

Concours : 1^{er} concours E.N.M. 2020

Epreuve : Droit public

CONSIGNES

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



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

Ainsi qu'elle consacre, dans la continuité de la tradition constitutionnelle française, en régime parlementaire, la Constitution du 4 octobre 1958 accorde au pouvoir exécutif de très larges prérogatives concurremment au Parlement. Le pouvoir exécutif en France est bicephale : composé du gouvernement et du Président de la République. Ces deux institutions voient leurs compétences étendues de manière exceptionnelle par divers régimes. Ceux-ci peuvent être constitutionnels comme les pouvoirs dérogatoires de l'article 16, ou la législation déléguée, certains sont législatifs comme les régimes d'état d'urgence, d'autres ont un caractère judiciaire comme la théorie des circonstances exceptionnelles. La multiplicité de ces régimes pose la question de la réalité de la répartition des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif au sein de la cinquième République.

Les extensions exceptionnelles de compétences concernent tant le pouvoir normal (I) que la gestion de crise (II).

I) Extension du pouvoir normal de l'exécutif : les ordonnances de l'article 38

L'article 38 de la Constitution pose la possibilité d'une législation déléguée exceptionnelle du

Parlement au profit du gouvernement dont il peut examiner les conditions (A) et l'utilisation qui a été faite (B).

B) Les conditions des ordonnances

La législation déléguée par ordonnance fonctionne selon une procédure en trois temps : habilitation, rédaction, ratification.

L'habilitation consiste pour le Parlement à autoriser, par une loi d'habilitation, le gouvernement à légiférer par le biais d'ordonnances dans un domaine de compétence réservé à la loi (article 34). Cette loi d'habilitation découle d'un projet ou d'une proposition de loi. Elle doit préciser l'étendue de l'habilitation ainsi que la substance de ce que les ordonnances opéreront comme législation. Elle pose deux délais : un délai d'habilitation (au cours duquel le gouvernement peut prendre des ordonnances dans le domaine de la loi déterminée et à l'issue duquel il n'y est plus admis) et un délai de ratification (à l'issue duquel le gouvernement devra avoir fait ratifier l'ordonnance faite de codification de celle-ci). Le Conseil constitutionnel peut être saisi pour contrôler la conformité de la loi d'habilitation à la Constitution mais peut aussi émettre des réserves d'interprétation contraignantes sur l'étendue ou la précision de l'habilitation.

La rédaction de l'ordonnance est réalisée par le gouvernement, doit être présentée au conseil des ministres et signée par le Président de la République. Cette signature requise a été refusée par le président F. Mitterrand qui a refusé en 1986 de signer les ordonnances portant privatisation de dizaines d'entreprises françaises sur initiative du gouvernement de droite au pouvoir. Avant sa ratification, l'ordonnance a valeur réglementaire, et peut donc être modifiée par décret, et contrôlée par le Conseil d'Etat dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (CE 1961 *Damiani*). Néanmoins le Conseil constitutionnel a jugé récemment dans une décision QPC 28 mai 2020 "Force G" que les

ordonnances non ratifiées mais dont le délai d'habilitation était écoulé avaient valeur de dispositions législatives et pouvaient donc être soumises à un contrôle en fait que tel par le biais de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité).

La ratification de l'ordonnance par le Parlement doit intervenir de manière expresse depuis la réforme du 23 juillet 2008, c'est-à-dire par le biais d'une loi de ratification. A défaut, l'ordonnance devient caduque. Si elle est ratifiée, elle acquiert rétroactivement valeur législative.

B) L'utilisation des ordonnances

Le gouvernement utilise cette extension exceptionnelle de compétences pour des buts divers et variés. Il peut s'agir de s'affranchir d'une prévisible obstruction parlementaire en cas d'utilisation de la loi, ou encore pour transposer des directives européennes, lesquelles sont presque uniquement l'œuvre du gouvernement et non du Parlement. Enfin, elles sont utilisées pour permettre au gouvernement d'agir rapidement dans un contexte de crise. C'est le cas de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 autorisant le gouvernement à légiférer par ordonnances dans de nombreuses branches du droit en raison de l'épidémie de Covid-19.

