



# **DROIT ADMINISTRATIF**

## **DOSSIER D'ACTUALISATION (Tome 1)**

*M. Roussel*

## Table des matières

### **PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DU DROIT ADMINISTRATIF ..... 3**

ORDONNANCE, RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE..... 3  
CE, 16 DECEMBRE 2020, N°440258, 440289, 440457..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
LE CONSEIL D'ÉTAT, JUGE CONSTITUTIONNEL EUROPEEN..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE, 21/04/2021, 393099, PUBLIE AU RECUEIL LEBON ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

### **PARTIE 2 : L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

LA REFORME DE L'ORGANISATION TERRITORIALE DE L'ÉTAT ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
LOI NOTRE : LES ILLUSIONS PERDUES ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

### **PARTIE 3 : LES FINS DE L'ACTION ADMINISTRATIVE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**A. LE SERVICE PUBLIC ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CE, 12 FEVRIER 2020, N°418299 ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CE, 11 DECEMBRE 2020, COMMUNE DE CHALONS SUR SAONE, N°426483 ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CE, REFERE, 22 FEVRIER 2020, SYNDICAT JEUNES MEDECINS, N°439674..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
**B. LA POLICE..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CONSEIL D'ÉTAT, 10EME - 9EME CHAMBRES REUNIES, 10/06/2021, 444849, PUBLIE AU RECUEIL LEBON .... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
L'OBJECTIF DE RENFORCEMENT DU POUVOIR DE POLICE DU MAIRE : QUELLE EFFECTIVITE ? **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

### **PARTIE 4 : LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

POUR UNE NORMALISATION DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SPECIALISEES ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

### **PARTIE 5 : LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

**LA RESPONSABILITE SANS FAUTE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CE, ASSEMBLEE, 24 DECEMBRE 2019, SOCIETE PARIS EIFFEL..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CONSEIL D'ETAT, 15-11-2021, N° 443978 ..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
**LA RESPONSABILITE POUR FAUTE ..... ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**  
CONSEIL D'ÉTAT, 16 NOVEMBRE 2020, N°431159..... **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**

## **PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DU DROIT ADMINISTRATIF**

### **ORDONNANCE, RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

Droit Administratif n° 11, Novembre 2020, comm. 48

Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des « dispositions législatives » dépourvues de valeur législative

Commentaire par Gweltaz EVEILLARD professeur à la faculté de droit et de science politique de Rennes - Institut du droit public et de la science politique

**Solution.** – Le Conseil constitutionnel estime désormais que les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité dès la fin du délai d'habilitation accordé au Gouvernement par le législateur. Cela n'en fait pas pour autant des actes de valeur législative, tant qu'elles n'ont pas été ratifiées.

**Impact.** – Ce revirement de jurisprudence, qui dessaisit le juge administratif d'une partie du contentieux des ordonnances non ratifiées, est de nature à complexifier le régime contentieux de ces actes.

Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, Assoc. Force 5 : [JurisData n° 2020-008081](#)

[...] Le Conseil constitutionnel a été saisi le 5 mars 2020 par le [Conseil d'État \(décision n° 434742 du 4 mars 2020\)](#) [...] d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour l'association Force 5 [...]. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-843 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'[article L. 311-5 du Code de l'énergie](#), dans sa rédaction issue de l'[ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011](#) portant codification de la partie législative du Code de l'énergie.

Au vu des textes suivants : la Constitution ; l'[ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958](#) portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; le Code de l'énergie ; le Code de l'environnement ; l'[ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011](#) portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, ratifiée par l'[article 38 de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013](#) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable ; la [loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012](#) relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ; l'[ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013](#) relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ; la [décision du](#)

Conseil d'État n° 412493 du 25 février 2019 ; le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

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

1. L'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mai 2011 mentionnée ci-dessus, prévoit : « *L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : 1° La sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des installations et des équipements associés ; 2° Le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public ; 3° L'efficacité énergétique ; 4° Les capacités techniques, économiques et financières du candidat ou du demandeur ; 5° La compatibilité avec les principes et les missions de service public, notamment avec les objectifs de programmation pluriannuelle des investissements et la protection de l'environnement ; 6° Le respect de la législation sociale en vigueur. / L'autorisation est nominative et incessible. En cas de changement d'exploitant, l'autorisation ne peut être transférée au nouvel exploitant que par décision de l'autorité administrative* ».

2. L'association requérante soutient que la décision administrative autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité a une incidence directe et significative sur l'environnement. Dès lors, en ne prévoyant aucun dispositif permettant la participation du public à l'élaboration de cette décision, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence et l'article 7 de la Charte de l'environnement.

3. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie.

*Sur le fond :*

4. La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

5. Selon l'article 7 de la Charte de l'environnement : « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Depuis l'entrée en vigueur de cette Charte, il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions.

6. Selon l'article L. 311-1 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mai 2011, l'exploitation d'une installation de production électrique est subordonnée à une autorisation administrative délivrée, selon la procédure prévue aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du même code, à l'opérateur qui en fait la demande ou qui est désigné au terme d'un appel d'offres en application de l'article L. 311-10.

*En ce qui concerne l'incidence sur l'environnement de la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité :*

7. Aux termes de l'article L. 311-5, lorsqu'elle se prononce sur l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, l'autorité administrative tient compte, notamment, du « *choix des sites* » d'implantation de l'installation, des conséquences sur l'« *occupation des sols* » et sur l'« *utilisation du domaine public* », de l'« *efficacité énergétique* » de l'installation et de la compatibilité du projet avec « *la protection de l'environnement* ». Selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, l'autorisation administrative ainsi délivrée désigne non seulement le titulaire de cette autorisation mais également le mode de production et la capacité autorisée ainsi que le lieu d'implantation de l'installation.

8. Il résulte de ce qui précède que la décision autorisant, sur le fondement de l'article L. 311-5, l'exploitation d'une installation de production d'électricité constitue une décision publique ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Est indifférente à cet égard la circonstance que l'implantation effective de l'installation puisse nécessiter l'adoption d'autres décisions administratives postérieurement à la délivrance de l'autorisation.

