

<p>Séance 4 : L'activité normative de l'administration</p> <p>Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution</p>
--

Exercice :

Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel CC, 3 juillet 2020, décision n° 2020-851/852 QPC, M. Sofiane A

Dossier documentaire

Doctrines :

B. Genevois, « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », *RFDA*, 2018, p. 755, reproduit en annexe

Jurisprudence

I. Le contrôle des lois d'habilitation

Document 1 : CC, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*

Document 2 : CC, 20 janvier 2005, décision n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*

Document 3 : CE, 23 janvier 2015, n° 380339

Document 4 : CC, 26 janvier 2017, décision n° 216-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*

II. La valeur juridique des ordonnances

Document 5 : Conseil d'Etat, Ass., 24 novembre 1961, , *Fédération nationale des syndicats de police*

Document 6 : CE, 8 décembre 2000, *Hoffer*

Document 7 : CE, 23 octobre 2002, *Laboratoires Juva Santé*

III. L'expiration du délai d'habilitation

Document 8 : CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*

Document 9 : CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*

Document 10 : CE, 12 octobre 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*

IV. Le statut des ordonnances non ratifiées

Document 11 : CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*

Document 12 : CC, 10 février 2012, décision n° 2011-219 QPC, *M. Patrick É.*

Document 13 : CC, 28 mai 2020, décision n° 2020-843 QPC, *Force 5*

Document 14 : CE 1 juillet 2020 Conseil national de l'ordre des architectes, avec les conclusions Odinet reproduites en annexe

Document 15 : CC, 3 juillet 2020, décision n° 2020-851/852 QPC, *M. Sofiane A. , avec la note A. LEVADE*, « Ordonnance et loi d'habilitation – Le Conseil constitutionnel étend son empire », JCP, éd. G.27 juillet 2020, n° 30-35, p. 1404 – 1405 (**document 16**)

I. Le contrôle des lois d'habilitation

Document 1 : CC, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*

1. Considérant que la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, soumise à l'examen du Conseil constitutionnel tend, en ce qui concerne la plupart de ses dispositions, à permettre au Gouvernement de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ; qu'elle fait référence à l'article 38 de la Constitution ;

2. Considérant que l'article 38 de la Constitution dispose : « 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.- A 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. » ;

3. Considérant que la Constitution ne soumet le recours à cette procédure à aucune autre condition que celles énoncées à l'article 38 précité et à l'article 13 aux termes duquel « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres » ;

[...]

13. Considérant que, s'il est spécifié à l'alinéa 1^{er} de l'article 38 de la Constitution précité que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de prendre, par voie d'ordonnances pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention ;

14. Considérant que 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 ;

15. Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution ;

16. Considérant que les auteurs de l'une et de l'autre saisine élèvent des griefs d'inconstitutionnalité à l'encontre de chacun des articles 1 à 7 de la loi ;

. En ce qui concerne l'article 1^{er} de la loi :

17. Considérant que l'article 1^{er} de la loi est ainsi conçu : « Pour assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et définir un nouveau droit de la concurrence, le Gouvernement est autorisé, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi et dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence, notamment celles des ordonnances n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique.- Dans la définition du nouveau droit de la concurrence, il assortit de garanties au profit des agents économiques l'exercice des compétences dont dispose l'autorité publique et assure le caractère contradictoire des procédures » ;

18. Considérant que les députés auteurs de la première saisine font valoir, en premier lieu, au soutien du grief d'inconstitutionnalité invoqué contre ces dispositions que la finalité des mesures que le Gouvernement se propose de prendre est définie de manière manifestement imprécise ; qu'il n'est même pas établi que le Gouvernement la connaisse lui-même comme en témoigne le fait qu'au cours de la discussion parlementaire il a déclaré qu'un haut fonctionnaire serait chargé d'élaborer des propositions tendant à définir un nouveau droit de la concurrence ;

[...]

