

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

N° 5 - octobre 2020

Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020)

Écrit par

Jean-Philippe DEROSIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ.
Lille (**)

Emmanuel CARTIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ.
Lille (*)

Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire, par J.-Ph. Derosier

Période exceptionnelle, décisions exceptionnelles, chronique exceptionnelle.

La crise sanitaire que nous avons traversée (et traversons encore ?) a conduit à des décisions extraordinaires de la part du Conseil constitutionnel, dont le sens aurait vraisemblablement été différent en période « ordinaire ». Elles justifient que cette chronique soit elle-même originale rattachées, comme le suppose l'exercice imposé, au premier semestre 2020, en les analysant de façon groupée et en allant jusqu'à inclure des décisions rendues au-delà de la période habituellement considérée (qui se clôt normalement au 30 juin), en ce qu'elles participent du même « mouvement jurisprudentiel », exceptionnel et qui n'a donc pas vocation à se poursuivre.

Gérer la crise... « sans délai », décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

La séquence s'ouvre avec la décision rendue sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie, laquelle avait pour effet de suspendre les délais de transmission et d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité devant les juridictions de renvoi (Conseil d'État et Cour de cassation) et le Conseil constitutionnel, jusqu'au 30 juin ⁽³⁾. Au regard des droits et libertés, cette décision vient confirmer que cette loi n'a pas d'autre objectif que de permettre une facilité procédurale, sans nullement remettre en cause l'exercice d'un recours QPC ni même la possibilité que des décisions QPC soient rendues au cours de la période considérée, ainsi que le précise le Conseil. En d'autres termes, le droit au procès et à une justice équitable n'est ni remis en cause par la loi ni même altéré, en dépit de l'épidémie et de la situation exceptionnelle, mais cette dernière commande certaines adaptations dans le fonctionnement de la justice, sans qu'il soit bouleversé pour autant.

Cette décision est également intéressante sur le plan de la procédure parlementaire, en ce qu'elle valide une inconstitutionnalité, aux regards « des circonstances particulières de l'espèce ». En effet, s'agissant d'une loi organique, l'article 46, al. 2 impose qu'une fois le texte déposé sur le bureau de la

première assemblée saisie, il soit soumis à la délibération et au vote à l'expiration d'un délai de quinze jours, délai qui ne souffre aucune exception ou dérogation. Or, dans le contexte d'urgence, à peine 24 heures séparaient le dépôt du projet de loi au Sénat de son examen en séance publique. On pourrait retenir que la validation d'une telle inconstitutionnalité manifeste est assez déplorable, car les délais de procédure ont généralement vocation à préserver les droits et libertés de ceux auxquels ils s'appliquent, en l'espèce le Parlement, donc la représentation nationale et le fonctionnement de la démocratie. En outre, on pourrait soutenir que le Conseil vient valider une violation de la Constitution au nom d'une situation de crise, instant où la Constitution doit, au contraire, être d'autant plus respectée qu'elle est l'ultime rempart contre les excès qu'une telle crise pourrait engendrer.

Il faut cependant relativiser cette décision. En effet, la loi organique ne comportait qu'un seul article, bref et introduisant une correction temporaire et minimale à des délais procéduraux. Si le délai de quinze jours prévu par l'article 46, al. 2 de la Constitution est destiné à préserver la réflexion parlementaire lorsqu'il s'agit de traiter de questions « organiques », donc essentielles pour le fonctionnement démocratique, on peut admettre qu'au regard « des circonstances particulières de l'espèce », le respect du délai ne paraissait pas indispensable pour garantir cette réflexion. Ces « circonstances particulières *de l'espèce* » ne renvoient donc pas uniquement au contexte de crise sanitaire, mais doivent être entendues cumulativement comme un renvoi à la nature et à la forme du texte lui-même : bref, ponctuel et procédural.

Deux scrutins à un tour, ou des élections municipales originales, décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020, M. Daniel D. et autres [Modification du calendrier des élections municipales]

Il était d'ailleurs indispensable que le Conseil constitutionnel réaffirme, dans sa décision n° 799 DC, que la suspension des délais de transmission et d'examen des QPC n'empêchait pas pour autant qu'elles soient transmises et examinées au cours de la période considérée, car la loi ordinaire d'urgence⁽⁴⁾, adoptée en même temps que la loi organique, n'avait pas été déférée au Conseil, mais soulevait de nombreuses questions de constitutionnalité. Plusieurs d'entre elles seront tranchées par la voie de la QPC, à commencer par la question des élections municipales, sorte de symbole, voire d'allégorie de la crise sanitaire, car le premier tour, le 15 mars, a marqué l'entrée dans la période exceptionnelle traversée, tandis que le second tour, finalement organisé le 28 juin au lieu du 22 mars, peut en sceller la sortie. La déconnexion entre les deux tours de ce même scrutin a été décidée par l'article 19 de la loi du 23 mars 2020 et sa constitutionnalité a été examinée et validée par le Conseil constitutionnel.