*En ce qui concerne la participation du public à l'élaboration de la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité :*

9. En premier lieu, avant l'ordonnance du 5 août 2013 mentionnée ci-dessus, aucune disposition n'assurait la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article L. 311-5 du Code de l'énergie. S'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les conditions et limites de l'exercice du droit protégé par l'article 7 de la Charte de l'environnement, de prévoir des modalités particulières de participation du public lorsqu'une même opération fait l'objet de décisions publiques successives, c'est à la condition que ces modalités garantissent une appréciation complète des incidences directes et significatives de ces décisions sur l'environnement. Or, en l'espèce, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative ne prévoyaient un tel dispositif. Par conséquent, le législateur a méconnu, pendant cette période, les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

10. En second lieu, l'ordonnance du 5 août 2013, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à la suite de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012 mentionnée ci-dessus, a inséré dans le Code de l'environnement l'article L. 120-1-1, entré en vigueur le 1er septembre 2013. Applicable aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement qui n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu une participation du public, cet article L. 120-1-1 prévoit la mise à disposition du public par voie électronique du projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, du dossier de demande. Il permet ensuite au public de déposer ses observations, par voie électronique, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition.

11. D'une part, cet article L. 120-1-1 institue une procédure qui répond aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement. D'autre part, si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1er septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que

par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives. Ainsi, les conditions et les limites de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1-1 sont « *définies par la loi* » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

12. Par conséquent, à partir du 1er septembre 2013, les dispositions contestées de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie ne méconnaissaient plus cet article 7. Elles n'étaient, par ailleurs, contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

13. Il résulte de tout ce qui précède que ces dispositions, dans leur rédaction contestée, applicable du 1er juin 2011 au 18 août 2015, doivent être déclarées contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013 et conformes à la Constitution à compter du 1er septembre 2013.

*Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :*

14. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration. Ces mêmes dispositions réservent également au Conseil constitutionnel le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières.

15. En premier lieu, les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée issue de l'ordonnance du 9 mai 2011, ne sont plus en vigueur.

16. En second lieu, la remise en cause des mesures ayant été prises avant le 1er septembre 2013 sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution avant cette date aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel décide : Article 1er : Les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, étaient contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013. Article 2 : Les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans la même rédaction, sont conformes à la Constitution à compter du 1er septembre 2013. Article 3 : La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions fixées aux paragraphes 15 et 16 de cette décision. [...]

Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC, Aït Oufella et Herif : JurisData n° 2020-010001

[...] Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 mai 2020 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêts n° 971 et 973 du 26 mai 2020) [...] de deux questions prioritaires de constitutionnalité. Ces questions ont été respectivement posées pour MM. Aït Oufella et Herif [...]. Elles ont été enregistrées au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous les n° 2020-851 QPC et 2020-852 QPC. Elles sont relatives, pour la première, à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et, pour la seconde, à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du d de ce même 2°.

Au vu des textes suivants : la Constitution ; l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ; le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ; [...]

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

1. Il y a lieu de joindre les deux questions prioritaires de constitutionnalité pour y statuer par une seule décision.

2. Le paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 mentionnée ci-dessus habilite le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance certaines mesures relevant du domaine de la loi. Le 2° prévoit qu'il peut prendre : « Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : a) Adaptant les délais et procédures applicables au dépôt et au traitement des déclarations et demandes présentées aux autorités administratives, les délais et les modalités de consultation du public ou de toute instance ou autorité, préalables à la prise d'une décision par une autorité administrative et, le cas échéant, les délais dans lesquels cette décision peut ou doit être prise ou peut naître ainsi que les délais de réalisation par toute personne de contrôles, travaux et prescriptions de toute nature imposées par les lois et règlements, à moins que ceux-ci ne résultent d'une décision de justice ; b) Adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions. Ces mesures sont rendues applicables à compter du 12 mars 2020 et ne peuvent excéder de plus de trois mois la fin des mesures de police administrative prises par le Gouvernement pour ralentir la propagation de l'épidémie de Covid-19 ; c) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions ; d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour

une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat ; e) Aménageant aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant ou impliquées dans ces procédures, d'une part, les règles relatives à l'exécution et l'application des peines privatives de liberté pour assouplir les modalités d'affectation des détenus dans les établissements pénitentiaires ainsi que les modalités d'exécution des fins de peine et, d'autre part, les règles relatives à l'exécution des mesures de placement et autres mesures éducatives prises en application de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ; f) Simplifiant et adaptant les conditions dans lesquelles les assemblées et les organes dirigeants collégiaux des personnes morales de droit privé et autres entités se réunissent et délibèrent ainsi que les règles relatives aux assemblées générales ; g) Simplifiant, précisant et adaptant les règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents que les personnes morales de droit privé et autres entités sont tenues de déposer ou de publier, notamment celles relatives aux délais, ainsi qu'adaptant les règles relatives à l'affectation des bénéficiaires et au paiement des dividendes ; h) Adaptant les dispositions relatives à l'organisation de la Banque publique d'investissement créée par l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement afin de renforcer sa capacité à accorder des garanties ; i) Simplifiant et adaptant le droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives, y compris les organes dirigeants des autorités administratives ou publiques indépendantes, notamment les règles relatives à la tenue des réunions dématérialisées ou le recours à la visioconférence ; j) Adaptant le droit de la copropriété des immeubles bâtis pour tenir compte, notamment pour la désignation des syndics, de l'impossibilité ou des difficultés de réunion des assemblées générales de copropriétaires ; k) Dérogeant aux dispositions du chapitre III du titre II du livre VII du Code rural et de la pêche maritime afin de proroger, pour une période n'allant pas au-delà du 31 décembre 2020, la durée des mandats des membres du conseil d'administration des caisses départementales de mutualité sociale agricole, des caisses pluridépartementales de mutualité sociale agricole et du conseil central d'administration de la mutualité sociale agricole ; l) Permettant aux autorités compétentes pour la détermination des modalités d'accès aux formations de l'enseignement supérieur, des modalités de délivrance des diplômes de l'enseignement supérieur ou des modalités de déroulement des concours ou examens d'accès à la fonction publique d'apporter à ces modalités toutes les modifications nécessaires pour garantir la continuité de leur mise en œuvre, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats ; m) Permettant aux autorités compétentes de prendre toutes mesures relevant du Code de la santé publique et du Code de la recherche afin, dans le respect des meilleures pratiques médicales et de la sécurité des personnes, de simplifier et d'accélérer la recherche fondamentale et clinique visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19 ».

3. Les requérants, rejoints par certaines parties intervenantes, soutiennent que ces dispositions méconnaîtraient les exigences découlant de l'article 66 de la Constitution ainsi que les droits de la défense en permettant aux ordonnances prises sur le fondement de cette loi d'habilitation de prévoir une prolongation automatique de tous les titres de détention provisoire venant à expiration durant la période d'état d'urgence sanitaire, sans que cette prolongation soit subordonnée à l'intervention d'un juge. Par ailleurs, un des requérants reproche au législateur de ne pas avoir suffisamment précisé, dans la loi d'habilitation, les conditions de cette prolongation automatique de la détention provisoire, ce qui serait constitutif d'une incompétence négative.