. Quant au grief tiré du défaut de précision des termes de l'habilitation :

21. Considérant que, si le Gouvernement doit définir avec précision les finalités de l'habilitation qu'il demande en vue de la réalisation de son programme, il n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation et qu'il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions ;

22. Considérant que, si l'article 1^{er} de la loi assigne comme finalité aux ordonnances qu'il autorise le Gouvernement à prendre la définition d'un nouveau droit de la concurrence et la recherche d'une plus grande liberté de gestion aux entreprises, il n'autorise pas pour autant le Gouvernement à modifier ou à abroger l'ensemble des règles de droit civil, commercial, pénal, administratif ou social intéressant la vie économique ; qu'il résulte de ses termes, éclairés par les travaux préparatoires et, notamment, par les déclarations du Gouvernement devant le Parlement, que l'habilitation demandée vise la modification ou l'abrogation des dispositions spécifiques de la législation économique relatives au contrôle des concentrations, à la concurrence et aux prix ainsi qu'à la répression des infractions économiques

contenues dans les ordonnances du 30 juin 1945, dans la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 et dans les dispositions législatives particulières sur les prix ; que dans ces limites, l'habilitation accordée par l'article 1^{er} n'est pas contraire aux termes de l'article 38 de la Constitution

23. Considérant que la précision apportée par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} sur les garanties au profit des agents économiques et sur le caractère contradictoire des procédures ne saurait être entendue comme excluant les autres garanties résultant des principes et règles de valeur constitutionnelle et en particulier celles relatives au contrôle juridictionnel et aux droits de la défense ; qu'elle ne saurait davantage être comprise comme excluant des garanties les personnes physiques ou morales n'ayant pas la qualité d'agents économiques ;

[...]

26. Considérant que, dans les limites et sous la réserve de l'interprétation qui viennent d'être énoncées, l'article 1^{er} de la loi n'est pas contraire à la Constitution ;

[...]

Document 2 : CC, 20 janvier 2005, décision n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*

27. Considérant que l'article 10 de la loi déferée habilite le Gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnances les mesures de nature législative permettant « de rendre applicable la présente loi, le cas échéant avec les adaptations nécessaires », en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis et Futuna et à Mayotte ;

28. Considérant qu'aux termes du premier alinéa 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 » ; qu'il résulte de cette disposition que seul le Gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances ;

29. Considérant que l'article 10 figurait dans le texte initial de la proposition de loi dont est issue la loi déferée ; qu'en l'absence de demande du Gouvernement, il doit être déclaré contraire à la Constitution ;

Document 3 : CE, 23 janvier 2015, n° 380339

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) " ;

2. Considérant que M. A...soutient que les dispositions du a) du 5° de l'article 1er de la loi du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, en raison de l'autorisation qu'elles donnent au Gouvernement de prendre toute mesure relevant du domaine de la loi afin de soutenir le développement de l'économie numérique en " assurant la conformité au droit de l'Union européenne des dispositions législatives du code des postes et des communications électroniques relatives aux domaines internet de premier niveau correspondant au territoire national " méconnaissent, d'une part, les dispositions combinées des articles 38 et 62 de la Constitution, d'autre part, les dispositions combinées des articles 55, 62 et 88-1 de ce même texte ;

3. Considérant toutefois que les dispositions législatives contestées se bornent à délimiter le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution pour prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ; qu'elles ne sont, dès lors, par

leur nature même, pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, par suite, la question posée, qui n'est pas nouvelle, est dépourvue de caractère sérieux ;

4. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que les dispositions du a) du 5° de l'article 1er de la loi du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit doit être écarté ;

Document 4 : CC, 26 janvier 2017, décision n° 216-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*

9. L'article 39 de la loi déferée habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires afin de remplacer, dans le code de l'éducation, les régimes de déclaration d'ouverture préalable des établissements privés d'enseignement scolaire par un régime d'autorisation, de préciser les motifs de refus d'ouverture, de fixer les dispositions régissant l'exercice des fonctions de direction et d'enseignement dans ces établissements et de renforcer la liberté de l'enseignement dont ces derniers bénéficient, une fois ouverts.

10. Les sénateurs et les députés requérants estiment que la substitution d'un régime d'autorisation à un régime déclaratif pour l'ouverture d'établissements privés d'enseignement scolaire porte une atteinte disproportionnée à la liberté de l'enseignement et à la liberté d'association. Selon les sénateurs requérants, ces dispositions porteraient aussi atteinte à la liberté de conscience et à la liberté d'entreprendre.

