

**L'ÉVOLUTION DU CONTENTIEUX DES ORDONNANCES DE  
L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958**

Mémoire de recherche pour l'obtention du Master 2 Droit public général et  
contentieux publics, présenté et soutenu par

**Emma RABITA**

Sous la direction de M. le Professeur Emmanuel CARTIER



## **REMERCIEMENTS**

Je remercie tout d'abord Monsieur le Professeur Emmanuel Cartier, qui en plus de m'avoir transmis sa passion dès la première année de licence, m'a fait l'honneur de diriger ce mémoire de Master. Veuillez recevoir ma sincère reconnaissance pour votre grande disponibilité, votre pédagogie et votre bienveillance.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Jean-Philippe Derosier qui a accepté d'évaluer ce travail en tant que membre du jury, et Monsieur le Professeur Marc Verdussen de l'Université de Louvain, qui nous fait l'honneur d'apporter sa voix consultative.

Merci enfin à mes proches pour leur aide, leur soutien et leur patience sans faille tout au long de mon parcours universitaire – et bien au delà.

## ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
al.	alinéa
Art.	article
Ass.	Assemblée du contentieux
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
Civ.	chambre civile
CJA	Code de justice administrative
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale
concl.	conclusions
cons.	considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	dactylographiée
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (1789)
dir.	sous la direction de
éd.	édition
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>idem</i>
J.O.F.L.	Journal officiel de la France libre
J.O.R.F	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>

p.	page(s)
PGD	principes généraux du droit
préc.	précité(e)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RAP	Règlement d'administration publique
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDT civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État – Recueil Lebon
REP	recours pour excès de pouvoir
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
s.	et suivant(es)
Sect.	Section du contentieux
SJEG	La Semaine juridique – édition générale
t.	tome
TC	Tribunal des conflits
V.	voir
vol.	volume

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
---------------------------	----------

### **PREMIÈRE PARTIE :**

#### **LA RECHERCHE D'UNE MEILLEURE PROTECTION JURIDICTIONNELLE**

<b>Chapitre 1 : L'obsolescence des fondements originels de la répartition contentieuse des ordonnances.....</b>	<b>41</b>
---	-----------

<b>Chapitre 2 : L'ambivalence de la restructuration contentieuse au regard de la protection juridictionnelle.....</b>	<b>60</b>
---	-----------

### **DEUXIÈME PARTIE :**

#### **LA RÉVÉLATION D'UN DÉSÉQUILIBRE DES POUVOIRS**

<b>Chapitre 1 : Le caractère législatif de normes gouvernementales : consécration du primat de l'exécutif.....</b>	<b>81</b>
--	-----------

<b>Chapitre 2 : Le caractère législatif de normes non ratifiées : mise en lumière d'un Parlement en retrait.....</b>	<b>99</b>
--	-----------

<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>118</b>
---------------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>121</b>
---------------------------	------------

<b>TABLE DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>133</b>
------------------------------------	------------

<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>137</b>
--------------------------------	------------

## INTRODUCTION

1. S'il est bien une décision de l'année 2020 qui a suscité de l'émoi dans le monde juridique, c'est celle rendue le 28 mai par le Conseil constitutionnel : « curieux épisode juridique »<sup>1</sup> ; « décision étrange »<sup>2</sup> ; « étonnantes solutions »<sup>3</sup> ; « invraisemblable revirement »<sup>4</sup> ; « décision très préoccupante »<sup>5</sup> ; « neutralisation de la portée démocratique de l'article 38 »<sup>6</sup> et même « bombe à retardement »<sup>7</sup>... Nombre de commentateurs se sont inquiétés – ou simplement interrogés – sur ce revirement de jurisprudence opéré par les juges de la rue de Montpensier. En tout état de cause, il n'a laissé personne indifférent.

2. La raison de ce retentissement se trouve au onzième paragraphe de cette décision, dite « Force 5 »<sup>8</sup>, dans lequel le Conseil constitutionnel considère qu'à l'expiration du délai de l'habilitation législative, les dispositions d'une ordonnance non ratifiée devaient être « regardées comme des dispositions législatives »<sup>9</sup>. En cela, il rompt avec une jurisprudence de longue date et semble s'approprier un contentieux qui revenait jusqu'alors au Conseil d'État. Outre l'aspect contentieux, cette décision remet sur le tapis la question de la valeur des ordonnances, classiquement considérées comme des actes administratifs en l'absence de ratification par le Parlement.

3. Ce revirement sera nuancé par la suite, sans être totalement abandonné (*cf. infra*) : au fur et à mesure des différentes décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, un nouveau régime contentieux de l'ordonnance a vu le jour. Fruit d'un dialogue des juges, il soulève de nombreux questionnements quant à la place des différentes institutions de la Vème République, et sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Ce travail

---

1 ÉVEILLARD (G.), « Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des "dispositions législatives" dépourvues de valeur législative », *Droit administratif*, novembre 2020, n° 11, p. 52.

2 DE VILLIERS (M.), LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12ème éd., 2020, p. 267.

3 LAGRAULET (P.-E.), « Incidence de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 sur les dispositions des ordonnances relatives au droit de la copropriété », *SJEG*, 15 juin 2020, n° 24, p. 1094.

4 LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'invraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185.

5 SCHOETTL (J.-E.), CAMBY (J.-P.), « Ordonnances : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

6 PERROUD (T.), « La Constitution « Total » », *Recueil Dalloz*, 2 juillet 2020, n° 24, p. 1390.

7 ROGER (P.), « Le Conseil constitutionnel consacre aux ordonnances une valeur législative », *Le Monde*, 6 juin 2020.

8 Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]

9 Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, cons. 11.

s'efforcera, sinon d'y répondre, au moins de les mettre en lumière.

4. Avant cela, il faut passer par les incontournables étapes préalables à toute recherche scientifique : la détermination de l'objet de l'étude, et sa justification (§1) ; le champ de l'étude (§2) ; le contexte scientifique et les obstacles (§3) ; l'intérêt d'une telle étude et son prisme d'analyse théorique (§4), pour finir avec la formulation d'une problématique et la construction d'un plan pour y répondre (§5).

## **§1. OBJET ET JUSTIFICATION DE L'ETUDE**

5. Pour définir le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 (II), il faut d'abord comprendre l'acte dont il est question (I).

### **I. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958**

6. Pour saisir pleinement cet acte, au régime juridique complexe (B) il est inévitable de passer par une analyse historique (A).

#### A) Historique des ordonnances

7. En permettant au pouvoir exécutif de prendre des actes appelés « ordonnances » sur habilitation du Parlement, l'article 38 n'a pas créé de néologisme (1), pas plus qu'il n'a découvert un procédé (2).

##### *1. Historique du terme*

8. Il n'existe pas de définition juridique unique du terme « ordonnance », tout simplement parce que, pris isolément, il peut recouvrir une pluralité d'instruments juridiques. Pendant longtemps, les ordonnances désignaient les décisions émanant de l'autorité royale. Si elles sont apparues dès le XII<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>, c'est véritablement sous l'Ancien régime, « période d'épanouissement de la souveraineté royale »<sup>11</sup>, que les ordonnances se sont développées. A cette époque, elles sont utilisées comme « synonyme de lois du roi et désigne[nt], dans une

---

10 BOYER-MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 12.

11 BABOT (A.), BOUCAUD-MAÎTRE (A.), DELAIGUE (P.), « Lois du roi », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, coll. « Dictionnaires de Droit », 2002, p. 270.

acception large, toute intervention législative du roi »<sup>12</sup>. Elles représentent le pouvoir souverain du roi, puisqu'elles « ont pour caractère, le plus souvent d'être applicables à tout le royaume, d'être des règlements généraux et, d'ordinaire, de porter sur un assez grand nombre de matières »<sup>13</sup>. Sous les règnes de Louis XIV et Louis XV elles furent utilisées à des fins de codification<sup>14</sup>.

9. Après la chute définitive de la monarchie, les ordonnances disparurent du paysage juridique pendant un temps, l'abandon de ce vocable symbolisant celui du « pouvoir personnel et abusif du roi »<sup>15</sup>. C'est le général de Gaulle qui se réappropriera le terme au moment de la deuxième Guerre mondiale : l'ordonnance devient alors l'instrument privilégié pour « diriger l'effort français dans la guerre »<sup>16</sup>. Actes législatifs, ces ordonnances sont d'abord adoptées par de Gaulle lui-même en sa qualité chef de la France libre<sup>17</sup> et président du Comité national<sup>18</sup>. Elles le seront ensuite par le Comité français de libération nationale (CFLN)<sup>19</sup> puis par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF)<sup>20</sup>.

10. Cette terminologie n'est pas propre à cette période, mais plutôt au général de Gaulle. En effet, elle fut de nouveau mobilisée par une des trois lois du 3 juin 1958 – celle relative aux pleins pouvoirs – qui prévoit que pendant une durée de six mois, le Gouvernement de la République pourra prendre « par décrets, dénommés ordonnances, les dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation, qui pourront notamment abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur »<sup>21</sup>.

11. La Constitution du 4 octobre 1958 consacra cette notion, à travers plusieurs articles permettant l'adoption d'actes appelés « ordonnances » : l'article 38, les articles 47 et 47-1 (jamais utilisés)<sup>22</sup>, l'article 92 (depuis abrogé) et l'article 74-1 (ajouté par la révision

---

12 *Id.*, p. 272.

13 LEPOINTE (G.), « Ordonnances », in *Petit vocabulaire d'Histoire du droit français*, Domat Montchrestien, 1948, p. 251.

14 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 14.

15 *Id.*, p. 15.

16 Manifeste du 27 octobre 1940 relatif à la direction de l'effort français dans la guerre (J.O.F.L n°1 du 20 janvier 1941).

17 Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 organisant les pouvoirs publics pendant la guerre et instituant le Conseil de Défense de l'Empire (J.O.F.L. du 20 janvier 1941) ; Ordonnance n°5 du 12 novembre 1940 précisant les conditions dans lesquelles seront prises les décisions du chef des Français libres (J.O.F.L. du 10 février 1941)

18 Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre (J.O.F.L du 14 octobre 1941).

19 Ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale (J.O.R.F. du 10 juin 1943 – Edition d'Alger).

20 Ordonnance du 3 juin 1944 substituant au nom du Comité français de Libération nationale celui de Gouvernement provisoire de la République française, (J.O.R.F. du 8 juin 1944 – Edition d'Alger).

21 Art. unique de la loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs.

22 Ces articles permettent de mettre en vigueur, par ordonnance, des projets de loi de finances et de financement

constitutionnelle du 28 mars 2003). Si elles portent le même nom, ces différentes ordonnances ne peuvent être appréhendées sans la précision de l'article auquel elles se rattachent. Ainsi, les ordonnances de l'article 38 ne sont pas les mêmes que celles de l'article 92, pas plus que celles de l'article 74-1. On peut toutefois noter un point commun à ces deux dernières catégories d'ordonnances : elles ont toutes deux un champ d'application limité, l'une temporellement, l'autre matériellement.

**12.** Les ordonnances de l'article 92 sont limitées *temporellement* car elles s'inscrivent dans le cadre de pouvoirs transitoires permettant la mise en place des nouvelles institutions de la Vème République. Il était en effet prévu qu'elles interviennent pour prendre les « mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions »<sup>23</sup>. Or, cette mise en place était enfermée dans un délai de quatre mois à compter de la promulgation du texte constitutionnel<sup>24</sup>. Ainsi, leur objet étant limité dans le temps, ces ordonnances n'avaient pas vocation à durer. Si certaines sont toujours en vigueur aujourd'hui, il n'existe plus aucun fondement juridique à leur adoption, l'article 92 ayant été abrogé en 1995<sup>25</sup>. Les ordonnances de l'article 92 présentent une double particularité. D'abord, elles sont adoptées en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et ont « force de loi » d'après les termes mêmes de l'article, alors même que le Parlement n'intervient à aucun moment de la procédure. Ensuite, elles bénéficient d'une immunité juridictionnelle, ni le Conseil d'État ni le Conseil constitutionnel n'ayant accepté de les contrôler<sup>26</sup>.

**13.** Les ordonnances de l'article 74-1, sont quant à elles limitées *matériellement*, en ce sens que leur objet est spécifique et prédéterminé. En effet, cet article habilite le gouvernement à étendre et adapter par voie d'ordonnances « les dispositions de nature législative en vigueur en métropole »<sup>27</sup> aux collectivités d'Outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie, si toutefois la loi n'a pas expressément exclu le recours à cette procédure. Il s'agit donc d'une habilitation constitutionnelle et permanente, mais dont l'objet et le périmètre sont déterminés<sup>28</sup>. Ces ordonnances, prises en Conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État, entrent en vigueur dès leur publication et

---

de la sécurité sociale si le Parlement ne s'est pas prononcé dans le délai imparti.

23 Art. 92, alinéa 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

24 Art. 91, alinéa 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

25 Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995.

26 V. CE, Sect., 12 février 1960, Société Eky, n°46922 (Rec. 101) ; CE, Ass., 1er juillet 1960, FNOSS et Fradin, (Rec. 441) ; Cons. const., décision n°60-6 DC du 15 janvier 1960.

27 Art. 74-1, alinéa 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

28 CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Points, coll. « Essais », 15ème éd., 2019, p. 383.

deviennent caduques dix-huit mois plus tard si elles ne sont pas ratifiées.

14. La notion d'ordonnance peut donc recouvrir diverses significations. Elle a d'abord été synonyme de « loi » sous l'Ancien régime, puis associée à l'idée d'habilitation législative, c'est-à-dire d'autorisation donnée à un organe pour légiférer. Il faut donc noter une caractéristique commune : le terme d'ordonnance est étroitement lié à une intervention dans le domaine législatif.

15. Les ordonnances qui font l'objet de cette étude n'échappent pas à cette affirmation. Mais avant de les étudier en détail, il faut comprendre l'historique de ce procédé.

## 2. *Historique du procédé : les décrets-lois sous les IIIème et IVème Républiques*

16. L'article 38 de la Constitution consacre expressément ce qui, sous les IIIème et IVème Républiques, n'était alors qu'une pratique. En l'absence de texte, c'est l'expression « décret-loi » qui fut utilisée pour la désigner. Il faut tout de suite relever l'ambiguïté de ce terme qui peut faire référence à deux pratiques très différentes. Originellement, la notion de décret-loi était utilisée dans un sens plutôt péjoratif pour désigner les « empiétements illégaux ou simplement anormaux du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi »<sup>29</sup>, c'est-à-dire des actes législatifs pris par des autorités qui n'étaient pas investies de ce pouvoir législatif. Certains les appellent « décrets-lois révolutionnaires »<sup>30</sup> en référence à la période dans laquelle ils interviennent généralement, à savoir « une période troublée où la Constitution est suspendue ou bien n'a jamais existé »<sup>31</sup>. D'autres parlent tout simplement de « vrais décrets-lois »<sup>32</sup> car c'est le sens que cette expression a recouvert en premier lieu. À l'évidence, ceux-là ne sont pas les ancêtres des ordonnances de l'article 38.

17. Les décrets-lois qui nous intéressent dans le cadre de cette étude sont les « prétendus décrets-lois »<sup>33</sup>, ceux qui ont été « improprement »<sup>34</sup> nommés comme tels, faute de terminologie posée par un texte, pour faire référence aux « règlements, également émis par le chef de l'État ou le chef du gouvernement en matière législative, mais en vertu, cette fois,

---

29 MIGNON (M.) « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception mais d'utilisation répétée : le décret-loi » *D.* 1948, p. 141.

30 SOUBEYROL (J.), *Les décrets-lois sous la Quatrième République*, Bordeaux, Samie, 1955, p. 19.

31 *Ibid.*

32 MIGNON (M.), *op. cit.* p. 141.

33 *Ibid.*

34 MASPÉTIOL (R.), « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français, *EDCE*, 1949, p. 58.

d'une habilitation expresse et préalable du parlement »<sup>35</sup>. Ceux là peuvent être considérés comme les ancêtres des ordonnances. Il convient de distinguer leur utilisation sous les IIIème et IVème République.

**18.** Sous la IIIème République, la nécessité de prendre des « décisions rapides et énergétiques »<sup>36</sup> inhérente à la période de l'entre-deux guerres se heurtait à une incapacité du Parlement de prendre de telles décisions. Outre la lenteur de la procédure législative classique (due aux débats et à la navette), le Parlement paraissait « incapable de répondre convenablement à la technicité et à l'urgence des situations »<sup>37</sup>. C'est donc à cette période que la pratique des décrets-lois s'est généralisée, les gouvernements demandant au Parlement des moyens d'agir dans le domaine législatif, ce qui était d'autant plus envisageable qu'à cette époque ce domaine n'était pas défini constitutionnellement. Jacques Soubeyrol souligne que si les premières lois d'habilitation sous la IIIème République étaient délimitées temporellement *et* matériellement<sup>38</sup>, elles perdirent peu à peu ce second trait. Au point qu'en 1916, Aristide Briand demanda les pleins pouvoirs au Parlement pour le temps de la guerre. Le projet de loi fut vivement critiqué<sup>39</sup> ce qui conduisit le Parlement à rejeter ce projet, le 30 décembre 1916. Huit ans plus tard, Raymond Poincaré parviendra quant à lui à obtenir les pleins pouvoirs financiers, pour faire face à la crise financière et économique dans laquelle la France est plongée<sup>40</sup>. A partir de là, les lois de pleins pouvoirs se succédèrent et concernèrent d'ailleurs l'ensemble de la classe politique<sup>41</sup>, jusqu'à l'« aboutissement extrême du mouvement »<sup>42</sup> incarné par la fameuse loi du 10 juillet 1940 conférant le pouvoir constituant au gouvernement, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain<sup>43</sup>.

**19.** C'est parce que la dernière loi des pleins pouvoirs conduit au régime de Vichy, que la Constitution de la IVème République interdira purement et simplement la pratique des

---

35 MIGNON (M.), *op. cit.* p. 141. V., pour une autre définition : SOUBEYROL (J.), *op. cit.*, p. 13 : « un décret-loi est un acte capable d'abroger des lois et que le gouvernement, à la suite d'une habilitation parlementaire, ne peut prendre que pendant un certain délai, ou sous réserve d'un dépôt aux fins de ratification ».

36 SOUBEYROL (J.), *op. cit.*, p. 4.

37 PINON (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, p. 311.

38 SOUBEYROL (J.), *op. cit.*, p. 22 et s.

39 QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, p.107 et s, en particulier, points 159, 160.

40 Loi du 22 mars 1924 ayant pour objet la réalisation d'économies, la création de nouvelles ressources fiscales et diverses mesures d'ordre financier (J.O.R.F. du 23 mars, p. 2753)

41 V. pour un exposé détaillé de ces lois : SOUBEYROL (J.), *op. cit.*, p. 24 à 27 : « De 1924 à 1940, le gouvernement obtint onze fois des pouvoirs extraordinaires, sans compter les lois d'habilitation en matière douanière » (p. 27).

42 SOUBEYROL (J.), *op. cit.*, p. 27.

43 Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (J.O.R.F. du 11 juillet, p.4515).

décrets-lois. En effet, l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose de manière limpide que « *L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ». L'on passe alors d'une ignorance de ce mécanisme des décrets-lois par la Constitution de 1857, à une interdiction totale par celle de 1946. André de Laubadère critiquera cet article, non pas sur le principe de la condamnation des décrets-lois telle qu'elle était pratiquée sous la IIIème (c'est-à-dire sans limite) mais sur l'interdiction totale de la délégation. L'auteur regrette que la Constitution ait « préféré ignorer le problème, supposer qu'il n'existait pas », plutôt que « d'organiser une procédure de lois d'habilitation, ce qui lui eût précisément permis d'en prévoir les limites et de prendre des précautions contre ses abus »<sup>44</sup>.

**20.** En dépit de cette interdiction, la pratique des décrets-lois a continué. Dès 1948, et même avant cette date, cet article a été contourné par la technique de la délégalisation qui permit au gouvernement de prendre des décrets-lois. L'idée est la suivante : la délégation de la loi étant interdite, le gouvernement ne peut, sous aucun prétexte, prendre des mesures relevant de ce domaine. Certes, mais « la loi pouvant tout faire »<sup>45</sup>, notamment « déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire »<sup>46</sup>, elle avait la possibilité de définir les matières habituellement législatives qui entreraient désormais dans la compétence du pouvoir exécutif. Ainsi, la technique de l'habilitation sous la IVème République ne s'interprétait pas comme une autorisation donnée à l'exécutif de légiférer, mais une transformation de la nature de l'acte qui devient alors réglementaire, ce qui donnait toute liberté au pouvoir réglementaire pour l'adopter ou le modifier.

**21.** Le Conseil d'État, dans un avis du 6 février 1953<sup>47</sup>, a validé cette pratique tout en prenant soin, toujours pour éviter de retomber dans les dérives de la IIIème République, de limiter matériellement le domaine de ces habilitations. Il considérait ainsi que, concernant les matières que la Constitution ou la « tradition constitutionnelle républicaine »<sup>48</sup> réserve à la loi, le législateur ne peut utiliser ce procédé. Contrairement aux décrets-lois de la IIIème République, ceux de la IVème sont donc matériellement limités. En revanche, ils ne le sont pas temporellement, contrairement à ce qui prévalait sous la IIIème république. Le Conseil d'État indique simplement que ces habilitations seront valables tant que le Parlement n'a pas « évoqué à nouveau les matières en question dans des conditions excluant dorénavant la

---

44 DE LAUBADÈRE (A.), « L'article 13 », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, T1 p. 473 et s.

45 BOYER-MERENTIER, *op. cit.*, p. 16.

46 CE, avis n°60.497 du 6 février 1953 ; V. cet avis in GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3ème éd., 2008, p. 83.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

compétence du pouvoir réglementaire »<sup>49</sup>.

22. Le tournant s'opère par la loi des pleins pouvoirs du 3 juin 1958<sup>50</sup>, qui abroge implicitement l'article 13 en habilitant le gouvernement à prendre des ordonnances (*cf. supra*, n°10) qui ne sont ni plus ni moins qu'un mélange entre les décrets-lois de la IIIème, à qui elles empruntent la délimitation temporelle, et ceux de la IVème au regard de leur délimitation matérielle. Ces ordonnances, on l'a vu, seront intégrées à la nouvelle Constitution : il convient de définir leur régime juridique.

### B) Un régime juridique complexe

23. Tirant les leçons de l'absence d'encadrement de la procédure d'habilitation sous la IVème République, le constituant de 1958 a créé un article 38 qui définit « minutieusement »<sup>51</sup> la procédure d'édiction de ces actes appelés « ordonnances ». Son libellé est le suivant :

« 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'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. *Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse*<sup>52</sup>.

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. »

24. Immédiatement, plusieurs éléments de complexité apparaissent. L'adoption d'une ordonnance se fait en deux temps : l'habilitation, et l'élaboration de l'ordonnance. À cela, peut être ajoutée une troisième étape : la ratification. Autour de l'ordonnance proprement dite, qui est un acte de nature particulière (2), gravitent donc deux autres actes de nature législative : la loi d'habilitation et la loi de ratification (1).

#### 1. *Les actes législatifs entourant l'ordonnance : habilitation et ratification*

25. Ces actes pourraient faire l'objet de développements conséquents<sup>53</sup>. Ce n'est pas le but

---

49 *Ibid.*

50 Loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs.

51 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 16.

52 Le passage en italique résulte de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

53 Pour une étude plus approfondie de ces actes, v. BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, et plus récemment, GENEVOIS (B.), « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement

de cette étude : il s'agit simplement, dans cette partie, de les présenter rapidement, afin d'avoir une vision globale du mécanisme institué par l'article 38.

**26. En amont : l'habilitation.** Pour prendre des ordonnances, le gouvernement a besoin d'une autorisation préalable du Parlement, qui s'effectue par le biais d'une loi d'habilitation. De manière générale, l'habilitation désigne « l'attribution d'un titre à agir, l'octroi d'un pouvoir ou d'une compétence à accomplir un ou plusieurs actes juridiques » qui « permet d'agir juridiquement mais sans prescrire ou imposer absolument un comportement »<sup>54</sup>. Dans le cadre de l'article 38, la loi d'habilitation consiste à donner la possibilité au gouvernement de prendre des dispositions qui sont normalement hors de son champ de compétence. Le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler ces lois d'habilitation, en vertu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Au fur et à mesure de ses décisions, il a construit un cadre juridique à la loi d'habilitation.