4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020. [...]

*Sur le fond :*

*En ce qui concerne le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les textes adoptés sur le fondement de l'article 38 de la Constitution :*

7. Aux termes de l'article 38 de la Constitution : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. / Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. / À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

8. D'une part, si le premier alinéa de l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation. Les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, méconnaître une règle ou un principe de valeur constitutionnelle. En outre, elles ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle.

9. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne saurait être saisi, sur le fondement de cet article 61-1, que de griefs tirés de ce que les dispositions d'une loi d'habilitation portent atteinte, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux droits et libertés que la Constitution garantit.

10. D'autre part, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi, sur le fondement de ce même article 61-1, que de dispositions législatives. Or, si le deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution prévoit que la procédure d'habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances se clôt, en principe, par leur soumission à la ratification expresse du Parlement, il dispose qu'elles entrent en vigueur dès leur publication. Par ailleurs, conformément à ce même alinéa, dès lors qu'un projet de loi de ratification a été déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation, les ordonnances demeurent en vigueur y compris si le Parlement ne s'est pas expressément prononcé sur leur ratification. Enfin, en vertu du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par la loi, les dispositions d'une ordonnance prise sur son fondement ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

11. Si les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.

*En ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions contestées :*

12. Aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. / L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible.

13. Les dispositions contestées du d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 habilitaient le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, des mesures adaptant les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 pour permettre, d'une part, l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et, d'autre part, la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat.

14. Dès lors, les dispositions contestées n'excluent pas toute intervention d'un juge lors de la prolongation d'un titre de détention provisoire venant à expiration durant la période d'application de l'état d'urgence sanitaire. Elles ne portent donc atteinte ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux exigences de l'article 66 de la Constitution imposant l'intervention d'un juge dans le plus court délai possible en cas de privation de liberté. L'inconstitutionnalité alléguée par les requérants ne pourrait résulter que de l'ordonnance prise sur le fondement de ces dispositions.

15. Les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, notamment les exigences résultant de son article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire.

16. Le grief tiré de la méconnaissance de ces exigences par la loi d'habilitation doit donc être écarté. Il en va de même du grief tiré de l'incompétence négative dirigé contre les dispositions contestées, qui est inopérant à l'égard d'une loi d'habilitation.

17. Les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020, qui ne méconnaissent pas non plus les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarés conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide : [...]

Article 2 : Les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2 ° du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 sont conformes à la Constitution. [...]

CE, 1er juill. 2020, n° 429132 , Conseil national de l'ordre des architectes : JurisData n° 2020-009474

[...] *Vu la procédure suivante :*

[...] Le conseil national de l'Ordre des architectes demande au Conseil d'État : 1°) d'annuler le I de l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne ; 2°) à titre subsidiaire, si ces dispositions n'étaient pas regardées comme divisibles des autres dispositions de l'ordonnance, d'annuler cette ordonnance dans son entier ; [...]

Vu : la Constitution, notamment son article 38 ; le Code de l'urbanisme ; le Code de l'environnement ; la loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019 ; le Code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ; [...]

Considérant ce qui suit :

1. L'article 3 de la loi du 19 janvier 2019 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne dispose que « *I. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi rendues nécessaires par le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, afin de prévoir le régime procédural simplifié et temporaire applicable aux travaux en vue de la construction ou de l'aménagement en urgence de locaux, installations ou infrastructures portuaires, ferroviaires, aéroportuaires et routiers requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni./ Les ordonnances prévues au présent article peuvent rendre applicables aux opérations mentionnées au premier alinéa du présent I directement liées à l'organisation de ces contrôles des adaptations ou des dérogations, y compris en matière d'aménagement, d'urbanisme, d'expropriation pour cause d'utilité publique, de préservation du patrimoine, de voirie et de transports, de domanialité publique, de commande publique, de règles applicables aux ports maritimes, de participation du public et d'évaluation environnementale, afin de les adapter à l'urgence de ces opérations* ».

2. Sur le fondement de cette habilitation législative, le Gouvernement a pris l'ordonnance du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne. Le Conseil national de l'Ordre des architectes demande l'annulation du I de l'article 2 selon lequel : « I. Les constructions, installations et aménagements directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne constituent des réalisations dispensées de toute formalité au titre du Code de l'urbanisme comme relevant du b de l'article L. 421-5 de ce code et sont soumis au régime applicable à celles-ci./ La durée d'implantation de ces constructions, installations et aménagements ne peut être supérieure à deux ans. La remise en état des sites est

réalisée dans un délai maximum de six mois à compter de la fin de leur utilisation ou de l'expiration de la durée de deux ans, sauf lorsque l'implantation pérenne de ces réalisations est autorisée avant l'expiration de ce délai dans les conditions de droit commun prévues par le Code de l'urbanisme ».

3. En premier lieu, il ressort de la copie de la minute de la section des travaux publics du Conseil d'État, telle qu'elle a été versée au dossier par le ministre de la transition écologique et solidaire, que le texte publié ne contient pas de dispositions qui différeraient à la fois du projet initial du Gouvernement et du texte adopté par le Conseil d'État. Le Conseil national de l'Ordre des architectes n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que l'ordonnance attaquée aurait, pour ce motif, été prise à l'issue d'une procédure irrégulière.

4. En deuxième lieu, les dispositions litigieuses étendent aux constructions, installations et aménagements qu'elles mentionnent, le régime défini par les dispositions du b) de l'article L. 421-5 du Code de l'urbanisme qui prévoit, d'une part, une dispense de toute formalité au titre du Code de l'urbanisme et, d'autre part, en vertu de l'article L. 421-8 de ce code, applicable aux constructions, aménagements, installations et travaux mentionnés au b) de son article L. 421-5, l'inapplicabilité des dispositions de l'article L. 421-6 de ce code relatives à la conformité du permis de construire ou d'aménager aux règles de fond qu'elles édictent. L'ordonnance n'est applicable qu'aux constructions, installations et aménagements directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni, pendant la durée précédant la date du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et, en application de l'article 7 de l'ordonnance, pendant les six mois suivant cette date. En outre, la durée d'implantation des constructions, installations et aménagements est limitée à deux ans, délai au terme duquel elles sont détruites ou sont soumises au droit commun applicable.