11. La liberté de l'enseignement constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958.

12. Aux termes du premier alinéa 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 ». Cette disposition 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.

13. En habilitant le Gouvernement à remplacer les régimes déclaratifs par un régime d'autorisation d'ouverture d'un établissement privé d'enseignement scolaire, le législateur a précisément défini le domaine d'intervention des mesures qu'il autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance. En revanche, eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser « les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture » de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance.

14. Par suite, cette habilitation méconnaît les exigences qui résultent de l'article 38 de la Constitution. Sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs des requérants, l'article 39 de la loi déferée est donc contraire à la Constitution.

II. La valeur juridique des ordonnances

Document 5 : Conseil d'Etat, Ass., 24 novembre 1961, , Fédération nationale des syndicats de police

CONSIDÉRANT qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 « la loi fixe ... les /règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires : civils et militaires de l'Etat » ; que si la loi du 4 février 1960 habilitait le gouvernement à prendre, pendant un délai limité, des « mesures comprises normalement i dans le domaine de la loi et nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre », et, par conséquent, à fixer par ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution, les garanties fondamentales reconnues aux personnels de police de la Sûreté nationale, les dispositions attaquées de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 août 1960, loin de déterminer ces garanties, donnent au gouvernement tout pouvoir de régler par décrets en Conseil d'Etat, le statut de ces personnels, les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut général des fonctionnaires ne demeurant Applicables à ceux-ci que dans la mesure où le gouvernement aura choisi de n'y pas déroger ; qu'il s'ensuit que l'article 1^{er} a pour effet de transférer au gouvernement d'une manière permanente le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées aux personnels de police de la Sûreté nationale ; qu'en conséquence, la fédération requérante est fondée à soutenir que ledit article viole l'article 34 de la Constitution et à en demander pour ce motif l'annulation ;

En ce qui concerne les conclusions dirigées contre l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'ordonnance du 18 août 1960 et contre l'alinéa 2 du même article, en tant qu'il proroge le Mandat des membres des commissions administratives paritaires : Cons, qu'en suspendant pour une durée limitée la procédure de l'élection aux commissions administratives paritaires et en prorogeant, en conséquence, le mandat des membres en fonction desdites commissions, l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'ordonnance attaquée n'est pas étranger au champ d'application de la loi du 4 février 1960 autorisant le gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, certaines : mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie;

Cons. que la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 20 janvier 1960, annulant pour excès de pouvoir les dispositions réglementant le mode de scrutin applicable auxdites élections, n'a pas, par elle-même, entraîné l'annulation des élections faites selon ce mode de scrutin; que l'article 2 précité ne fixe pas le régime électoral des commissions administratives paritaires ; que par suite la fédération requérante n'est, pas fondée à soutenir que ledit article méconnaît l'autorité de la chose jugée par la décision sus rappelée; Cons., que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ;

En ce qui concerne les conclusions dirigées contre l'alinéa 2 de l'article 2, en tant qu'il valide les élections aux commissions administratives paritaires : Cons. qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 2 « la composition des commissions administratives paritaires de la Sûreté nationale sera, jusqu'à la date prévue à l'alinéa précédent, celle qui résulte de l'application de l'arrêté interministériel du 14 mars « 1959 » cette disposition, ainsi qu'il ressort d'ailleurs des pièces versées au dossier, a pour objet et pour effet de valider les élections des représentants du personnel auxdites commissions; que si, comme il a été dit ci-dessus, l'article 1^{er} de la loi du 4 février 1960 autorisait le Gouvernement à prendre par ordonnance pendant un délai limité des « mesures qui sont normalement du domaine de la loi », Il ne lui conférait pas le pouvoir de soustraire certains actes administratifs à tout contrôle juridictionnel en prononçant la validation ; qu'il s'ensuit que la fédération requérante est fondée à demander l'annulation de

l'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance du 18 août 1960, en tant qu'il valide les élections aux commissions Administratives paritaires ; ...