**27.** La principale interrogation a porté sur le champ d'application de la loi d'habilitation. L'article 38 reste assez vague puisqu'il indique que l'habilitation peut porter sur « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi », étant entendu que ce n'est pas « toute mesure » mais des mesures nécessaires à l'exécution du programme du gouvernement. Cette notion a soulevé des interrogations : fallait-il entendre ce terme au sens de l'article 49 de la Constitution, c'est-à-dire le programme sur lequel le gouvernement a engagé sa responsabilité devant l'Assemblée nationale ? Ou était-ce une notion autonome, détachée de cet article ? Le Conseil constitutionnel a tranché, dans sa décision du 12 janvier 1977<sup>55</sup>, dans laquelle il exclut la possibilité d'interpréter l'alinéa premier de l'article 38 au regard de l'article 49 de la Constitution. Autrement dit, la notion de « programme » de l'article 49 est différente de celle de l'article 38.

**28.** Ensuite, la loi d'habilitation est soumise à certaines règles de procédure. Pour l'essentiel, ce sont celles de la procédure législative ordinaire. Le Conseil constitutionnel a notamment confirmé la possibilité d'appliquer l'article 40 de la Constitution, relatif aux irrecevabilités financières<sup>56</sup>. Mais la procédure à laquelle est soumise la loi d'habilitation présente tout de même des spécificités. En particulier, l'initiative de cette loi d'habilitation doit absolument provenir du gouvernement : c'est donc une dérogation à l'article 39 de la

---

baroque », *RFDA*, 2018, p. 755.

54 DE VILLIERS (M.), LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 189.

55 Cons. const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, cons. 3.

56 Cons. const., décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, cons. 2.

Constitution selon lequel « *l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement* ». Le Conseil constitutionnel l'a confirmé dans une décision du 20 janvier 2005<sup>57</sup>. En outre, cette loi d'habilitation ne peut avoir pour vecteur une loi de finances<sup>58</sup>.

**29.** Elle est évidemment soumise à certaines règles de fond qui encore une fois sont soit spécifiques aux lois d'habilitation, soit communes à toutes les lois. En ce qui concerne les règles communes, la loi d'habilitation doit respecter la hiérarchie des normes, en particulier les règles et principes de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel veillera au respect de ces principes, et se laisse la possibilité de formuler des réserves d'interprétation<sup>59</sup>. Pour les règles particulières, le Conseil a affirmé dès 1977 que la loi d'habilitation devait préciser la finalité<sup>60</sup> mais également le domaine d'intervention des mesures qui seront prises par ordonnances<sup>61</sup>. Toutefois, cela n'implique pas une obligation pour le gouvernement d'indiquer la teneur des ordonnances qu'il compte prendre<sup>62</sup>. Enfin, l'article 38 mentionne deux types de délai, que la loi d'habilitation doit impérativement préciser. D'une part, *le délai d'habilitation*, c'est-à-dire le délai pendant lequel le gouvernement pourra prendre des ordonnances, qui est nécessairement « limité » selon les termes de l'article. L'expiration de ce délai emporte des conséquences, qui feront l'objet de développements spécifiques au sein de cette étude, car elles ont changé de portée depuis le revirement de jurisprudence impulsé par la décision *Force 5*<sup>63</sup>. Le deuxième délai est celui dans lequel le projet de loi de ratification doit obligatoirement être déposé, sauf à rendre l'ordonnance caduque. Il sera désigné comme *le délai de dépôt du projet de loi de ratification (PLR)*.

**30. En aval : la ratification.** Il s'agit de l'« ultime phase »<sup>64</sup> de la procédure de l'article 38. Alors que l'habilitation constitue une autorisation préalable, la ratification intervient en aval et relève davantage de la confirmation. Toutefois, ce terme est ambigu puisqu'il peut faire songer à la pratique des validations législatives : or, validation et ratification sont deux choses différentes. La validation législative désigne la pratique du législateur qui consiste à valider un acte juridique – en général, un acte administratif – en vue de le « soustraire aux périls

---

57 Cons. const., décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons. 28.

58 Conseil d'État, *Rapport public pour 2010*, p. 122.

59 Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 14 et 15.

60 Cons. const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, cons. 2.

61 Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 13.

62 Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons 21.

63 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020.

64 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 127.

contentieux »<sup>65</sup>. Autrement dit, la validation intervient lorsque l'acte administratif est illégal, et n'a pas pour effet de changer sa nature juridique. Avec la ratification, il n'est pas question de corriger un acte de l'exécutif, mais de conférer rétroactivement valeur législative à un acte. Pour reprendre les termes du Professeur Gaudemet<sup>66</sup>, la ratification « referme la parenthèse » de l'habilitation et « rétablit l'ordre des compétences » qui avait été modifié par cette dernière.

**31.** Avant la révision constitutionnelle de 2008<sup>67</sup>, la ratification pouvait revêtir plusieurs formes. Elle pouvait être expresse, c'est-à-dire issue d'une loi ayant spécifiquement pour objet la ratification d'une ordonnance. Mais elle pouvait également être implicite, c'est-à-dire résulter d'une loi « qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement »<sup>68</sup>, notamment en la modifiant. Les différentes juridictions composant l'ordre juridique français l'admettaient sans problème<sup>69</sup>. Si elle s'inscrivait dans la lignée de la jurisprudence applicable sous l'empire des décrets-lois<sup>70</sup>, cette jurisprudence admettant la ratification implicite n'en fut pas moins critiquée en raison de « l'instabilité et [de] la confusion normatives »<sup>71</sup> qu'elle pouvait engendrer. C'est pourquoi la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié l'article 38 en y ajoutant l'exigence de ratification expresse des ordonnances. Nous aurons l'occasion de constater que cette modification n'a pas eu pour effet d'effacer tous les problèmes liés à la ratification des ordonnances, qui demeure en outre une simple faculté ce qui interroge sur la place laissée au Parlement dans le processus de l'habilitation (*cf. infra*, n°258 s.).

**32.** La loi de ratification, à l'instar de la loi d'habilitation, doit respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle : elle peut à ce titre être contrôlée par le Conseil constitutionnel<sup>72</sup>. A cette occasion, ce dernier accepte également de contrôler indirectement l'ordonnance qui fait l'objet de la ratification : ce point fera l'objet de développements

---

65 VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 7ème éd., 2015, p. 481.

66 GAUDEMET (Y.), « La loi administrative », *RDP*, 2006, n°1, p. 65.

67 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

68 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 24 ; CE, 17 décembre 1999, Union hospitalière privée, n°208623

69 Pour le Conseil constitutionnel, v. les décisions n° 72-73 L du 29 février 1972 et n° 86-224 DC (précitée) ; Pour le Conseil d'État, v. CE, 10 juillet 1972, Cie Air Inter, n° 77961 (Rec. 537) ; Pour la Cour de cassation, v. COM., 6 octobre 1992, n°90-16.755. Pour le Tribunal des conflits, v. TC, 19 mars 2007, n° C3622.

70 CE, 15 février 1939, Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône, n° 60650 (Rec. 90) ; CE, Sect., 25 janv. 1957, Société Établissements Charlionais et Cie, n° 30726 (Rec. 54).

71 FELDMAN (G.), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RDP*, 2011, n°6, p. 1565.

72 Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983 ; rappelé récemment par Cons. const., décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, cons. 4.

spécifiques au sein de cette étude. En outre, le Conseil constitutionnel s'octroie la possibilité de formuler des réserves d'interprétation<sup>73</sup>.

**33.** La notion de ratification et sa pratique sera développée dans le corps de cette étude, car elle emporte des conséquences sur le plan contentieux, que le revirement de jurisprudence récent a quelque peu modifiées. En outre, depuis la décision 843 QPC, il est permis de douter de l'utilité de la ratification dont la fonction essentielle semble avoir été remise en question. Mais avant de revenir sur ce point plus en détail, il faut exposer l'acte qui fait l'objet de cette recherche : les ordonnances.

## 2. *L'ordonnance en elle-même : une nature ambiguë*

**34.** L'ordonnance est un acte de nature hybride qui présente une certaine complexité. *D'un point de vue organique*, il s'agit d'un acte pris par le gouvernement sur habilitation du Parlement. Toutefois, ni l'un ni l'autre n'en est juridiquement l'auteur. En effet, l'article 13 de la Constitution dispose que « *Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres* ». Or, les ordonnances de l'article 38 sont prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État. C'est donc le Président de la République qui est juridiquement l'auteur d'un acte pris par le gouvernement sur habilitation du Parlement. Cela peut paraître « singulier », pour reprendre les termes de Guy Carcassonne et Marc Guillaume qui estiment qu'il aurait été « logique que, comme pour les projets de loi, elles ne requièrent que la signature du Premier ministre »<sup>74</sup>, étant donné qu'elles sont demandées par le gouvernement (et uniquement par lui<sup>75</sup>) pour l'exécution de son programme. Ce choix s'explique toutefois par des raisons politiques, et notamment par la volonté de « réaffirmer la primauté du Président de la République »<sup>76</sup>, dans l'esprit du régime « voulu et façonné »<sup>77</sup> par de Gaulle. En tout état de cause, il s'agit bien d'un acte organiquement réglementaire.

**35.** *D'un point de vue matériel* en revanche, l'ordonnance de l'article 38 comporte des dispositions qui relèvent du domaine de la loi, c'est-à-dire de l'article 34 de la Constitution. En ce sens, elle peut être définie comme une « dérogation, temporaire et contrôlée, à la

---

73 Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons. 35.

74 CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Points, coll. « Essais », 14ème éd., 2017, p. 109.

75 *Cf. supra*, n°28.

76 CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *op. cit.*, pp. 109-110.

77 BEAUD (O.), GUERIN-BARGUES (C.), *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, coll. « Systèmes » 2ème éd., 2018, p. 79.

répartition des compétences entre la loi et le règlement »<sup>78</sup>. Cette répartition est une innovation de la Constitution de 1958 qui, pour la première fois, détermine un domaine législatif et un domaine réglementaire aux articles 34 et 37 de la constitution (parfois désignés comme le « couple 34-37 »<sup>79</sup>). Le système qui découle de ces articles est le suivant : le domaine législatif est limité aux matières énumérées à l'article 34, tandis que le domaine réglementaire de l'article 37 est défini par tout ce qui n'entre pas dans le domaine législatif. A cela il faut combiner l'article 24, alinéa 1er qui dispose que « *Le Parlement vote la loi* ». Il faut donc en déduire que c'est le Parlement qui est en principe compétent pour adopter les dispositions de nature législative relevant de l'article 34. C'est précisément à cette affirmation que l'article 38 permet de déroger, en instituant une procédure permettant de « modifier, de manière temporaire, les limites entre le domaine de la loi et celui du règlement »<sup>80</sup>.

**36.** Incontestablement, l'ordonnance est un acte complexe. Catherine Boyer-Mérentier parlait de « puzzle » pour désigner ce processus<sup>81</sup>. Charles Debbasch évoque quant à lui une « nature démoniaque »<sup>82</sup>. Matériellement législative mais organiquement réglementaire, elle est un acte de l'exécutif qui ne témoigne pas de l'exercice du pouvoir réglementaire ordinaire, et dont l'élaboration est soumise à plusieurs étapes, de nature bien différentes. En inscrivant cette procédure à l'article 38 de la Constitution, le constituant a eu le mérite de définir juridiquement cet acte complexe, faisant de lui un « acte spécifique », « pris en vertu d'une procédure déterminée et dans un domaine qui lui est propre »<sup>83</sup>. Cela a également permis d'éteindre les controverses tenant à la constitutionnalité du procédé, qui avait caractérisé les décrets-lois sous les Républiques précédentes<sup>84</sup>.

**37.** Toutefois, ni le constituant ni la doctrine n'ont tranché définitivement la question de leur nature, pourtant déterminante dans la construction d'un régime contentieux. En particulier, la question du critère prédominant pour déterminer la nature juridique d'un acte

---

78 CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Points, coll. « Essais », 15ème éd., 2019, p. 201.

79 V. par exemple, Louis FAVOREU, qui parle même de couple « diabolique » : « Rapport introductif » in FAVOREU (L.) (dir), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977, 1978, PUAM, p. 26.

80 VERPEAUX (M.), « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 19 (dossier : loi et règlements), p. 96.

81 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 19.

82 DEBBASCH (C.), « Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 octobre 1958 », *JCP La Semaine juridique*, 1962, p. 1701.

83 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 18.

84 *Id.*, p. 17.

n'est pas résolue. Si le critère organique a longtemps été privilégié en droit public<sup>85</sup>, le critère matériel a connu un regain<sup>86</sup> (*cf. infra*, n°233 s.) et certains auteurs ont même proposé un nouveau critère, comme le critère fonctionnel<sup>87</sup>. En ce qui concerne les ordonnances, l'article 38 ne tire aucune conséquence sur la nature de cet acte, ce qui fait que l'ambiguïté reste totale. Vincent Villette les compare aux Tropis, cette espèce imaginée par Vercors dans son roman *Les animaux dénaturés*, « dont les autorités n'arrivent pas à déterminer s'ils relèvent de l'homme ou de l'animal » et qui mène à une « incertitude inextricable quant aux règles de droit à leur appliquer »<sup>88</sup>.

38. Cette complexité inhérente à l'ordonnance se répercute sur son régime contentieux. C'est ce dernier qui fait l'objet de la présente étude.

## **II. Le régime contentieux des ordonnances de l'article 38**

39. Avant d'exposer les raisons qui justifient l'étude du contentieux des ordonnances (B), il est nécessaire de présenter ses principales caractéristiques (A).

### **A) Caractéristiques principales du contentieux des ordonnances**

40. Le contentieux des ordonnances fait l'objet d'une répartition entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel : il s'agit de sa spécificité première (1). Il est toutefois possible de trouver une caractéristique commune aux deux types de contrôles : leur nature objective (2).

#### *1. Un contentieux réparti entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel*

41. Le contentieux des ordonnances de l'article 38 a la particularité d'être réparti. Ce n'est pas une particularité unique, propre au contentieux des ordonnances. Autrement dit, le contentieux des ordonnances n'est pas le seul à être réparti : le contentieux électoral fait

---

85 V. notamment, MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3ème éd, 2010, p. 11 ; VEDEL (G.), « Bases constitutionnelles du droit administratif », *Pages de doctrine* (2), LGDJ, 1980, p. 138.

86 V. sur ce point, MURGUE-VAROCLIER (P.-M.), *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Thèses », 2018, 780 p.

87 DE BECHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, coll « Droit public positif », 1996, 555 p.

88 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres : « Le contrôle des ordonnances adoptées dans le domaine de la loi », *RFDA* 2021, p. 171.

également l'objet d'un partage de compétences entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Le premier est juge des élections présidentielles<sup>89</sup>, législatives et sénatoriales<sup>90</sup> mais également des référendums<sup>91</sup>, tandis que les autres scrutins relèvent du Conseil d'Etat, soit en tant que juge de premier et dernier ressort (élections régionales et européennes<sup>92</sup>) soit en tant que juge d'appel (élections municipales et départementales<sup>93</sup>). En outre, le constituant a pu lui-même répartir les compétences de ces deux instances, qui ne sont pas que des juridictions mais également des instances consultatives. Ainsi en est-il, par exemple, du mécanisme de la délégalisation prévue à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. La répartition de la compétence sera ici temporelle : pour les textes antérieurs à 1958, la délégalisation nécessitera un avis du Conseil d'État, tandis que pour ceux postérieurs à cette date, une déclaration du Conseil constitutionnel sera nécessaire. Mais c'est du contentieux des ordonnances dont il s'agit ici.

42. Selon les cas (qui seront détaillés plus avant), l'ordonnance pourra être contestée soit devant le Conseil d'État par le biais du recours pour excès de pouvoir, soit devant le Conseil constitutionnel par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)<sup>94</sup>. Sans s'attarder pour l'instant sur les *critères* de la répartition (ayant subi une évolution récente), il faut comprendre les *raisons* de cette répartition. Le choix d'une répartition entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel doit s'appréhender en tenant compte la nature particulière des ordonnances. Classiquement, le contentieux est déterminé par la nature de l'acte, sa qualification juridique. C'est ainsi que les actes réglementaires émanant des autorités administratives seront par principe soumis au contrôle de la juridiction administrative<sup>95</sup>, tandis que les actes à valeur législative émanant du Parlement pourront être contestés devant le Conseil constitutionnel<sup>96</sup>.

43. S'agissant d'abord du contrôle de légalité devant la juridiction administrative, celui-ci s'opère par le biais du recours pour excès de pouvoir (REP). Initialement rattaché à la loi des 7 et 14 octobre 1790 relative aux réclamations d'incompétence dirigées contre les corps

---

89 Art. 58 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ».

90 Art. 59 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ».

91 Art. 60 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ».

92 Art. L. 311-3 du CJA.

93 Art. L.249 et L.222 du Code électoral.

94 Si l'on s'en tient au contrôle direct de l'ordonnance proprement dite.

95 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence », cons. 15.

96 Art. 61 et 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

administratifs, le REP a ensuite été consacré par la loi du 24 mai 1872<sup>97</sup>. Plusieurs éléments permettent d'affirmer que le REP est une voie de recours largement ouverte. D'abord, il est ouvert même sans texte<sup>98</sup>. Ensuite, la jurisprudence du Conseil d'État est allée dans le sens d'une diversification de ses cas d'ouverture<sup>99</sup> et d'un élargissement de ses conditions de recevabilité<sup>100</sup>. Enfin, il est ouvert dans le sens de la facilité d'accès puisqu'il est dispensé du ministère d'avocat.

**44.** S'agissant ensuite du contrôle de constitutionnalité des lois, il est une innovation de la Vème République. La loi bénéficiait avant cette date d'une immunité juridictionnelle, le Conseil d'État ayant toujours refusé de se reconnaître compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois, affirmant ainsi la théorie dite de la loi-écran<sup>101</sup>. La Constitution du 4 octobre 1958 imagina donc un organe, le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la conformité des lois à la Constitution, avant leur promulgation, en vertu de l'article 61. Toutefois, ce contrôle était conçu initialement par ses concepteurs comme se limitant au contrôle du respect des articles 34 et 37. Autrement dit, le Conseil constitutionnel avait pour principale tâche de veiller à ce que la répartition des compétences soit respectée, et en particulier, de vérifier que le Parlement n'exécède pas ses compétences. C'est ce qui lui valut d'ailleurs le surnom de « chien de garde de l'exécutif ». Cette vision a été dépassée dès les années 1970 par le Conseil constitutionnel lui-même<sup>102</sup>, mais également par le constituant. Outre l'ouverture de la saisine aux parlementaires en 1974<sup>103</sup>, l'introduction, en 2008, d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en est une illustration<sup>104</sup>.

**45.** Le problème des ordonnances de l'article 38 est lié au silence de la Constitution, tant sur leur régime contentieux que sur leur nature juridique. La particularité du régime contentieux de l'ordonnance découle de l'ambiguïté de sa nature juridique. Il s'agit d'un acte hybride : rien d'étonnant donc, que son contentieux soit à l'image de sa nature.

**46.** Si le REP et la QPC sont deux contrôles de nature distincte, opérés par des juges

---

97 Art 9 de la loi du 24 mai 1872 (J.O.R.F. du vendredi 31 mai 1872, p.3626).

98 CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949.

99 D'abord limité à l'examen de la légalité externe, c'est-à-dire l'incompétence et le vice de forme, le Conseil d'Etat a accepté de contrôler le détournement de pouvoir (CE, Ass., 26 novembre 1875, Pariset, n°47544 Rec. 934) et la violation de la loi (CE, Ass., 1er juin 1906, Alcindor, Rec. 516) qui constituent la légalité interne.

100 V. par exemple, CE, 29 mars 1901, Casanova, n°94680 (Rec. 333).

101 CE, Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, n°41221 (Rec. 966)

102 Notamment par la décision Cons. const., n°71-44 DC du 16 juillet 1971, « Liberté d'association », qui confère valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 et de 1958.

103 Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

104 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

différents, ils se rapprochent quant à leur caractère objectif.

## 2. Un contentieux objectif

47. La distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif a été posée pour la première fois par Léon Duguit<sup>105</sup>, qui a proposé une classification des contentieux alternative à celle élaborée au XIX<sup>ème</sup> siècle par Léon Aucoc<sup>106</sup> et Édouard Laferrière<sup>107</sup>. En effet, alors que ces derniers proposaient de classer les différents recours en fonction des pouvoirs du juge, Duguit présentait quant à lui une classification basée sur la question posée au juge. Or, cette question peut être de deux grands ordres, qui déterminent la qualification qui prévaudra pour le contentieux. Il y aura « juridiction subjective »<sup>108</sup> lorsque la question présente un caractère subjectif, c'est-à-dire si elle consiste à demander au juge la reconnaissance de droits individuels ou d'une situation particulière. En conséquence, la décision du juge n'aura un effet qu'à l'égard des parties, c'est-à-dire *inter partes*, et ne vaudra « que pour le point qui était en question et qui a été l'objet de la solution »<sup>109</sup>. Sont traditionnellement rangés dans la catégorie des contentieux subjectifs les contentieux de la responsabilité (contractuelle ou extra-contractuelle). Au contraire, il y aura « juridiction objective »<sup>110</sup> si la question porte sur la conformité d'un acte par rapport aux normes supérieures, autrement dit s'il s'agit d'une question de légalité au sens large. Cette fois-ci, la décision aura une portée générale *erga omnes*, ce qui implique que l'acte annulé sera « anéanti et nul ne [pourra] s'en prévaloir devant aucune juridiction comme aucune juridiction ne [pourra] en faire application »<sup>111</sup>. Sont classés dans cette catégorie le REP, le recours en appréciation de légalité mais également les recours de « plein contentieux objectif » tels que le contentieux fiscal ou électoral par exemple<sup>112</sup>.

48. On l'a vu, le REP constitue une partie du contentieux des ordonnances : il ne fait aucun doute qu'il s'agit bien là d'un contentieux objectif. Le Doyen Duguit considère même

---

105 DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1928, t.2, p. 458 et s.

106 AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1<sup>ère</sup> éd., 1869, t.1, p. 361 et s.

107 LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1<sup>ère</sup> éd., 1887, t.1, p. 15 et s.

108 DUGUIT (L.), *op. cit.*, p. 459.

109 *Id.*, p. 463.

110 *Id.*, p. 475.

111 *Id.*, p. 497.

112 Dans le plein contentieux objectif, les pouvoirs du juge vont au delà de la simple annulation, mais la question posée tient uniquement à la légalité de l'acte et non à la reconnaissance de droits subjectifs. Pour une étude approfondie sur les recours de plein contentieux objectif, v. LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, coll « Thèses », 2011, 598 p.

qu'il s'agit d'une « voie de droit exclusivement objective »<sup>113</sup>. En effet, le REP ne peut consister qu'à demander l'annulation d'un acte émanant d'une autorité administrative – en l'occurrence l'ordonnance – pour violation (au sens large) d'une norme supérieure à lui. Camille Broyelle résume bien ce caractère objectif en indiquant que le REP « n'a pas pour objet d'opposer un droit à l'acte litigieux (...) mais tend uniquement à en contester la légalité. Quels que soient les motifs personnels conduisant le requérant à saisir le juge, le REP présente avant tout une fonction disciplinaire »<sup>114</sup>. L'extension des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir (qui a notamment reconnu sa faculté de moduler dans le temps les effets de sa décision<sup>115</sup>) ne change rien au caractère objectif, puisque la distinction de Duguit ne se base pas sur les pouvoirs du juge mais uniquement sur la question posée.

49. L'autre partie du contentieux des ordonnances est incarnée par le recours constitutionnel *a posteriori*, à savoir la question prioritaire de constitutionnalité. Si le caractère objectif du contrôle constitutionnel *a priori* ne fait aucun doute<sup>116</sup>, la question a pu se poser pour la procédure instituée par l'article 61-1 de la Constitution. Le principal élément en faveur d'une subjectivisation résidait dans le fait que ce contrôle ne porte que sur les « droits et libertés que la Constitution garantit »<sup>117</sup>, ce qui peut amener à conclure que « l'objet de la protection est bien avant tout l'intérêt du justiciable et non pas seulement celui du droit en général »<sup>118</sup>. Cela pouvait en outre être accentué par le fait que la question est soulevée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction »<sup>119</sup> : c'est donc un litige concret qui fait naître cette procédure. Toutefois, il ressort tant de la procédure organisée par le législateur organique que de la jurisprudence, que la QPC constitue bien un contrôle objectif et abstrait s'inscrivant sans ambiguïté dans la logique de juridiction objective telle que présentée par Duguit. Plusieurs indices permettent aisément de s'en convaincre.