5. D'une part, il résulte des termes mêmes des dispositions rappelées ci-dessus de la loi du 19 janvier 2019 que le législateur a habilité le Gouvernement à définir un régime procédural simplifié et temporaire comportant notamment des dérogations en matière d'urbanisme. Il était ainsi loisible au Gouvernement, dans le choix des aménagements ou dérogations aux règles en principe applicables aux constructions, installations et aménagements en cause et énoncées au deuxième alinéa de l'article 3 de cette loi, de prévoir, s'agissant de l'urbanisme, une dispense totale.

6. D'autre part, contrairement à ce qui est soutenu, le législateur n'a pas entendu habiliter le Gouvernement à définir ce régime pour les seuls travaux réalisés en urgence mais pour l'ensemble des ouvrages ou aménagements requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni dans la perspective du retrait prochain de celui-ci de l'Union européenne. Par suite, en se bornant à limiter le champ d'application du régime simplifié aux constructions, dont il a défini la finalité, réalisées dans la perspective prochaine de ce retrait ou dans les six mois suivant celui-ci, le Gouvernement n'a pas méconnu l'habilitation.

7. Enfin, si le Conseil national de l'Ordre des architectes soutient qu'il était préférable d'organiser une procédure de demande d'urbanisme simplifiée ne dispensant pas le maître d'ouvrage du recours aux services d'un architecte, il n'établit pas, ce faisant, au regard des différentes caractéristiques du régime simplifié rappelées au point 5 et alors qu'il reste loisible aux maîtres d'ouvrage d'y faire appel, que le Gouvernement aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant ce régime.

8. Il résulte de tout ce qui précède que le Conseil national de l'Ordre des architectes n'est pas fondé à demander l'annulation du I de l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019.  
[...]

DÉCIDE : Article 1er : La requête du Conseil national de l'Ordre des architectes est rejetée.  
[...]

Note :

C'est à un curieux épisode juridique qu'ont pu assister, à la fin du printemps et au début de l'été, ceux qui ont pu se laisser distraire des péripéties de l'état d'urgence sanitaire. Sans doute d'ailleurs présente-t-il d'ailleurs de plus fortes implications sur le long terme, et a-t-il pu donner l'impression du retour à une époque révolue, celle des conflits entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, qui plus est sur un sujet qui semblait réglé de longue date, celui du statut juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel avait en effet été saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ce sujet.

La première avait été posée dans le cadre du contentieux suscité par l'autorisation donnée par le ministre de l'Écologie à la société Direct énergie d'exploiter une centrale de production d'électricité de type « cycle combiné à gaz » à Landivisiau. L'Association Force 5 avait exercé un recours pour excès de pouvoir contre cette autorisation : déboutée par le tribunal administratif de Rennes, elle a, à l'occasion de l'appel qu'elle a formé de ce jugement devant la cour administrative de Nantes, déposé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à l'article 7 de la Charte de l'environnement, et plus particulièrement au droit à la participation garanti par cet article, de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, relatif aux autorisations d'exploitation d'installations de production d'électricité, en tant que cet article ne prévoit aucune procédure de participation du public nonobstant l'incidence directe et significative de ces autorisations sur l'environnement. La question a été transmise par la cour administrative d'appel au Conseil d'État, qui l'a jugée suffisamment sérieuse pour en saisir le Conseil constitutionnel. Cependant – et c'est ici que la problématique des ordonnances fait irruption dans le litige – une ordonnance du 5 août 2013, entrée en vigueur le 1er septembre suivant mais non ratifiée par le Parlement, est venue compléter cet article en instituant une procédure de participation codifiée à l'article L. 120-1-1 du Code de l'environnement.

La seconde question prioritaire de constitutionnalité – qui résulte en réalité de la jonction de deux questions identiques – avait été posée par deux personnes placées en détention provisoire. Celle-ci ayant été prolongée automatiquement, sans intervention d'un juge, par l'effet de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (*JO 26 mars 2020*), ils avaient néanmoins saisi la juridiction pénale aux fins de levée de cette détention, mais celle-ci avait déclaré leurs requêtes sans objet, pour la raison qui vient d'être exposée. À l'occasion de leurs pourvois en cassation, les intéressés ont déposé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité, non pas de l'ordonnance elle-même, mais de l'article 11, I, 2° de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (*JO 24 mars 2020*) qui avait habilité le Gouvernement à l'adopter, à l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a logiquement décidé de joindre les deux instances, qui donnaient à juger la même question de droit.

Quant au Conseil d'État, il avait été saisi par le Conseil national de l'ordre des architectes d'un recours pour excès de pouvoir contre une disposition de l'ordonnance du 23 janvier 2019, adoptée dans le cadre de la sortie de Royaume-Uni de l'Union européenne et relative à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière de ce pays. L'article contesté prévoyait diverses dérogations aux règles normales d'urbanisme et de construction, dont le requérant contestait – outre un vice de procédure – la conformité à la loi d'habilitation.

À vrai dire cependant, les problèmes de fond soulevés par les trois affaires apparaissaient tout à fait secondaires par rapport à celui qui transparaisait en filigrane : celui de la valeur des ordonnances de l'article 38, dont devait, en bonne logique, découler leur régime contentieux.

La position du Conseil constitutionnel dans l'affaire « Association Force 5 » a suscité la perplexité : en affirmant que les ordonnances peuvent, dès avant leur ratification, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, il ne s'est pas contenté d'infirmer une position qui remontait à la mise en place de cette voie de droit, il a semblé remettre en cause une jurisprudence encore plus ancienne qui ne conférait à ces ordonnances qu'une simple valeur réglementaire. Tel n'est pourtant pas le cas : la réaffirmation par le Conseil d'État de sa compétence pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre un tel acte n'apparaît pas réellement contre une rébellion contre le revirement opéré par le Conseil constitutionnel ; du moins, si rébellion il y a eu, elle a été très vite étouffée dans l'œuf par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision « Aït Oufella et Herif », a précisé qu'il n'entendait nullement remettre en cause la valeur réglementaire des ordonnances non ratifiées.

1. L'ordonnance de l'article 38, un acte susceptible de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité

Le statut contentieux des ordonnances de l'article 38 a été fixé par le Conseil d'État dès les premiers temps de la Ve République. Il est, comme c'est usuel, fondé sur la valeur juridique de ces ordonnances dans la hiérarchie des normes. En effet, la loi échappant à son contrôle, qui se limite aux actes administratifs, la question se résumait à celle de savoir si les ordonnances constituaient des actes législatifs ou des actes réglementaires – qualification qui, jusqu'à ce jour, déterminait aussi leur valeur, un acte législatif ayant, pour comble à M. de La Palice, valeur législative et un acte réglementaire valeur réglementaire.