Document 6 : CE, 8 décembre 2000, *Hoffer*

Considérant que l'article 38 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que : "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" ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 38, "les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat" ; que le même alinéa précise qu'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" ; qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 38, à l'expiration du délai consenti au gouvernement par la loi d'habilitation, "les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif" ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, ainsi d'ailleurs que des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution, que les ordonnances prises dans le cadre de l'article 38 ont, alors même qu'elles interviennent dans une matière ressortissant en vertu de l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles au domaine de la loi, le caractère d'actes administratifs ; qu'à ce titre, leur légalité peut être contestée aussi bien par la voie d'un recours pour excès de pouvoir formé conformément aux principes généraux du droit que par la voie de l'exception à l'occasion de la contestation de décisions administratives ultérieures ayant pour fondement une ordonnance ; que, cependant, dès lors que sa ratification est opérée par le législateur une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature ;

Considérant qu'il suit de là qu'en cas de ratification la légalité d'une ordonnance ne peut plus en principe être utilement contestée devant la juridiction administrative ; qu'il ne pourrait en aller autrement que dans le cas où la loi de ratification, s'avérerait incompatible, dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable ;

Considérant que la loi n° 98-145 du 6 mars 1998 a, en application de l'article 38 de la Constitution, autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable outre-mer ; que, dans le cadre de cette habilitation est intervenue notamment l'ordonnance n° 98-525 du 24 juin 1998 relative à la modernisation des codes des douanes et au contrôle des transferts financiers avec l'étranger dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, dont les requêtes susvisées ont contesté la légalité devant le Conseil d'Etat ; que, par plusieurs lois promulguées le même jour, le législateur a ratifié les ordonnances prises sur le fondement de la loi du 6 mars 1998 et, en particulier, par la loi n° 99-1122 du 28 décembre 1999, l'ordonnance présentement attaquée ; que, dans ces circonstances, et contrairement à ce que soutient M. X..., la loi de ratification n'a pas contrevenu au droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'elle n'est pas non plus incompatible avec les stipulations de l'article 13 de la même convention relatives au droit au recours, qui n'exigent ni n'impliquent que les Etats parties instaurent un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois, lequel, au demeurant, relève en droit interne du pouvoir constituant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la légalité de l'ordonnance n° 98-525 du 24 juin 1998 n'est plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse ; qu'ainsi les conclusions des requêtes tendant à son annulation sont devenues sans objet ;

Document 7 : CE, 23 octobre 2002, Laboratoires Juva Santé

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 16 décembre 1999 : " Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative des codes suivants : (.) 3° Code de la santé publique (...) " ; qu'aux termes de l'article 2 de la même loi : " Les ordonnances prévues à l'article 1er devront être prises dans les délais suivants : a) Dans les six mois suivant la publication de la présente loi pour les codes mentionnés aux 1°, 2° et 3° de l'article 1er (...) " ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 4211-1 du code de la santé publique issu de l'ordonnance du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique, prise en application de la loi du 16 décembre 1999 et ratifiée par l'article 92 de la loi du 4 mars 2002 " Sont réservées aux pharmaciens : 2° la préparation des produits destinés à l'entretien ou l'application des lentilles oculaires de contact (...) 4° la vente en gros, la vente au détail et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés au 1°, 2° et 3° " ; qu'aux termes de l'article L. 4211-4 du même code : " Par dérogation aux dispositions du 4° de l'article L. 4211-1, les opticiens-lunetiers peuvent également vendre au public les produits destinés à l'entretien des lentilles oculaires de contact " ;

Considérant que si, contrairement à ce que soutient le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, la juridiction administrative est compétente pour se prononcer sur la légalité de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté, le 20 avril 2001 la demande de la société requérante tendant à l'abrogation d'une partie des articles précités du code de la santé publique, issus de l'ordonnance du 15 juin 2000 ayant procédé à la codification de ces articles, l'intervention de la loi susvisée du 4 mars 2002, en ratifiant l'ordonnance, lui a donné rétroactivement valeur législative ; que, par suite, la requête est devenue sans objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer ;