Sur le plan quantitatif, l'utilisation de ce pouvoir exceptionnel s'est largement normalisée sous la 5^{ème} République. Les ordonnances sont très souvent utilisées, au point que le Professeur Delvolvé a parlé de "dérèglement juridique et politique".

II) L'extension des pouvoirs de gestion de crise

En cas de crise, hormis l'hypothèse de l'état de siège jamais utilisé sous la 5^{ème} République (article 36 Constitution), les extensions exceptionnelles de pouvoir s'exercent également sur les pouvoirs du Président de la République (A) que du gouvernement (B).

A) Extension des pouvoirs du Président de la République : l'article 16 de la Constitution

L'article 16 permet en cas de péril sur la Nation au Président de concentrer entre ses mains des pouvoirs exceptionnels de décision.

Les conditions sont de forme et de fond. Les conditions de forme du déclenchement de cet article sont non contraignantes : recueil d'un avis consultatif par le Président (avis du Premier ministre, présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale, et du Conseil constitutionnel); ainsi que la diffusion d'un message à la Nation. Les conditions de fond sont devenues, il faut la qualification de : une atteinte au fonctionnement régulier des pouvoirs publics, et une menace grave sur l'intégrité du territoire ou le respect des engagements internationaux du pays.

Une fois déclenché, cet article permet au Président de prendre des "décisions" aussi bien dans le domaine réglementaire que législatif. Ces décisions, dans le domaine de la loi, ne sont pas soumises au contrôle du Conseil d'Etat (CE 1962 Ruben de Serres). Néanmoins depuis la réforme de 2008, le pouvoir d'avis du CC a été renforcé : il peut être saisi pour avis rendu public n'importe quand après 30 jours (par le premier ministre et les présidents des assemblées) et après 60 jours il peut être saisi pour avis rendu public. Ces avis ne sont pas contraignants en droit.

Cette extension exceptionnelle de compétence a fait l'objet d'une utilisation unique sous la 5^{ème} République, par le Général De Gaulle lors du putsch des généraux à Alger.

B) Les régimes d'état d'urgence

Les compétences du gouvernement peuvent enfin être étendues par les différents régimes d'état d'urgence.

En premier lieu, la théorie des circonstances exceptionnelles est un régime d'exception posé par le juge administratif (CE 1918 Heyrieux, CE 1919 Dame Dol et Laurent) et permet aux autorités administratives, notamment Premier

Concours : 1^{er} concours GUM 2020

Epreuve : Droit public

CONSIGNES

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



ministre et ministres, de prendre des décisions (décrets et arrêtés) excédant leurs compétences en cas de nécessité absolue posée par les circonstances, et sous le contrôle du juge administratif. Cette théorie a été utilisée notamment au début de la crise du coronavirus, pour permettre au Premier ministre et au ministre de la Santé de prononcer un confinement généralisé des Français par simple décret.

Le régime de l'état d'urgence est ensuite posé par la loi du 2 avril 1955. Ce régime, déclenché en conseil des ministres et prorogé par une loi votée au parlement, permet aux autorités administratives d'exercer des mesures de police particulièrement contraignantes, notamment sur autorisation du Premier ministre (perquisitions administratives, assignation à résidence...). Le gouvernement se voit attribuer des compétences exceptionnelles réservées en temps normal à l'autorité judiciaire. Ce régime a été utilisé de 2015 à 2017 dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ayant frappé la France. Il est subordonné à l'existence d'un danger grave et imminent pour l'ordre public.

Enfin, le régime de l'état d'urgence sanitaire a été instauré par la loi du 23 mars 2020. Il accorde aux membres du gouvernement notamment des attributions exceptionnelles, contraignantes de liberté. Concrètement et déclenché à l'occasion de l'épidémie de Covid-19, il a permis de donner une base légale aux pouvoirs extraordinaires des membres du gouvernement.