L'inconstitutionnalité de cette déconnexion était pleinement défendable. Qu'elle soit organisée en un ou deux tours, une élection forme un tout. La déconnexion des deux tours de plusieurs semaines, voire de plusieurs mois, revient alors à transformer une élection à deux tours en deux élections à un tour, ce qui fausse la sincérité du scrutin, principe dont la valeur constitutionnelle a été reconnue en 2003⁽⁵⁾ et que le Conseil constitutionnel rattache désormais expressément à l'article 3 de la Constitution⁽⁶⁾. En effet, le vote est une démarche éminemment subjective, à partir de l'intime et libre conviction de l'électeur, qu'il se forge jusque dans l'isolement, grâce à tous les éléments factuels mis à sa disposition. Plus le temps entre les deux tours est important, plus les facteurs et les enjeux déterminant le vote au premier et au second tour pourront être différents. S'agissant d'une seule et même élection, certes à deux tours, elle s'inscrit dans un même « instant politique » et il est donc nécessaire que les deux tours soient rapprochés et, *a minima*, que l'électeur connaisse au préalable le temps qui séparera le premier du second tour. D'ailleurs, lorsque le juge est conduit à annuler les résultats du second tour d'une élection, il prononce désormais et de façon constante l'annulation de l'ensemble du scrutin, « alors même qu'aucun grief n'est articulé contre les opérations du premier tour »⁽⁷⁾.

Le Conseil constitutionnel n'avait eu à connaître qu'une seule fois d'une décision de report du second tour d'une élection, tandis que le premier s'était déjà tenu. Il s'agissait de l'élection législative dans la deuxième circonscription de La Réunion, en 1973, alors qu'un cyclone traversait l'île et que le préfet avait pris un arrêté d'interdiction de circulation. Saisi dans le cadre du contentieux électoral, le Conseil en avait admis la légalité, en relevant que ce report était prévu à une date « la plus rapprochée possible » de la date normale et non sans regretter que « la loi n'ait pas prévu l'autorité compétente pour tirer les conséquences de circonstances exceptionnelles », rendant un report inévitable⁽⁸⁾. Le second tour s'était finalement tenu le dimanche suivant, soit deux semaines après le premier tour.

Cependant, le Conseil constitutionnel a validé la déconnexion opérée pour les élections municipales de 2020, car elle permet que soit préservée l'expression du suffrage lors du premier tour. Il souligne cependant qu'elle remet « en cause l'unité de déroulement des opérations électorales », dont il ne précise pas la valeur constitutionnelle, mais que l'on peut deviner. Il précise qu'une telle déconnexion n'est possible « qu'à la condition qu'elle soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et que, par les modalités qu'il a retenues, il n'en résulte pas une méconnaissance du droit de suffrage, du principe de sincérité du scrutin ou de l'égalité devant le suffrage »⁽⁹⁾. Cette référence au « motif impérieux d'intérêt général » est empruntée à la jurisprudence en matière de modification rétroactive d'une règle de droit par le législateur (elle-même issue de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁽¹⁰⁾), qui se révèle assez stricte, le Conseil constitutionnel n'hésitant pas à censurer des dispositions rétroactives qui ne sont pas justifiées

par un tel motif⁽¹¹⁾.

Cette validation en QPC, intervenue le 17 juin, soit 11 jours avant la nouvelle date prévue du second tour, n'était pas véritablement une surprise : des motifs d'intérêt général, non avancés dans la décision, en complètent la justification. D'une part, il était nécessaire de sortir de la crise, au moins sur le plan économique. Or les communes, grâce à leur part active dans la commande publique, sont des acteurs essentiels de la relance économique. D'autre part, de nombreuses listes n'ont pas obtenu, au premier tour, les 5 % nécessaires au remboursement de leurs frais. Si ce n'était pas une surprise pour la plupart d'entre elles et si elles n'étaient pas empêchées de participer à un nouveau scrutin dans six ans, elles auraient été incapables d'affronter, à si brève échéance, une nouvelle campagne électorale et auraient alors été éliminées du jeu démocratique, si l'ensemble des opérations avait été réorganisé.

Si la décision de déconnecter ainsi deux tours d'une même élection constitue un dangereux précédent, sa validation vient souligner qu'il s'agit surtout d'un exceptionnel cas d'espèce. Une autre décision QPC, rendue le même jour, le confirme, en refusant de qualifier le contexte épidémique et la forte abstention du premier tour de « changement de circonstances » permettant le réexamen de la constitutionnalité d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution⁽¹²⁾. Dans la décision n° 2020-849 QPC, le Conseil renvoie, comme il se doit, au juge de l'élection « le soin d'apprécier si le niveau de l'abstention a pu ou non altérer, dans les circonstances de l'espèce, la sincérité du scrutin »⁽¹³⁾. Le Conseil d'État a déjà pu préciser, comme c'était attendu puisqu'aucun taux de participation minimal n'est fixé pour valider une élection⁽¹⁴⁾, que « le niveau de l'abstention n'est ainsi, par lui-même, pas de nature à remettre en cause les résultats du scrutin, s'il n'a pas altéré, dans les circonstances de l'espèce, sa sincérité »⁽¹⁵⁾. Le Conseil d'État se prononcera encore prochainement sur d'autres contentieux, pouvant le conduire à affiner et nuancer sa jurisprudence.