III. L'expiration du délai d'habilitation

Document 8 : CE, 30 juin 2003, Fédération régionale ovine du Sud-Est

Considérant qu'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, tant que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif ; que si, en vertu du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation donnée au gouvernement, être modifiées que par la loi, les dispositions de nature réglementaire figurant dans une ordonnance non ratifiée peuvent être modifiées par décret ; que, comme l'ordonnance qu'il modifie, un tel décret doit être pris en Conseil d'Etat et délibéré en conseil des ministres ;

Considérant que le décret attaqué modifie des dispositions de l'article L. 427-6 du code de l'environnement issues de l'ordonnance du 18 septembre 2000 ; qu'à la date d'intervention de ce décret, cette ordonnance n'avait pas été ratifiée ; que ses dispositions de nature réglementaire pouvaient donc être modifiées par un décret pris, comme le décret attaqué, en Conseil d'Etat et délibéré en conseil des ministres ;

Considérant que la détermination des modalités d'exercice de la police de la chasse relève du pouvoir réglementaire, dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi ; que la désignation des espèces d'animaux nuisibles pouvant faire l'objet de chasses, battues et destructions ordonnées par le préfet conformément à l'article L. 427-6 du code de l'environnement ne porte atteinte à aucun de ces principes ou règles ; qu'elles relèvent, par suite, de la compétence du pouvoir réglementaire ; que le moyen tiré de ce que le décret attaqué serait entaché d'incompétence doit, en conséquence, être écarté ;

[...]

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation du décret du 25 mai 2001 ;

Document 9 : CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*

Considérant que l'article 38 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que 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 ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 38, les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat ; que le même alinéa précise qu'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 ; qu'en vertu du troisième alinéa de cet article, à l'expiration du délai consenti par la loi d'habilitation, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au gouvernement ; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité ;

Considérant que, si le I de l'article 62 de la loi du 21 juillet 2003 avait autorisé le gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à prendre, par ordonnance, des mesures nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit de la santé applicable dans les départements d'outre-mer, cette habilitation n'était consentie, selon le III du même article 62, que jusqu'à la fin du dix-huitième mois suivant la promulgation de cette loi, soit jusqu'au 31 janvier 2005 ; que l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire ayant cessé de produire effet à cette dernière date, la demande par laquelle le CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS a, le 7 avril 2005, sollicité l'abrogation de l'ordonnance du 26 janvier 2005 prise sur le fondement de cette habilitation, ne pouvait, quels qu'en fussent les motifs, être accueillie dès lors que les dispositions en cause relèvent du domaine de la loi ; que, par suite, le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation des décisions par lesquelles les demandes qu'il avait présentées en ce sens ont été implicitement rejetées ;

Document 10 : CE, 12 octobre 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*

1. Considérant que l'article 38 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que 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 ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 38, les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat ; que le même alinéa précise qu'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 ; qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 38, à l'expiration du délai consenti par la loi d'habilitation, " les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif " ;

2. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps qu'elle n'a pas été ratifiée, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi, si elles peuvent être contestées par voie d'exception à l'occasion de leur application, ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conféré au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le

fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au Gouvernement ; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité, sans qu'ait d'incidence à cet égard la circonstance qu'elles ne sont pas, en raison de leur caractère réglementaire, au nombre des dispositions législatives, visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ;

3. Considérant que les articles L. 212-1 et L. 212-8 du code du sport résultent de l'ordonnance du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, prise en vertu de l'article 84 de la loi du 9 décembre 2004 relative à la simplification du droit ; que cette ordonnance n'a pas été ratifiée ; que les dispositions de ces articles, qui déterminent les titres et diplômes exigés pour pouvoir enseigner, animer ou encadrer contre rémunération une activité physique et sportive ainsi que les sanctions pénales applicables, relèvent du domaine de la loi ; que l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire ayant cessé de produire effet, conformément à ce que prévoyait l'article 92 de la loi du 9 décembre 2004, à l'expiration d'un délai de dix-huit mois suivant la publication de cette loi, la demande par laquelle le Syndicat national des entreprises des loisirs marchands et autres ont, le 23 octobre 2015, sollicité l'abrogation des dispositions de ces deux articles ne pouvait, quels qu'en fussent les motifs, être accueillie ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Syndicat national des entreprises des loisirs marchands et autres ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision qu'ils attaquent ; que les conclusions qu'ils ont présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, en conséquence, qu'être rejetées ;

