

N° 425521

M. B...

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 15 février 2019

Lecture du 20 février 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Le 3 avril 2018, M. A...B...a été sanctionné d'une exclusion temporaire de ses fonctions pour une durée de trois mois. Il lui est reproché d'avoir participé au mouvement de blocage de plusieurs établissements pénitentiaires qui s'est déroulé début janvier 2018, alors que ces agents ne bénéficient pas du droit de grève, et d'avoir à cette occasion violemment frappé un agent d'une compagnie républicaine de sécurité (CRS). Cette sanction a été infligée, semble-t-il, sans qu'aucune procédure contradictoire préalable, aucun échange avec l'intéressé n'ait eu lieu. Ce n'est qu'après la sanction qu'il a pu être reçu en entretien et consulter le rapport disciplinaire. Il ne semble pas non plus qu'il y ait eu consultation d'un conseil de discipline. Cette procédure, qui étonne en première approche, est parfaitement conforme aux textes : vous savez que les agents des établissements pénitentiaires, comme les policiers (loi du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, remplacé par l'article 19 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995), sont des fonctionnaires régis par un « statut spécial » qui, en vertu de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958, peut largement déroger au statut général qui, en principe, leur est applicable. Ces dérogations doivent être justifiées par la grande spécificité des missions d'ordre public qui leur sont confiées. L'article 2 de la même ordonnance dispose que « *Toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire est interdit. Ces faits, lorsqu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, pourront être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires.* » Une disposition analogue existe pour les policiers, à l'article 2 de la loi n° 48-1504 du 29 septembre 1948. M. B...a contesté pour excès de pouvoir la sanction qui lui a été infligée et il soutient que l'article 2 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 est contraire à la Constitution. Le tribunal administratif de Melun, saisi du recours, vous a transmis la question.

La première et non la moindre des difficultés de cette question consiste à déterminer si la disposition en cause est ou non de nature législative. Elle intervient bien sûr dans le domaine de la loi, puisqu'il s'agit d'autoriser un statut particulier à déroger au statut général fixé à l'époque par la loi du 19 octobre 1946 et de supprimer les garanties disciplinaires dans certains cas, mais le Conseil constitutionnel n'est compétent que s'il s'agit d'une disposition de forme, de nature législative. Dans le cas inverse, l'ordonnance demeure un acte réglementaire et c'est vous qui déterminerez si elle peut être appliquée dans le litige ou doit en être écartée.

Or la nature de la disposition en cause n'est pas aisée à déterminer. Deux approches sont possibles.

Il s'agit d'une ordonnance qui a été prise sur le fondement de la loi n° 58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs. Cette expression de « pleins pouvoirs », impressionnante, s'inscrit dans la tradition doctrinale de la III^e République où elle signifiait que le Parlement octroyait temporairement une partie de son pouvoir législatif au gouvernement, au pouvoir exécutif, soit dans certains domaines particuliers par une loi dite de « pouvoirs spéciaux », soit en tout domaine, par une loi dite de « pleins pouvoirs », puisque le gouvernement cumulait alors le pouvoir exécutif avec la faculté de prendre toute mesure législative. Malgré cela, les actes pris sur le fondement de ces lois, intitulés décrets et souvent désignés « décrets-lois », ont toujours été regardés par le Conseil d'Etat comme des actes administratifs, soumis à son contrôle, sauf si une ratification législative intervient (v. R.Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. I, p.284 sq. ; Henri Cannac, *Pleins pouvoirs et décrets-lois*, GP 1951, 2, doctrine, p.9). Nos ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 sont les héritières de ces décrets-lois et vous êtes familiers de ce raisonnement. La loi de pleins pouvoirs du 3 juin 1958, dans sa rédaction, semble s'inscrire dans cette tradition parlementaire : elle habilite pendant six mois le gouvernement à prendre des « *décrets, dénommés ordonnances* » pour édicter les « *dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation* », notamment en modifiant ou abrogeant les lois en vigueur. Certaines matières sont exclues ; une procédure incluant avis du Conseil d'Etat et délibération du conseil des ministres, sauf urgence, est imposée. Surtout, il est précisé que les décrets-ordonnances « *seront déposés sur le bureau de l'Assemblée nationale à fin de ratification* ». En parallèle, une autre loi du même jour confiait au gouvernement, par dérogation à l'article 90 de la Constitution de 1946, le soin d'élaborer un projet de nouvelle constitution à soumettre au référendum. La loi constitutionnelle adoptée par référendum le 28 septembre et promulguée le 4 octobre 1958 contenait elle-même, à son article 92, une nouvelle habilitation donnée au gouvernement pour prendre par ordonnances les mesures du domaine de la loi nécessaires à la mise en place des institutions et au fonctionnement des pouvoirs publics durant quatre mois. Ces ordonnances, auxquelles l'article 92 donnait directement force de loi, ont été regardées comme de véritables lois, bien qu'elles fussent édictées par le gouvernement et fussent nommées « ordonnances » (CE, section, 12 février 1960, Sté Eky, Rec. p. 101). L'ordonnance en cause aujourd'hui n'est pas de celles-ci : elle a été prise en août sur le fondement de la loi de pleins pouvoirs du 3 juin et est intervenue le 6 août, avant l'adoption de la nouvelle constitution. En première apparence, une telle ordonnance a donc nature réglementaire, jusqu'à sa ratification : il y a de fortes raisons pour l'assimiler à un décret-loi, dont la Cour de cassation a jugé qu'il ne pouvait faire l'objet d'une QPC (Cass. Civ. 2, 10 mars 2011, n° 10-40.075).