50. D'abord, la loi organique du 10 décembre 2009 instaure une obligation de présenter la

---

113 DUGUIT (L.), *op. cit.*, p. 495.

114 BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuels », 8ème éd., 2020-2021, p. 59.

115 CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, n°255886.

116 FROMONT, (M.) « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. Conac*, 2001, p.173 : « Le caractère objectif et préalable du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois (...) est très prononcé (...). En effet, ce qui est demandé au Conseil constitutionnel, ce n'est pas d'apprécier à la lumière de la Constitution les effets produits par l'application d'une règle de droit à l'individu ».

117 Art 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

118 DUBOUT (E.), « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? » in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », juin 2013, p. 212.

119 Art. 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

question dans un mémoire distinct et motivé de la requête principale, à peine d'irrecevabilité<sup>120</sup>. Il s'agit donc d'une question incidente, qui se détache du litige concret à l'occasion duquel elle a été posée. C'est justement cette forme incidente qui confère à la QPC son caractère objectif : la question est certes posée à l'occasion d'un litige concret, mais elle n'a pas pour objet de « trancher concrètement un litige afin de savoir si les droits fondamentaux du requérant ont été violés ou non *in casu* »<sup>121</sup>. Au contraire, la question est posée en des termes généraux : elle consiste uniquement à vérifier si un acte – en l'occurrence l'ordonnance – est conforme à une norme de degré supérieur – à savoir la Constitution (ou plus précisément les droits et libertés garantis par celle-ci). Encore une fois, la distinction proposée par Duguit se base uniquement sur la question posée : peu importe si le juge dispose de pouvoirs étendus, comme c'est le cas pour la QPC où le juge constitutionnel dispose notamment d'un pouvoir de modulation des effets de sa décision<sup>122</sup>. La question reste une question objective, qui porte sur le contrôle du respect de la hiérarchie des normes ; « un contrôle qui prend la forme d'une confrontation objective de texte à texte »<sup>123</sup>.

**51.** Au delà du législateur organique, c'est également la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État juge du filtre, qui a permis au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de conserver un « caractère imperturbablement objectif »<sup>124</sup>. Edouard Dubout donne deux exemples assez parlants<sup>125</sup> : l'admission par le CC de tierces-interventions d'associations<sup>126</sup>, qui par principe ont vocation à défendre des intérêts collectifs, et la déclaration d'applicabilité au litige par le Conseil d'Etat d'une « disposition législative qui telle qu'appliquée dans les conditions de l'espèce ne pouvait encourir la censure »<sup>127</sup>.

**52.** A partir de ce constat, un rapprochement peut être opéré avec deux autres types de recours, dont le caractère objectif ne fait pas débat. D'une part, la QPC se rapproche du REP : ce sont tous les deux des « procès fait à un acte »<sup>128</sup>, à ceci près que l'acte contrôlé en REP est de nature réglementaire, alors qu'il est de nature législative devant le Conseil constitutionnel

---

120 Article 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

121 DUBOUT (E.), *op. cit.*, p. 212.

122 Art. 61, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

123 VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, N°4, p. 965.

124 *Ibid.*

125 DUBOUT (E.), *op. cit.*, p. 213-214.

126 Cons. const., décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

127 L'auteur cite à cet égard la décision CE, 19 mars 2012, n°352843 ; DUBOUT (E.), *op. cit.*, p. 214.

128 LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1ère éd., 1887, t.2, p. 534.

(ce qui implique également des normes de référence différentes). D'autre part, la QPC se rapproche du contrôle constitutionnel *a priori* de l'article 61 de la Constitution, seul le moment du contrôle étant différent : ainsi Edouard Dubout considère-t-il que « tout semble fait par les acteurs juridictionnels pour que la réforme soit essentiellement conçue comme un déplacement temporel du moment du contrôle et non comme une modification structurelle de sa nature »<sup>129</sup>.

**53.** Le contentieux des ordonnances, pris dans son ensemble, est donc un contentieux objectif. Les caractéristiques principales de ce contentieux ayant été présentées, il faut maintenant exposer les raisons qui justifient une étude à ce propos.

## B) Justification de l'étude du contentieux des ordonnances

**54.** Chercher la justification de l'étude du contentieux des ordonnances consiste à se demander la cause et les raisons de cette étude, et non le but (qui constitue l'intérêt de l'étude). Or, deux causes principales peuvent être trouvées. D'une part, un revirement jurisprudentiel a eu lieu récemment, qui a modifié les critères et les modalités de la répartition contentieuse des ordonnances (1). D'autre part, le recours aux ordonnances s'est accru ces dernières années, et particulièrement depuis la crise sanitaire due à l'épidémie de Covid-19, multipliant par conséquent les occasions de contentieux (2).

### *1. Une évolution des critères et modalités de la répartition*

**55.** La Constitution de 1958 ne prévoit pas le régime contentieux des ordonnances. C'est donc à la jurisprudence qu'il est revenu de l'imaginer et, comme cela a été mentionné précédemment, c'est une répartition entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel qui a été choisie. Le critère alors retenu était un critère organique, duquel découlait une distinction de régime entre d'une part les ordonnances non ratifiées et d'autre part les ordonnances ratifiées.

**56.** S'agissant des ordonnances non ratifiées, elles étaient considérées comme des actes administratifs susceptibles de recours devant le Conseil d'État<sup>130</sup>, dans la lignée de sa

---

129 DUBOUT (E.), *op. cit.*, p. 213.

130 CE, Sect., 3 nov. 1961, Sieur Damiani, n°53155 (Rec. 607) ; CE, Ass., 24 nov 1961, Fédération nationale des syndicats de police, n°52262 (Rec. 658).

jurisprudence sur les décrets-lois<sup>131</sup>. En conséquence, elles étaient insusceptibles d'être contrôlées par le Conseil constitutionnel, que ce soit *a priori*<sup>132</sup> ou *a posteriori*<sup>133</sup>.

**57.** S'agissant des ordonnances ratifiées, elle ne pouvaient plus être contrôlées par le Conseil d'État qui s'estimait incompétent, le critère organique faisant défaut<sup>134</sup>. Les possibilités de contestation des ordonnances ratifiées se résument donc, avant 2010, à deux types de contrôle : le contrôle indirect de l'ordonnance par le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi de ratification<sup>135</sup>, et le contrôle de conventionnalité par les juges ordinaires<sup>136</sup>. Elles étaient en outre, depuis l'entrée en vigueur du mécanisme de la QPC, susceptibles de contrôle *a posteriori* par le Conseil constitutionnel<sup>137</sup>.

**58.** Cette présentation rapide et « brute » de la répartition classique du contentieux des ordonnances, qui sera analysée plus en détail dans le corps de ce travail, met en exergue la prédominance du critère organique qui aboutissait à une répartition temporelle – avant / après la ratification – ainsi qu'à une compétence exclusive de l'un des deux ordres juridictionnels. Autrement dit, la compétence de l'un excluait celle de l'autre.

**59.** Toutefois, un changement du régime contentieux a été opéré récemment, impulsé par une décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020<sup>138</sup> et précisé par la suite par la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel (*cf. infra*, n°150 s.). Cette évolution a bouleversé la répartition qui existait depuis l'origine de la Vème République, elle-même inspirée de ce qui prévalait sous la IVème République pour les ancêtres des ordonnances. La spécificité de ce revirement réside dans le fait qu'il n'a pas simplement abouti à changer de critère. En d'autres termes, il n'a pas consisté à substituer au critère organique un critère purement matériel, qui aurait conduit à ce que le contentieux des ordonnances revienne uniquement au Conseil constitutionnel (puisque les ordonnances interviennent par définition dans le domaine de la loi). Le revirement a opéré un mélange des plus étonnants basé sur le critère du moyen soulevé, qui aboutit à une coexistence des compétences juridictionnelles.

**60.** Il paraît donc intéressant d'étudier cette évolution, tout en ayant conscience du risque

---

131 CE, 3 août 1918, Compagnie des chargeurs d'Extrême Orient, n°65102 (Rec. 814).

132 Cons. const., décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 cons. 23.

133 Cons. const., décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, cons. 3 ; CE, 11 mars 2011, Benzoni, n° 341658

134 CE, 11 juin 1990, Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances, n°74293.

135 Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983. Les limites de ce contrôle seront analysées, *cf. infra*, n°113.

136 CE, 8 décembre 2000, M. Hoffer et autres, n°199072.

137 CE, 19 février 2010, Moliné, n°322407 ; Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, cons. 1 ; COM, 27 juin 2014, n°13-27317.

138 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, « Force 5 ».

que présente l'étude d'une évolution jurisprudentielle récente (*cf. infra*, n°75 s). Outre cette restructuration du contentieux des ordonnances, l'augmentation quantitative de ce dernier donne de la matière à cette étude.

## 2. Une explosion des ordonnances multipliant les occasions de contentieux

61. La deuxième justification de cette étude découle d'un raisonnement logique : la multiplication des ordonnances augmente du même coup les occasions de contentieux. Or, depuis les années 2000, une « systématisation »<sup>139</sup> du recours aux ordonnances de l'article 38 a pu être constatée, ce qui rend l'étude de son contentieux d'autant plus intéressante.

62. Si la lettre de l'article 38 ne conditionne pas le recours à ce mécanisme à des circonstances exceptionnelles ou d'urgence, c'était toutefois la conception traditionnelle qui prévalait dans son esprit<sup>140</sup>. Initialement, la pratique était conforme à cet esprit : en effet, jusque dans les années 2000, l'article 38 fut utilisé de manière « épisodique et parcellaire »<sup>141</sup>. Le rapport du Sénat de 2005, actualisé en 2014, en fait parfaitement état : il relève que dans les trente premières années d'application, sur la période 1960-1990, « quelques 25 lois d'habilitation ont été adoptées sur le fondement desquelles 158 ordonnances ont été prises (...) ; une trentaine seulement ont été expressément ratifiées »<sup>142</sup>.

63. Une première augmentation a pu être constatée à partir des années 90, mais c'est véritablement à partir de 2003 que le recours aux ordonnances a significativement augmenté, au point que certains auteurs ont dénoncé un « abus »<sup>143</sup> ou encore un « usage immodéré »<sup>144</sup> de ce mécanisme prévu à l'article 38, conduisant à une « dérive »<sup>145</sup>. A partir de cette date en effet, on assiste à une multiplication du nombre d'ordonnances consécutive à des habilitations

---

139 GUILLAUME (M.), « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 118.

140 Lors des travaux préparatoires de la Constitution, Raymond Janot indiqua ceci : « Nous voudrions que l'application de l'article 38 de la Constitution soit une exception » *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. IV, 2001, p. 83. ; V. aussi, Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, p. 269 : « le recours à la procédure des ordonnances a traditionnellement été conçu comme une procédure exceptionnelle, à la seule initiative du Gouvernement, ce qu'elle fut jusqu'à ces dernières années ».

141 GUILLAUME (M.), *op. cit.*, p. 119.

142 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 5.

143 GAUDEMET (Y.), « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617 ; « La loi administrative », *RDP*, 2006, n°1, p. 65 ; Pierre JANUEL (P.), « Le Parlement menacé par un abus d'ordonnances », *Dalloz actualité*, 20 mars 2018.

144 JEGOUZO (Y.), « De l'usage immodéré des ordonnances », *AJDA*, 2006, p. 1297.

145 PORTELLI (H.), « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, 2006/2, n° 44, p. 3.

elles-mêmes de plus en plus larges et nombreuses<sup>146</sup>. Le Sénat relève ainsi que « entre 2004 et 2013 (10 années), 357 ordonnances ont été publiées sur le fondement de l'article 38, soit 2,3 fois plus que le nombre d'ordonnances publiées entre 1984 et 2003 (20 années) »<sup>147</sup>. C'est ce qui a conduit le Conseil d'État à conclure, dans son rapport public pour 2006, que le recours aux ordonnances était devenu « le principal mode de législation »<sup>148</sup>, en dépit du principe posé à l'article 24 de la Constitution qui confère au Parlement la prérogative de voter la loi. Sur ce point, Yves Gaudemet relevait qu' « en nombre et en importance, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution dépassent aujourd'hui les lois votées par le Parlement »<sup>149</sup>.

64. Au delà de l'explosion quantitative des ordonnances, il existe également une extension matérielle, c'est-à-dire de leur domaine d'intervention. Autrement dit, alors qu'elles étaient initialement cantonnées à certaines matières spécifiques (essentiellement l'actualisation de la législation applicable à l'Outre-mer, la transposition des textes européens et la codification<sup>150</sup>) les ordonnances sont aujourd'hui utilisées dans des matières très diverses, tels que le droit civil, le droit pénal, le droit de l'urbanisme, ou le droit du travail par exemple<sup>151</sup>. Cela a conduit Marc Guillaume à conclure que « depuis trois ans, il n'est pas de domaine du droit, ou presque, qui n'ait fait l'objet d'habilitation puis d'ordonnance »<sup>152</sup>.

65. L'arrivée d'une pandémie mondiale en 2019 n'a fait qu'accentuer ce mouvement. Elle s'est traduite juridiquement, en France – et dans bien d'autres pays – par un état d'urgence sanitaire<sup>153</sup> caractérisé par une extension des pouvoirs de l'exécutif. Cette extension passe notamment par le recours accru au mécanisme de l'article 38 qui se prête particulièrement aux situations d'urgence : ce fut même, rappelons-le, la raison d'être de la généralisation de la pratique des décrets-lois sous la III<sup>ème</sup> République (*cf. supra*, n°18 s). La loi du 23 mars 2020 dite d' « urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 » a procédé à de très nombreuses habilitations (43, pour être précis)<sup>154</sup> au profit du gouvernement pour que ce dernier adapte de nombreuses branches du droit à la situation de pandémie. Vincent Villette constate que cette

---

146 Le tournant s'est opéré avec deux lois de simplification du droit comportant de larges habilitations : la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 et la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004.

147 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 5.

148 Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, p. 270.

149 GAUDEMET (Y.), « La loi administrative », *op. cit.*

150 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, *op. cit.*, p. 51.

151 *Id.*, p. 54.

152 GUILLAUME (M.), *op. cit.*, p. 120.

153 Institué par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

154 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres : « Le contrôle des ordonnances adoptées dans le domaine de la loi », *RFDA* 2021, p. 171.

loi « comportait, à elle seule, plus d'habilitations que le Parlement n'en a voté pendant 42 ans, de 1958 à 2000 »<sup>155</sup>. Cela a eu pour conséquence une augmentation considérable du nombre d'ordonnances, multipliant du même coup les occasions de contentieux. Dans ce contexte, un changement de régime n'est pas anodin.

66. L'objet de l'étude étant clairement identifié, il convient désormais d'en définir le champ.

## §2. CHAMP DE L'ETUDE

67. **Délimitation matérielle.** L'étude se concentre sur le régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Par conséquent, le régime « procédural » de l'article 38, sera exclu du champ de la recherche. Autrement dit, les procédures d'adoption et de ratification des ordonnances ainsi que leur disparition ne seront pas étudiées en tant que telles. Certains éléments s'y rattachant pourront néanmoins être évoqués, à l'appui de l'explication du régime contentieux. Seront également exclues du champ de l'étude les autres ordonnances, qui ne relèvent pas de l'article 38 de la Constitution (*cf. supra*, n°11). Enfin, le contentieux des lois d'habilitation et de ratification pourra être mobilisé, mais toujours pour mieux comprendre celui des ordonnances qui est au centre de l'étude.

68. **Délimitation temporelle.** En toute logique, puisque la recherche se limite aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution de la Vème République, elle est cantonnée temporellement à cette dernière. La limite temporelle inférieure est donc fixée au 4 octobre 1958, date de la promulgation de ladite Constitution. Pour pouvoir tenir compte des évolutions et des actualités, aucune limite temporelle supérieure n'est fixée.

69. **Délimitation géographique.** Enfin, le cadre spatial de cette étude est limité à la France. Il faut toutefois avoir à l'esprit que la France n'est pas le seul pays à avoir mis en place un tel mécanisme. Nombre de constitutions étrangères prévoient directement la possibilité, pour le Parlement, d'habiliter le pouvoir exécutif à prendre des dispositions législatives : tel est le cas, par exemple, des constitutions espagnole<sup>156</sup>, italienne<sup>157</sup>, chilienne<sup>158</sup>, marocaine<sup>159</sup>,

---

155 *Ibid.*

156 Art. 82 à 85 de la Constitution espagnole de 1978. V. pour une étude plus approfondie : BON (P), « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 463-492.

157 Article 77 de la Constitution italienne de 1947. V. pour une étude plus approfondie : CECCANTI (S.), « Décrets-lois et ordonnances en Italie », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol 24, 2014, pp. 63-72.

158 Article 32.3 et 61 de la Constitution chilienne de 1980.

159 Article 70 de la Constitution marocaine de 2011.

roumaine<sup>160</sup>, grecque<sup>161</sup>, ou encore argentine<sup>162</sup>. Dans certains États, le mécanisme de l'habilitation législative existe sans pour autant faire l'objet d'une consécration par la Constitution. Ces États peuvent être classés en deux catégories : ceux qui ne possèdent pas de constitution écrite, comme le Royaume-Uni<sup>163</sup>, et ceux dont le mécanisme découle d'une interprétation d'un autre article de la Constitution, comme c'est le cas en Belgique par exemple<sup>164</sup>. En effet, la possibilité, pour le Roi (et donc, en pratique, le gouvernement fédéral), de prendre des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux (ARPS) sur la base d'une loi de pouvoirs spéciaux découle de l'article 105 de la Constitution belge qui prévoit une compétence d'attribution au pouvoir exécutif<sup>165</sup>. Aux États-Unis, malgré l'article 1er de la Constitution qui confie « tous » les pouvoirs législatifs au Congrès, « le pragmatisme l'a emporté »<sup>166</sup> et la technique de l'habilitation législative au pouvoir exécutif s'est imposée<sup>167</sup>. L'Allemagne, quant à elle, est un cas particulier<sup>168</sup> : la loi fondamentale de 1949 est sans doute l'une des plus « réticentes à admettre la possibilité de déléguer le pouvoir législatif »<sup>169</sup>, puisque son article 129.3 prévoit que les habilitations à « modifier, compléter, ou édicter des règles de droit ayant valeur législative » seront caduques.

70. Les solutions retenues dans ces différents États s'agissant du contrôle juridictionnel des actes pris sur habilitation sont variables. Certains États n'attribuent le contentieux de ces actes qu'à un seul juge (qu'il soit ordinaire<sup>170</sup>, ou constitutionnel<sup>171</sup>). D'autres, comme la France, ont préféré le répartir : c'est le cas en Espagne et en Belgique par exemple<sup>172</sup>. Les aspects de droit comparé sont donc intéressants et nécessaires à la compréhension du système

160 Article 114 de la Constitution roumaine de 1991.

161 Article 43.4 et 44. 1 de la Constitution grecque de 1975.

162 Art. 76 et 99.3 de la Constitution argentine de 1853 (version révisée en 1994).

163 Pour une étude plus approfondie sur le système britannique, v. par exemple : ANTOINE (A.), « La *Secondary Legislation* au Royaume-Uni », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *op. cit.*, pp. 113-135.

164 Pour une étude approfondie sur le système belge, v. par exemple : LEROY (M.), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *op. cit.* pp. 73-111.

165 Art. 105 de la Constitution belge de 1831, coordonnée en 1994 : « Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même. »

166 BOUDON (J.), « La législation déléguée aux États-Unis », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *op. cit.*, p. 139.

167 *Id.*, pp. 137-150.

168 Pour une étude plus approfondie sur le système allemand, v. AUTEXIER (Ch.), « République fédérale d'Allemagne, Les ordonnances et les délégations législatives », *RFDA*, 1987, pp. 748-750.

169 TUSSEAU (G.) « La législation déléguée » in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.2 Distribution des pouvoirs, 2012, p. 610.

170 C'est le cas pour les États de tradition anglo-saxonne. V. sur ce point, TUSSEAU (G.), *op. cit.*, p. 651 et s.

171 C'est le cas, par exemple, en Italie (art. 134 C) ou en Turquie (art. 148 C).

172 TUSSEAU (G.), *op. cit.*, p. 655 et s. Pour la Belgique, v. également VERDUSSEN (M.), « La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique », in CERF (E.), DEMETZ (A.), PETTITI (C.), (coord.), *Le confinement forcé général est-il légal ?*, Rapport de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris et l'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(e)s, 2020, p. 286.

national. Ce n'est toutefois pas l'objet de cette étude. Le système français pourra, de manière ponctuelle, être lu à la lumière du droit comparé.

### §3. CONTEXTE SCIENTIFIQUE ET OBSTACLES DU SUJET

71. La littérature sur les ordonnances de l'article 38 ne manque pas. La thèse de référence en la matière est celle de Catherine Boyer-Mérentier<sup>173</sup> qui étudie en profondeur les ordonnances, de leur édicition à leur nature juridique, en passant par leur régime contentieux. Cet ouvrage sera précieux pour la présente étude. Néanmoins, il date de 1996 : si certains points démontrés dans la thèse sont toujours d'actualité, d'autres en revanche sont dépassés. Une analyse rétrospective d'un passage de sa thèse le prouve assez clairement. Dans son introduction, l'auteure liste quatre éléments relatifs aux ordonnances qu'elle considère comme acquis : « les ordonnances non ratifiées sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État [*affirmation n°1*], l'ordonnance peut être ratifiée implicitement ou explicitement [*affirmation n°2*], après ratification elles peuvent être délégalisées [*affirmation n°3*] enfin, la ratification a un effet rétroactif [*affirmation n°4*] »<sup>174</sup>. Les deux dernières affirmations demeurent vraies aujourd'hui. En revanche, la première n'est plus tout à fait exacte, puisque depuis le revirement de 2020, une partie des ordonnances non ratifiées peuvent également être contestée par la voie de la QPC. Quant à la deuxième, elle n'est plus du tout vraie depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>175</sup>, qui a imposé l'obligation de ratification expresse (*cf. supra*, n°31 et *infra*, n°250 s). Cela démontre bien l'évolution qu'a subie ce régime, qui amène donc à prendre du recul vis à vis de cette thèse.

72. En dehors des thèses, certaines études approfondies des ordonnances et plus largement du mécanisme d'habilitation législative ont été réalisées. C'est le cas notamment de la monographie d'Anne-Marie le Pourhiet de 2011<sup>176</sup> ainsi que de la riche contribution de Guillaume Tusseau sur le thème de la législation déléguée, qui a le mérite d'intégrer une dimension comparée<sup>177</sup>.

73. Il existe également un rapport du Sénat, réalisé en 2005 et actualisé en 2014, intitulé

---

173 BOYER-MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 416 p.

174 *Id.*, p. 19.

175 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

176 LE POURHIET (A.-M.), *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2011, 176 p.

177 TUSSEAU (G.) « La législation déléguée » in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.2 Distribution des pouvoirs, 2012, pp. 605-657.

« Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution »<sup>178</sup>. Ce rapport expose, pour les trois stades de l'article 38 (habilitation, ordonnance, ratification), le régime juridique, puis la pratique. De la même manière, ce rapport ne permet pas d'appréhender les ordonnances au regard de la récente évolution, puisqu'il date de 2014.

74. Pour le reste, pléthore d'articles de doctrine ont été publiés concernant les ordonnances. Il serait fastidieux de tous les citer, et ils seront de toute façon utilisés au cours de cette étude, et reproduits en bibliographie. Bien entendu, de nombreux auteurs se sont empressés de commenter le revirement, au fur et à mesure des différentes décisions : d'abord la décision *Force 5*, qui s'est attirée les foudres de la doctrine<sup>179</sup>, puis les décisions ultérieures, venues nuancer la première, qui ont également fait couler de l'encre<sup>180</sup>.

75. En conclusion, aucune étude approfondie spécifiquement consacrée au contentieux des ordonnances n'a à notre connaissance été réalisée, encore moins depuis l'évolution jurisprudentielle de 2020. Il s'agira donc d'y remédier, tout en ayant à l'esprit les obstacles qu'une telle entreprise peut présenter. Ces obstacles tiennent principalement au caractère tout récent de la modification du régime, qui nécessitera d'être prudent et nuancé sur les solutions retenues. Il faudra avoir à l'esprit qu'une modification récente engendre forcément des incertitudes, *a fortiori* lorsqu'elle est d'origine prétorienne. Des précisions pourront être apportées au fur et à mesure des décisions jurisprudentielles, et il faudra donc y être attentif.

76. Le contexte scientifique de l'étude étant posé, il est nécessaire d'exposer son intérêt, ainsi que son cadre d'analyse.