L'article 38 de la Constitution n'a guère fourni d'indices au juge administratif suprême. Contrairement, par exemple, à l'article 92 de la Constitution, qui a prévu que les ordonnances adoptées par le Gouvernement pendant la période de mise en place des institutions de la Ve République ont « force de loi », ce dont le Conseil d'État a pu déduire qu'elles avaient valeur législative et échappaient à son contrôle (*CE, sect., 12 févr. 1960, Sté Eky : Lebon, p. 101 ; D. 1960, Jur., p. 264, note J. L'Huillier ; JCP G 1960, II, 11629 bis, note G. Vedel ; S. 1960, p. 131, concl. J. Kahn*), l'article 38 ne comporte aucune indication similaire.

Aussi le Conseil d'État a-t-il repris à leur propos sa jurisprudence relative aux décrets-lois des Républiques antérieures, dont il avait jugé que, bien que pris sur habilitation du législateur, ils n'étaient, puisqu'ils émanaient du pouvoir réglementaire, que des actes réglementaires relevant de la compétence contentieuse du juge administratif (*CE, ass., 25 juin 1937, Union des véhicules industriels : Lebon, p. 619 ; D. 1937, 3, p. 333, note L. Rolland ; RDP 1937, p. 501, concl. P. Renaudin, note G. Jèze ; S. 1937, 3, p. 397, note P. de F.R. – CE, ass., 15 juill. 1954, Sté des Éts Mulsant : Lebon, p. 481 ; AJDA 1954, II, p. 459, note M. Long*), seule leur

ratification par le législateur leur conférant une valeur législative (*CE, sect., 25 janv. 1957, Sté Établissements Charlionnais : Lebon, p. 54 ; RDP 1957, p. 1057, note M. Waline*). De même, les ordonnances de l'article 38, nonobstant la double circonstance, d'une part qu'elles résultent d'une habilitation législative, d'autre part qu'elles interviennent dans le domaine de la loi, sont bien des actes réglementaires dont le juge administratif peut connaître au contentieux (*CE, sect., 3 nov. 1961, Damiani : Lebon, p. 607. – CE, ass., 24 nov. 1961, Féd. nationale des syndicats de police : Lebon, p. 658 ; AJDA 1962, p. 144, note J.T. ; D. 1962, Jur., p. 424, note M. Fromont ; S. 1963, p. 59, note L. Hamon*). Seule leur ratification législative leur fait acquérir, à titre rétroactif, valeur législative (*CE, 8 déc. 2000, n° 212081, Hoffer et a. : Lebon, p. 585 ; AJDA 2000, p. 985, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2001, p. 454, concl. C. Maugué*), ce qui entraîne l'incompétence du juge administratif pour en connaître et le non-lieu si la ratification survient en cours d'instance (*CE, 8 déc. 2000, n° 212081, Hoffer et a., préc.*).

Cette solution confirme la priorité donnée par le juge administratif à la définition organique de la loi par rapport à sa définition matérielle : dans le silence des textes constitutionnels, un acte adopté par les autorités exécutives est un acte réglementaire, même s'il intervient en matière législative – seules les mesures prises en application de l'article 16 de la Constitution dérogeant à cette règle (*CE, ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens : Lebon, p. 143 ; AJDA 1962, p. 214, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; D. 1962, Jur., p. 109, note G. Morange ; RDP 1962, p. 294, concl. J.-F. Henry*), pour des raisons dont l'explication relève d'autant moins du champ du présent commentaire qu'elles sont bien davantage politiques que juridiques.

Pendant fort longtemps, le Conseil constitutionnel n'a pu opposer aucune objection à ce raisonnement, si tant est qu'il ait eu la volonté de le faire – ce qui n'était d'ailleurs pas le cas, puisqu'il a, occasionnellement, affirmé le caractère réglementaire des ordonnances non ratifiées et la compétence du Conseil d'État pour en connaître (*Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : Rec. Cons. const., p. 63*). L'article 61 de la Constitution, relatif au contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'action, est de toute évidence inapplicable aux ordonnances de l'article 38, puisqu'il prévoit le contrôle des seules « lois », et de surcroît « avant leur promulgation » : or, si on peut à la rigueur débattre du caractère de « loi » des ordonnances – tout dépend si on en retient ou non une définition matérielle – elles ne sont en tout état de cause pas promulguées et ne peuvent donc relever du contrôle de l'article 61. Ce dernier ne peut s'exercer que sur la loi d'habilitation et sur la loi de ratification – mais pas sur l'ordonnance elle-même, même si la loi de ratification en confirme le contenu – ou, en vertu de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » (*Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances : Rec. Cons. const., p. 43 ; AIJC 1985, p. 400, chron. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 362, note P. Wachsmann ; D. 1985, Jur., p. 361, note F. Luchaire ; JCP G 1985, II, 20356, note C. Franck ; Rev. adm. 1985, p. 355, note M. de Villiers*), à l'occasion du contrôle d'une loi modifiant une ordonnance. Cependant, dès lors que, jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, était admise une ratification implicite des ordonnances, par le vote d'une loi s'y référant ou les modifiant, l'ordonnance ainsi éventuellement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel avait valeur législative au moment dudit contrôle. Si, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 38 impose une ratification expresse de l'ordonnance, la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » – qui est, au demeurant, d'application exceptionnelle – n'a jamais porté sur une ordonnance non ratifiée.

La même révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 institue en revanche, on le sait, une nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité, cette fois *a posteriori* et par voie

d'exception, la question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci est susceptible de porter sur toute « disposition législative », ce qui rouvre le débat sur le caractère législatif ou non des ordonnances non ratifiées, selon la définition qu'on retient de la notion de loi. En effet, des dispositions formellement non législatives sont susceptibles de faire l'objet d'une telle procédure, alors même qu'elles n'auraient pu faire l'objet d'un contrôle en vertu de l'article 61 : ainsi les mesures de l'article 16 intervenant dans le domaine de la loi ou encore les ordonnances de l'article 92. Les ordonnances de l'article 38 étaient-elles du nombre ? Contrairement aux actes précités, leur valeur législative n'était cependant pas reconnue, seul leur domaine d'intervention étant de nature à les faire qualifier de lois. Aussi, jusqu'alors les lignes n'avaient absolument pas bougé : s'il avait été admis que les ordonnances ratifiées peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (*CE, 11 mars 2011, n° 341658, Benzoni : JurisData n° 2011-003223 ; Lebon, p. 81. – Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, Sté Groupe Canal Plus et a. : JurisData n° 2012-022856 ; Rec. Cons. const., p. 529*), tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel avaient réaffirmé l'absence de caractère législatif des ordonnances non ratifiées, le premier en refusant de saisir le Conseil constitutionnel d'un tel texte (*CE, 11 mars 2011, n° 341658, Benzoni, préc. – CE, 13 juill. 2016, Synd. national des entreprises des loisirs marchands et a. : Lebon T., p. 598 ; AJDA 2016, p. 2153, chron. L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet*), le second en prononçant un non-lieu à statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une ordonnance non ratifiée (*Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, Éruam : JurisData n° 2012-002154 ; Rec. Cons. const., p. 113. – Cons. const., 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, Drelon : JurisData n° 2014-021296 ; JO 21 sept. 2014, p. 15469*).