Cependant, une seconde approche est possible. En effet, vous admettez que certains actes pris dans des circonstances exceptionnelles soient formellement considérés comme des lois, quelle que soit leur dénomination, si, pour reprendre les termes du président Odent, les autorités dont ils émanent « *au moment où ces textes sont intervenus, disposaient du pouvoir législatif* », détenaient véritablement la puissance législative, avaient le caractère d'un organe législatif. Il en va ainsi des quelques actes de l'ancien régime encore en vigueur qui sont intervenus en matière législative puisque le roi exerçait alors tous les pouvoirs, dont la puissance législative. Il en va de même des lois du gouvernement de Vichy dont la nullité n'a pas été constatée (CE, 22 mars 1944, Vincent, T. p. 417 ; CC, 14 nov. 2014, n° [2014-426 QPC](#)), des ordonnances de la France libre et du Gouvernement provisoire de la République française (CE, 22 février 1946, Botton, Rec. p. 58 ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC) et, surtout, des premières ordonnances de la Ve République prises sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, aujourd'hui abrogé.

Notre conviction va à la première approche : selon nous, l'ordonnance en cause constituait un acte réglementaire. La rédaction de la loi de « plein pouvoir » nous incline à penser que cette loi s'inscrit dans la continuité des lois d'habilitation antérieures ; le gouvernement n'était pas à cette époque un organe législatif, les chambres étaient encore en place.

L'acte étant intervenu bien avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008), qui a supprimé la possibilité de ratification implicite, il faut vous demander si certaines interventions du Parlement ont pu tenir lieu de la ratification prévue par la loi n° 58-520 du 3 juin 1958. L'ordonnance elle-même n'a subi qu'une modification cosmétique par la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, qui a remplacé dans tous les textes en vigueur l'expression *services extérieurs* par celle de *services déconcentrés* : cela peut difficilement tenir lieu de ratification du contenu de ce texte particulier. En revanche, par l'article 90 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, qui a édicté le statut général de la fonction publique d'Etat encore en vigueur, le législateur a souhaité « *maintenir en vigueur* » l'ordonnance du 6 août 1958 relative au statut spécial des personnels des établissements pénitentiaires. Cette décision de « *maintenir en vigueur* » l'ordonnance sans modification, probablement motivée par le souhait d'éviter que le juge ne retienne une abrogation implicite, n'est pas très différente d'une ratification. Il appartiendra au Conseil constitutionnel de statuer définitivement sur la nature législative de la disposition, ainsi qu'il l'a déjà fait mais, à ce stade, nous sommes convaincus que l'ordonnance doit être regardée comme ayant désormais nature législative, au moins depuis 1984, et que vous devez donc examiner la question.

Nous serons beaucoup plus bref sur la question elle-même, dont nous pensons qu'il revient au Conseil constitutionnel de la trancher. La disposition est applicable au litige et n'a jamais été déclarée conforme à la Constitution. Il résulte de la lettre de son texte que les mesures qu'elle autorise sont bien des sanctions disciplinaires et non des mesures de police. Or le principe constitutionnel des droits de la défense est applicable à toute forme de punition, y compris disciplinaire (CC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC). Il implique qu'en principe les observations de l'intéressé soient recueillies et examinées avant la décision, afin d'assurer un minimum de contradictoire.

Il est vrai que vous avez jusqu'ici appliqué sans réserve ces dispositions. Par deux décisions d'assemblée des 29 janvier 1960 et 28 janvier 1972 (CE, ass., 29 janvier 1960, Fed. nat. des synd. de police de France et d'outre-mer, n° 35920, Rec. p. 69 ; CE, ass., 18 janvier 1972, Fed. gen. des synd. de police CGT, n° 73193, Rec. p. 79), vous avez même jugé légaux deux décrets statutaires des personnels de police prévoyant, en application de la loi du 28 septembre 1948 et en plus des fautes de *cessation concertée du service* et d'*acte collectif d'indiscipline* prévues à l'article 2 de cette loi, la privation des garanties statutaires en cas « *d'acte collectif contraire à l'ordre public* » et d'incitation à de tels actes. Vous avez jugé que ces actes constituaient des « *fautes d'une exceptionnelle gravité que l'autorité disciplinaire doit être en mesure de réprimer sans délai* ». Vous l'avez réaffirmé par une décision du 18 février 1998 (CE, 18 février 1998, Fed. synd. FO de la police nationale, n° 170828, T.), à propos des décrets statutaires de la police refondus sur le fondement de l'article 19 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995. Mais dans tous ces cas, la source de l'inapplication des garanties disciplinaires se trouvait dans le choix du législateur de priver des garanties disciplinaires la répression des fautes les plus graves et les plus dangereuses pour la discipline du service. Les décrets que vous avez examinés ne faisaient qu'aménager à la marge les conditions d'application de la loi. Or à l'époque, il ne vous appartenait pas de

contrôler la constitutionnalité de ce choix du législateur, dont la conventionnalité n'a jamais, à notre connaissance, été discutée. En outre, les garanties en question résultaient à l'époque de textes législatifs et de principes généraux du droit. Il revient au Conseil constitutionnel de décider si les exigences du maintien de l'ordre public et de la continuité de ces services publics si particuliers justifient que, pour ces fautes particulièrement graves, les garanties disciplinaires soient entièrement écartées par la loi. La question nous semble sérieuse et **nous concluons à ce que vous la renvoyiez au Conseil constitutionnel.**