#### §4. INTERÊT DE L'ETUDE ET CADRE THÉORIQUE D'ANALYSE

77. Quel est l'intérêt d'une étude sur le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 ? Il réside essentiellement dans la compréhension des raisons

---

178 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, 190 p.

179 V. par exemple DUPRIEZ (J.), « Ordonnances : une décision du Conseil constitutionnel vue comme une bombe à retardement », 3 juin 2020, *Public Sénat* ; PADOVANI (J.), « Ordre ou désordre dans la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ? A propos de la décision 2020-843 QPC du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *Le Blog Droit administratif*, 2 juin 2020 (en ligne) ; LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185 ; SCHOETTL (J.-E.), CAMBY (J.-P.), « Ordonnances : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

180 V. par exemple MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258 ; PRETOT (X.), « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *SJEG*, n° 7, 15 Février 2021, p. 342.

qui ont motivé l'évolution du régime, ses conséquences en termes contentieux ainsi que ses implications au-delà de l'aspect contentieux. Plus généralement, le but est de juger si l'évolution du régime était nécessaire et satisfaisante. Pour cela, il faut d'abord s'accorder sur le prisme à travers lequel sera examinée cette répartition du contentieux. L'État de droit paraît être un angle d'analyse intéressant : c'est à notre sens à travers cette notion que tout l'intérêt du sujet se révèle. Il convient de définir la notion (I), avant d'exposer les raisons qui justifient cet angle d'analyse (II).

## **I. L'État de droit : définition**

78. L'État de droit est une notion complexe à définir, pour plusieurs raisons. Née de la doctrine allemande (sous le terme de *Rechtsstaat*) dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, elle fut réceptionnée en France à partir du XX<sup>ème</sup> siècle par trois principaux<sup>181</sup> auteurs : Duguit<sup>182</sup>, Hauriou<sup>183</sup>, et Carré de Malberg<sup>184</sup>.

79. La difficulté réside d'abord dans la pluralité des conceptions de l'État de droit. Une première conception consiste à définir l'État de droit comme un « État soumis à un droit qui lui serait extérieur »<sup>185</sup>. Cette conception matérielle de l'État de droit, peut elle-même être divisée en deux variantes, selon le courant de pensée concerné. Ainsi les jusnaturalistes percevront l'État de droit comme un État « soumis à un droit voulu par Dieu ou dérivé de la nature même de l'homme ou des choses »<sup>186</sup>, tandis que les positivistes considéreront que ce n'est pas l'État en tant que tel, mais ses organes, qui sont soumis au droit positif antérieur (car selon cette variante, « il n'y a pas de droit extérieur et supérieur à l'État »<sup>187</sup>). La deuxième conception, plus restreinte, est celle qui consiste à appréhender l'État de droit comme un État qui « agit au moyen du droit »<sup>188</sup> : ce point de vue, plus formel, voit dans l'État de droit un « type d'organisation du pouvoir dans lequel existe une hiérarchie des normes »<sup>189</sup>. Enfin, une dernière conception définit l'État de droit comme « l'État dont le droit comporte certains

---

181 V. pour une analyse plus détaillée : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, p. 375 et s.

182 DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Bocard, 3<sup>ème</sup> ed, 1928.

183 HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1929.

184 CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003 (réimpression des éditions 1920-1922), 1526 p.

185 TROPER (M.) « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, p. 55.

186 *Ibid.*

187 *Ibid.*

188 *Ibid.*

189 *Id.*, p. 58.

attributs intrinsèques »<sup>190</sup> et comporte donc une dimension plus substantielle. Il existe ainsi plusieurs « versions »<sup>191</sup> de l'État de droit, en fonction du prisme adopté.

**80.** Au delà de la pluralité des conceptions, le terme d'État de droit renvoie également à des notions distinctes, par leur contenu, leur nature et leur fonction<sup>192</sup>. Il s'agit tout à la fois d'un concept théorique et d'une notion de droit positif. L'État de droit est d'abord une théorie : il s'agit d'une « production doctrinale »<sup>193</sup> qui vise soit à décrire un type d'État (« notion politique descriptive »<sup>194</sup>) ou un idéal d'État (« notion politique normative »<sup>195</sup>). Mais il évolua peu à peu vers un concept de droit positif, pour être aujourd'hui consacré dans des constitutions ou des traités internationaux<sup>196</sup>.

**81.** Tout cela mène à une pluralité des définitions et des études de ce concept d'État de droit. Certains en consacrent une thèse entière<sup>197</sup>. L'ambition de cette recherche n'est pas de raisonner théoriquement sur la notion même d'État de droit, mais d'analyser le contenu des ordonnances à l'aune de ce concept. Il faut donc s'accorder sur la définition retenue qui servira de base à la réflexion, mais qui ne prétend en aucun cas être la plus complète possible. Certains aspects de l'État de droit, fort intéressants par ailleurs, ne seront donc pas évoqués dans le cadre de cette étude. En particulier, nous ne retracerons pas en détail la naissance de ce concept et les controverses qui s'y attachent<sup>198</sup>. Nous ne chercherons pas non plus les incertitudes que revêt cette expression, ni les contradictions auxquelles elle peut aboutir<sup>199</sup>. Nous ne prendrons pas part aux grandes querelles théoriques. Il s'agira simplement d'essayer de retenir une définition stipulative, « moderne », actuelle, de l'État de droit.

**82.** Il paraît opportun de retenir une définition large de l'État de droit, qui combine les différentes conceptions (notamment formelle et substantielle) au lieu de s'enfermer dans une seule. Plus que des conceptions, il s'agit alors de facettes de l'État de droit. Comme le souligne justement Jacques Chevallier, il est nécessaire d'avoir à l'esprit ces deux facettes puisque « le *signifiant* "État de droit" n'a de sens qu'en rapport avec un certain *signifié* »<sup>200</sup>. En d'autres

---

190 CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, LGDJ, coll. « Clefs », 6ème éd., 2017, p. 13.

191 *Ibid.*

192 JOUANJAN (O.), « Etat de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Lamy, 2003, p. 650.

193 CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 13.

194 JOUANJAN (O.), *op. cit.*, p. 650.

195 *Ibid.*

196 HEUSCHLING (L.), *op. cit.*, p. 3.

197 HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, 739 p.

198 V. sur ce point : HEUSCHLING (L.), *op. cit.*

199 V. sur ce point : TROPER (M.), TROPER (M.) « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, pp.51-63.

200 CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 86.

termes, « la hiérarchie des normes n'est que l'enveloppe formelle d'une conception substantielle du pouvoir et des libertés que tout à la fois elle transcrit et préserve »<sup>201</sup>.

**83.** L'État de droit, dans sa dimension formelle, suppose l'existence d'une hiérarchie des normes selon laquelle chaque acte juridique doit s'édicter dans le respect des normes qui lui sont supérieures. L'État de droit est donc de ce point de vue un « dispositif technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement du processus de production des normes juridiques »<sup>202</sup>, qui repose sur les principes de constitutionnalité et de légalité<sup>203</sup>. Mais cette hiérarchie des normes est elle-même conditionnée par le maintien d'un certain équilibre des pouvoirs. Jacques Chevallier l'exprime parfaitement en ces termes : « La hiérarchie des normes, formellement sauvegardée, tend cependant à être faussée de manière plus insidieuse par la modification de l'équilibre des pouvoirs, qui place l'exécutif au centre du dispositif de création du droit : l'ordre juridique ne présente plus pour lui les caractères d'un véritable cadre normatif contraignant, d'une hétérolimitation, dès l'instant où il dispose d'une emprise croissante sur le processus législatif »<sup>204</sup>.

**84.** Dans sa dimension matérielle, ou substantielle<sup>205</sup>, l'État de droit suppose l'existence de deux éléments : d'une part, la sécurité juridique, qui sous-tend « l'idée que la règle de droit est tenue de présenter certaines caractéristiques intrinsèques »<sup>206</sup> comme la clarté, l'accessibilité, la stabilité, la précision... ; d'autre part, la consécration dans des normes à valeur supérieure de droits fondamentaux, qui, en plus d'exister, doivent « faire l'objet de mécanisme de protection approprié »<sup>207</sup> notamment par l'existence d'un contrôle juridictionnel du respect de ces droits.

**85.** Finalement, l'État de droit matériel peut se définir comme la nécessité pour un ordre juridique de consacrer, à son sommet, certains principes qu'Olivier Jouanjan a synthétisés : « primauté de la constitution et de sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique (...), responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales »<sup>208</sup>.

---

201 *Ibid.*

202 *Id.*, p. 66.

203 JOUANJAN (O.), *op. cit.*, p. 650.

204 CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 70.

205 Ces deux dimensions seront assimilées, par souci de simplification, mais peuvent en réalité comporter des nuances (*cf. supra*, n°79).

206 CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 94.

207 *Ibid.*

208 JOUANJAN (O.), *op. cit.*

86. En conclusion, la *protection juridictionnelle* et l'*équilibre des pouvoirs* sont deux éléments permettant de garantir l'État de droit : la première en assurant sa facette matérielle, le second en préservant sa facette formelle.

## **II. Justification du prisme de l'État de droit**

87. Le prisme de l'État de droit paraît être pertinent pour étudier le contentieux des ordonnances, pour deux raisons. L'ordonnance est un acte dont la légitimité dans un État de droit a pu être contestée, ce qui rend d'autant plus nécessaire et important son contrôle par une autorité juridictionnelle, sans lequel l'État de droit n'est pas envisageable.

88. D'abord, l'ordonnance est un acte particulier au regard de l'État de droit, car elle bouleverse la hiérarchie des normes, facette formelle de ce dernier. En effet, sa nature est ambiguë puisqu'elle « s'identifie à un pont-jeté entre la loi et le règlement ; un trait d'union entre eux »<sup>209</sup>. Le mécanisme instauré par l'article 38 « heurte les dogmes fondamentaux du droit constitutionnel et de l'État »<sup>210</sup>, et en particulier la séparation des pouvoirs. Cette dernière est, sinon rejetée<sup>211</sup>, au moins modifiée par le mécanisme de l'habilitation législative qui augmente les pouvoirs de l'exécutif, et en lui conférant une fonction qui n'est en principe pas la sienne : celle de faire la loi<sup>212</sup>. Ainsi, « le fait pour le législateur de se défausser d'une partie de ses attributions, alors que la prééminence du Parlement n'a été conquise que de haute lutte contre la prérogative du Prince, est-il condamnable »<sup>213</sup>. Or, pour rappel, la séparation des pouvoirs constitue l'un des sous-principes substantiels que doit revêtir un État de droit (*cf. supra*, n°85). Ainsi, sans qu'il s'agisse, à ce stade, d'affirmer si les ordonnances portent atteinte à la séparation des pouvoirs, il est d'ores et déjà possible d'affirmer qu'elle pose question quant à l'État de droit.

89. Quant au deuxième élément – central – de cette étude, à savoir le contrôle juridictionnel de ces ordonnances, il comporte lui aussi des liens très étroits avec l'État de droit. Comme cela a été mentionné précédemment, l'État de droit suppose le respect du principe de légalité entendu au sens large, c'est-à-dire englobant le principe de

---

209 GICQUEL (J.), « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », in *Mélanges Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 344

210 TUSSEAU (G.) « La législation déléguée » in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.2 Distribution des pouvoirs, 2012, p. 606.

211 GICQUEL (J.), *op. cit.*

212 Fonction attribuée au Parlement par l'article 24 de la Constitution du 4 octobre 1958.

213 TUSSEAU (G.), *op. cit.*, p. 606.

constitutionnalité. Tout cela est garanti par une protection juridictionnelle effective, qui implique l'accès à une instance indépendante et impartiale qui puisse faire valoir ces droits. Le juge apparaît ainsi indispensable à la réalisation de l'État de droit. Cette idée transparait à bien des égards dans l'ouvrage de Jacques Chevallier, qui voit dans le juge la « figure centrale, personnage-clé de l'État de droit »<sup>214</sup>, ou encore la « clef de voûte et la condition de réalisation de l'État de droit »<sup>215</sup>. Sans contrôle juridictionnel, ni la hiérarchie des normes ni les droits fondamentaux ne peuvent être effectivement garantis. En d'autres termes, sans contrôle juridictionnel, l'État de droit n'existe pas.

90. Étudier le contentieux – c'est-à-dire le contrôle par la figure centrale de l'État de droit – d'un acte tel que l'ordonnance qui pose de nombreuses questions au regard de l'État de droit, a donc du sens.

## §5. PROBLEMATIQUE, METHODE ET ANNONCE DU PLAN

91. La problématique sous-jacente à l'étude du contentieux des ordonnances sera celle de savoir si l'évolution qu'il a subie était souhaitable ou non, au regard de l'État de droit. Autrement dit, **l'évolution du régime contentieux des ordonnances va-t-elle dans le sens d'un renforcement de l'État de droit ?** Cela suppose de confronter les deux répartitions (celle qui prévalait avant 2020, et celle retenue depuis cette date) afin d'en dégager les éléments qui renforcent l'État de droit, et ceux qui, au contraire, peuvent contribuer à l'affaiblir. Cela nous permettra d'établir d'une part si cette évolution était nécessaire, et d'autre part si elle est satisfaisante, toujours à travers ce prisme de l'État de droit.

92. Pour résoudre cette question, nous prendrons appui sur les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, sans pour autant prétendre à une étude exhaustive et empirique de celles-ci. Il s'agira principalement d'analyser les décisions qui ont contribué à la construction – ou à la reconstruction – du contentieux des ordonnances. La doctrine sera également un support essentiel aux réflexions, car elle permet de saisir comment ces jurisprudences ont été réceptionnées. Enfin, le recours aux travaux préparatoires tant de la Constitution que de certaines lois (notamment la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) permettra d'éclaircir certaines notions et de saisir la volonté des auteurs de ces normes.

93. Pour analyser de manière claire et lisible si l'évolution du contentieux des

---

214 CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 66.

215 *Id.*, p. 126.

ordonnances a contribué à renforcer ou au contraire à affaiblir l'État de droit, il faudra effectuer une recherche en deux temps. Il conviendra d'abord de vérifier si l'évolution contentieuse a abouti à renforcer la dimension matérielle de l'État de droit, à savoir l'existence et l'effectivité de la protection juridictionnelle. La réponse est plutôt positive à cet égard, puisque cette évolution peut être perçue comme ayant cherché à renforcer cette facette matérielle de l'État de droit (Partie 1). La recherche ne saurait toutefois s'arrêter à cette analyse, sauf à être incomplète. Il faudra donc, ensuite, examiner si l'évolution contentieuse a porté atteinte ou non à la dimension formelle de l'État de droit, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs. Or, s'il est abusif d'affirmer que la restructuration du contentieux des ordonnances a directement porté atteinte à la séparation des pouvoirs, tout au moins faut-il admettre qu'elle a révélé un déséquilibre déjà patent (Partie 2).

**PREMIÈRE PARTIE :**  
**LA RECHERCHE D'UNE MEILLEURE PROTECTION JURIDICTIONNELLE**

94. La recherche d'une meilleure protection juridictionnelle va dans le sens d'un renforcement de l'État de droit, puisqu'elle en est une composante fondamentale, voire « la condition même de son existence »<sup>216</sup>. Le contentieux des ordonnances a pour spécificité d'avoir été construit et restructuré sur ces bases.

95. Le droit au juge et la protection juridictionnelle effective présentent deux traits principaux. D'une part, ils garantissent « au justiciable d'accéder à un juge afin de faire valoir ses droits » et fonde ainsi « l'existence de voies de recours contre les actes des autorités publiques »<sup>217</sup>. D'autre part, ils supposent l'accès à une juridiction qui présente des garanties d'indépendance et d'impartialité, pour répondre au principe de séparation des pouvoirs qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les instances juridictionnelles chargées de contrôler les ordonnances ont toutes deux reconnu ce droit. Dès 1950, le Conseil d'État a en effet estimé qu'il existait un principe général du droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir devait être ouvert contre tout acte administratif, même sans texte<sup>218</sup>. Le Conseil constitutionnel quant à lui consacra de manière expresse le droit au recours juridictionnel effectif comme découlant de l'article 16 de la DDHC, dans une décision de 1996<sup>219</sup>.

96. Au sein de cette partie, la notion de « protection juridictionnelle » sera principalement appréhendée au travers de l'idée d'ouverture du prétoire, d'accès au juge. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne sous-tend pas celle d'une indépendance et d'une impartialité du juge. Au contraire, le choix a été fait de partir du principe que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel présentent des garanties d'indépendance plus ou moins équivalentes. Plus précisément, nous partirons de l'idée que le Conseil d'État n'est pas un « meilleur » juge – au sens d'un juge qui serait plus « respectueux des exigences

---

216 BERTRAND (B.), SIRINELLI (J.), « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective » in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 565. V. aussi : RIDEAU (J.) « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 3.

217 BERTRAND (B.), SIRINELLI (J.), *op. cit.*

218 CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949.

219 Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

d'indépendance, d'impartialité et d'efficacité »<sup>220</sup> – que le Conseil constitutionnel, et inversement. Ce raisonnement pourrait bien entendu être contesté. S'agissant du Conseil d'État, sa double casquette de conseiller du gouvernement et de juge peut constituer un argument en défaveur de son impartialité et de son indépendance. Mais de la même manière, la casquette politique des membres du Conseil constitutionnel peut faire douter du respect de ces exigences. Par souci de simplification et parce que l'inverse demanderait des développements trop conséquents à l'échelle de cette étude, la notion de protection juridictionnelle sera donc entendue au sens étroit d'accès au juge et d'ouverture du prétoire, *ceteris paribus*.

97. Les caractéristiques du contentieux des ordonnances trouvent leur source dans la volonté d'assurer une protection juridictionnelle la plus étendue possible. L'ouverture du REP à leur encontre (*cf. infra*, n°105) en est une preuve, puisque ce dernier apparaît comme un « instrument privilégié de la protection juridictionnelle de l'administré dans le cadre du contentieux des décisions de l'administration »<sup>221</sup>. L'évolution du système juridictionnel français, et en particulier l'avènement d'une justice constitutionnelle, a néanmoins amené à se réinterroger sur un système qui pouvait sembler obsolète, voire insatisfaisant au regard de la protection juridictionnelle (chapitre 1). De ce point de vue, une évolution du contentieux des ordonnances n'était pas dépourvue de sens. Si elle a pu à ses débuts faire présager le contraire, la restructuration opérée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en 2020 s'inscrit bel et bien dans cet objectif d'une meilleure protection juridictionnelle, et par suite d'un renforcement de l'État de droit. L'ouverture du prétoire qu'elle engendre en est un indice déterminant. Toutefois, parce que la diversification du prétoire semble avoir complexifié un ensemble « déjà subtil »<sup>222</sup>, il faut admettre que cette évolution demeure ambivalente au regard de la protection juridictionnelle effective (chapitre 2).

---

220 BERTRAND (B.), SIRINELLI (J.), *op. cit.*

221 CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Université de Poitiers, Dactyl., 2005, t1. p. 5.

222 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

## **Chapitre 1 : L'obsolescence des fondements originels de la répartition contentieuse des ordonnances**

98. La construction initiale du régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution est fondée sur la volonté de ne pas soustraire ces dernières au contrôle du juge. Les solutions retenues répondaient donc à l'objectif louable d'une meilleure protection juridictionnelle (I). Toutefois, le système juridictionnel a évolué et l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a eu pour effet d'atténuer la pertinence des justifications initiales, voire de les rendre surannées (II).

### **I. UNE RÉPARTITION INITIALEMENT JUSTIFIÉE PAR LA NÉCESSITÉ DE CONTRÔLER LES ORDONNANCES**

99. Le Conseil d'Etat s'est très tôt estimé compétent pour contrôler la légalité des ordonnances non ratifiées, en faisant primer le critère organique. Cette solution permettait d'éviter leur immunité contentieuse (A). Parallèlement, les ordonnances ratifiées ont également échappé à une totale immunité juridictionnelle, le Conseil constitutionnel ayant accepté de les contrôler indirectement par le biais de la loi de ratification (B).

#### **A) La prévalence du critère organique : éviter l'immunité contentieuse des ordonnances non ratifiées**

100. **Liberté dans le choix du critère de définition de l'acte.** L'article 38 de la Constitution ne prévoit pas le régime contentieux des ordonnances. C'est donc au juge qu'il est revenu de décider du critère de définition de cet acte, qui détermine la compétence juridictionnelle : or, la Constitution étant également muette sur la nature des ordonnances, il restait libre dans le choix de ce critère. Quelles étaient alors ses possibilités ? Il aurait pu, premièrement, retenir le critère matériel, c'est-à-dire basé sur la matière régie par les dispositions contestées. Par définition, les dispositions d'une ordonnance sont censées appartenir au domaine de la loi : c'est la raison d'être de l'habilitation législative. Si le Conseil d'État avait retenu le critère matériel, il se serait donc naturellement déclaré incompétent

conformément à son refus constant de contrôler la constitutionnalité des lois<sup>223</sup>. Cette solution était problématique au regard de la protection juridictionnelle effective et du principe de légalité, puisqu'elle aurait mené à une immunité contentieuse de toutes les ordonnances. En effet, l'article 61 de la Constitution qui institue un contrôle *a priori* des lois ne semblait pas pouvoir s'appliquer aux ordonnances puisque ce contrôle est censé intervenir avant la *promulgation* desdites lois. Or, une ordonnance n'est jamais promulguée : elle entre en vigueur à sa *publication*<sup>224</sup>. En outre, aucun contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi n'existait à cette époque<sup>225</sup> : retenir le critère matériel aurait donc rendu impossible un quelconque contrôle de l'ordonnance une fois sa publication intervenue.

**101.** Le critère organique, au contraire, est basé sur la qualité de l'auteur de l'acte. Autrement dit, il consiste à tirer du caractère administratif de l'autorité une nature administrative à ses actes. Appliquée à l'ordonnance, cela conduit à une solution inverse de la précédente. L'auteur d'une ordonnance est le pouvoir exécutif puisqu'il s'agit d'un acte pris par le gouvernement, signé par le Président de la République : cela confère donc, en vertu du critère organique, un caractère administratif à cette dernière. Or, le juge administratif étant traditionnellement juge de droit commun de la légalité des actes administratifs<sup>226</sup>, il devient alors compétent pour la contrôler. C'est cette option qui a été retenue par le Conseil d'État. Ce choix s'explique par deux considérations : une continuité jurisprudentielle, et la nécessité de contrôler les ordonnances.

**102. Continuité des solutions retenues pour les RAP et les décrets-lois.** La prévalence du critère organique pour déterminer la compétence juridictionnelle n'est pas spécifique aux ordonnances. Le Conseil d'État a pu mobiliser cette solution par le passé, chaque fois (ou presque<sup>227</sup>) qu'un doute planait sur la nature juridique d'un acte qu'il souhaitait

---

223 CE, Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, n°41221 (Rec. 966).

224 Art. 38, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

225 FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, 583 p.

226 Le Conseil constitutionnel a fait figurer « au nombre des [PFRLR] celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle », Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence », cons. 15.

227 Il existe en effet des exceptions à cette affirmation. Ainsi en est-il des actes pris en circonstance de guerre (CE, 28 juin 1918, Heyriès, n°63412), des actes pris en application de l'article 16 de la Constitution (CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, n°55049 et 55055) ou encore, par exemple, des actes dont la valeur législative est prévue par la Constitution, comme c'était le cas pour l'ancien article 92. Si le Conseil d'État avait souhaité contrôler ces actes, il aurait pu retenir le critère organique, qui ne fait défaut dans aucun d'entre eux. Sur ce point, v. (pour une critique) : LE POURHIET (A.-M.), *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2011, p. 90.

contrôler. Jean-François Lachaume indique en ce sens que « l'application du critère organique a permis de qualifier d'administratifs et de rendre justiciables du recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'État (...) et les tribunaux administratifs (...) des actes réglementaires sur la nature et le régime juridique desquels des doutes existaient »<sup>228</sup>. Ce fut le cas, notamment, des règlements d'administration publique (RAP), c'est-à-dire des « décrets d'application des lois pris sur habilitation du législateur et après avis du Conseil d'État »<sup>229</sup>. Dans une décision de 1907, le Conseil d'État a accepté de contrôler les actes portant règlement d'administratif « en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative »<sup>230</sup>.