IV. Le statut des ordonnances non ratifiées

Document 11 : CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution : « Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. 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 » ;

Considérant que l'ordonnance du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation relative aux transports intérieurs dans les départements de Guadeloupe, de Guyane et de Martinique et création d'agences des transports publics de personnes dans ces départements, dont le Conseil régional de Guadeloupe demande l'annulation pour excès de pouvoir, a été prise en vertu d'une habilitation résultant de l'article 2 de la loi du 12 juin 2001 ; qu'aux termes de l'article 4 de cette dernière loi : « (...) Les projets de loi de ratification des ordonnances seront déposés devant le Parlement, au plus tard, le dernier jour du douzième mois commençant après la promulgation de la présente loi » ; qu'il est constant qu'aucun projet de loi de ratification de l'ordonnance mentionnée ci-dessus n'a été déposé devant le Parlement avant la fin de ce délai qui expirait le 30 juin 2002 ; qu'il résulte des dispositions précitées de la Constitution que l'ordonnance attaquée est devenue caduque à cette dernière date ;

Considérant que, faute pour le pouvoir réglementaire d'avoir publié le décret en Conseil d'Etat qui devait fixer, en application de l'article 17 de l'ordonnance, les modalités d'application de cette dernière et qui étaient nécessaires à son entrée en vigueur, l'ordonnance attaquée n'a reçu aucune application avant la date à laquelle elle est devenue caduque ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions du CONSEIL REGIONAL DE GUADELOUPE tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée du 7 mars 2002 sont devenues sans objet ;

Document 12 : CC, 10 février 2012, décision n° 2011-219 QPC, *M. Patrick É.*

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa 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 » ;

2. Considérant que les dispositions de l'article 5 de la loi du 22 juillet 2009 susvisée ont été codifiées dans le code des transports et abrogées par l'ordonnance du 28 octobre 2010 susvisée ; qu'elles figurent désormais, notamment, aux articles L. 3123-1 et L. 3123-2 du code des transports ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'à ce jour, l'ordonnance du 28 octobre 2010 n'a pas été ratifiée ; que, par suite, les dispositions du code des transports rappelées ci-dessus ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ; qu'il n'y a donc pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'en connaître ;

[...]

Document 13 : CC, 28 mai 2020, décision n° 2020-843 QPC, Force 5

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 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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} septembre 2013.

Document 14, Conseil d'Etat 1 juillet 2020 Conseil national de l'ordre des architectes

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 Etat 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 Etat 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'Etat, 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'Etat. 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.

Document 15: CC, 3 juillet 2020, décision n° 2020-851/852 QPC, M. Sofiane A.

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 :

[...]

« 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 ;

[...]

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^o 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^o 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'audience, 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^o 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.

Document 15 : LEVADE Anne, « Ordonnance et loi d'habilitation – Le Conseil constitutionnel étend son empire », *La Semaine juridique. Édition générale*, 27 juillet 2020, n° 30-35, p. 1404 - 1405

Le 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel rendait une décision attendue sur la question sensible de la constitutionnalité de la prolongation, de plein droit et sans intervention du juge, des détentions provisoires rendue possible dans le cadre et pour la durée de l'état d'urgence sanitaire.

En cause, les dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (V. *JCP G 2020, act. 369, Libres propos A. Levade*) qui habilitaient le Gouvernement à prendre par ordonnance certaines mesures relevant du domaine de la loi et, spécialement, les mots « détentions provisoires », objet de deux questions prioritaires de constitutionnalité que le Conseil joint pour y statuer par une décision unique n° 2020-851/852 QPC (*Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851, 2020-852 QPC : JurisData n° 2020-010001*).