C'est ce statu quo que remet en cause le Conseil constitutionnel lorsque, dans l'affaire « Association Force 5 », il affirme que les ordonnances de l'article 38 sont, avant même leur ratification, des dispositions législatives. Du moins en va-t-il ainsi une fois expiré le délai d'habilitation fixé par la loi d'habilitation, dès lors que, à compter de cette date, l'ordonnance ne peut plus être modifiée que par voie législative. Qu'on ne s'y méprenne pas : ce n'est donc pas à une définition matérielle de la loi que se range le Conseil constitutionnel. Certes, les juges de la rue Montpensier évoquent tout de même, à titre complémentaire, la circonstance que les ordonnances interviennent dans le domaine de la loi : mais l'argument n'est pas décisif, dès lors que cette immixtion en matière législative existe évidemment dès la signature de l'ordonnance, sans que cela lui confère pour autant le caractère d'une disposition législative susceptible de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le critère retenu à titre prédominant reste donc un critère organique, mais très particulier puisque fondé, non pas sur l'auteur de l'acte, mais sur l'autorité qui serait seule compétente aujourd'hui pour le modifier.

Il n'en reste pas moins que cette position, réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision Aït Oufella et Herif, contredit la jurisprudence du Conseil d'État, qui considérait l'expiration du délai d'habilitation comme dépourvu d'incidence sur la valeur et le régime contentieux de l'ordonnance (*CE, ass., 11 déc. 2006, Conseil national de l'ordre des médecins : JurisData n° 2006-071175 ; Lebon, p. 510 ; AJDA 2007, p. 133, chron. C. Landais et F. Lenica*). Or, celui-ci ne semble visiblement pas décidé à s'incliner, puisque, dans l'affaire « Conseil national de l'ordre des architectes », il examine, sans d'ailleurs s'en justifier particulièrement, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance non ratifiée. L'argument selon lequel, le recours ayant été déposé avant l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le nouveau statut des ordonnances, quand bien même la juridiction administrative s'y rallierait, ne serait pas applicable *ratione temporis*, ne tient pas : on l'a dit, lorsqu'une loi de ratification survient en cours d'instance, le Conseil d'État prononce un non-lieu à statuer, et c'est ce qu'il aurait dû faire en l'espèce, sauf à se reconnaître un pouvoir de



modulation dans le temps des revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel pour admettre qu'il puisse continuer à juger les recours pendants. Or, cela serait particulièrement audacieux et contraire à l'esprit généralement conciliant du Conseil d'État : dans un domaine voisin, le Conseil constitutionnel détermine seul les effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité, et le Conseil d'État s'y conforme scrupuleusement (V. encore, récemment : *CE, ass., 24 déc. 2019, n° 425983, Sté hôtelière Paris Eiffel Suffren et Laillat* : *JurisData n° 2019-023495* ; *Lebon, p. 488, concl. M. Sirinelli* ; *Dr. adm. 2020, comm. 22, note G. Eveillard* ; *AJDA 2020, p. 509, chron. C. Malverti et C. Beaufils* ; *JCP G 2020, 2076, note J.-S. Boda* ; *RFDA 2020, p. 136, concl., note A. Roblot-Troizier*).

La hache de guerre serait-elle donc, pour la première fois depuis longtemps, déterrée entre les deux juridictions ? Il n'en est rien, du moins en apparence. Du reste, les juges du Palais-Royal se sont, officiellement du moins, abstenus dans l'affaire « Conseil national de l'Ordre des architectes », de contredire expressément le Conseil constitutionnel, s'engouffrant dans une brèche dans la formulation quelque peu elliptique de la décision « Association Force 5 » (comme en témoigne le fichage de l'arrêt au Recueil Lebon, qui invite à « rapprocher » sa solution de celle de la décision « Association Force 5 »).

## 2. L'ordonnance de l'article 38, un acte de valeur réglementaire

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision « Aït Oufella et Herif », précise sa position sur le statut des ordonnances, d'une façon qui n'apparaît du reste pas incompatible avec la formulation de la décision « Association Force 5 », même si on se gardera bien d'affirmer que telle était sa pensée dès l'origine...

Ladite position apparaît nettement moins incompatible avec celle du Conseil d'État, même si elle le reste partiellement.

Elle repose sur une dissociation de la valeur des ordonnances non ratifiées et de leur statut contentieux, une fois expiré le délai d'habilitation. Ce n'est qu'au sens de l'article 61-1 de la Constitution – précision qui ne figurait pas dans la décision « Association Force 5 » – qu'elles peuvent être regardées comme des dispositions législatives. Le Conseil n'affirme donc nullement que les ordonnances ont valeur législative dès l'expiration du délai d'habilitation, simplement qu'elles peuvent, dès ce moment, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Il faut d'emblée le souligner : ce byzantinisme juridique suscite, de prime abord, les plus vives réserves. On l'a dit, il est de tradition que le statut contentieux soit déterminé par la valeur de l'acte : le juge n'avait jamais, jusqu'à présent, tergiversé à reconnaître comme synonymes de « valeur législative » ou « valeur supra-législative » des expressions telles que « force de loi » – pour les ordonnances de l'article 92 (*CE, sect., 12 févr. 1960, Sté Eky, préc.*) – ou « autorité supérieure à celle des lois » – pour les traités et accords internationaux (*CE, ass., 20 oct. 1989, Nicolo* : *Lebon, p. 190, concl. P. Frydman* ; *AJDA 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste* ; *AJDA 1989, p. 788, note D. Simon* ; *D. 1990, Jur., p. 135, note P. Sabourin* ; *JCP G 1989, II, 21371, concl.* ; *LPA 11 déc. 1989, p. 11, note G. Lebreton* ; *RFDA 1989, p. 813, concl., note B. Genevois* ; *RMC 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume* ; *RTDE 1989, p. 771, concl., note G. Isaac*). Du moins pouvait-on le déduire des conséquences contentieuses qu'il attachait à de telles expressions, en l'occurrence, pour les ordonnances de l'article 92, l'affirmation de l'incompétence du juge administratif pour en connaître, pour les traités et accords internationaux la compétence du juge administratif pour les faire prévaloir sur les lois. Affirmer que, d'un

certain point de vue, un acte doit être assimilé à une loi, mais sans l'être à d'autres points de vue – car, moins que dans la question de la valeur de l'acte proprement dite, qui constitue une question essentiellement théorique, là réside le cœur du problème – ne renforce certes pas la simplicité ni l'intelligibilité du droit.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille jeter l'opprobre sur ce revirement de jurisprudence sans en examiner les raisons profondes et les implications : parfois, la complexité est nécessaire à donner une résolution satisfaisante à certains problèmes.