**103.** Il a eu l'occasion de réitérer cette solution à l'égard de ce qui constitue d'une certaine manière les ancêtres des ordonnances (*cf. supra*, n°17 s.). Le 3 août 1918, le Conseil d'État a en effet admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret-loi, en retenant le même raisonnement basé sur le critère organique de cet acte<sup>231</sup>. Il relève tout d'abord que « la circonstance que le parlement s'est réservé le droit de ratifier les décrets qu'il a autorisé le pouvoir exécutif à prendre sur certaines matières par lui spécifiées, ne saurait avoir pour effet de changer le caractère des décrets rendus en vertu de cette obligation ». Puis il en déduit que ces décrets-lois « demeurent des actes administratifs, soumis au contrôle de la juridiction administrative, laquelle, tant que le législateur n'a pas lui-même par son intervention expresse donné auxdits actes la valeur législative, a compétence (...) pour examiner s'ils n'excèdent pas les limites de la délégation ».

**104.** Cette décision, confirmée par la suite<sup>232</sup>, se justifie par la nécessité de contrôler de tels actes. Plus précisément, elle s'explique, selon Emilien Quinart, par des raisons d'ordre conjoncturel et structurel<sup>233</sup>. D'abord, cette décision s'inscrit dans un courant doctrinal majoritaire qui appelle « à l'approfondissement du contrôle du juge sur les actes de l'Exécutif, et à la mise en place d'une législation d'exception, votée par le Parlement »<sup>234</sup>, en réaction au « règne de l'illégalité nécessaire » qui caractérisait la France pendant la première guerre mondiale<sup>235</sup>. Ensuite, elle s'inscrit structurellement dans une dynamique du Conseil d'État qui

---

228 LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.), DEFFIGIER (C.), CLAEYS (A.), *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 18ème éd., 2020, p. 176.

229 LE POURHIET (A.-M.), *op. cit.*, p. 45.

230 CE, 6 décembre 1907, Cie des chemins de fer et autres, n°04244 (Rec. 913).

231 CE, 3 août 1918, Compagnie des chargeurs d'Extrême Orient, n°65102 (Rec. 814).

232 CE, Ass., 25 juin 1937, Union des véhicules industriels (Rec. 619) ; CE, 10 février 1950, Sieur Gicquel (Rec. 100) ; CE, 16 mars 1956, Caisse autonome de sécurité sociale dans les mines et autres (Rec. 12).

233 QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, p. 444.

234 *Ibid.*

235 *Id.*, p. 79 (points 129 et s.).

consiste à soumettre de plus en plus d'actes de l'exécutif à son contrôle, au premier rang desquels, les RAP. En d'autres termes, la solution retenue pour les décrets-lois s'inscrit dans la continuité de celle retenue pour les RAP.

**105. Un choix finaliste renforçant l'État de droit.** L'avènement de la Vème République aurait pu justifier une rupture dans cette lignée jurisprudentielle<sup>236</sup>. En effet, le nouveau système de répartition des compétences issu des articles 34 et 37 aurait pu justifier juridiquement la prévalence du critère matériel, puisque cette répartition reposait elle-même sur des considérations matérielles. Malgré cela, et vraisemblablement en raison de l'ambiguïté que l'article 38 laissait subsister quant à la nature des ordonnances, le Conseil d'État a renouvelé sa jurisprudence relative aux décrets-lois, en l'étendant « tacitement »<sup>237</sup> aux ordonnances. Retenir le critère organique permettait au Conseil d'État de contrôler les ordonnances, aussi longtemps qu'elles n'étaient pas ratifiées. En effet, à la ratification, le législateur se réapproprie le texte et devient l'auteur de l'acte : le critère organique ne permet plus de fonder la compétence du juge administratif. Dès 1961, le Conseil d'État a donc admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'égard des ordonnances non ratifiées<sup>238</sup>.

**106.** Ce choix de la prévalence du critère organique pouvait paraître simplificateur<sup>239</sup>, mais revêtait « une dimension incontestablement finaliste »<sup>240</sup>, c'est-à-dire qu'il se justifiait par la volonté de ne pas soustraire ces ordonnances non ratifiées au contrôle juridictionnel, de ne pas leur conférer une immunité contentieuse. En ce sens, c'est bien la nécessité de préserver l'État de droit qui a servi de « boussole »<sup>241</sup> au Conseil d'État, puisque la protection juridictionnelle en est un aspect (*cf. supra*, n°84 s.). Le Conseil constitutionnel avait lui-même confirmé cette solution, en s'estimant incompétent pour contrôler les ordonnances non ratifiées. Dès 1985, il affirmait ainsi que son contrôle ne pouvait « porter que sur les lois, et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution », en prenant le soin de préciser que « celles-ci n'en sont pas moins soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir »<sup>242</sup>.

---

236 BOYER-MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 158 ; VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres : « Le contrôle des ordonnances adoptées dans le domaine de la loi », *RFDA* 2021, p. 171.

237 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 157.

238 CE, Sect., 3 novembre 1961, *Sieur Damiani*, n°53155 (Rec. 607) ; CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, n°52262 (Rec. 658).

239 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.* p. 157.

240 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), *op. cit.*

241 VILLETTE (V.), *op. cit.*

242 Cons. const., décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, cons. 23 ; Cons. const., décision n° 72-73 L du 29

**107. Ordonnances référendaires.** Il faut noter une particularité concernant le contentieux des ordonnances référendaires. Dans la célèbre décision *Canal, Robin, Godot*<sup>243</sup>, le Conseil d'État leur a étendu le régime applicable aux ordonnances de l'article 38 et s'est donc estimé compétent pour les contrôler. Toutefois, son raisonnement était quelque peu différent puisqu'il ne s'est pas directement basé sur le critère organique<sup>244</sup>. En réalité, il s'est fondé sur la distinction entre d'une part l'habilitation législative (entendue dans le sens de délégation législative) et d'autre part l'extension temporaire du pouvoir réglementaire. La haute juridiction considère en effet que l'ordonnance référendaire « a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ». Elle en tire la conséquence suivante : cet acte « conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir »<sup>245</sup>.

**108. Teneur du contrôle.** Le contrôle de légalité qu'opérait – et qu'opère toujours (*cf. infra*, n°160 s.) – le Conseil d'État sur les ordonnances non ratifiées est étendu. Il vérifie d'abord que l'ordonnance est conforme à la loi d'habilitation, c'est-à-dire qu'elle n'excède pas le champ ou les limites de l'habilitation<sup>246</sup>. A l'inverse, le Conseil d'État sanctionnera également une incompétence négative, c'est-à-dire une ordonnance qui demeure en deçà des termes de l'habilitation<sup>247</sup>. Mais le contrôle des ordonnances non ratifiées ne se limite pas à leur conformité à la loi d'habilitation : le juge administratif vérifiera également le respect des principes généraux du droit, des règles et principes de valeur constitutionnelle mais également des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne<sup>248</sup>. Ainsi par exemple le Conseil d'État a-t-il pu contrôler la conformité d'une ordonnance par rapport au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et devant les charges publiques<sup>249</sup>, ou encore celui de liberté du commerce et de l'industrie<sup>250</sup>. De même, il a

---

février 1972

243 CE, 19 octobre 1962, Sieurs Canal, Robin et Godot, n°58502.

244 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 159.

245 *Ibid.*

246 V., pour un exemple d'ordonnance qui excède les limites de l'habilitation : CE, 13 juillet 2006, France nature environnement, n° 286711.

247 CE, 9 septembre 1994, Société Mayotte Motors Corporation n° 139033.

248 CE, Sect., 19 octobre 2005, CGT et autres, n°283471.

249 CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, n°177162.

250 CE, Ass., 28 mars 1997, Société Baxter, n°179049.

contrôlé le respect des principes issus de la Convention européenne des droits de l'Homme, comme la vie privée et familiale de l'article 8 par exemple<sup>251</sup> mais également d'autres conventions internationales telles que la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement<sup>252</sup>. Il faut enfin noter que le contrôle de l'ordonnance non ratifiée peut se faire par voie d'action, devant le Conseil d'État en premier et dernier ressort<sup>253</sup> mais également par voie d'exception devant le juge administratif<sup>254</sup>.

**109.** L'ouverture du contrôle par le Conseil d'Etat sur les ordonnances non ratifiées de l'article 38 était donc justifiée par la nécessité d'une protection juridictionnelle. De surcroît, la teneur de ce contrôle, loin d'être superficielle, est en cohérence avec cet objectif. *Quid* des ordonnances ratifiées ? La nécessité de les contrôler a encore une fois servi de fondement aux solutions retenues en la matière et plus précisément au contrôle étendu de la loi de ratification par le Conseil constitutionnel.

B) Le contrôle étendu de la loi de ratification : éviter l'immunité contentieuse des ordonnances ratifiées

**110.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les ordonnances ratifiées prouve une fois encore que l'enjeu sous-jacent au contrôle des ordonnances est celui de l'effectivité de la protection juridictionnelle et la nécessité de contrôler de tels actes.

**111. Dessaisissement du Conseil d'État et conséquences.** Le choix du critère organique par le Conseil d'État conduisait certes à soumettre au contrôle du juge une partie des ordonnances : celles qui n'ont pas été ratifiées. Néanmoins, une fois la ratification intervenue, l'auteur de l'acte change : ce n'est plus l'exécutif, mais bien le législateur qui s'approprie le texte. Selon la logique retenue par le Conseil d'État, c'est-à-dire le critère organique, la ratification conduit donc à son dessaisissement. Autrement dit, l'ordonnance ratifiée devient insusceptible de recours devant le Conseil d'État<sup>255</sup>, et les recours pendants

251 CE, 1er décembre 1997, Union des professions de santé libérales SOS Action Santé, n°184546.

252 CE, Sect., 19 octobre 2005, CGT et autres, n°283471. Il est intéressant de noter que le contrôle de cette ordonnance a donné lieu à un conflit de compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, v. sur ce point : Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 46.

253 Art. R.311-1 CJA, 1°. Pour une justification de la compétence exclusive du Conseil d'État à l'époque où la solution n'était pas expressément consacrée dans un code, v. BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 161.

254 Rappelé notamment par CE, 8 décembre 2000, M. Hoffer et autres, n°199072 : la « légalité [des ordonnances non ratifiées] 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 ».

255 CE, 11 juin 1990, Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances, n°74293 ; rappelé par CE, 8 décembre 2000, M. Hoffer et autres, n°199072.

tombent puisque la ratification a un effet rétroactif<sup>256</sup>. Cette jurisprudence s'inscrivait également dans la continuité de celle retenue à propos des décrets-lois<sup>257</sup>. Or, avant 2010, aucun contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'existait en France. Par conséquent, mis à part le contrôle de conventionnalité exercé par voie d'exception par le juge ordinaire, au même titre que les lois ordinaires<sup>258</sup> l'ordonnance ratifiée bénéficiait d'une immunité contentieuse, au moins par voie d'action.

**112. Extension du contrôle sur la loi de ratification au contenu de l'ordonnance.** Il restait toutefois une possibilité, indirecte, de contrôler l'ordonnance ratifiée – ou, plus précisément, l'ordonnance « en voie de ratification »<sup>259</sup>. En effet, l'article 61, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 instaure un contrôle *a priori* de la loi : le Conseil constitutionnel peut examiner la conformité d'une loi avant sa promulgation s'il est saisi par l'une des quatre autorités de saisine originelles – Président de la République, Premier ministre, Président de l'Assemblée nationale, Président du Sénat – ou par soixante députés ou soixante sénateurs. Il est clair que l'ordonnance en elle-même ne peut pas être déférée au Conseil constitutionnel par cette voie. En effet, elle n'est pas une loi au sens de cet article, puisqu'elle n'est pas adoptée selon la procédure législative ordinaire (elle entre en vigueur dès sa publication, et ne fait pas l'objet d'une promulgation, *cf. supra*, n°100). En revanche, il est une loi qui « répond parfaitement aux caractéristiques que doit revêtir l'acte le plus couramment admis à être déféré devant le Conseil constitutionnel »<sup>260</sup> : la loi de ratification. La question qui s'est alors posée était celle de savoir si, à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi de ratification, le Conseil constitutionnel pouvait vérifier la constitutionnalité des dispositions contenues dans l'ordonnance faisant l'objet de la ratification. Malgré les difficultés juridiques que cela pouvait engendrer, les Sages se sont arrogés cette possibilité, dès 1983<sup>261</sup>.

**113. Arguments en défaveur de cette extension.** Il faut relever certains éléments qui auraient pu faire obstacle à un tel contrôle. D'abord, malgré le lien qui les unit, l'ordonnance et la loi de ratification sont deux actes distincts : en particulier, leur contenu n'est pas

---

256 Cons. const., décision n° 66-36 L du 10 mars 1966 ; CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec. 593).

257 V., par exemple, CE, 9 mars 1951, Guiolet, (Rec. 146) ou encore, CE, Sect., 25 janvier 1957, Société Établissements Charlionais et Cie, n° 30726 (Rec. 54).

258 CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo n°108243 (Rec. 190).

259 DEGBOÉ (D.), « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », *Politeia*, 2015, n°27, p. 417.

260 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 215.

261 Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983 ; Cons. const., décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984 ; Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987. Pour un exemple récent, v. Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018.

nécessairement identique. Catherine Boyer-Mérentier le relève justement en indiquant que la loi de ratification peut certes « se contenter de reprendre le contenu »<sup>262</sup> de l'ordonnance, mais elle peut également « s'en distinguer en le modifiant ou en y adjoignant des dispositions indépendamment du cadre de l'habilitation »<sup>263</sup>. C'est également ce que constate Julien Boudon, en prenant pour exemple la loi de ratification du 29 mars 2018 qui ratifie des ordonnances prises pour renforcer le dialogue social mais modifie également certaines de leurs dispositions ainsi que le droit en vigueur dans les matières concernées<sup>264</sup>.

**114.** En outre, et c'est sans doute l'argument le plus pertinent, le contrôle indirect par le Conseil constitutionnel d'une ordonnance à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi de ratification peut être interprété comme un « empiétement du Conseil constitutionnel dans le champ de compétences du juge administratif »<sup>265</sup>. En effet, il faut avoir à l'esprit que lors du contrôle *a priori* de la loi de ratification, cette dernière n'est, par définition, pas encore promulguée : la ratification qu'elle opère de l'ordonnance n'est donc pas en vigueur. Par conséquent, l'ordonnance n'a pas encore acquis valeur législative. Elle est donc, par suite, un acte réglementaire. Or, le contentieux des actes de nature réglementaire revient au Conseil d'État. C'est en cela qu'il est possible d'affirmer que l'extension du contrôle des lois de ratification au contenu des ordonnances n'entre pas dans l'office du juge constitutionnel. En réalité, « les Sages anticipent la qualité législative de l'acte réglementaire : à travers la loi de ratification, c'est la valeur déjà législative de l'ordonnance qui est examinée »<sup>266</sup>. Cela a pu faire craindre certains auteurs d'un risque de conflit de jurisprudence entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel<sup>267</sup>. Il est en effet possible que les deux juges soient amenés à se prononcer sur la constitutionnalité d'une même ordonnance, l'un avant la ratification, l'autre à l'occasion du contrôle de la loi de ratification. Si cette situation n'est pas une hypothèse d'école<sup>268</sup>, elle se solde en général par des interprétations convergentes des deux ailes du Palais-Royal.

---

262 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 218.

263 *Ibid.*

264 Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social ; BOUDON (J.), « Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *AJDA*, 2019, p. 1492.

265 DEGBOÉ (D.), *op. cit.*, p. 415.

266 BOUDON (J.), *op. cit.*

267 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 219 ; DEGBOÉ (D.), *op. cit.*, p. 418.

268 Ce fut le cas par exemple concernant l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, dont la constitutionnalité fut contrôlée par le Conseil d'Etat avant la ratification (CE, 29 octobre 2004, Sueur, n°269814) et par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la loi de ratification (Cons. const., décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004).

**115. Arguments en faveur de cette extension.** Les arguments en faveur de l'extension du contrôle de la loi de ratification au contenu de l'ordonnance reposent en grande partie sur des considérations d'effectivité de la protection juridictionnelle et d'ouverture du prétoire du juge constitutionnel. Comme cela a déjà été évoqué, l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de se pencher sur les dispositions de l'ordonnance pour examiner leur constitutionnalité conduirait à une immunité juridictionnelle des ordonnances dès lors que la ratification est intervenue. Or, cela n'est pas souhaitable au regard du principe de légalité qui, entendu dans son sens large, n'implique pas seulement la soumission de l'Administration à la loi mais également celle du Parlement aux règles et principes constitutionnels. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément consacré dès 1985 en affirmant que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>269</sup>. En acceptant de contrôler indirectement les ordonnances par le biais du contrôle de la loi de ratification, le juge constitutionnel évite ainsi un « déni de contrôle »<sup>270</sup> et s'inscrit pleinement dans le cadre de cette vision de l'État de droit qui ne se résume pas – ou plus – à un État légal<sup>271</sup>.

**116.** Au delà de l'ordonnance en elle-même, c'est également l'effectivité du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61 de la Constitution qui était à l'époque en jeu. En effet, l'ordonnance formant un « ensemble normatif indissociable »<sup>272</sup> avec la loi de ratification, ne pas examiner celle-là aurait conduit à ne contrôler que partiellement celle-ci. Plus précisément, le Conseil serait réduit à contrôler les règles de forme, sans se préoccuper du fond, ce qui est contraire à l'esprit de l'article 61 qui institue un contrôle étendu. On retrouve ici l'idée d'éviter un déni de justice, avec un Conseil constitutionnel qui statuerait *infra petita* s'il n'exerçait pas un contrôle au fond des dispositions de l'ordonnance, en les confrontant notamment à « certains principes tels que les droits fondamentaux [qui] ne [trouvent] d'ailleurs application qu'à ce niveau de contrôle »<sup>273</sup>.

**117.** Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu être vue par certains comme un moyen de « marquer sa volonté de ne pas être "court-circuité" »<sup>274</sup>. C'est possible. Mais cela procède d'une cause plus large – et plus noble – à savoir une meilleure protection des

---

269 Cons. const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie, cons. 27.

270 DEGBOÉ (D.), *op. cit.*, p. 415.

271 Sur ce sujet, voir : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris-Aix-en-Provence, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1992, 389 p.

272 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 216.

273 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 217.

274 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *op. cit.*

droits fondamentaux et un renforcement du principe de légalité.

**118. Relativisation de l'effectivité de ce contrôle.** Il ne faut toutefois pas surestimer la portée de ce contrôle. D'abord, les normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle indirect de l'ordonnance en voie de ratification sont moins nombreuses que devant le Conseil d'État. En particulier, il ne pourra pas vérifier le respect du champ de l'habilitation par l'ordonnance : dans une décision de 2004, le Conseil constitutionnel a en effet jugé qu'était « inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation »<sup>275</sup>. En toute logique, le juge constitutionnel ne pourra pas non plus vérifier la conformité de l'ordonnance aux principes généraux du droit et au droit international. Son office se limite donc à contrôler la loi de ratification – et par extension l'ordonnance – à la Constitution, son préambule, les règles et principes à valeur constitutionnelle et les lois organiques<sup>276</sup>.

**119.** En outre, le contrôle indirect du Conseil constitutionnel sur les ordonnances est « relativement rare »<sup>277</sup>. Il existe en effet deux obstacles à franchir avant d'atteindre cette décision : l'adoption d'une loi de ratification d'une part, et la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61. Or, ni l'une ni l'autre n'est obligatoire, ce qui réduit nécessairement la probabilité qu'un tel contrôle soit opéré.

**120.** Enfin, la constatation d'une illégalité – au sens large – de l'ordonnance n'aura pas les mêmes effets selon qu'elle provient du Conseil d'État dans le cadre du REP ou du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi de ratification. En effet, dans le premier cas, le Conseil d'État pourra annuler l'ordonnance qui disparaîtra alors de l'ordre juridique. Tandis que dans le second cas, l'inconstitutionnalité de l'ordonnance n'aura d'effet que sur la loi de ratification, qui ne pourra pas entrer en vigueur. Les conséquences sur l'ordonnance ne seront que moindres : elle est maintenue dans l'ordre juridique et « demeure dans sa totalité, jusqu'à l'intervention d'une loi la ratifiant, un texte de valeur réglementaire dont la régularité juridique ne peut être appréciée par le Conseil constitutionnel »<sup>278</sup>. A partir de là, deux situations se présentent : soit le délai de recours devant le Conseil d'État<sup>279</sup> n'est pas encore dépassé et l'ordonnance pourra, en sa qualité d'acte réglementaire, être contestée devant ce dernier ; soit ce délai est dépassé et l'ordonnance devient alors insusceptible de

---

275 Cons. const., décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, cons. 36.

276 LE POURHIET (A.-M.), *op. cit.*, p. 101.

277 *Ibid.*

278 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 25.

279 Deux mois à compter de la publication de l'ordonnance, conformément aux délais de recours de droit commun devant la juridiction administrative, art. R. 421-1 CJA.

recours. La justification de ce contrôle indirect des ordonnances ratifiées est donc louable, mais son effectivité est à relativiser.

121. Quoi qu'il en soit, les justifications initiales qui viennent d'être exposées ont perdu de leur acuité depuis l'entrée en vigueur de la QPC en 2010, qui permet un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des dispositions législatives. Les développements qui suivent ont pour objet de le démontrer.

## II. UNE RÉPARTITION SURANNÉE DEPUIS L'AVÈNEMENT D'UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ *A POSTERIORI*

122. L'apparition d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le biais de la QPC a modifié le paysage juridictionnel français à bien des égards. En ce qui concerne le contentieux des ordonnances, ses fondements initiaux ont été rendus quelque peu désuets par la QPC. Cette dernière peut en effet être analysée non seulement comme un élément de remise en cause des fondements initiaux du contentieux des ordonnances (A) mais également comme un facteur d'éloignement de ceux-ci (B).

### A) La QPC, élément de remise en cause des fondements initiaux

123. **Recevabilité d'une QPC à l'encontre d'une ordonnance ratifiée.** Il aura fallu attendre 2008, et la réforme constitutionnelle dite « de modernisation des institutions de la Vème République »<sup>280</sup> pour voir apparaître, en France, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette réforme a en effet intégré un nouvel article à la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 61-1, qui dispose dans son premier alinéa « *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* ». Le deuxième alinéa renvoie à une loi organique pour déterminer les conditions d'application de ce nouvel article. Ce fut chose faite avec la loi organique du 10 décembre 2010, qui introduit, dans l'ordonnance portant loi organique sur le

---

280 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

Conseil constitutionnel, un chapitre consacré à la QPC<sup>281</sup>. Nous aurons l'occasion de revenir sur les conditions de son application et de sa mise en œuvre. A ce stade, il faut constater que l'introduction de ce « nouveau gène dans le procès »<sup>282</sup> a eu des conséquences multiples, y compris sur le contentieux des ordonnances. En effet, le Conseil constitutionnel, mais également les juges du filtre que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, ont accepté la recevabilité d'une QPC à l'égard d'une ordonnance ratifiée<sup>283</sup>.

**124. Remise en cause du contrôle indirect du Conseil constitutionnel sur les ordonnances en voie de ratification.** En premier lieu, l'apparition de la QPC a relativisé la nécessité pour le Conseil constitutionnel d'étendre son contrôle de la loi de ratification aux dispositions de l'ordonnance. Ce point vient s'ajouter aux critiques qui pouvaient déjà être formulées à l'encontre d'un tel contrôle (*cf. supra*, n°113 s.), au point que certains auteurs ont invoqué l'idée d'une « inflexion, voire à un abandon du contrôle des ordonnances *a priori* »<sup>284</sup>. En effet, bien que les effets d'un tel contrôle étaient limités – le Conseil constitutionnel ne pouvant abroger l'ordonnance en elle-même mais seulement empêcher la promulgation de la loi de ratification (*cf. supra*, n°120) – il pouvait être interprété comme une alerte lancé au législateur, « signifiant que [le Conseil constitutionnel] pourrait (...) déclarer l'inconstitutionnalité d'une ordonnance nonobstant l'adoption des dispositions la ratifiant »<sup>285</sup>. L'extension du contrôle du Conseil constitutionnel sur les ordonnances faisant l'objet de la ratification pouvait donc se justifier avant 2010. Mais depuis l'introduction de la QPC, une telle explication ne tient plus. Ou plus exactement, elle devient « superfétatoire »<sup>286</sup> puisque depuis cette date, le Conseil constitutionnel peut *directement* contrôler si les dispositions d'une ordonnance ratifiée ne portent pas atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Qui plus est, la constatation d'une inconstitutionnalité dans ce cadre aura une portée bien plus large qu'à l'occasion du contrôle indirect. En effet, l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit qu' « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ».

---

281 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

282 BERNABE (B.), CARTIER (E.), « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », p. 3.

283 Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 ; CE, 19 février 2010, Moliné, n°322407 ; Cass. Com., 27 juin 2014, n°13-27317.