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

La "norme constitutionnelle" en droit public français renvoie à une réalité particulièrement large, oeuvre de Conseil constitutionnel ayant élargi le champ de son contrôle de constitutionnalité au delà du seul texte de la Constitution. C'est notamment par la décision de 1971 (Liberté d'association) qu'il étend ce contrôle aux droits et libertés garantis par le préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'à la Déclaration des droits de 1789. La norme constitutionnelle englobe aussi la Charte de l'environnement de 2004, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et les objectifs et principes à valeur constitutionnelle. Cet ensemble forme le bloc de constitutionnalité, norme de référence pour le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (CC). Ce contrôle est le principal outil de sanction contre la méconnaissance de cette norme par la loi. Néanmoins d'autres éléments sont susceptibles de méconnaître la norme constitutionnelle : des pratiques (référé par le Sais de l'article 11), mais surtout des normes extralégales non soumises au contrôle de constitutionnalité classique : des normes internationales ou réglementaires.

Si la sanction de la méconnaissance par la loi de la norme constitutionnelle est avérée (I), celle emportant des normes extralégales est plus incertaine (II).

I) La sanction établie de la méconnaissance de la norme constitutionnelle par la loi

La loi méconnaissant la Constitution est sanctionnée par le Conseil constitutionnel, par le Sais du contrôle a priori (A) et de la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A) le contrôle a priori

Innovation de la II^{ème} République, la Constitution du 4 octobre 1958 pose à l'article 61 un contrôle de constitutionnalité de la loi. Dans le cadre de cet

article, le Conseil constitutionnel peut être saisi avant la promulgation d'une loi pour en contrôler la conformité ~~aux~~ à la Constitution. Cette saisine peut être adressée par le Président de la République, le Premier ministre, les présidents des deux assemblées et, depuis 1977, par 60 députés ou sénateurs. En cas de non-conformité de la loi à la Constitution, le Conseil en prononce l'abrogation totale ou partielle. Il peut également formuler des réserves d'interprétation à l'attention des pouvoirs publics en charge de mettre à œuvre la loi pour s'assurer d'une exécution conforme à la Constitution.

Certaines lois sont néanmoins exclues de ce contrôle a priori, et ne pourront pas en fait que tel être sanctionnées si elles ne consacrent la norme constitutionnelle : il en est ainsi des lois constitutionnelles, en raison de leur vocation à modifier la Constitution selon l'exercice du pouvoir constituant délégué (DC 1962 loi portant élection au suffrage universel direct du Président de la République); des lois référendaires, en raison de la souveraineté de la volonté générale du peuple (DC 2003 constitutionnalisation de la décentralisation); et enfin des lois transposant des directives (cf infra).

Certaines lois au contraire sont obligatoirement soumises au contrôle a priori, c'est notamment le cas des lois organiques. Néanmoins le Conseil constitutionnel a récemment fait l'objet d'une double surprise dans le cadre de ce contrôle obligatoire, à l'occasion du contrôle de la loi organique du 23 mars 2020 prise dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 : alors que la loi ne respectait pas les débats constitutionnels de la procédure législative, le Conseil a validé sa constitutionnalité, selon le principe voulant que nécessaire fait loi. C'est un affaiblissement de la sanction de la méconnaissance de la Constitution par la loi.

Depuis la saisine possible par 60 députés ou sénateurs du Conseil, l'opposition parlementaire s'est appropriée l'exercice de ce contrôle, effectuant par de nombreuses lois. Cette systématisation s'est accompagnée d'une meilleure protection des libertés, comme le démontre la censure par le contrôle a priori de la loi dite Avia, pour méconnaissance disproportionnée de la liberté d'expression (DC 18 juin 2020).

B) la question prioritaire de constitutionnalité

Grande innovation de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la QPC permet au Conseil constitutionnel d'exercer une nouvelle sanction de la loi méconnaissant les dispositions constitutionnelles. Instituée à l'article 61-1 de la Constitution, elle permet à tout citoyen de saisir, au cours d'un procès devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif, le Conseil d'une disposition législative concernant directement un procès en question. Établie dans une mesure distincte et motivée devant la juridiction à charge du procès, elle permet de contester la conformité de la disposition litigieuse avec les droits et libertés que la Constitution garantit.