À cet égard, les deux décisions rendues pour l'heure par le Conseil constitutionnel ne posent que de premiers jalons.

Tout d'abord, selon la décision « Association Force 5 », lorsqu'une ordonnance a corrigé une disposition législative entachée d'inconstitutionnalité, c'est à compter de l'expiration du délai d'habilitation que l'inconstitutionnalité prend fin, et non à compter de la ratification de l'ordonnance. Mais, à dire vrai, elle prend fin, substantiellement parlant, dès la signature de l'ordonnance, et il en sera d'ailleurs jugé ainsi si cette dernière est finalement ratifiée.

Ensuite, selon la décision « Aït Oufella et Herif », le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi d'habilitation, que ce soit par la voie de l'article 61 de la Constitution ou par celle de la question prioritaire de constitutionnalité – contrôle auquel il n'est pas question pour lui de renoncer – se limite au contenu propre de cette loi et aux conséquences qu'il emporte nécessairement, sans considération, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, de la manière dont le Gouvernement a mis en œuvre l'habilitation ou, dans le cadre du contrôle *a priori* et par voie d'action, de la manière dont il pourrait la mettre en œuvre. L'inconstitutionnalité commise par le Gouvernement est sanctionnée, lorsqu'elle ne tire pas les conséquences nécessaires de la loi d'habilitation, à l'occasion du contrôle contentieux de l'ordonnance. Mais c'était déjà le cas auparavant : seul le juge compétent pour exercer ce contrôle change.

Il est tout de même permis de trouver deux avantages à la solution nouvelle.

En premier lieu, il pouvait apparaître difficilement intelligible pour le justiciable contestant la constitutionnalité d'une disposition *a priori* législative de se voir opposer, à l'occasion de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité qu'il a soulevée, un tri entre les dispositions adoptées par le Parlement et celles adoptées par le Gouvernement par voie d'ordonnance de l'article 38, les unes et les autres étant, formellement, rassemblées dans le même instrument – article de loi, ou article législatif d'un code, modifié par l'ordonnance. Ce justiciable pouvait se voir opposer l'incompétence du Conseil constitutionnel pour connaître d'une partie des dispositions contestées, ce qui conduisait à un partage de la question de constitutionnalité entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. L'interdiction de la ratification implicite des ordonnances par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne pouvait qu'accentuer le phénomène dès lors que la modification par la loi des dispositions issues de l'ordonnance ne confère plus à cette dernière valeur législative : l'entremêlement de dispositions de valeur législative et de valeur simplement réglementaire ne provient plus simplement de ce que les secondes ont modifié les premières, mais également de ce qu'elles ont pu ultérieurement être elles-mêmes modifiées par de nouvelles dispositions législatives. À cet argument on peut néanmoins opposer plusieurs objections. Tout d'abord, même si cette division des compétences était source de complexité, elle n'entraînait la soustraction d'aucune disposition à un contrôle de constitutionnalité, réalisé soit par le Conseil constitutionnel soit par

le Conseil d'État. Ensuite, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne met pas totalement fin à la division des compétences, puisqu'il reste incompétent pour connaître de la constitutionnalité des ordonnances avant l'expiration du délai d'habilitation. Enfin, et surtout, il n'est pas dit que la situation change fondamentalement, car le Conseil d'État lui-même avait déjà posé quelques limites à la division des compétences en admettant le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur des dispositions d'une ordonnance non ratifiée lorsqu'elles sont indétachables de dispositions législatives faisant l'objet de la même question (*CE, 16 janv. 2018, n° 415043, Union des ostéopathes animaliers et Lecuyer : JurisData n° 2018-000300 ; Lebon T., p. 873*) – le Conseil constitutionnel s'étant pour sa part reconnu compétent pour examiner ces dispositions (*Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC, Sté Numericable : JurisData n° 2013-014416 ; Rec. Cons. const., p. 876*).

En second lieu, le changement de statut contentieux des ordonnances permet de régler un problème en cas d'inconstitutionnalité : la seule autorité compétente pour corriger ladite inconstitutionnalité est le législateur, et l'acte modificatif ne peut être qu'une loi, au sens formel du terme. Or, dans l'ancien état du droit, le Conseil d'État annulait donc un acte administratif, mais sans que l'auteur de ce dernier puisse le remplacer : l'exécution de la chose jugée, voire les injonctions éventuellement prononcées, concernaient donc le législateur, qui ne saurait être le destinataire des décisions du juge administratif. Cette anomalie est désormais rectifiée, ce qui constitue probablement le principal mérite de la solution nouvelle : au Conseil constitutionnel, juge de la loi, le pouvoir de censurer un acte que seule la loi pourra corriger. Cependant, il convient de le noter, le problème n'est nullement réglé si le motif d'invalidité de l'ordonnance réside dans la méconnaissance d'une autre norme qu'un droit ou liberté garanti par la Constitution.

Pour le reste, le nouvel état du droit ne fait guère que remplacer une division des compétences par une autre. La compétence du Conseil constitutionnel se limite en effet au contrôle de la conformité de l'ordonnance aux droits et libertés que la Constitution garantit – contrôle pour lequel il dispose d'un monopole, comme prend soin de l'affirmer la décision « Aït Oufella et Herif ». Au juge administratif continue en revanche à revenir le contrôle des autres moyens dirigés contre l'ordonnance, qu'il s'agisse des moyens de légalité externe ou des moyens de légalité interne autres que la conformité aux droits et libertés de valeur constitutionnelle, en particulier le respect des autres normes qui lui sont supérieures dans la hiérarchie des normes : les traités internationaux et le droit de l'Union européenne, les principes généraux du droit – dans la mesure où ils sont dépourvus d'équivalent au niveau constitutionnel – et bien entendu la loi d'habilitation elle-même – à condition que la méconnaissance de cette dernière ne conduise pas l'ordonnance à méconnaître les droits et libertés de valeur constitutionnelle (*CE, 4 nov. 1996, n° 177162, Assoc. de défense des sociétés de courses des hippodromes de province : Lebon, p. 427 ; RFDA 1996, p. 1099, concl. C. Maugué, note L. Favoreu*). Le Conseil d'État, dans l'arrêt « Conseil national de l'ordre des architectes », se limite à de tels contrôles, ce qui rend sa décision compatible avec la nouvelle jurisprudence constitutionnelle ; mais, il est vrai, aucun moyen ne portait en l'espèce sur la violation des droits et libertés constitutionnels.