284 DEGBOÉ (D.), *op. cit.*, p. 421.

285 *Id.*, p. 424.

286 *Id.*, p. 425.

**125. Remise en cause du choix du critère organique.** En second lieu, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a fait disparaître la finalité première qui avait motivé le Conseil d'État à retenir une approche organique de l'ordonnance. Pour rappel, la raison principale pour laquelle le Conseil d'État avait fait prévaloir le critère organique pour déterminer la nature de l'ordonnance, tient à la nécessité de contrôler de tels actes. Autrement dit, le critère organique permettait de qualifier l'ordonnance non ratifiée d'acte administratif ce qui ouvrait alors sa compétence. *A contrario*, s'il avait retenu le critère matériel, l'ordonnance aurait dû être considérée comme un acte de nature législative : or, à cette époque, le contrôle juridictionnel sur de tels actes n'était pas possible *a posteriori*. Il existait, certes, un contrôle de conventionnalité, mais limité au litige en cause, et n'ayant pas la portée *erga omnes* qui caractérise le contrôle objectif de légalité (*cf. supra*, n°47 s.). On comprend donc aisément que cette justification ait « perdu de son acuité »<sup>287</sup> depuis l'introduction de la QPC, dont l'objet est précisément de permettre un tel contrôle *a posteriori*. Le rapporteur public Vincent Villette, dans ses conclusions sur une des décisions ayant contribué à restructurer le contentieux des ordonnances en 2020, l'explique parfaitement : la QPC a « conduit à ce que la loi soit plus aisément contestable à tout moment, de sorte [qu'elle a] par ricochet relativisé l'enjeu protecteur traditionnellement associé à la qualification de l'ordonnance comme acte de forme réglementaire plutôt que comme acte de forme législative »<sup>288</sup>. De même Thibault Carrère constatait que « l'introduction de la QPC semble rendre obsolète l'argument de la possible immunité contentieuse des ordonnances non ratifiées, et permet d'envisager d'autres solutions »<sup>289</sup>. Ce point avait d'ailleurs été soulevé dès la discussion sur le projet de loi constitutionnelle, notamment par Jean-René Lecerf lors de la séance du 23 juin 2008 au Sénat. Ce dernier proposait un amendement tendant à conférer force de loi aux ordonnances dès leur publication et le justifiait en ces termes : « Dès lors qu'il existerait un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, rien ne justifierait plus de donner provisoirement aux ordonnances le caractère d'acte administratif pour permettre le contrôle du Conseil d'État pendant la période de temps, certes très variable, qui précède la ratification »<sup>290</sup>.

**126. Persistance du critère organique malgré l'introduction de la QPC.** Il aura toutefois fallu attendre dix années pour qu'un changement s'opère. En effet, le critère

---

287 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *op. cit.*

288 VILLETTE (V.), *op. cit.*

289 CARRÈRE (T.), « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, n°4, p. 1107.

290 Discussion en séance publique du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, séance du lundi 23 juin 2008, J.O.R.F., *Sénat*, du mardi 24 juin 2008, p. 3219.

organique a persisté malgré l'introduction de la QPC et la relativisation qu'elle engendrait à son égard. Si la QPC est recevable à l'encontre des ordonnances ratifiées, la jurisprudence est restée constante sur l'impossibilité d'en soulever à l'encontre d'une ordonnance qui n'avait pas fait l'objet d'une ratification. Autrement dit, les hautes juridictions que sont le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel n'ont pas abandonné le critère organique, qui demeure primordial dans la définition de l'ordonnance, et, par conséquent, dans la répartition du contentieux afférent à ces dernières. Le Conseil d'État l'a affirmé sans ambiguïté dès l'arrêt *Benzoni* de 2011<sup>291</sup>. Après avoir constaté que l'ordonnance du 14 avril 2010 relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage n'avait pas été ratifiée, le Conseil d'État considère « que, par suite, les dispositions de l'article L. 232-23 du code du sport applicables au présent litige ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution », pour en déduire « qu'elles ne sont, en conséquence, pas susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité »<sup>292</sup>.

**127.** La Cour de cassation s'est inscrite dans la lignée de son homologue de l'ordre administratif, en reprenant quasiment mot pour mot le considérant exposé ci-dessus<sup>293</sup>. Enfin le Conseil constitutionnel lui-même refusait, jusqu'en 2020, d'abandonner le critère organique. Face à une QPC portant sur des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, il était donc conduit à prononcer un non-lieu à statuer<sup>294</sup>.

**128. Relativisation du propos.** Il ne faut pas perdre de vue un élément, qui permet d'expliquer la subsistance de l'ancienne répartition malgré l'introduction de la QPC. Cet élément tient au caractère restreint des normes de références invocables dans le cadre de cette procédure de contrôle *a posteriori*. En effet, il ressort de la lecture de l'article 61-1 de la Constitution que ces normes de références se limitent aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Autrement dit, toutes les normes constitutionnelles qui n'entrent pas dans cette catégorie ne seront pas invocables à l'appui d'une QPC. Cela exclut donc la possibilité de contrôler les dispositions législatives au regard de normes à caractère procédural<sup>295</sup> ou institutionnel<sup>296</sup>, ce qui n'est pas le cas pour le contrôle *a priori* de l'article 61.

291 CE, 11 mars 2011, *Benzoni*, n° 341658 ; solution réitérée par la suite, v. par exemple : CE, 12 oct. 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*, n° 396170.

292 *Ibidem*.

293 Cass., Crim., 8 janvier 2013, n° 12-86.537.

294 Cons. const., décision, n° 2011-219 QPC du 10 février 2012.

295 Cons. const., décision n°2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, cons. 6, sur l'impossibilité d'invoquer un grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi.

296 Cons. const., décision n°2012-281 QPC du 12 octobre 2012, sur l'impossibilité d'invoquer l'article 13 de la

Vu sous cet angle, le contrôle indirect des ordonnances par le biais du contrôle *a priori* de la loi de ratification peut trouver une légitimité. De la même manière, le contrôle qu'opère le Conseil d'État à l'occasion du REP contre une ordonnance est plus étendu que celui du Conseil constitutionnel en QPC. En particulier, les droits et libertés dépourvus de valeur constitutionnelle n'entrent pas dans les normes de référence invocables en QPC<sup>297</sup>, alors que de simples principes généraux du droit pourront être invoqués à l'appui d'un REP (*cf. supra*, n°108). Enfin, un autre exemple assez parlant est celui du moyen tiré de l'incompétence négative : alors qu'il ne peut être invoqué à l'appui d'une QPC « que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>298</sup>, c'est-à-dire indirectement, il peut tout à fait l'être devant le Conseil d'État<sup>299</sup>.

**129.** Au delà d'une simple remise en cause des fondements initiaux du contentieux des ordonnances de l'article 38, la QPC a introduit un facteur supplémentaire de complexité, ce qui semble aller à l'encontre desdits fondements.

#### B) La QPC, facteur d'éloignement des fondements initiaux

**130. Question du double contrôle de constitutionnalité.** La question du double contrôle de constitutionnalité a pu être évoquée avant même l'introduction de la QPC (*cf. supra*, n°114), mais elle se pose dans des termes différents depuis cette date. Parmi les normes de référence invocables à l'appui d'un REP à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée, figurent les principes et règles à valeur constitutionnelle<sup>300</sup> : le Conseil d'état peut donc être amené à effectuer un contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance non ratifiée. Le Conseil constitutionnel se charge, quant à lui, d'opérer un contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance une fois ratifiée, certes limité au respect des droits et libertés garantis par la Constitution. Cependant, précision de taille, il ne peut le faire que si la question lui a été transmise par les juges du filtre, à savoir, *in fine*, le Conseil d'État ou la Cour de cassation<sup>301</sup>. Ce point a pu soulever des questionnements sur le double contrôle de constitutionnalité, parfaitement exposés par Anne Jennequin<sup>302</sup>, dont les réflexions seront retracées ici. Il est tout

Constitution.

297 Ainsi en est-il, par exemple, des principes de confiance légitime et de non rétroactivité de la loi fiscale (CE, 25 juin 2010, n°326363).

298 Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark.

299 V. *supra*, CE, 9 septembre 1994, Société Mayotte Motors Corporation n° 139033.

300 CE, Sect., 19 octobre 2005, CGT et autres, n°283471.

301 Art. 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

302 JENNEQUIN (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA*,

à fait possible d'imaginer que le Conseil d'État ait apprécié la constitutionnalité d'une ordonnance avant sa ratification, puis qu'une fois cette dernière intervenue, une QPC soit soulevée devant lui en tant que juge du filtre, à l'encontre de la même ordonnance et concernant le même droit ou la même liberté.

**131. Problèmes engendrés.** Dans ce cas, « il y a fort à parier que l'appréciation des conditions de la loi organique de 2009 sera biaisée »<sup>303</sup>. Parmi ces conditions de filtrage, posées à l'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>304</sup>, c'est celle tenant au caractère sérieux ou nouveau de la question qui pourrait poser problème. D'une manière générale, en dehors même du cas de figure particulier qui vient d'être exposé, il s'agit d'une condition des plus délicates, « parce qu'elle touche à l'articulation des rôles des différents juges »<sup>305</sup>. Apprécier en tant que juge du filtre le caractère sérieux ou nouveau de la question revient d'une certaine manière à opérer un « pré-jugement de constitutionnalité »<sup>306</sup>. Or, dans le cas de figure exposé ci-dessus, ce n'est pas simplement un pré-jugement que le Conseil d'État a effectué, mais un réel contrôle approfondi de la constitutionnalité de l'ordonnance. On comprend donc aisément le « dilemme »<sup>307</sup> auquel est confronté le Conseil d'État : doit-il, ou non, tenir compte de l'examen précédent ? Anne Jennequin émet des doutes sur cette possibilité.

**132.** En tout état de cause, son comportement sera différent selon la conclusion à laquelle est arrivé le Conseil d'État lors de son contrôle de l'ordonnance non ratifiée. S'il était saisi de l'ordonnance non ratifiée par voie d'action et qu'il l'a déclarée inconstitutionnelle, la question d'une potentielle QPC sur la même ordonnance ne se pose pas : en effet, la constatation d'une telle inconstitutionnalité conduira le Conseil d'État à annuler l'ordonnance c'est-à-dire à la faire disparaître de l'ordre juridique. Si en revanche il a apprécié la constitutionnalité de l'ordonnance par voie d'exception, cette dernière ne sera pas annulée pour autant et subsistera dans l'ordre juridique. En effet, l'exception d'illégalité désigne « le mécanisme juridique permettant de contester la légalité d'un acte, *sans remettre en cause son existence*, à l'occasion du recours dirigé contre un autre acte qui a été pris pour son application

---

2010, p. 2300.

303 *Ibid.*

304 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

305 TÜRK (P.), « Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'État », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 468.

306 *Id.*, p. 468.

307 JENNEQUIN (A.), *op. cit.*

ou dont il constitue la base légale »<sup>308</sup>. Autrement dit, lorsque le juge constate l'illégalité – au sens large – d'un acte par la voie de l'exception, il ne l'annule pas, mais écarte simplement son application au litige, et c'est l'acte qui fait l'objet du recours par voie d'action qui sera annulé. Dans ce cas, cela peut être intéressant pour le Conseil d'État de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel qui a le pouvoir, en vertu de l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958, d'abroger l'ordonnance. Le caractère sérieux serait alors automatiquement rempli du fait de l'exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance par le Conseil d'État. En revanche, si à l'occasion de ce contrôle par voie d'exception, il a jugé l'ordonnance conforme aux mêmes droits et libertés que ceux invoqués à l'appui de la QPC sur l'ordonnance ratifiée, il est peu probable qu'il décide de la transmettre au Conseil constitutionnel, sauf « à se déjuger »<sup>309</sup>.

**133. Inopérance de l'argument de l'écran législatif.** L'argument de la « loi-écran » ou écran législatif pourrait conduire à affirmer que le risque de se retrouver dans ce genre de situation est faible. La loi-écran désigne le cas où dans la pyramide des normes, une loi s'interpose entre l'acte administratif et la Constitution<sup>310</sup> : dans ce cas, le juge administratif s'estime incompétent pour contrôler la constitutionnalité de l'acte administratif<sup>311</sup>, car cela reviendrait à apprécier celle de la loi, ce qu'il s'est toujours refusé de faire<sup>312</sup>. En conséquence, le juge administratif ne pourra opérer un contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif que s'il n'existe pas de loi-écran (soit qu'elle n'existe pas du tout, soit que l'écran qu'elle institue soit « transparent »<sup>313</sup>). Cet argument semble d'ailleurs avoir influencé le Conseil constitutionnel à l'occasion de son revirement de jurisprudence récent<sup>314</sup>.

**134.** Néanmoins, cette hypothèse appliquée aux ordonnances ne s'appréhende pas exactement dans les mêmes termes. En effet, puisque l'ordonnance ne peut exister sans une habilitation préalable du Parlement, il y a nécessairement une loi qui s'interpose entre l'ordonnance et la Constitution. Si le Conseil d'État avait suivi la théorie de l'écran législatif, il aurait donc dû en toute logique refuser d'examiner la constitutionnalité des ordonnances non

---

308 GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 5ème édition, 2019, p. 341.

309 JENNEQUIN (A.), *op. cit.*.

310 VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 7ème éd., 2015, p. 183.

311 CE, Sect., 11 février 2004, Demas et autres, n°261288

312 CE, Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, n°41221 (Rec. 966).

313 L'écran législatif transparent désigne les cas où « la loi se borne à permettre à l'autorité administrative d'intervenir, sans déterminer les principes de fond qu'elle doit mettre en œuvre », in VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif, op. cit.*, p. 183. Pour une illustration, v. CE, 17 mai 1991, Quintin (*RDP* 1991, p. 1429).

314 Commentaire officiel, Cons. const., décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, p. 32.

ratifiées. Toutefois, la loi d'habilitation a un caractère particulier : elle « se contente [en effet] de fixer les limites matérielles et temporelles de la compétence du gouvernement et laisse à ce dernier le soin de déterminer lui-même le contenu des ordonnances »<sup>315</sup>. C'est pour cette raison que le Conseil d'État a depuis longtemps accepté de contrôler la constitutionnalité des ordonnances non ratifiées<sup>316</sup>, et les cas où la loi d'habilitation fait écran demeurent rarissimes<sup>317</sup>. En conclusion, l'argument de l'écran législatif n'est pas opérant pour répondre au risque du double contrôle de constitutionnalité et aux difficultés que ce dernier engendre.

**135. Renforcement des critiques tenant à la complexité du contentieux des ordonnances.** La QPC a certes ajouté des éléments de complexité au contentieux des ordonnances, mais elle n'a fait que renforcer des critiques qui existaient déjà. En particulier, le choix d'une répartition entre deux ordres juridictionnels distincts a pu être considéré comme un « choix risqué pour le justiciable »<sup>318</sup>, emprunt d'insécurité juridique. Cela est dû principalement à l'hypothèse d'une ratification de l'ordonnance en cours d'instance, qui était autant problématique avant l'introduction de la QPC que depuis cette dernière. Dans l'hypothèse d'un recours direct contre l'ordonnance, sa ratification en cours d'instance se solde par un non-lieu à statuer devant le Conseil d'État<sup>319</sup>. Avant 2010, il pouvait exister un risque d'instrumentalisation de ces ratifications, pour faire tomber les recours intentés devant le Conseil d'État. Depuis 2010, cela est moins vrai puisque le requérant qui se voit opposer un non-lieu en raison de l'intervention d'une ratification peut désormais soulever une QPC. Mais en tout état de cause, cette succession de recours ne paraît pas idéale du point de vue du justiciable, car elle suppose « un investissement à la fois financier et temporel important »<sup>320</sup>.

**136.** En outre, cette répartition du contentieux des ordonnances suppose que le justiciable sache si l'ordonnance a été ratifiée ou non, puisque la ratification détermine le juge compétent. Or, cela n'est pas toujours évident, au regard de la pratique de ces ratifications (*cf. infra*, n°251 s.).

**137.** En conclusion, la QPC a non seulement remis en question les justifications initiales qui étaient à la base de la construction du régime contentieux des ordonnances, mais

315 JENNEQUIN (A.), *op. cit.*

316 V. *supra* (CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, n°177162, CE, 28 mars 1997, Société Baxter, n°179049)

317 Parmi ces cas rares, v. par exemple : CE, 29 octobre 2004, M. Sueur et autres, n°269814 ; Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910, paragr. 28, et n° 20-81.971, paragr. 33.

318 CARRÈRE (T.), *op. cit.*

319 V. par exemple CE, 23 octobre 2002, Laboratoire Juva Santé, n° 232945.

320 CARRÈRE (T.), *op. cit.*

elle a également ajouté des éléments de difficulté dans ce contentieux déjà très complexe. Or, les objectifs de protection juridictionnelle effective et d'ouverture du recours sous-tendent également l'idée d'une simplicité et d'une visibilité des voies de recours pour le justiciable. Par conséquent, en plus de remettre en cause ces fondements, l'évolution du système de protection des droits fondamentaux a – paradoxalement – conduit à un éloignement de ces derniers.

**138.** Pourtant, ce n'est que « dix ans plus tard, et en l'absence de changement d'ordre juridique ou factuel de nature à le justifier »<sup>321</sup> qu'une restructuration du contentieux des ordonnances verra le jour. Si elle s'inscrit dans la recherche d'une meilleure protection juridictionnelle, elle demeure toutefois ambivalente au regard de cet objectif, en raison des conséquences qu'elle emporte.

---

321 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

## **Chapitre 2 : L'ambivalence de la restructuration contentieuse au regard de la protection juridictionnelle**

139. Selon le *Robert*, l'« ambivalence » désigne le « caractère de ce qui comporte deux composantes de sens contraire, ou de ce qui se présente sous deux aspects ». Ce terme semble caractériser de manière assez pertinente la restructuration qui a été opérée du contentieux des ordonnances, au regard de l'objectif de protection juridictionnelle qui paraît guider les juges dans l'appréhension de ce contentieux. En effet, si cette restructuration a conduit à une diversification du prétoire – élément en faveur d'une meilleure protection juridictionnelle – cela semble s'être fait au détriment de la simplicité – élément en défaveur de la protection juridictionnelle (II). Mais avant d'exposer les raisons qui mènent à cette ambivalence, il faut d'abord comprendre la teneur de cette réorganisation contentieuse imaginée par les deux juges des ordonnances à savoir le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État (I).

### **I. UNE RESTRUCTURATION PRÉTORIENNE, ŒUVRE DES DEUX AILES DU PALAIS-ROYAL**

140. La stabilité qui caractérisait les solutions jurisprudentielles relatives au contentieux des ordonnances s'est vu bousculée par un revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel, réceptionné et précisé par la suite par le Conseil d'État. Le résultat qui en découle est pour le moins original. Il peut se résumer en deux principales idées : désormais, il suffira que le délai d'habilitation arrive à expiration pour que la QPC soit ouverte à l'encontre des ordonnances (A) sans pour autant que le contrôle de légalité du Conseil d'État ne s'en trouve affecté (B).

#### **A) L'ouverture de la QPC aux ordonnances dont le délai d'habilitation est dépassé**

141. En ouvrant la QPC aux ordonnances dont le délai d'habilitation est dépassé, le Conseil constitutionnel rompt avec une « jurisprudence ancienne et convergente des deux ailes du Palais Royal »<sup>322</sup>. Ce revirement s'est opéré en deux temps : « radical d'abord »<sup>323</sup>, par

322 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

323 ROBLOT-TROIZIER (A.), « Tâtonnements et soumission autour du nouveau régime juridique des ordonnances non ratifiées : les dispositions législatives des ordonnances réglementaires ou la découverte de

la fameuse décision *Force 5* (1), « plus mesuré ensuite »<sup>324</sup>, grâce aux précisions apportées par la décision *Sofiane A* (2).

### 1. La décision « Force 5 » du 28 mai 2020

**142. Contexte de l'affaire.** Le point de départ de cette affaire réside dans un arrêté du 10 janvier 2013 par lequel le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a donné à la société Direct Énergie une autorisation d'exploiter une centrale de production d'électricité, en application de l'article L.311-5 du Code de l'énergie. L'Association Force 5 avait formé un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de cet arrêté. Après avoir été déboutée par le Tribunal administratif de Rennes, puis par la Cour administrative d'appel (CAA) de Nantes pour défaut d'intérêt à agir, elle a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Ce dernier a contredit les juges du fond en considérant que l'Association Force 5 disposait bien d'un intérêt à agir : il a donc renvoyé l'affaire devant la CAA, qui a de nouveau rejeté la requête, sur le fond cette fois-ci. Un second pourvoi en cassation a donc été formé par l'Association Force 5, et c'est à cette occasion qu'elle a soulevé une QPC portant sur la conformité de l'article L.311-5 du Code de l'énergie à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Le Conseil d'État, estimant que la question était sérieuse, la renvoya alors au Conseil constitutionnel, qui se prononça dans la décision 843 QPC<sup>325</sup>.

**143. Dispositions litigieuses.** Le régime d'autorisation d'exploitation issu de l'article L.311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue d'une ordonnance du 9 mai 2011<sup>326</sup> – ratifiée en 2013<sup>327</sup> – ne prévoyait aucune procédure de participation du public à l'élaboration d'une telle décision. Or, l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui fait partie du bloc de constitutionnalité et possède à ce titre valeur constitutionnelle<sup>328</sup>, pose un droit de participation du public aux « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », dans des conditions et limites qui doivent être « définies par la loi ». Ainsi, l'association Force 5 considérait qu'en ne prévoyant aucun dispositif permettant la participation du public pour la délivrance d'une autorisation d'exploitation, « le législateur aurait méconnu l'étendue de sa

---

l'acte « réglementaire-législatif » », *RFDA*, 2020, p. 1139.

324 *Ibid.*

325 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 (ci après désignée : décision 843 QPC).

326 Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

327 Par l'article 38 de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable.

328 Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 18.

compétence et l'article 7 de la Charte de l'environnement »<sup>329</sup>.

**144. Données du problème.** Pour répondre à cette question, le Conseil constitutionnel devait préalablement se prononcer sur le point de savoir si l'autorisation d'exploitation avait bien le caractère d'une décision publique ayant une incidence sur l'environnement, ce qui conditionnait l'application de l'article 7 de la Charte. Sur ce point, le Conseil conclut par l'affirmative<sup>330</sup>. Restait donc à savoir si le législateur avait failli à son obligation de prévoir une procédure de participation pour l'élaboration de cette décision. Pour la période du 1er juin 2011 au 31 août 2013, cela ne faisait aucun doute : le Conseil a constaté qu'« en l'espèce, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative ne prévoyaient un tel dispositif »<sup>331</sup> et en a conclu que les dispositions en cause devaient être déclarées contraires à la Constitution pour la période considérée.

**145.** Toutefois, le 1er septembre 2013, l'article L.120-1-1 du Code de l'environnement est entré en vigueur et a prévu, « à la manière d'une disposition balai »<sup>332</sup>, une procédure de participation du public applicable à toutes les décisions individuelles ayant une incidence sur l'environnement qui ne bénéficient pas d'une procédure spécifiquement prévue par les textes. La décision d'autorisation d'exploitation entrait bien dans ce cas de figure : cet article lui était donc applicable, par défaut. Autrement dit, à partir de cette date, les conditions et limites de la participation du public étaient bien fixées pour les décisions d'autorisation d'exploitation issues de l'article L.311-5 du Code de l'énergie. Mais l'étaient-elles par la loi, comme l'exige l'article 7 de la Charte de l'environnement ?

**146.** *A priori*, le Conseil aurait dû répondre par la négative, puisque cet article L.120-1-1 du Code de l'environnement avait été adopté par une ordonnance du 5 août 2013<sup>333</sup> qui n'avait pas fait l'objet d'une ratification<sup>334</sup>. A s'en tenir à la jurisprudence constante examinée précédemment, il ne faisait donc aucun doute que l'ordonnance n'avait pas acquis valeur législative et qu'en conséquence, la procédure de participation n'avait pas été définie par la loi

---

329 Décision 843 QPC précitée, cons. 2.

330 Décision 843 QPC précitée, cons 8. Sur ce point, v. par exemple : TERNEYRE (P.), « Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité », *Energie - environnement – infrastructures*, 2020, n° 8-9, p. 1-4. ; MONTEILLET (V.), « Le droit constitutionnel à la participation du public : une "coquille vide" ? », *Revue de droit rural*, Octobre 2020, n° 486, pp. 42-43.