La juridiction saisie doit sans délai vérifier si la question concerne effectivement le litige et n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution. Le cas échéant, elle transmet la QPC à sa juridiction suprême qui dispose elle-même de 3 mois pour transmettre la QPC au Conseil constitutionnel si la question concerne l'interprétation, est nouvelle et sérieuse. Le cas échéant, elle transmet au CC qui dispose de trois mois pour statuer. Le Conseil statue non en équité mais en constitutionnalité, au regard de toutes les libertés et droits garantis par le bloc de constitutionnalité, s'autorisant à statuer ultra petita (au delà des demandes du requérant). Le cas de non conformité, comme dans le contrôle a priori la loi contraire à la Constitution est abrogée, avec un effet immédiat au regard.

La pratique a démontré le grand succès de la QPC. Celle-ci a permis de compléter efficacement le contrôle a priori notamment en permettant la sanction de lois inconstitutionnelles antérieures à 1958 (par exemple l'importante QPC 30 juillet 2010 sur le régime de la garde à vue). Aujourd'hui la QPC a permis de prononcer d'importantes abrogations, et a été intégrée par les citoyens qui en font une utilisation importante : les QPC représentent 81 % des décisions rendues par le

Concours : 1^{er} concours ENM 2020

Epreuve : Droit public

CONSIGNES

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



Conseil.

Ainsi, sauf contrôles impossibles ou circonstances exceptionnelles, la sanction de la loi reconnaissant la norme const. l'union elle est efficacement assurée par le Conseil constitutionnel. Cette affirmation n'est pas aussi certaine en ce qui concerne les normes extra légales.

1) La sanction incertaine des normes extra légales contraires à la Const. l'union

A) les normes internationales

L'article 54 de la Constitution pose le principe selon lequel un traité déclaré non conforme à la Constitution ne saurait être ratifié. Pour établir cette non conformité, le Conseil constitutionnel s'est vu reconnaître par ce même article 54 la possibilité d'être saisi pour opérer un tel contrôle de constitutionnalité du traité international. Ainsi, le Conseil a de nombreuses fois reconnu un traité non conforme à la Constitution : ces décisions entraînent chez le constituant le réflexe de modifier la norme constitutionnelle dans le but de la rendre conforme au traité, et non l'inverse (exemple : responsabilité pénale du Président de la République dans le cadre de la ratification du traité de Rome sur la Cour pénale internationale).

Si c'est au prix de la modification récurrente de la Constitution, la conformité des traités à celle-ci semble assurée lorsque le Conseil est saisi. Néanmoins en cas de

N°

9.1.11

non conforme externe du traité international à la Constitution n'ayant pas été soumis au contrôle du Conseil, la question de l'effectivité de la sanction se pose. Le Cour de justice des communautés européennes a posé dans sa décision de 1978 *Internationale Handelsgesellschaft* le principe selon lequel même une norme constitutionnelle ne peut faire obstacle au principe de primauté communautaire des traités de l'Union européenne (CJCE 1964 *Costa c/ Enel*). Néanmoins les juges nationaux européens ont posé le principe de primauté de la Constitution en tout état de cause en cas de confrontation avec un traité international non conforme (CE 1998 *Sarran Leuchter et Cass. 2000 Mlle Frasse*).

Le Conseil constitutionnel quant à lui a posé le principe de l'obligation constitutionnelle du législateur de transposer les directives européennes sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution (DC 2004 *Economie numérique*). De ce fait, il s'est exprimé incompétent pour contrôler la constitutionnalité de ces lois, sauf en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France (DC 2006 *Droit d'auteur*).

La sanction de la non conformité des textes internationaux et de leurs lois de transposition à la Constitution apparaît dès lors incertaine et se pose entre les différentes juridictions à même d'exercer ces sanctions.

③ La norme réglementaire

Dans sa décision de 2007 *Arce*, le Conseil d'Etat a posé le principe d'un contrôle minimal de constitutionnalité de la norme réglementaire transposant une directive européenne qui serait contraire à la Constitution. Le CE énonce que le juge administratif saisi de la légalité d'un tel acte dont la constitutionnalité est discutée doit d'abord vérifier si un principe similaire au principe constitutionnel prétendument lésé est présent en droit européen. Si ce n'est pas le

cas, et que l'acte ait effectivement contraire à la norme constitutionnelle, le juge pourra alors l'annuler.

N°

.../...