Proroger puis renouveler l'état d'urgence sanitaire, déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

Ce mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire se clôt avec les deux décisions rendues sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, puis celle organisant sa sortie. Validées l'une et l'autre pour l'essentiel, elles soulevaient toutefois quelques interrogations constitutionnelles.

En premier lieu, la loi de sortie de l'état d'urgence sanitaire avait ceci de particulier qu'elle mettait fin à cet état d'exception, tout en permettant que soient encore prises certaines des mesures qui le caractérisaient, selon des conditions similaires et pour une durée déterminée (jusqu'au 30 octobre). Or, si le Conseil constitutionnel a toujours considéré que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence »⁽¹⁶⁾, ce qu'il a confirmé ici à propos de l'état d'urgence sanitaire⁽¹⁷⁾, il aurait pu en être différemment lorsque ce régime a pris fin.

La réponse est nuancée. Le Conseil valide cette loi qui permet encore des mesures exceptionnelles sans les intégrer formellement à un régime d'état d'urgence. Mais il rappelle précisément les conditions selon lesquelles elles peuvent être édictées et, en particulier, la limite temporelle du 30 octobre. Il faut donc comprendre que, certes, elles sont possibles, mais dans un cadre strict et limité : on sort ainsi de l'état d'urgence sanitaire pour rentrer dans un état d'exception silencieux qui s'en rapproche formellement et, si l'état d'urgence sanitaire n'a pas été à nouveau prorogé, il a toutefois été transformé. Cependant, toutes les mesures ne sont pas permises et le Conseil veille à rappeler, en particulier, que « l'interdiction de circulation des personnes et des véhicules » qu'elle autorise « ne peut conduire à leur interdire de sortir de leur domicile ou de ses alentours »⁽¹⁸⁾, c'est-à-dire au confinement.

Il est d'ailleurs dommage que le Conseil constitutionnel n'ait pas été invité à se prononcer sur la disposition législative spécifique qui autorise le confinement général, le Conseil d'État ayant refusé de lui transmettre une QPC qui la contestait⁽¹⁹⁾. Ce dernier a retenu que le confinement n'est pas une mesure individuelle, mais une mesure réglementaire générale, motivée par l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Ainsi, il ne s'agit pas d'une mesure, eu égard à sa nature et à son objet, que l'article 66 de la Constitution réserve à la compétence de l'autorité judiciaire. Indépendamment du bien-fondé ou non d'une telle contestation, il aurait été sain, pour les droits, les libertés et la démocratie, que le doute soit définitivement levé par le Conseil constitutionnel, seul organe en mesure d'apprécier la constitutionnalité des lois, alors qu'il s'agit sans doute de la mesure générale la plus liberticide de toute notre histoire. Alors que le Conseil d'État a rendu sa décision au-delà du délai de trois mois, mais que la QPC n'a pas été automatiquement transmise au Conseil constitutionnel en raison de la suspension des délais opérée par la loi organique d'urgence (*supra*), on regrette qu'il n'existe pas -- encore -- une forme de pouvoir d'évocation au profit du Conseil constitutionnel, lui permettant de se saisir directement d'affaires où une décision de sa part permettrait de mettre un terme à toute polémique. On pourrait pourtant simplement l'instaurer, en lui offrant le droit de demander une nouvelle délibération aux juridictions de renvoi (Conseil d'État et Cour de cassation), sur la seule base des deux

premières conditions (applicabilité au litige et absence de déclaration de conformité préalable), à l'exclusion de la troisième (caractère sérieux de la question), ce qui éviterait formellement qu'il s'agisse d'une auto-saisine.

En deuxième lieu, la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire revoyait le régime du placement en quarantaine ou à l'isolement. En particulier, une personne placée en quarantaine ou à l'isolement pouvait se voir imposer l'obligation de demeurer en un lieu déterminé pendant plus de douze heures par tranche de vingt-quatre heures, voire être privée de « toute sortie ». Conformément à sa jurisprudence constante⁽²⁰⁾, le Conseil l'apparente alors à une mesure privative de liberté individuelle⁽²¹⁾, ce qui signifie qu'elle doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, au sens de l'article 66 de la Constitution et qu'elle doit être nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Sur ce dernier point, les conditions et modalités du mécanisme retenu, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, issu de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, en garantissaient la proportionnalité.

La question était plus délicate concernant l'intervention du juge judiciaire, qui, quoiqu'il pût s'autosaisir, n'était nullement informé des placements à l'isolement ou en quarantaine, avant l'expiration d'un délai de quatorze jours et seulement dans l'hypothèse d'une interdiction de toute sortie. Tout en rappelant la nécessité que, dans les cas de mesures privatives de liberté, « le juge intervien[ne] dans le plus court délai possible »⁽²²⁾, le Conseil émet seulement une réserve d'interprétation conduisant à ce que le juge judiciaire se prononce également sur la poursuite d'un isolement ou d'une quarantaine au-delà de quatorze jours, même si l'interdiction de sortie n'est que partielle. En retenant le délai de quatorze jours avant l'intervention du juge, le Conseil aligne ce régime sur celui de l'hospitalisation sans consentement⁽²³⁾.