331 Décision 843 QPC précitée, cons 9.

332 LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185.

333 Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

334 Le projet de loi de ratification a quant à lui été déposé le 30 octobre 2013, ce qui sauvait l'ordonnance de la caducité.

au sens de l'article 7 de la Charte.

**147. Réponse du Conseil constitutionnel.** Toutefois, le Conseil constitutionnel adopte un raisonnement différent, en opérant un revirement de jurisprudence assumé<sup>335</sup>. Il relève d'abord que le délai d'habilitation prévu par la loi du 27 décembre 2012<sup>336</sup> était arrivé à expiration, puis rappelle qu'à compter de cette date, « les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif »<sup>337</sup>. Rien d'étonnant à ce stade : les juges de la rue de Montpensier ne font que reprendre à la lettre le troisième alinéa de l'article 38. Ce qui est plus inattendu en revanche, c'est la conclusion qu'ils tirent de cette affirmation. Le Conseil constitutionnel considère en effet qu'à compter de l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions de cette ordonnance « doivent être regardées comme des dispositions législatives »<sup>338</sup>. Ce faisant, il sauve l'article L.311-5 de l'inconstitutionnalité, puisqu'à compter du 1er septembre 2013, « 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 »<sup>339</sup>.

**148.** En se limitant à la lecture de cette décision, il semblait falloir déduire que ce n'était plus à compter de la ratification, mais à l'expiration du délai d'habilitation, que l'ordonnance acquérait valeur législative. Cela emportait donc des conséquences importantes. Sans s'attarder pour l'instant sur les conséquences extra-contentieuses en particulier sur les rapports entre les pouvoirs (*cf. infra*, n°196 s.), il faut déjà examiner celles sur le plan strictement contentieux. Or, cette décision 843 QPC semblait « déposséder »<sup>340</sup> le Conseil d'État d'une partie de sa compétence en abandonnant le critère organique. En effet, si les ordonnances sont considérées comme législatives à l'expiration du délai d'habilitation, cela signifie qu'à cette date, elles ne sont plus contestables par la voie du REP, étant donné que le juge administratif est incompétent pour contrôler directement des normes législatives<sup>341</sup>. Une partie du contentieux des ordonnances ne reviendrait donc plus au Conseil d'État, mais serait uniquement contestable par la voie de la QPC.

---

335 Le commentaire officiel qualifie lui-même cette décision d' « inédite », de « revirement », v. Commentaire officiel, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, p. 17.

336 Article 12 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

337 Décision 843 QPC précitée, cons. 11.

338 *Ibid.*

339 *Ibid.*

340 DEROSIER (J.-Ph.), « Le Conseil d'État dépossédé », *La Constitution décodée*, 4 juin 2020 (en ligne) : <https://constitutiondecodée.fr/2020/06/04/le-conseil-detat-depossede/>

341 CE, Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, n°41221 (Rec. 966).

**149. Incertitude de la portée de cette décision.** En réalité, la portée de cette décision était incertaine, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que pour s'imposer comme un revirement, encore fallait-il que le Conseil d'État le réceptionne comme tel, autrement dit, qu'il suive le raisonnement du Conseil constitutionnel (*cf. infra*, n°154 s.). Ensuite, parce que le commentaire officiel de la décision 843 QPC est venu semer le trouble en indiquant que « cette évolution ne remet naturellement pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions, au regard d'autres motifs que leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>342</sup>. Cela remettait donc en doute l'idée selon laquelle « les dispositions d'une ordonnance non ratifiée sont de – pures – dispositions législatives »<sup>343</sup>, et semblait au contraire vouloir signifier qu'elles ne l'étaient qu'*au sens* de l'article 61-1. Cela n'allait pas de soi étant donné que dans la décision Force 5, les dispositions avaient été considérées comme législatives au sens de l'article 7 de la Charte, et n'avaient aucun lien avec l'article 61-1. Toutefois, cette vision fut confirmée par le Conseil constitutionnel dans une seconde décision – plus mesurée – qui eut pour effet de « couper court aux spéculations qu'avait suscitées une rédaction aussi large »<sup>344</sup>.

## 2. La décision « Sofiane A et autres » du 3 juillet 2020

**150. Contexte de l'affaire.** Dans une décision du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel eut l'occasion de préciser la portée du revirement amorcé par la première décision *Force 5*. Il fut saisi par la Cour de cassation<sup>345</sup> de deux QPC portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 11, I, 2° de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>346</sup>. Cet article habilite le gouvernement à prendre, par ordonnances de l'article 38, une série de mesures relevant normalement du domaine de la loi, et en particulier des mesures relatives au déroulement et à la durée de la détention provisoire. Sur cette base, l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020<sup>347</sup> – qui fit l'objet de vives critiques<sup>348</sup> – aménagea la possibilité de prolonger de plein droit la détention provisoire. Deux détenus ayant fait l'objet de cette mesure soulevèrent donc une QPC à

342 Commentaire officiel, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, p. 18.

343 ROBLOT-TROIZIER (A.), *op. cit.*

344 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

345 Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910 et n° 20-81.971.

346 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

347 Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

348 V. par exemple ENGEL (F.), « Les nouvelles frontières de la détention provisoire », *Dalloz actualité*, 9 octobre 2020.

l'occasion de leur pourvoi en cassation devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, en considérant que cette prérogative était contraire à l'article 66 de la Constitution.

**151.** Il faut préciser que les questions – jointes par le Conseil constitutionnel – ne portaient pas sur l'ordonnance en elle-même, mais sur la loi d'habilitation du 23 mars 2020<sup>349</sup>. C'est d'ailleurs la première fois que le Conseil était saisi d'une QPC à l'encontre d'une loi d'habilitation<sup>350</sup>.

**152. Précision du régime contentieux des ordonnances.** Au delà de la solution donnée par les juges de la rue de Montpensier en l'espèce (décision de conformité), c'est le onzième paragraphe qui retient l'attention au regard du régime contentieux de l'ordonnance. Au détour d'un *obiter dictum*, le Conseil vient en effet ajouter des précisions qui n'apparaissaient pas dans la décision *Force 5*. En particulier, il confirme l'interprétation donnée par les commentaires aux Cahiers de la précédente décision, selon laquelle l'expiration du délai d'habilitation confère valeur législative aux ordonnances uniquement au sens de l'article 61-1<sup>351</sup>. Plus exactement, le Conseil juge que « 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 ». Ce faisant, il limite les effets de son revirement à la recevabilité d'une QPC à l'encontre d'une ordonnance, sans remettre en cause le caractère administratif de l'acte avant sa ratification. Le critère organique semble donc préservé, mais quelque peu remodelé, car associé à un nouveau critère : celui de la modifiabilité ou de la mutabilité de l'acte (*cf. infra*, n°199 s.). Le Conseil constitutionnel confirme donc le revirement opéré, tout en le précisant. Sa finalité s'éclaircit, et elle semble conforme aux fondements classiques du contentieux des ordonnances, à savoir l'ouverture du prétoire et la protection des droits fondamentaux (*cf. infra*, n°171 s.).

**153.** Cette décision du Conseil constitutionnel laisse donc entrevoir un élargissement du champ de la contestation, alors qu'on aurait pu croire initialement à une fermeture du prétoire du Conseil d'État. « Stupeur sans tremblement »<sup>352</sup>, donc. Des questions restaient toutefois en suspens. Comment son voisin du Palais Royal allait-il réceptionner le

---

349 Notons que le Conseil constitutionnel a fini par censurer cet article 16, à l'occasion d'une QPC dirigée cette fois-ci contre l'ordonnance, le délai d'habilitation ayant expiré : Cons. const., décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, cons. 11. Il n'aurait pas pu le faire s'il n'avait pas procédé au revirement du 28 mai 2020.

350 ROBLOT-TROIZIER (A.), *op. cit.*

351 Sur l'autonomisation de la notion, *cf. infra*, n°219 s.

352 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

revirement ? Comment son contrôle de légalité s'en trouverait affecté ? Comment les différentes voies de droit allaient s'articuler ?

B) La préservation du contrôle de légalité par le Conseil d'État

**154.** La manière dont la haute juridiction administrative allait réceptionner ce revirement était attendue à plusieurs égards.

**155. Silence du Conseil constitutionnel sur l'office du Conseil d'État.** Tout d'abord, les décisions *Force 5* et *Sofiane A* ne tirent aucune conséquence directe sur l'office du Conseil d'État. S'il est vrai qu'au regard de l'architecture juridictionnelle française, la compétence du Conseil constitutionnel ne coexiste pas avec celle du Conseil d'État, les décisions à l'origine du revirement restent « silencieuses »<sup>353</sup> sur un bon nombre de points. Notamment, l'élargissement de l'office du Conseil constitutionnel rimait-il avec un rétrécissement de celui du Conseil d'État ? Pas nécessairement, si l'on s'en tient au commentaire officiel et aux précisions apportées dans la décision du 3 juillet 2020 (*cf. supra*, n°149 s). Guillaume Odinet et Vincent Villette, qui ont eu l'occasion de conclure en tant que rapporteurs publics sur des décisions du Conseil d'État dont la teneur sera examinée plus avant, considéraient quant à eux que le Conseil constitutionnel avait laissé une marge de manœuvre au Conseil d'État. Guillaume Odinet constate ainsi que « la décision du Conseil [constitutionnel] n'exclut pas, par elle-même, tout recours par voie d'action contre l'ordonnance (...) » et imaginait une articulation entre la possibilité de soulever une QPC et celle de former un REP à l'encontre d'une même ordonnance<sup>354</sup>. Vincent Villette estimait quant à lui qu'il appartenait désormais au Conseil d'État « d'élaborer [sa] propre interprétation » dans une optique de dialogue des juges<sup>355</sup>.

**156. Coopération des juges du filtre.** Ensuite, cette réception conditionnait l'effectivité du revirement. Le mécanisme de la QPC est soumis au filtre des juridictions du fond, et *in fine* à celui des juridictions suprêmes<sup>356</sup>. Ainsi, pour que la solution retenue par le Conseil constitutionnel fonctionne, encore fallait-il que les QPC portant sur les dispositions d'ordonnances ratifiées soient transmises. Les réactions du Conseil d'État et de la Cour de cassation étaient donc attendues, car leur adhésion était indispensable pour que ce revirement

353 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

354 ODINET (G.), Conclusions sur Conseil d'État, 1er juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, n°429132.

355 VILLETTE (V.), *op. cit.*

356 Art. 61-1 de la Constitution ; loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

soit effectif. S'agissant de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation n'a pas opposé de résistance et a rapidement accepté de suivre le Conseil constitutionnel, en lui renvoyant une QPC portant sur une ordonnance non ratifiée dont le délai d'habilitation était dépassé<sup>357</sup>.

**157. Réception par le Conseil d'État.** Mais c'est surtout la réaction du Conseil d'État qui était attendue, puisque la décision *Force 5* semblait empiéter sur sa compétence. Certains auteurs se sont à cet égard interrogés sur une potentielle « guerre des juges »<sup>358</sup>. Or, les premières décisions du Conseil d'État en la matière n'ont pas permis de dissiper ces craintes. En effet, dès le 11 juin 2020, la haute juridiction administrative a eu l'occasion de se prononcer sur la transmission d'une QPC portant sur les dispositions d'une ordonnance non ratifiée et dont le délai d'habilitation était dépassé – autrement dit, une ordonnance entrant dans le cas de figure des décisions du Conseil constitutionnel. Or, le Conseil d'État avait refusé de transmettre la question, au motif que « les 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 »<sup>359</sup>.

**158.** Le commentaire de Julien Padovani sur cet arrêt relève toutefois plusieurs indices qui atténuent grandement sa portée et permettent de relativiser ce refus<sup>360</sup>. Ces indices tiennent à la formation de jugement (chambre jugeant seule), au classement de la décision (inédit au Lebon), et date de l'audience (antérieure à la décision du Conseil constitutionnel). Ceci étant dit, la lecture de cette décision était bien postérieure au revirement, ce qui permet de conclure que le « Conseil d'État n'a pu rendre une telle solution qu'en connaissance de cause »<sup>361</sup>. En outre, le Conseil d'État n'était pas tenu, en l'espèce, de se prononcer sur ce point puisqu'une autre condition de transmission de la QPC faisait défaut : celle de l'applicabilité au litige. L'utilisation de l'expression « au demeurant » prouve que cette condition a été reléguée au second rang, et qu'elle ne sert qu'à renforcer son argument premier.

**159.** De même, le 1er juillet 2020, les deuxième et septième chambres réunies ont

---

357 Cass. Civ. 2ème, 24 septembre 2020, 20-40.056.

358 V. par exemple : CARRÈRE (T.), « La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 », *Jus Politicum Blog*, 8 juin 2020 (en ligne) : <https://blog.juspoliticum.com/2020/06/08/la-guerre-des-ordonnances-aura-t-elle-lieu%E2%80%89-a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-n-2020-843-qpc-du-28-mai-2020-par-thibault-carrere/> ; SCHOETTL (J.-E.), CAMBY (J.-P.), « Ordonnances : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

359 CE, 11 juin 2020, n°437851.

360 PADOVANI (J.), « Régime des ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une première réponse du Conseil d'État », *SJEG*, n° 26, 2020, p. 1210.

361 *Ibid.*

réaffirmé la compétence du Conseil d'État en acceptant de statuer sur un recours dirigé contre une ordonnance non ratifiée<sup>362</sup>. Elles ont sur ce point suivi les conclusions du rapporteur public, Guillaume Odinet, qui estimait qu'il serait « hâtif et excessif de déduire dès aujourd'hui de cette unique décision (...) qu'une ordonnance ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ou ne le peut plus au-delà du délai d'habilitation » et invitait donc les juges à réaffirmer leur compétence « en l'état instable de la jurisprudence constitutionnelle »<sup>363</sup>. Ces deux décisions pouvaient donc légitimer un questionnement sur une confrontation entre les deux instances juridictionnelles.

**160. Décision du Conseil d'État du 16 décembre 2020.** Il était donc nécessaire que le Conseil d'État se prononce dans sa formation la plus solennelle, l'Assemblée du contentieux. Ce fut chose faite, par un arrêt du 16 décembre 2020<sup>364</sup>. Le Conseil d'État, sans doute soucieux de ne pas entrer dans la « position inconfortable, si ce n'est inopportune »<sup>365</sup> de confrontation avec son voisin du Palais Royal, a retenu une solution toute en nuances.

**161.** D'abord, il n'a pas déjugé le Conseil constitutionnel. Il admet désormais qu'une fois le délai d'habilitation dépassé, « la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions (...) sont remplies »<sup>366</sup>.

**162.** Pour autant, il ne s'est pas non plus déjugé lui-même. D'une part, il a réaffirmé la nature réglementaire de l'ordonnance non ratifiée conformément à sa jurisprudence constante et bien établie (*cf. supra*, n°101 s.). La formulation du Conseil d'État est dépourvue d'ambiguïté sur ce point : « alors même que les mesures ainsi adoptées ont la même portée que si elles avaient été prises par la loi, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution conservent le caractère d'actes administratifs, aussi longtemps qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification »<sup>367</sup>. D'autre part, il a préservé son contrôle sur les ordonnances non ratifiées, tant par voie d'action que par voie d'exception. Selon la haute juridiction, la possibilité nouvelle de soulever une QPC à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée « ne saurait cependant faire obstacle à ce que le juge annule l'ordonnance dont il est saisi par voie

---

362 CE, 1er juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, n°429132.

363 ODINET (G.), Conclusions sur Conseil d'Etat, 1er juillet 2020, précité.

364 CE, Ass., 16 décembre 2020, Fédération CFDT Finances et autres, n° 440258.

365 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

366 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 7.

367 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 5.

d'action ou écarte son application au litige, si elle est illégale pour d'autres motifs »<sup>368</sup>. Sur ce dernier point, le Conseil apporte une précision de taille en indiquant qu'il se réserve la possibilité d'annuler l'ordonnance, « y compris du fait de sa contrariété avec d'autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit »<sup>369</sup>. Cela signifie donc qu'il préserve son contrôle de constitutionnalité, tout en exfiltrant de son office les moyens spécifiquement relatifs aux droits et libertés que la Constitution garantit, qui relèveront désormais du Conseil constitutionnel. Cela peut présenter un intérêt notamment au regard de l'incompétence négative et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme qui ne peuvent pas en eux-mêmes être invoqués à l'appui d'une QPC<sup>370</sup>.

**163.** Par conséquent, coexisteront désormais deux types de contrôle : celui du Conseil d'État et celui du Conseil constitutionnel, en fonction du moyen soulevé (et non plus en fonction de la valeur de l'ordonnance). Avant d'examiner les raisons ayant poussé le Conseil d'État à retenir une telle solution, et les conséquences qu'elle peut avoir pour le justiciable (*cf. infra*, n°174 s.), il faut déjà remarquer qu'il s'est efforcé de donner le « mode d'emploi »<sup>371</sup> du nouveau contentieux des ordonnances.

**164.** Premièrement, il se peut qu'un principe invoqué par le requérant trouve sa source dans plusieurs normes : Constitution, engagements internationaux, et PGD. C'est le cas par exemple pour le principe d'égalité ou encore les droits de la défense<sup>372</sup>. Si le requérant n'a pas précisé le fondement précis du principe invoqué, que doit faire le juge ? Deux voies étaient envisageables, selon le rapporteur public :

- Faire primer la QPC, en « invit[ant] le requérant à régulariser sa contestation en présentant dans un mémoire distinct ce qui doit désormais relever du débat de constitutionnalité »<sup>373</sup>
- Ou se laisser le choix au regard de l'argumentation du requérant. C'est cette deuxième solution qui a été retenue par le Conseil d'État, qui indique qu'« il appartient au juge d'opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est

---

368 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 8.

369 *Ibid.*

370 Sauf à prouver que leur violation impacte des droits et libertés que la constitution garantit. Pour l'incompétence négative, Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, Kimberly Clark ; et pour l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, Cons. const., décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010.

371 PASTOR (J.-M.), « Le regard neuf du Conseil d'Etat sur les ordonnances non ratifiées », *AJDA*, 2020, p. 2463.

372 VILLETTE (V.), *op. cit.*

373 *Ibid.*

saisi et à la forme de sa présentation »<sup>374</sup>.

**165.** Deuxièmement, le Conseil d'État a quelque peu remanié le caractère prioritaire de la QPC, sans toutefois le remettre en cause. En effet, il s'est réservé la possibilité de ne pas se prononcer sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, et de prononcer l'annulation de l'ordonnance « si un motif autre que la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution ou les engagements internationaux de la France est de nature à fonder cette annulation et que l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il ne soit pas sursis à statuer »<sup>375</sup>. La justification de ce choix se trouve dans les conclusions du rapporteur public, et tiennent à deux éléments. D'une part, le caractère prioritaire de la QPC prévu par l'article 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>376</sup> ne vaut que par rapport aux moyens tirés de la méconnaissance des engagements internationaux, et non à ceux de droit interne. A tout le moins, par rapport à ces derniers, le texte « ne dit rien – et pour cause puisqu'en principe, contre une loi, seule l'inconstitutionnalité est invocable... »<sup>377</sup>. D'autre part, retenir le caractère prioritaire de la QPC par rapport aux moyens de droit interne constituerait un « paradoxe qui consiste à traiter en priorité un moyen en réalité "moins puissant" car insusceptible de conduire à l'annulation totale de l'acte »<sup>378</sup>. Cet argument ne tient évidemment plus pour une constatation d'illégalité par voie d'exception devant le juge administratif, dont les effets sont au contraire plus limités qu'une censure opérée sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil d'État a donc en toute logique limité cette règle aux recours par voie d'action<sup>379</sup>.

**166.** Troisièmement, le Conseil d'État devra tirer les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel d'une disposition d'une ordonnance dont il est saisi par voie d'action. Plus précisément, il devra « tirer les conséquences, sur les conclusions de la requête, de la décision du Conseil constitutionnel, puis accueillir ou de rejeter le surplus des conclusions, en fonction du bien-fondé des moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution »<sup>380</sup>.

**167.** Quatrièmement, le Conseil d'État tire les conséquences contentieuses de la ratification de l'ordonnance par le Parlement. Sur ce point, elles ne diffèrent pas de ce qui

---

374 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 9.

375 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 10.

376 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

377 VILLETTE (V.), *op. cit.*

378 *Ibid.*

379 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 10.

380 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 11.

prévalait auparavant. Le REP à l'encontre de l'ordonnance devient sans objet, et cette dernière ne peut être contestée par voie d'exception « qu'au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, par le moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité, et des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne »<sup>381</sup>.

**168.** En conclusion, si le Conseil d'État par sa décision du 16 décembre 2020 n'a pas déclenché de « guerre des juges », il ne s'est pas pour autant effacé du contrôle des ordonnances non ratifiées. Agnès Roblot-Troizier parle à ce titre – assez justement – de « compétition des juges »<sup>382</sup>.

**169.** Le nouveau mécanisme ayant été présenté, il faut maintenant examiner si cette reconstruction s'est inscrite dans la recherche d'une meilleure protection juridictionnelle.

## **II. UNE DIVERSIFICATION DU PRÉTOIRE AU DÉTRIMENT DE LA SIMPLICITÉ ?**

**170.** Il est une chose que l'on ne peut pas reprocher au revirement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat : celle d'avoir restreint le champ du contrôle de l'ordonnance. Au contraire, la restructuration du contentieux a abouti à un élargissement du champ de la contestation, qui s'inscrit dans le souci d'une meilleure protection juridictionnelle (A). En revanche, il est légitime de se demander si les conséquences de cette diversification ne sont pas paradoxales au regard de cet objectif, et s'il n'en découle pas une trop grande complexité pour le justiciable (B).

### **A) Le souci indéniable d'une meilleure protection juridictionnelle**

**171. Finalités poursuivies par le Conseil constitutionnel.** Si le revirement opéré par le Conseil constitutionnel a pu, *prima facie*, faire présager un rétrécissement du champ de contestation des ordonnances non ratifiées, force est de constater, avec du recul, qu'il n'en est rien. Au contraire, il est possible d'affirmer que le revirement, tel qu'il a été construit par les juges suprêmes de l'ordre constitutionnel et administratif, renforcent la protection

---

381 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 12.

382 ROBLOT-TROIZIER (A.), *op. cit.*

juridictionnelle, voire même les « droits des justiciables »<sup>383</sup>.

**172.** A titre liminaire, il faut rappeler que le revirement est justifié par une évolution du système de justice constitutionnelle en France, qui a conduit indirectement à s'éloigner des principes de protection juridictionnelle effective qui étaient pourtant à la base de la naissance du régime contentieux des ordonnances (*cf. supra*, n°99 s.). La volonté du Conseil constitutionnel d'amorcer une évolution en ce sens peut donc être perçue comme une volonté de remédier à ce problème.

**173.** Si ses décisions ont pu être source de confusion<sup>384</sup>, elles participent d'une finalité plus large du Conseil constitutionnel d'étendre le champ des dispositions contestables par la voie de la QPC, qui a précisément pour objet la protection des droits et libertés et qui peut donc être considérée comme l'instrument privilégié au regard de cette objectif<sup>385</sup>. Certains auteurs ont relevé, dès la décision *Force 5*, certains avantages pour les justiciables. Ainsi Michel Verpeaux constate-t-il que la possibilité de contester des ordonnances par la voie de la QPC n'est pas limitée dans le temps, contrairement au recours pour excès de pouvoir qui est quant à lui enfermé dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'ordonnance<sup>386</sup>. Jean-Philippe Derosier considère pour sa part que la décision *Force 5* a été un « gage de lisibilité »<sup>387</sup>. En effet, il est sans doute plus simple pour le justiciable d'identifier le moment du changement de régime contentieux, car le délai d'habilitation – et donc la date d'expiration de celui-ci – est plus facile à trouver que l'article ou la loi de ratification<sup>388</sup>. Mais c'est surtout la manière dont le Conseil d'État a réceptionné le revirement qui a abouti à préserver les fondements initiaux du contentieux des ordonnances.

**174. Finalités poursuivies par le Conseil d'État.** La plupart des solutions qu'a retenues le Conseil d'État dans sa décision du 16 décembre 2020 s'expliquent par une volonté de protéger le justiciable et de lui apporter la protection juridictionnelle la plus large possible dans la contestation des ordonnances. La justification qui apparaît dans le corps de la décision

---

383 DEROSIER (J.-Ph.), « Le Conseil d'État dépossédé », *op. cit.*

384 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

385 Sur ces questions, v. le colloque organisé à la faculté de droit et des sciences politiques de Nantes les 11 et 12 octobre 2018, et notamment sa synthèse : MAGNON (X.), « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit », in FOUCHER (K.) (dir.), *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, pp. 311-324.