D'emblée, l'affaire semblait d'autant plus délicate que juridictions administrative et judiciaire étaient en désaccord. En effet, le 3 avril, le Conseil d'État avait, par deux ordonnances de référé-liberté, rejeté comme infondées les requêtes visant, entre autres, l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale prise sur le fondement de l'habilitation susvisée (*CE, ord. réf., 3 avr. 2020, n° 439877 : JurisData n° 2020-005277. – CE, ord. réf., 3 avr. 2020, n° 439894 : JurisData n° 2020-004605*). Le 26 mai, en revanche, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérait, dans deux arrêts, que le dispositif présentait un risque sérieux d'inconstitutionnalité justifiant qu'elle renvoie au Conseil constitutionnel, par décisions distinctes, des QPC. Elle affirmait, par ailleurs, sous l'angle de la conventionnalité, que le système ainsi institué n'était compatible avec l'article 5 de la Convention EDH qu'à la condition qu'un juge judiciaire examine à bref délai la nécessité de la détention en cause. Preuve s'il en était besoin que la difficulté était réelle, la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions relatives à son régime était entre temps venue ajouter à l'ordonnance du 25 mars un article 16-1 qui imposait, à l'avenir, l'intervention du juge (*Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910 : JurisData n° 2020-007154. – Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971 : JurisData n° 2020-007177. - V. JCP G 2020, doct. 767, Étude H. Matsopoulou*).

Les amateurs de censure constitutionnelle en seront pour leurs frais : les QPC portant sur la loi d'habilitation et non sur l'article 16 de l'ordonnance, le Conseil conclut à l'absence d'inconstitutionnalité de la disposition législative contestée.

Mais, saisissant l'occasion, il confirme sans ambiguïté et, même, prolonge le revirement de jurisprudence très critiqué auquel il a procédé dans sa décision n° 2020-843 QPC relative au contrôle de constitutionnalité des ordonnances (*Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC : JurisData n° 2020-008081 ; JCP G 2020, act. 779, Libres propos A. Levade*), en rendant, le 3 juillet, une décision qu'il veut, à la fois, de principe (1) et porteuse de messages (2).

1. Une décision de principe

Point de doute sur l'intention : le Conseil a profité des questions qui lui étaient soumises pour exposer les principes applicables au contrôle de constitutionnalité qu'il exerce, au titre de l'article 61-1, « sur les textes adoptés sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ». En témoigne la présentation des motifs de la décision qui, « sur le fond », débute par 5 paragraphes, regroupés en chapeau, sous cet intitulé.

À soi seule, la démarche mérite attention. Car, passé le rappel *in extenso* des termes de l'article 38, la décision ne concerne pas uniquement les ordonnances mais aussi les lois d'habilitation. C'est certes la conséquence directe des QPC que le Conseil examinait, mais, indirectement, celles-ci lui permettent pour la première fois de distinguer deux catégories de « textes adoptés sur le fondement de l'article 38 » et susceptibles de voir leur constitutionnalité contrôlée *a posteriori*. Pour l'une comme pour l'autre, la chose n'allait pas de soi.

Prenons le raisonnement du Conseil à l'envers et entamons le propos pas ce qui était le plus prévisible : la confirmation du revirement du 28 mai.

Les paragraphes 10 et 11 de la décision y sont consacrés qui précisent, sans totalement le clarifier, ce que le Conseil estime être le fondement de sa compétence. À la différence de la décision 843 QPC, le principe de la ratification expresse du Parlement est bien évoqué mais le Conseil persiste et signe : « 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 ». Voulant manifestement répondre à la critique de la confusion résultant de la concurrence des contrôles auxquels les ordonnances sont désormais soumises, la décision indique en des termes qui, pour paraître définitifs, n'en demeurent pas moins imprécis que « leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une [QPC] ». *Bis repetita* donc, et le raisonnement demeure toujours aussi fragile : c'est parce qu'elles entrent en vigueur dès leur publication et qu'à expiration du délai d'habilitation elles ne peuvent plus être modifiées que par la loi que les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi doivent faire l'objet d'une QPC quand bien même elles demeureraient formellement réglementaires faute de ratification législative expresse.

Mais, et c'est à cet égard que la décision est finalement la plus novatrice, le Conseil s'attache, auparavant, à définir le périmètre du contrôle qu'il exerce sur l'autre catégorie de textes adoptés sur le fondement de l'article 38 : les lois d'habilitation.