En troisième lieu, le Conseil valide la création d'un système d'information destiné à lutter contre la propagation de l'épidémie en recueillant « des données à caractère personnel concernant la santé relatives aux personnes atteintes par ce virus et aux personnes ayant été en contact avec elles [qui] peuvent être traitées et partagées, le cas échéant sans le consentement des personnes intéressées ». Tout en reconnaissant qu'il s'agit d'un procédé portant atteinte au droit au respect de la vie privée, lequel « requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale »⁽²⁴⁾, il admet, au terme d'un contrôle poussé de la proportionnalité⁽²⁵⁾, qu'il poursuit l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et qu'il n'est donc pas contraire à la Constitution.

En quatrième lieu, le régime d'état d'urgence sanitaire et de sa sortie est assorti d'un mécanisme de sanctions pénales en cas de violation des mesures édictées sur son fondement (notamment le confinement, mais aussi le port du masque, par exemple). Saisi sous différents angles de cette question, le Conseil l'a systématiquement validé. D'abord, il admet que le personnel assermenté des transports publics puisse constater ces infractions, sans qu'il ait pu être tranchée la nature exacte de l'infraction en cause⁽²⁶⁾ : s'agit-il seulement d'une violation d'une obligation afférente aux transports (tel le port du masque obligatoire dans ces transports), ou également d'une violation d'une autre obligation grâce à ces transports (tel l'usage du train pour franchir une limite kilométrique) ? Si la première hypothèse paraît se justifier, la seconde est plus discutable, car elle requiert une appréciation, voire une enquête qui ne saurait être confiée à de tels agents. Seule une éventuelle décision QPC ultérieure sur ce point pourra le préciser. Ensuite, saisi en QPC de la violation réitérée du confinement, constitutive d'un délit à partir de quatre violations par période de trente jours, il la valide également alors que le délit peut être constitué sur la base de réitérations de contraventions dont la contestation est encore pendante et qui ne sont donc pas encore définitives. En se référant expressément au régime de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil ne retient donc pas de remise en cause du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines⁽²⁷⁾. Enfin, on aurait pu imaginer que ce qui fut validé sous l'égide de l'état d'urgence sanitaire ne le fut point au moment de sa sortie, mais le Conseil a de nouveau admis que l'extension de ce dispositif pénal à la violation des mesures édictées sur le fondement de la loi de sortie de l'état d'urgence sanitaire n'était pas contraire à la Constitution, non sans rappeler toutes les conditions strictes de ce « régime d'exception silencieux »... confirmant, en silence, qu'il s'agit bien d'une forme d'état d'urgence qui ne dit pas son nom.

En cinquième et dernier lieu, il en est de même à l'égard de la liberté de manifestation, que le Conseil constitutionnel qualifie de « droit d'expression collective des idées et des opinions »⁽²⁸⁾. S'il a pu être valablement restreint sous l'égide de l'état d'urgence sanitaire⁽²⁹⁾, il en est de même sous l'égide du régime organisant sa sortie. Le Conseil veille toutefois à rappeler, dans le prolongement d'une jurisprudence du Conseil d'État qui avait déjà annulé des mesures restreignant trop strictement cette liberté constitutionnelle⁽³⁰⁾, que « le législateur n'a pas autorisé le Premier ministre à substituer un régime d'autorisation préalable au régime déclaratif qui s'applique à l'organisation des manifestations sur la voie publique » et que les restrictions éventuelles ne peuvent être justifiées que par « des motifs tenant à l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutte contre la propagation de l'épidémie de covid-19 »⁽³¹⁾.

En définitive, si la plupart des décisions rendues au cours de la période exceptionnelle traversée se distinguent par un regard moins strict quant à la garantie des droits et libertés, elles ont le double mérite de forger un véritable mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire, qui pourra sans doute s'élargir à l'état d'urgence en général, en étant affiné, tout en rappelant que de telles garanties existent. Face aux atteintes constitutionnelles, le juge constitue donc bien l'ultime rempart, en particulier le Conseil constitutionnel, dont la preuve de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif et, surtout, du pouvoir exécutif n'est plus à faire. La décision n° 2020-843 QPC (cf. *infra*) le prouve encore.

La structuration du contentieux constitutionnel de la crise sanitaire, par E. Cartier

La crise sanitaire n'a pas affecté la seule jurisprudence du Conseil relative aux droits et libertés en période d'état d'urgence. Elle a d'abord permis, avant même la mise en œuvre d'une législation d'exception, de préciser les normes de référence en matière d'environnement et, surtout, de santé publique. Elle a ensuite fait évoluer le contentieux des ordonnances de l'article 38, alors que, pendant l'état d'urgence sanitaire, l'ensemble de la législation primaire française fut modifié par voie d'ordonnances.