On cerne la complexité procédurale induite par cette évolution. Celui qui conteste la légalité d'une ordonnance devant la juridiction administrative devra songer à déposer, par un mémoire distinct, une question prioritaire de constitutionnalité sous peine de se voir désormais opposer par le juge administratif son incompétence pour connaître de l'éventuelle violation des droits et libertés constitutionnels. Malgré tout le bien qu'on peut penser de la question prioritaire de constitutionnalité, l'allongement des procédures induit par cette évolution est inévitable. L'effet

n'en sera peut-être pas spectaculaire sur les procédures au fond, mais il le sera bien davantage pour les procédures en référé, particulièrement en référé-liberté : une question prioritaire de constitutionnalité peut en effet être posée à l'occasion d'un référé-liberté (CE, 16 juin 2010, n° 340250, Diakité : JurisData n° 2010-009412 ; Lebon, p. 205 ; AJDA 2010, p. 1662, note O. Le Bot ; JCP G 2010, 739, note P. Cassia) et certes, dans l'attente de la réponse du Conseil constitutionnel, le juge des référés peut prendre toutes mesures provisoires de nature à préserver la situation du requérant (CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009, Domenjoud : JurisData n° 2015-028248 ; Lebon, p. 437, concl. X. Domino ; Dr. adm. 2016, comm. 25, note G. Eveillard ; AJDA 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; RFDA 2016, p. 105, concl. ; RFDA 2016, p. 123, note A. Roblot-Troizier), mais il n'empêche que la résolution d'un référé-liberté dirigé contre une ordonnance entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification de ladite ordonnance prendra désormais plus de 3 mois là où, auparavant, elle ne dépassait pas quelques jours.

Cette complexification ne saurait trouver de justification dans un meilleur souci de protection des droits et libertés : le respect de ces derniers par les ordonnances faisait déjà l'objet d'un contrôle, de la part d'un juge administratif qui n'avait jamais montré à cette occasion une moindre efficacité par rapport au Conseil constitutionnel (V. pour des exemples d'annulation par le Conseil d'État de dispositions d'une ordonnance non ratifiée, pour méconnaissance de principes constitutionnels : CE, ass., 24 oct. 1961, Féd. nationale des syndicats de police, préc. – CE, 1er déc. 1997, n° 176352, CPAM de la Sarthe : Lebon, p. 446). Quant à l'argument tiré de ce que la jurisprudence nouvelle allongerait le délai de recours contre les ordonnances, au moins au regard du respect par elles des droits et libertés constitutionnels – la question prioritaire de constitutionnalité pouvant être déposée à tout moment, dès lors qu'un litige survient dans le cadre duquel l'ordonnance est applicable – et qu'elle participerait ce faisant d'une meilleure garantie de ces derniers, elle fait fi de ce que, en tout état de cause, il existait déjà devant le juge administratif une exception d'illégalité permanente contre les ordonnances non ratifiées, à l'occasion d'un recours contre un acte administratif pris en application de ces dernières ; certes, cette exception d'illégalité ne peut plus, depuis 2018, porter sur les vices de procédure et de forme entachant l'ordonnance (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, CFDT-Finances : JurisData n° 2018-008095 ; Lebon, p. 187, concl. A. Bretonneau ; Dr. adm. 2018, repère 7, note B. Plessix ; Dr. adm. 2018, comm. 45, note G. Eveillard ; AJDA 2018, p. 1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; AJDA 2018, p. 1241, tribune F. Melleray ; AJDA 2018, p. 1465, tribune B. Seiller ; JCP A 2018, 2197, note C. Friedrich ; Procédures 2018, comm. 236, note N. Chiffлот ; RFDA 2018, p. 649, concl.), mais la question prioritaire de constitutionnalité ne le pourrait pas non plus.

Si le Conseil d'État vient, à l'occasion de futures affaires, à se ranger à la position du Conseil constitutionnel et à se déclarer incompétent pour connaître de la conformité des ordonnances aux droits et libertés constitutionnels, il n'y aura donc pas de nouveau conflit entre les deux juridictions, qui viendrait s'ajouter aux divergences temporaires d'interprétation du principe de légalité des délits et des peines (respectivement : CE, ass., 3 févr. 1967, Confédération générale des vignerons du Midi : Lebon, p. 55 ; AJDA 1967, p. 159, chron. J.-P. Lecat et J. Massot ; AJDA 1964, p. 164, concl. Y. Galmot. – Cons. const., 17 mars 1964, n° 64-27 L, Nature juridique des dispositions de l'art. 5 de l'ordonnance du 16 octobre 1958 relative à diverses dispositions concernant le Trésor : Rec. Cons. const., p. 35. – Infirmé ultérieurement par : Cons. const., 26 juin 1969, n° 69-55 L, Nature juridique de certaines dispositions des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites : Rec. Cons. const., p. 27), aux désaccords sur le caractère de principe général du droit du principe selon lequel le silence de l'administration vaut rejet (respectivement : Cons. const., 26 juin

*1969, n° 69-55 L, préc. – CE, ass., 27 févr. 1970, Cne Bozas : Lebon, p. 139 ; AJDA 1970, p. 225, chron. R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle ; JCP G 1970, II, 16340, note M.C. – Infirmé ultérieurement par : CE, 14 févr. 2001, n° 202830, Min. Emploi et Solidarité c/ Bouraïb : Lebon T., p. 793) ou encore à la consécration par le Conseil d'État d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil constitutionnel n'a jamais souhaité reconnaître (CE, ass., 3 juill. 1996, Koné : Lebon, p. 255 ; AJDA 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1996, Jur., p. 509, note F. Julien-Laferrière ; JCP G 1996, II, 22720, note X. Prétot ; RDP 1996, p. 1751, note C. Braud ; RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue). Il n'empêche : la valeur ajoutée du nouveau statut contentieux des ordonnances reste encore à démontrer, alors que leur statut antérieur n'avait guère appelé la critique (B. Genevois, *L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque* : RFDA 2018, p. 755).*

**Mots clés : Procédure. - Recours pour excès de pouvoir. - Ordonnance en instance de rectification**