé en principe de primauté du droit de l'Union (CJCE, 1964, Costa c/ Erel). Sur ce fondement, elle juge que les États

N°

8/9

Concours section : 1er concours d'accès

Epreuve matière : Droit public

N° Anonymat : GESPN361 EJ

Nombre de pages : 12

16.5 / 20

Concours : ENM 1<sup>er</sup> concours 2020

Epreuve : Droit public

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



avec l'obligation de respecter les règlements et directives européens, sans pouvoir se prévaloir d'une méconnaissance de leur norme constitutionnelle. Face aux résistances de la Cour constitutionnelle allemande (arrêt Solange de 1970), celle-ci réaménagea doucement les principes généraux du droit de l'Union (CJCE, 1970, Internationale Handelsgesellschaft). Dès lors, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il n'examinerait la conformité des lois disposant des directives à la Constitution que si elles portaient atteinte à l'identité constitutionnelle de la France (DC, 2004, Économie numérique et DC, 2006, Droits d'auteur).

En outre, s'agissant des QPC, la CJCE a posé le principe qu'elle devait être saisie de façon prioritaire des lois transposant les directives, en contradiction avec l'article 61-1 de la Constitution et la loi organique du 10 décembre 2009 (CJCE, 2010, Melloni).

Finalement, sans permettre de faire subsister de réelles méconnaissances de la norme constitutionnelle, ces exceptions reflétant davantage la complexité de l'ordonnement juridique lié à l'essor des normes internationales.

N°

9/9