Élargir les normes de référence du contrôle, Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]

Cette décision de conformité est à la fois novatrice par son contenu et par les perspectives qu'elle ouvre dans le domaine de la politique environnementale, voire au-delà. Elle réalise, de manière presque prémonitoire, compte tenu de la survenue de la crise sanitaire, une remise en perspective des valeurs structurant l'œuvre de conciliation des droits et libertés par le législateur et le contrôle de constitutionnalité qui en découle dans ce domaine. Les dispositions législatives concernées étaient relatives au paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime, issu de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (EGALIM). De manière audacieuse, le législateur avait décidé, dans le cadre défini par le règlement (CE) n°1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, d'aller au-delà de la législation européenne en étendant à l'exportation hors marché européen l'interdiction, à compter du 1^{er} janvier 2022, de la production, du stockage et de la circulation des produits phytopharmaceutiques visés par les instances européennes en raison de leur dangerosité pour la santé humaine et pour l'environnement. L'Union des industries pour la protection des plantes contesta, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre la circulaire d'application du dispositif législatif du 23 juillet 2019, la constitutionnalité de ce dispositif, principalement au nom de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre.

Plusieurs décisions assez récentes du Conseil semblaient pouvoir appuyer leur requête. La décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016 relative à l'interdiction de l'usage de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives de la famille des néonicotinoïdes, interdiction qui ne concernait ni la fabrication ni l'exportation de tels produits, et la décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015 sur l'interdiction du bisphénol A, concluant à l'inadéquation entre la mesure d'interdiction retenue et les finalités poursuivies, compte tenu de l'absence d'effet du caractère extraterritorial de cette interdiction dans la mesure où elle n'empêchait pas la commercialisation de tels produits dans les pays étrangers. L'argumentation semblait de ce point de vue assez solide, tant du point de vue des normes de référence invoquées que du type de contrôle d'adéquation exercé par le Conseil dans le domaine environnemental. Le Conseil a néanmoins bouleversé le champ de son contrôle en donnant valeur constitutionnelle à la fois à l'objectif de protection de l'environnement en le combinant à celui, plus ancien, mais dont la formule est ici renouvelée par le Conseil, de protection de la santé⁽³²⁾. Ce faisant, il a réarticulé les valeurs sur lesquelles la politique législative peut s'appuyer, la protection de l'environnement comme celle de la santé permettant, en raison de leur valeur constitutionnelle, d'apporter plus de limites aux droits et libertés que la Constitution garantit, notamment, comme c'était le cas ici, pour les droits et libertés à forte coloration économique portés par des catégories de justiciables en capacité de maîtriser ce qu'il est convenu d'appeler « l'intelligence juridique », très présents dans les QPC prospérant devant le Conseil constitutionnel. En effet, avant la présente décision, la protection de l'environnement n'était qualifiée que de simple objectif d'intérêt général, ce qui se traduisait par un contrôle étendu de la conciliation opérée par le législateur, au lieu d'un contrôle restreint à la disproportion manifeste comme ici. Pour cela, il lui a suffi de mobiliser le long texte du préambule de la Charte de l'environnement et d'en déduire que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle. » Une interprétation constructive qui coupe l'herbe sous les pieds d'une réforme constitutionnelle actuellement en panne⁽³³⁾.

En dehors des normes de référence sur lesquelles le Conseil appuie sa décision, il convient de noter la liaison qu'il établit entre les objectifs poursuivis par le législateur et les mesures contestées par le requérant. En effet, contrairement à l'analyse sous-tendant la décision n° 2015-480 QPC, le Conseil admet que le fait d'interdire l'exportation de ces produits dans les pays tiers à l'UE participe des objectifs de protection de l'environnement et de la santé en dépit du fait que de tels produits continueront à être commercialisés dans ces États, au détriment des entreprises françaises et de l'emploi sur le territoire français, la France étant en effet parmi les premiers exportateurs mondiaux de semences. Cette liaison opérée par le Conseil constitutionnel témoigne d'une conception transnationale, voire universelle de la protection de l'environnement qui offre au législateur français un outil précieux d'intervention permettant de peser sur la politique productive des entreprises exportatrices présentes sur le territoire national, à

condition bien entendu que ces dernières ne délocalisent pas leur production en dehors de l'espace européen.

Au-delà de cette décision, on peut penser qu'un tel raisonnement, compte tenu de la dimension transversale et transnationale de la notion d'environnement comme de la notion de santé, ainsi qu'en témoigne aujourd'hui la crise sanitaire, pourrait justifier une législation beaucoup plus sévère au regard de certaines activités économiques initiées sur le territoire national, mais ayant une incidence au-delà de nos frontières : on pense notamment à la commercialisation de certaines armes ou de certains logiciels mobilisant des technologies intrusives. Si la décision du Conseil est audacieuse et a un fort potentiel, il reviendra au Conseil constitutionnel de définir le degré de contrainte que ce nouvel objectif fera peser sur le Parlement et les pouvoirs publics en général compte tenu de l'ambiguïté de cette catégorie normative et de sa non-invocabilité directe dans le contentieux de la QPC, à la différence de la protection de la santé. Une question qui a son importance à l'heure où le Gouvernement a annoncé la réintroduction des néonicotinoïdes sur la betterave en dépit de leurs effets avérés sur les abeilles.