Son raisonnement s'articule en deux temps. En premier lieu, dans le paragraphe 8 de la décision, il fait la synthèse de ce que, en d'autres occasions, il a appelé « les exigences constitutionnelles en matière de loi d'habilitation ». Rien de nouveau sur ce terrain, si ce n'est que, jusqu'à maintenant, le Conseil n'avait eu à en connaître que dans le cadre du contrôle *a priori*. C'est donc pourquoi, en second lieu, le Conseil indique que, sur le fondement de l'article 61-1, il « ne saurait être saisi (...) 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 ». Rien que de très logique à première vue : la loi d'habilitation ayant pour objet d'autoriser le Gouvernement à adopter, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, elle doit être précise sur la finalité desdites mesures et leur domaine d'intervention mais n'a, en principe, pas vocation à comporter des dispositions substantielles de nature à porter directement atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Sur le fondement de l'article 61-1, le contrôle du Conseil ne peut donc être que limité.

Mais, et là est la nouveauté, le Conseil a saisi la première occasion pour affirmer que, fût-il contraint par la nature de la loi qui en est l'objet, le contrôle *a posteriori* des lois d'habilitation existe bien. Ce faisant, il étend encore un peu plus son emprise sur les textes adoptés sur le fondement de l'article 38 de la Constitution et, surtout, fût-ce à mots couverts, il adresse deux séries de messages.

2. Une décision porteuse de messages

Assurément, le premier destinataire des messages que recèle la décision du 3 juillet est le Conseil d'État.

Le constat est manifeste s'agissant de la confirmation du revirement de jurisprudence sur le contrôle de constitutionnalité des « dispositions législatives » des ordonnances puisque l'on sait que, dès le 11 juin, le Conseil d'État a confirmé faire application de sa jurisprudence constante et refusé, par conséquent, de considérer qu'une ordonnance non ratifiée pût faire l'objet d'une QPC. Lapidaire, la motivation de l'arrêt montrait que la question n'avait pas même lieu d'être discutée : « ces dispositions, qui ne sont au demeurant pas applicables au présent litige, n'ont pas été ratifiées. Les requérants ne peuvent par suite

exciper de leur inconstitutionnalité dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité » (*CE, 11 juin 2020, n° 437851 : JCP G 2020, act. 796, obs. J. Padovani*).

Le constat est tout aussi manifeste concernant le contrôle de constitutionnalité a posteriori des lois d'habilitation. En effet, si le Conseil constitutionnel n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur le sujet, c'est parce que le Conseil d'État, juge des ordonnances à l'occasion de la contestation desquelles il pouvait être excipé de l'inconstitutionnalité des lois d'habilitation sur lesquelles elles sont fondées, a considéré que de telles QPC n'avaient pas lieu d'être renvoyées. Ainsi considérait-il, en 2015, que les dispositions d'une loi d'habilitation « se born[ant] à délimiter le champ de l'habilitation donné au Gouvernement [...] pour prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi [...] ne sont pas, dès lors, par leur nature même, susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (*CE, 23 janv. 2015, n° 380339 : JurisData n° 2015-000704*). Nul doute que la décision du Conseil constitutionnel est un appel à faire preuve d'un peu plus de nuance et à renoncer à l'idée que, par nature, les lois d'habilitation seraient insusceptibles de QPC.

Mais au-delà du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel s'adresse aussi aux justiciables et, à travers eux, aux avocats. Car, la lecture des paragraphes consacrés à « la constitutionnalité des dispositions contestées » le montre clairement : si l'inconstitutionnalité de la prolongation, de plein droit et sans intervention du juge, des détentions provisoires n'a pas été constatée, c'est avant tout parce que les QPC étaient mal posées. En visant la loi d'habilitation, ils se sont trompés d'objet alors que « l'inconstitutionnalité alléguée par les requérants ne pourrait résulter que de l'ordonnance prise sur le fondement de ces dispositions ».

En définitive, on le voit, dans la logique du Conseil constitutionnel, la décision du 3 juillet est le complément naturel de celle du 28 mai. À l'heure où le recours aux ordonnances se banalise, il n'est pas anodin qu'il veuille, à leur égard, étendre son emprise.