



## Vers une inconstitutionnalité des décrets pris sur avis conforme du Conseil d'État ?

Dans sa décision 2017-624 QPC du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le dispositif de la loi du 19 décembre 2016 qui subordonne la prolongation d'une assignation à résidence au-delà de douze mois à une autorisation préalable du juge des référés du Conseil d'État. Il a considéré, par un grief relevé d'office, que ce dispositif méconnaissait les principes d'impartialité et d'indépendance dans l'exercice des fonctions juridictionnelles et le droit à exercer un recours juridictionnel effectif, qui sont garantis par l'article 16 de la DDHC.

Une autre solution était cependant envisageable. Le juge constitutionnel aurait pu déclarer le dispositif conforme à la Constitution sous la réserve d'interprétation que le juge des référés qui accorde au ministre l'autorisation de prolongation de l'assignation à résidence ne participe pas à la formation de jugement qui statue sur la légalité de l'arrêté ministériel.

Une telle option aurait été dans le prolongement rectiligne de la jurisprudence européenne. En effet, dans l'arrêt *Procola c/ Luxembourg* (CEDH 28 sept. 1995, n° 14570/89), la Cour de Strasbourg a uniquement sanctionné le fait que cer-

tains magistrats exerçaient successivement, à propos des mêmes décisions, des fonctions administratives et juridictionnelles, lesquelles pouvaient être de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle du Conseil d'État luxembourgeois.

Rappelons que le cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles est consacré par la Constitution. Comme l'a jugé le Conseil d'État dans son arrêt *Alcaly* (CE 16 avr. 2010, n° 320667), il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît. C'est la raison pour laquelle dans une décision du 8 juin 2016 (n° 394348), le Conseil d'État a rejeté le moyen soulevé à l'encontre d'un décret de déchéance de nationalité tiré de ce que la haute assemblée ne pourrait, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer au contentieux sur la requête qui était dirigée contre un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État.

Cette solution paraît être remise en cause par le Conseil constitutionnel. Certes, dans sa décision du 16 mars 2017, il a censuré non pas le cumul d'une activité consultative et d'une activité juridictionnelle mais le cumul au sein du Conseil d'État de deux activités juridictionnelles.

Mais, au-delà de la forme et de la différence de terminologie, la décision émise sur avis conforme du Conseil d'État ne diffère pas de la décision prise sur autorisation du juge des référés. Pour l'administration et le justiciable, il n'y a pas de différence. Dans les deux cas, la décision ne peut être édictée que si et seulement si le Conseil d'État a rendu, à travers ses formations consultatives, un avis favorable ou s'il a délivré une autorisation, par une décision juridictionnelle en la forme du référé.

Dès lors, il n'est pas à exclure que le Conseil constitutionnel vienne à juger que des dispositions législatives qui obligent le Premier ministre pour prendre un décret à obtenir un avis favorable du Conseil d'État, dont la légalité pourra être examinée ultérieurement par le Conseil d'État en tant que juge en premier et dernier ressort, sont inconstitutionnelles. Et ce, alors même que les membres du Conseil d'État qui ont pris part à la délibération d'un avis sur un décret ne peuvent ensuite participer au jugement des recours dirigés contre ce décret.

Cette conception rigide du principe d'impartialité fait ainsi peser un sérieux risque d'inconstitutionnalité sur les lois nombreuses et variées (expropriation, intercommunalité, nationalité...) qui prévoient des décrets pris après avis conforme du Conseil d'État.