Élargir les normes contrôlées, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité], par E. Cartier

Cette décision de non-conformité de date à date rendue par le Conseil constitutionnel durant la crise sanitaire y fait écho sans avoir pour objet les dispositions formellement ou matériellement législatives adoptées durant cette période. Critiquée par la doctrine, elle n'en demeure pas moins cohérente compte tenu de la place qu'occupe dans nos sociétés démocratiques contemporaines son objet principal - la législation par ordonnance ou par décret⁽³⁴⁾ - et de l'unification nécessaire de son contentieux. Par cette décision qui livre une nouvelle interprétation de l'article 38 C., le Conseil étend son contrôle à l'ensemble des ordonnances de l'article 38, qu'elles aient ou non fait l'objet d'une ratification « expresse », dès lors qu'a expiré le délai d'habilitation du Gouvernement prévu par la loi d'habilitation. Le Parlement se voit ainsi dépossédé de la compétence lui permettant de « transformer », au sens propre du terme, un acte réglementaire en acte législatif par le biais d'un acte législatif de ratification expresse, au motif d'une meilleure unification du contentieux de ces actes dont l'importance a été renforcée à la faveur de la crise sanitaire.

En l'espèce, la QPC avait été soulevée, lors d'un second pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, par une association locale de défense de l'environnement à l'occasion d'un REP contre un arrêté d'exploitation d'une installation de production d'électricité délivré par le ministre de l'Écologie du Développement durable et de l'Énergie le 10 janvier 2013. Était en cause ici le régime de l'autorisation d'exploitation prévu par l'article L. 311-5 du Code de l'énergie dans une rédaction issue d'une ordonnance du 9 mai 2011 ratifiée par une loi du 16 juillet 2013. Ce régime ne prévoyait aucune procédure de participation du public avant la mise en œuvre d'une ordonnance du 5 août 2013 ayant fait l'objet d'un dépôt de projet de loi de ratification dans le délai fixé par la loi d'habilitation, sans que le Parlement ne l'ait examiné. La QPC soulevée par l'association s'appuyait sur l'absence de disposition législative permettant la mise en œuvre du principe constitutionnel de participation du public issu de l'article 7 de la Charte de l'environnement durant la période précédant l'adoption de l'ordonnance du 5 août 2013, période durant laquelle avait été mise en œuvre la procédure ayant conduit à l'arrêté ministériel attaqué au principal par le requérant. Deux questions intéressantes ont été tranchées par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la requête.

La première était la question préalable de la reconnaissance ou non de l'incidence sur l'environnement de la décision administrative concernée. La décision en cause s'inscrivait en effet dans le cadre d'une opération administrative complexe, combinant de nombreuses décisions administratives successives s'appuyant sur des données -- notamment environnementales -- de plus en plus riches et associant le public à leur élaboration, contrairement à la décision initiale contestée. C'était d'ailleurs un des arguments avancés par les avocats de Total Direct Énergie Génération afin d'atténuer l'absence de modalités de participation du public exigées par l'article 7, qui reconnaît à la fois une obligation positive d'intervention pour le législateur et un droit fondamental pour les administrés, ce qui permet au justiciable de l'invoquer directement dans le cadre d'une QPC, sans devoir -- à la différence d'un simple moyen d'incompétence négative -- prouver que sa violation a une incidence sur un droit ou une liberté constitutionnels. Afin de retenir la qualification de « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » qui conditionne l'application de l'article 7, le Conseil constitutionnel s'appuie, au visa de la décision QPC⁽³⁵⁾, sur une jurisprudence constante du Conseil d'État en la matière.

La seconde était la question du respect de l'article 7 de la Charte par l'article L. 311-5 du code de l'énergie dans la rédaction applicable aux faits de la cause principale, c'est-à-dire avant les modifications apportées par l'ordonnance du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public. Le constat d'inconstitutionnalité était simple puisqu'aucune procédure de la sorte n'existait à l'époque.

Le raisonnement du Conseil passe par deux étapes importantes consistant, d'une part, à modifier, au détriment de la lettre et de l'esprit de l'article 38 C., le critère de transformation d'une ordonnance en « disposition législative » et, d'autre part, à donner une portée stricte à l'obligation de mise en œuvre « par la loi » de l'article 7 de la Charte de l'environnement. En effet, désormais le régime contentieux de ces actes suit leur régime normatif, à savoir qu'à échéance de l'habilitation législative, elles ne peuvent plus être modifiées que par une loi. Elles ne peuvent donc plus être contestées à cette

même date que par le biais d'une QPC, donc devant le Conseil constitutionnel, ce qui suppose l'acceptation de cette novation par les deux juridictions suprêmes en charge du renvoi. L'usage exprès de la formule « dispositions législatives » de l'article 61-1 pour qualifier les dispositions en cause confirme ce changement de paradigme. On s'accordera sur le fait que la ratification n'a plus qu'un rôle très formel et fait rarement l'objet d'un réel examen par le Parlement des dispositions adoptées par le Gouvernement durant la période d'habilitation. Cependant, formellement comme matériellement, elle demeure un élément essentiel de la définition de la loi conforme à l'intention des rédacteurs de la constitution de 1958 et à la tradition constitutionnelle française depuis 1789⁽³⁶⁾.

Le Conseil appuie son raisonnement sur une confusion entre les conséquences de la forme législative d'un acte juridique (le fait que la norme en question ne puisse être modifiée que par une norme de même niveau, en l'occurrence une loi) et les conditions de production de l'acte qui déterminent sa forme juridique. Cette atteinte portée aux considérations organiques dans la définition du régime contentieux des actes juridiques peut être perçue comme une atteinte supplémentaire aux prérogatives du Parlement conduisant à une horizontalisation des fonctions de législation. Assimiler une ordonnance non ratifiée à une loi revient en effet à considérer qu'un acte élaboré sans délibération publique par quelques techniciens occupe la même valeur que l'acte émanant de la représentation nationale. Il est légitime de se demander si dans cette configuration, la loi exprime encore la volonté générale, au-delà du simple « respect de la Constitution »⁽³⁷⁾. Le Conseil constitutionnel ce faisant s'érige en juge de toutes les ordonnances de l'article 38 publiées depuis 1958, qu'elles aient ou non été ratifiées par le Parlement. Il crée par ailleurs un risque de conflit de jurisprudence avec le Conseil d'État, potentiellement amené à se prononcer directement ou de manière incidente sur le même acte avant sa ratification expresse et disposant à ce titre d'un champ normatif de référence plus étendu, qu'il s'agisse des normes constitutionnelles (tels les objectifs de valeur constitutionnelle, non invocables en tant que tels à l'appui d'une QPC) ou des normes internationales et européennes⁽³⁸⁾. Il n'est pas certain que le justiciable en sorte gagnant, au moins tant que la jurisprudence n'aura pas été stabilisée. Dans l'immédiat, le Conseil d'État continue de se reconnaître compétent pour connaître du recours direct contre les ordonnances avant leur ratification⁽³⁹⁾. Il est par ailleurs probable que désormais le juge administratif accepte de mettre en œuvre la QPC lorsqu'elle sera invoquée contre une ordonnance non ratifiée à l'occasion d'un recours contre un acte administratif d'application⁽⁴⁰⁾. Mais, en l'absence de QPC, il restera à préciser le sort de l'exception d'illégalité de l'ordonnance non ratifiée notamment au regard des moyens jusque-là utilement mobilisables devant le juge administratif. On notera que le commentaire publié aux cahiers indique que si le Conseil se reconnaît désormais compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité des dispositions d'une ordonnance non ratifiée aux droits et libertés que la Constitution garantit, « *cette évolution ne remet (...) pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions au regard d'autres motifs (...)* ».

Cette redéfinition formelle des ordonnances sous couvert de considération purement contentieuse s'accompagne cependant d'une sorte de neutralisation de l'utilité des ordonnances pour le Gouvernement. En effet, en considérant que les dispositions législatives en cause contrevenaient formellement à l'article 7 de la Charte dans la période précédant l'échéance du délai d'habilitation de l'ordonnance ayant mis en œuvre un mécanisme de participation du public, le Conseil remet en cause l'utilité même des ordonnances lorsque l'intervention du législateur procède d'une exigence constitutionnelle. Le fait que l'article 7 dispose que les conditions et limites de la procédure de participation doivent être « définies par la loi » implique ainsi soit l'intervention *ab initio* d'un acte législatif, soit l'entrée en vigueur de l'ordonnance le jour de l'échéance du délai d'habilitation, ce qui retire toute utilité à la législation déléguée. Le Conseil ne monte cependant pas en généralité et nul ne sait si la logique qu'il tire de l'article 7 vaudra aussi pour les autres dispositions constitutionnelles supposant l'intervention du législateur.

La décision en elle-même se contente d'une déclaration d'inconstitutionnalité virtuelle de date à date pour la période couvrant l'absence de dispositif permettant la participation du public jusqu'à la transformation du dispositif de l'ordonnance en dispositions législatives. Les effets de la déclaration sont neutralisés par la prise en compte par le Conseil des « conséquences manifestement excessives » d'une remise en cause des dispositions prises sur le fondement des dispositions législatives en cause que l'on comprend aisément compte tenu de la temporalité de la décision QPC et des enjeux relatifs à l'ensemble des opérations administratives en cause.

(1): * Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, co-directeur de EA 4487 -- CRDP (ERDP) -- Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France.

(2): ** Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, EA 4487 -- CRDP (ERDP) -- Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France ; directeur scientifique du ForInCIP et de la revue *Jurisdoctoria*, auteur du blog *La Constitution décodée*.

(3): Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* du 31 mars 2020, texte n° 2.

(4): Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* du 24 mars 2020, texte n° 2.

(5): Cons. const., déc. n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Le Conseil constitutionnel évoque parfois la « loyauté du scrutin » (Cons. const., déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*) ou la « sincérité du

suffrage » (Cons. const., déc. n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*), l'un et l'autre en tant qu'exigences constitutionnelles.

(6) : Cons. const., déc. n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

(7) : CE, 11 janvier 2002, req. n° 234948, *Élections municipales de Saint-Pierre, Lebon T.* p. 733 ; CE, 11 août 2009, req. n° 322619, *Élections municipales de Rivière Salée (Martinique)*.

(8) : Décision n° 73-603/741 AN du 27 juin 1973, A.N., Réunion (2^e circ.).

(9) : Décision commentée, § 21.

(10) : CEDH 23 octobre 1997, req. 117/1996/736/933--935, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, Rec. 1997-VII ; CEDH 28 octobre 1999, req. 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, Rec. 1999-VII, p. 149.

(11) : Cons. const., déc. n° 2015-522 QPC du 19 février 2016, *Mme Josette B.-M. [Allocation de reconnaissance III]*, n° 2015-525 QPC du 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12 [Validation des évaluations de valeur locative par comparaison avec un local détruit ou restructuré]*, n° 2016-736 DC du 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

(12) : Cons. const., déc. n° 2020-850 QPC du 17 juin 2020, *Mme Patricia W. [Attribution des sièges au premier tour des élections municipales dans les communes de 1 000 habitants et plus]*.

(13) : Décision commentée, § 25.

(14) : Point de contradiction, ici, avec l'art. L. 253 du code électoral, selon lequel, pour être élu au premier tour dans les communes de moins de mille habitants, il faut recueillir la majorité absolue représentant au moins un quart des inscrits, puisque, en-deçà de ce seuil, l'élection n'est pas invalidée, mais elle donne simplement lieu à un second tour.

(15) : CE, 15 juillet 2020, req. n° 440055, *Élections municipales et communautaires de Saint-Sulpice-sur-Risle (Orne)*.

(16) : Jurisprudence constante depuis la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

(17) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC commentée, § 17.

(18) : Cons. const., déc. n° 2020-803 DC commentée, § 15.

(19) : CE, 22 juillet 2020, req. n° 440149, *Cassia et autres*.

(20) : Notamment dans le prolongement des assignations à résidence, assorties d'une assignation à domicile, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence].

(21) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC commentée, § 33.

(22) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC commentée, § 41.

(23) : Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*.

(24) : Cons. const., déc. n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*.

(25) : Conformément à sa jurisprudence en matière de protection des données personnelles, Cons. const., déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*.

(26) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC commentée, § 57.

(27) : Cons. const., déc. n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020, *M. Oussman G. et autres [Violations réitérées du confinement]*.

(28) : Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

(29) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC commentée, § 23.

(30) : CE, Ord. du 13 juin 2020, req. n° 440846, 440856, 441015, *Ligue des droits de l'Homme et autres*.

(31) : Cons. const., déc. n° 2020-803 DC commentée, § 25.

(32) : Découlant du principe de protection de la santé qui se décline ainsi selon trois formes constitutionnelles : un principe, un droit et un objectif, voir Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* (Accès aux origines personnelles).

(33) : Si le projet de loi constitutionnelle du 9 mai 2018 ne prévoyait pas d'aller aussi loin, se contentant d'inscrire la lutte contre le réchauffement climatique parmi les matières législatives de l'article 34, une proposition de loi constitutionnelle n° 3278 du 29 juillet 2020 vise « à inscrire la protection de l'environnement, la préservation de la biodiversité et la lutte contre le dérèglement climatique à l'article 1^{er} de la Constitution ».

(34) : Aujourd'hui, en France, 45,7 % du droit primaire relevant du champ de l'article 34 est édicté par ordonnances, v. Emilien QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, p. 55-56.

(35) : CE, 9^{ème} - 10^{ème} chambres réunies, 25 février 2019, n° 412493

(36) : Rappelons que le dispositif de l'article 38 n'avait suscité lors de l'été 1958 que de brèves discussions, compte tenu de son inscription dans la continuité de ce qui avait été imaginé et pratiqué sous les III^e et IV^e Républiques, notamment à propos du régime contentieux des ordonnances, identique à celui des décrets lois, v. Emilien QUINART, *op. cit.*, p. 728 et s.

(37) : Cons. const., déc. n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

(38) : Voir par exemple une décision jugeant une QPC irrecevable à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée, CE, 11 juin 2020, *M. Richard Patry et autres*, n° 437851 et s., ainsi que CE, 1^{er} juillet 2020, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n° 429132 (solution implicite).

(39) : CE, 1^{er} juillet 2020 *Conseil national de l'Ordre des architectes*, *op. cit.*

(40) : CE, 15 juillet 2020 *Polynésie française* n° 436155, à propos de l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme.

Citer cet article

Jean-Philippe DEROSIER ; Emmanuel CARTIER. « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », Titre VII [en ligne], octobre 2020, n° 5. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-janvier-2020-a-juin-2020>