386 VERPEAUX (M.), « Ordonnances = dispositions législatives. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 22 juin 2020, n° 25, 350. Notons que le Professeur développe cet élément dans un paragraphe amorcé par la phrase : « Est-ce totalement négatif ou dangereux pour l'Etat de droit ? ».

387 DEROSIER (J.-Ph.), *op. cit.*

388 *Ibid.*

est particulièrement intéressante à cet égard, puisque selon le Conseil d'État, la préservation de son contrôle est conforme et découle d'un des objectifs poursuivis par la révision constitutionnelle de 2008, à savoir « faire progresser l'État de droit »<sup>389</sup>. Il est d'ailleurs assez rare qu'il fasse expressément référence à cette notion dans ses décisions, ce qui prouve l'importance de ce principe en ce qui concerne le contentieux des ordonnances.

**175.** Mais surtout, cette intention se ressent à la lecture des conclusions du rapporteur public Vincent Villette, que le Conseil d'État a suivies. Avant d'exposer les différentes solutions envisageables, il précise la chose suivante : « pour appréhender ce débat, nous serons guidés par deux principes cardinaux : la simplicité pour le justiciable et le souci que ce revirement n'entraîne pas un rétrécissement du champ de la contestation »<sup>390</sup>. Or, il démontre que la solution de préserver le contrôle du Conseil d'État et de le faire coexister avec la QPC, si elle n'est pas parfaite (*cf infra*, n°182 s.), est toutefois celle qui permet le mieux de répondre à ces principes. Ou à tout le moins, celle qui permet d'en limiter les atteintes.

**176.** En effet, les trois autres solutions proposées par le rapporteur public n'étaient pas satisfaisantes selon lui, soit parce qu'elles aboutissaient à une fermeture du prétoire, soit parce qu'elles étaient « difficilement praticables »<sup>391</sup>, induisant ainsi trop de complexité pour le justiciable. La première solution était celle qui consistait à considérer l'ordonnance comme une loi, une fois le délai d'habilitation expiré : cela avait pour conséquence logique de dessaisir le Conseil d'État d'une partie des ordonnances non ratifiées, en ne laissant ouverte qu'une possibilité de contestation par voie d'exception. Toutefois, Vincent Villette estimait qu'en plus de sur-interpréter les décisions du Conseil constitutionnel, « cette logique conduirait à une fermeture du prétoire, notamment par voie d'action, fermeture d'autant plus inexplicable que c'est précisément pour éviter cette impasse qu'est née votre jurisprudence »<sup>392</sup>.

**177.** Une deuxième voie aurait pu consister pour le Conseil d'État à contrer le Conseil constitutionnel, en confirmant sa jurisprudence traditionnelle au moins à l'occasion des recours par voie d'action. Mais cela aurait alors induit une différenciation des solutions selon la voie de contestation (action ou exception) ce qui n'est pas non plus souhaitable car « source de confusion »<sup>393</sup>.

---

389 Décision du 16 décembre 2020 précitée, paragr. 8.

390 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

391 *Ibid.*

392 *Ibid.*

393 *Ibid.*

**178.** La troisième voie exposée puis rejetée par Vincent Villette est celle d'introduire un nouveau critère, celui de l'ordonnance devenue définitive, passé le délai du REP. Tant que l'ordonnance n'est pas devenue définitive, le Conseil d'État traiterait lui-même des moyens de constitutionnalité en rejetant les QPC ; à l'inverse, dès que l'ordonnance devient définitive, les dispositions relevant du domaine de la loi ne pourraient être contestées que par la voie de la QPC. Néanmoins, cette solution engendrerait selon Vincent Villette trop de complexité : en plus de supposer une fois encore une distinction entre voie d'action et voie d'exception, cela « réduirait les droits des justiciables » en rétrécissant « l'étendue des moyens utilement invocables contre une ordonnance non ratifiée devenue définitive »<sup>394</sup>.

**179.** En outre, c'est également parce qu'il lui semblait « inconcevable que le revirement constitutionnel conduise à réduire le champ des moyens invocables »<sup>395</sup>, que Vincent Villette invitait le Conseil d'État à préserver sa compétence au regard des moyens qui ne se rattachent pas directement aux droits et libertés que la Constitution garantit, tels que l'incompétence négative ou l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ce que le Conseil d'État suivit.

**180.** Enfin, le communiqué de presse de cette décision met en lumière les objectifs du nouveau régime contentieux tel que précisé par le Conseil d'État. Parmi ces objectifs, figurent notamment le souci de « faire en sorte qu'il n'entraîne aucun recul de l'Etat de droit pour les justiciables », ainsi que celui de « délivrer un mode d'emploi qui soit le plus clair et le plus simple possible pour les requérants »<sup>396</sup>.

**181.** Si la *recherche* d'une protection juridictionnelle a guidé les juges constitutionnel et administratif, les solutions retenues ne remplissent que partiellement cet objectif notamment au regard de la complexification du contentieux des ordonnances qui en découle.

## B) La complexification corrélative du contentieux des ordonnances

**182.** D'un côté, le revirement de 2020 a abouti à un élargissement du champ de la contestation des ordonnances non ratifiées : cela va dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux. Mais d'un autre côté, cette diversification du prétoire a apporté de

---

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> Communiqué de presse de la décision CE, Ass., 16 décembre 2020, Fédération CFDT Finances et autres, n° 440258, « Ordonnances de l'article 38 de la Constitution : le Conseil d'État précise le « mode d'emploi » du contrôle qu'il continuera d'exercer sur leur légalité, avant leur ratification par le Parlement », Paris, le 16 décembre 2020.

nouveaux éléments de complexité, sans pour autant effacer ceux induits par le régime antérieur. Or, en présence d'un régime contentieux trop complexe, le risque est de rendre ineffective la protection juridictionnelle, qui est pourtant aux fondements du régime des ordonnances, ainsi que de son évolution.

**183. Triple distinction contentieuse.** Premièrement, alors que le *double* régime contentieux des ordonnances avait déjà pu être critiqué avant la restructuration pour l'insécurité juridique qu'il engendrait (*cf. supra*, n°135), le nouveau régime ajoute encore une couche de distinction. En effet, avant 2020, il existait deux régimes contentieux différents : celui des ordonnances non ratifiées, et celui des ordonnances ratifiées. Désormais, il faut faire une triple distinction :

- Le régime contentieux des ordonnances non ratifiées avant l'expiration du délai d'habilitation : ces dernières peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, mais leurs dispositions ne peuvent faire l'objet d'une QPC.
- Le régime contentieux des ordonnances non ratifiées dont le délai d'habilitation est dépassé : celles-ci sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État et peuvent faire l'objet d'une QPC. Cette catégorie est celle qui a été créée par le revirement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.
- Le régime contentieux des ordonnances ratifiées : insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, elles ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel par la voie de la QPC, ou indirectement par le contrôle de la loi de ratification.

**184.** Ce nouveau paysage mène à une forme de complexité et d'insécurité juridique pour le justiciable qui devra redoubler de vigilance. En effet, il devra non seulement vérifier si le délai prévu dans la loi d'habilitation (et non dans l'acte qu'il conteste) est échu – pour savoir s'il peut ou non soulever une QPC – tout en continuant à porter une attention particulière à l'existence ou non d'une ratification – au risque de voir son recours devant le Conseil d'État déclaré irrecevable.

**185. Insécurité juridique – relativisation.** Un autre élément de complexité pour le justiciable, selon Bertrand Mathieu et Anne-Laure Cassard-Valembois, réside dans le fait que le requérant doit désormais « apprécier la nature du grief qu'il invoque »<sup>397</sup> à défaut de quoi le Conseil d'État le décidera lui-même au regard de l'argumentation et à la forme de sa

---

397 CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.), MATHIEU (B.), « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité » Chronique du 1er juin au 20 décembre 2020, *SJEG*, n° 3, 18 Janvier 2021, p. 123.

présentation. Selon les auteurs, cela peut devenir dangereux pour le justiciable dans certaines situations. Par exemple, si le requérant ne précise pas la nature du principe invoqué et ne le présente pas dans un mémoire QPC, mais que le Conseil d'État considère qu'il s'agit d'un droit ou liberté que la Constitution garantit, il sera contraint de rejeter ce moyen qui ne respecte pas les conditions de la loi organique du 10 décembre 2009. Ceci étant dit, ce choix laissé au justiciable dans les moyens qu'il entend soulever peut également être vu comme une plus grande liberté laissée à ce dernier dans l'élaboration de sa stratégie contentieuse<sup>398</sup>. C'est d'ailleurs la vision exposée par Vincent Villette dans ses conclusions sur la décision du 16 décembre 2020, et relatée dans le communiqué de presse. On perçoit d'ailleurs dans ces conclusions la volonté, d'une part de respecter le choix procédural du requérant sans le forcer « à déporter obligatoirement son argumentation », et d'autre part d'éviter de lui « compliqu[er] encore la tâche en exigeant qu'il produise un mémoire distinct », lorsqu'il « n'est pas en capacité juridique d'explicitier son moyen »<sup>399</sup>. Perçue de cette manière, cette solution s'inscrit donc, au contraire, dans l'intérêt du justiciable.

**186. Risque d'allongement des délais contentieux.** Ensuite, cette nouvelle solution peut faire craindre un allongement des délais de jugement, en raison du « détour procédural (...) dû à l'éventuel renvoi d'une QPC »<sup>400</sup> qui n'est pas forcément profitable pour le justiciable. C'est ce que Clément Malverti et Cyrille Beaufils constatent, tout en relativisant leur propos. En effet, la loi organique du 10 décembre 2009 prévoit que le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois. Quant au Conseil d'État, il a posé un garde-fou à ce risque d'allongement des délais dans sa décision du 16 décembre 2020, en se réservant la possibilité de ne pas se prononcer sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel (*cf. supra*, n°165).

**187. Incohérence théorique sur la nature des ordonnances.** Mais surtout, le principal élément de complexité de cette nouvelle répartition du contentieux, tient à ce qu'elle engendre une incohérence théorique sur la nature de l'ordonnance. Cette dernière a toujours eu une nature ambiguë, car hybride (*cf. supra*, n°34 s.). Cette hybridité était néanmoins facile à appréhender intellectuellement, puisqu'elle « résultait de séquences successives »<sup>401</sup>. Autrement dit, l'ordonnance était réglementaire à un moment  $n$ , et législative à un moment  $n+1$ . Or, cette hybridité est depuis 2020 poussée à l'extrême puisque la nouvelle solution « suppose de regarder l'ordonnance comme concomitamment réglementaire et législative "au

---

398 DEUMIER (P.), « Le contrôle des ordonnances confié à la stratégie contentieuse » *RTD Civ.* 2021 p. 94.

399 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 16 décembre 2020, *op. cit.*

400 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

401 VILLETTE (V.), *op. cit.*

sens de" »<sup>402</sup>. C'est-à-dire qu'à un même moment *n*, une disposition de l'ordonnance pourra être regardée comme réglementaire ou législative, en fonction du moyen soulevé à son encontre.

**188.** La doctrine s'est empressée de pointer les problèmes que cela engendrait. Un collectif d'éminents auteurs<sup>403</sup>, a qualifié à cet égard l'ordonnance non ratifiée dont le délai d'habilitation est dépassé, de « chauve-souris juridique »<sup>404</sup>, en s'inquiétant du risque que cela engendrait pour la sécurité juridique. Agnès Roblot-Troisier parle, dans le même sens, d'une « découverte de l'acte "réglementaire-législatif" » ou de « dispositions "législativo-réglementaires" ». Clément Malverti et Cyrille Beaufiles sont quant à eux convaincus que ce nouveau régime contentieux « accroît la complexité d'un ensemble déjà subtil » et que « les justiciables ne gagnent guère en simplicité »<sup>405</sup>. Selon Xavier Prétot, la restructuration opérée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État « ouvre devant le justiciable un véritable labyrinthe, et confirme ainsi le caractère, à tous égards, ésotérique d'un système juridictionnel qui donne fréquemment le sentiment de n'avoir pour effet, sinon pour objet que d'égarer le justiciable... »<sup>406</sup>. Valentin Lamy est même allé jusqu'à parler de « chaos juridictionnel »<sup>407</sup>.

**189.** Pour finir, il faut noter que Vincent Villette lui-même, qui a proposé cette articulation au Conseil d'État, est conscient des limites de cette solution qu'il avoue avoir choisie « par élimination plus que par adhésion »<sup>408</sup>. Il admet qu'elle « pose un indéniable problème de cohérence »<sup>409</sup>, mais considère qu'elle est celle qui respecte le plus les principes cardinaux qui l'ont guidé, à savoir « la simplicité pour le justiciable et le souci que ce revirement n'entraîne pas un rétrécissement du champ de la contestation »<sup>410</sup>.

**190. Conclusion de la première partie.** Le régime contentieux des ordonnances est né de la nécessité de contrôler cet acte hybride, cette exception constitutionnelle à la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Les solutions retenues

---

402 *Ibid.*

403 À savoir Pierre Avril, Jean-Pierre Camby, Pierre Delvolvé, Renaud Denoix de Saint-Marc, Yves Gaudemet, Anne-Marie Le Pourhiet, Anne Levade, Pierre Mazeaud, Jean-Eric Schoettl, et Pierre Steinmetz.

404 AVRIL (P.) et autres (collectif), « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexion sur une chauve-souris juridique », *SJEG*, n° 46, 9 novembre 2020, pp. 2005-2013.

405 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), *op. cit.*

406 PRETOT (X.), « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *SJEG*, n° 7, 15 Février 2021, p. 342.

407 LAMY (V.), « Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert », *AJDA*, 2020, p. 2266.

408 VILLETTE (V.), *op. cit.*

409 *Ibid.*

410 *Ibid.*

paraissaient les plus adaptées et protectrices des droits fondamentaux à une époque où il n'existait pas, en France, de justice constitutionnelle à proprement parler. L'émancipation du Conseil constitutionnel et l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a permis de relativiser ces fondements initiaux, voire de s'en éloigner. Un questionnement sur la pertinence de la répartition – fut-elle ancienne – du contentieux des ordonnances était donc légitime, au regard d'une meilleure protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Le revirement opéré par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en 2020 ne répond que partiellement à cet enjeu. En plus de laisser subsister certains problèmes de l'ancienne répartition (notamment le risque de double contrôle de constitutionnalité), l'ouverture du prétoire qu'il permet engendre une complexité qui n'est pas favorable au justiciable.

**191.** Les solutions ainsi consacrées n'ont pas simplement eu des impacts sur le plan contentieux. Comme cela a été relevé en introduction, les ordonnances sont des actes particuliers au regard de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. Or, en modifiant la structure de leur contentieux, les récentes décisions jurisprudentielles ont permis, sinon de remettre en question, au moins de relancer une réflexion sur l'équilibre des pouvoirs qui prévaut en France sous la Vème République.

**DEUXIÈME PARTIE :**  
**LA RÉVÉLATION D'UN DÉSÉQUILIBRE DES POUVOIRS**

**192.** « Dans tous les pays libéraux, l'État de droit a été confronté à un facteur essentiel de déstabilisation : la *montée en puissance de l'Exécutif* »<sup>411</sup>. En France, cette montée en puissance dont parle Jacques Chevallier s'est traduite en 1958 par la reconnaissance et la consécration d'un pouvoir réglementaire autonome (article 37 de la Constitution) et d'une « autonomie normative nouvelle »<sup>412</sup> qui s'illustre notamment par le mécanisme de l'habilitation législative de l'article 38 de la Constitution.

**193.** En quoi ce mécanisme pouvait déstabiliser l'État de droit ? En ce qu'il « semblait saper les fondements de la hiérarchie des normes »<sup>413</sup> et la séparation des pouvoirs, et en particulier la séparation fonctionnelle en permettant au pouvoir exécutif de prendre des normes dans le domaine législatif. En effet, selon cette séparation fonctionnelle qui découle d'une vision absolue de la séparation des pouvoirs, chaque organe « est attributaire exclusif de l'intégralité d'une fonction étatique – législative, exécutive ou judiciaire – et forme à ce titre un pouvoir qui n'a aucune part à l'exercice d'une fonction dévolue à un autre pouvoir »<sup>414</sup>.

**194.** En réalité, la séparation des pouvoirs telle que conçue par les constituants de 1958 s'éloignait de cette vision stricte. Comme le relève Emilien Quinart, ces derniers ont « cherch[é] à redéfinir la séparation fonctionnelle en substituant à la distinction "législation / exécution" – héritée du XVIII<sup>e</sup> siècle – une distinction "gouvernement / contrôle" »<sup>415</sup>. Cette distinction correspond à une conception plus souple de la séparation des pouvoirs, inspirée de la pensée de Montesquieu et des constituants de 1789 qui ont consacré ce principe à l'article 16 de la DDHC<sup>416</sup>. Elle ne passe pas par une spécialisation fonctionnelle : plusieurs organes peuvent donc participer à la réalisation d'une même fonction, tant qu'il existe des instruments pour éviter qu'un seul organe ne s'approprie la totalité des pouvoirs. La séparation des pouvoirs est donc entendue comme un équilibre, une balance des pouvoirs, opérée grâce à

411 CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, LGDJ, coll. « Clefs », 6<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 66.

412 *Id.*, p. 68.

413 *Id.*, p. 69.

414 LAHMER (M.), « Séparation et balance des pouvoirs », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1407.

415 QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, p. 704.

416 CHEVALLIER (J.), « La séparation des pouvoirs », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, coll. « Droit public positif », 1990, p. 115.

l'institution de contre-pouvoirs. Or, l'article 38 apparaît de ce point de vue bien plus acceptable : l'exécutif voit certes son champ de compétence étendu au domaine législatif, mais cela ne veut pas dire qu'il possède la totalité de la fonction législative. Le Parlement n'est pas absent du processus de l'habilitation : il autorise et détermine le champ d'intervention de l'exécutif, et intervient en aval pour le contrôler par le biais de la ratification. Il fait ainsi théoriquement office de contre-pouvoir.

**195.** Ces considérations, combinées au régime contentieux des ordonnances issu de la jurisprudence du Conseil d'État, ont permis de rendre ces dernières compatibles avec l'État de droit. En effet, en assimilant les ordonnances non ratifiées à des actes administratifs soumis à son contrôle<sup>417</sup>, la haute juridiction administrative a contribué à « maintenir le principe d'assujettissement de l'exécutif »<sup>418</sup>. Seule la ratification, acte du Parlement souverain, permettait de hisser cet acte au rang législatif.

**196.** En rompant avec cette vision classique, le revirement de jurisprudence impulsé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 mai 2020<sup>419</sup> semblait du même coup éliminer ce garde-fou. En décidant de manière inédite de soumettre à son contrôle *a posteriori* de constitutionnalité les dispositions des ordonnances prises en matière législative, à la seule condition que le délai d'habilitation ait expiré, le Conseil constitutionnel a reconnu au pouvoir exécutif la capacité de créer des normes à caractère législatif. En cela, il a consacré le primat de l'exécutif (Chapitre 1). Symétriquement, ce revirement a abouti à considérer que l'intervention du Parlement, organe législatif de droit commun en vertu de la Constitution, n'est plus nécessaire pour que des normes acquièrent valeur législative. Ce faisant, il a mis en lumière un Parlement en retrait (Chapitre 2).

**197.** Pour autant, peut-on considérer que cette restructuration du contentieux des ordonnances est une atteinte à la séparation des pouvoirs ? Ou au contraire, a-t-elle été rendue possible et acceptable par un régime constitutionnel lui-même déséquilibré au profit de l'exécutif ? C'est ce que l'on se propose d'analyser dans cette partie.

---

417 CE, Sect., 3 nov. 1961, *Sieur Damiani*, n°53155 (Rec. 607) ; CE, Ass., 24 nov 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, n°52262 (Rec. 658).

418 CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 66.

419 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020.

## **Chapitre 1 : Le caractère législatif de normes gouvernementales :** **consécration du primat de l'exécutif**

**198.** La Constitution de la Vème République a été conçue pour rationaliser le parlementarisme et redonner du pouvoir à l'exécutif. Pour ce faire, le constituant de 1958 a notamment donné à ce dernier les moyens d'agir sur le processus législatif. Cela s'illustre principalement par l'article 39, qui confie l'initiative des lois au Premier ministre et aux membres du Parlement, et par l'article 38 qui donne au gouvernement la possibilité d'intervenir dans le domaine législatif par ordonnances. Ces dernières sont d'ailleurs, selon Hugues Portelli, l'« illustration caricaturale de l'omnipotence législative du gouvernement »<sup>420</sup>. Pour autant, le gouvernement seul est incapable d'édicter des lois. Si cette affirmation ne faisait aucun doute avant 2020, cela est moins vrai depuis les récentes décisions du Conseil constitutionnel ayant amorcé une évolution du régime contentieux des ordonnances. Elles aboutissent en effet à conférer un caractère législatif à des normes gouvernementales. Un nouveau pouvoir semblait donc avoir été conféré au pouvoir exécutif par le juge constitutionnel, accentuant d'autant son poids dans la balance des pouvoirs. Néanmoins, si l'interprétation inédite de l'article 38 retenue par le Conseil constitutionnel peut être considérée comme extensive (I), elle n'est pas pour autant inconstitutionnelle (II).

### **I. UNE INTERPRÉTATION EXTENSIVE DU TEXTE CONSTITUTIONNEL**

**199.** Pour comprendre dans quelle mesure les interprétations du Conseil constitutionnel de l'article 38 ont été audacieuses (B), il convient d'exposer les règles de modifiabilité posées par cet article, qui ont servi de base à l'argumentation (A).

#### **A) Les règles de modifiabilité de l'ordonnance posées par l'article 38 de la Constitution**

**200.** Le troisième alinéa de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « *A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne*

---

420 PORTELLI (H.), « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, 2006/2, n° 44, p. 7.

*peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ». Cet alinéa prévoit les règles de « modifiabilité »<sup>421</sup> ou de « mutabilité »<sup>422</sup> de l'ordonnance, qui se voient impactées par l'expiration du délai d'habilitation.

**201. Dessaisissement du Parlement pendant l'habilitation.** Pendant le délai d'habilitation, c'est évidemment le gouvernement qui est compétent pour adopter, modifier ou abroger les mesures qui relèvent normalement de la loi. C'est le propre de l'article 38 de la Constitution. Mais cela signifie-t-il pour autant que le Parlement est dessaisi, c'est-à-dire qu'il ne peut plus intervenir sur les domaines faisant l'objet de l'habilitation législative ? Cela ne va pas forcément de soi. D'abord, sous les Républiques précédentes, le recours au décret-loi n'interdisait pas au Parlement de récupérer sa compétence<sup>423</sup>. Ensuite, certains pays voisins ne retiennent pas non plus cette solution. En Belgique par exemple, les chambres demeurent compétentes pour adopter des lois dans les matières ayant fait l'objet des pouvoirs spéciaux. Autrement dit, et pour reprendre les termes de Michel Leroy, « les pouvoirs spéciaux ne mettent pas le parlement "en vacances" »<sup>424</sup>.

**202.** La Constitution française de 1958 comporte toutefois un article qui implique une forme d'incompétence du Parlement pendant le délai d'habilitation : l'article 41. Ce dernier prévoit, en son premier alinéa, que « *s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité* ». Cette disposition permet donc au gouvernement de se « protég[er] de l'ingérence éventuelle du législateur »<sup>425</sup> en opposant l'irrecevabilité d'une proposition de loi ou d'un amendement qui interviendrait dans une matière « déléguée » pendant le délai d'habilitation. Il faut noter que cet article utilise le terme de « délégation » alors que la thèse de la délégation est largement minoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence<sup>426</sup>. En tout état de cause, cet article 41 permet au gouvernement de « prévenir toute immixtion »<sup>427</sup> du Parlement dans les domaines ayant fait l'objet de l'habilitation

---

421 BOYER-MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 176.

422 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *op. cit.*

423 BOYER-MERENTIER (C.), p. 177 : « Cette règle n'avait pas cours à l'époque des décrets-loi ».

424 LEROY (M.), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol 24, 2014, p. 99.

425 BOYER-MERENTIER (C.), p. 176.

426 V. pour un résumé de l'état de la doctrine sur ce sujet : BARTHÉLÉMY (C.), « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2020, p. 887.

427 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 18.

législative.

**203.** Il faut toutefois relativiser ce dessaisissement du Parlement. D'abord, l'article 41 n'est qu'une faculté pour le gouvernement : en témoigne l'utilisation du verbe « pouvoir ». En outre, l'irrecevabilité de l'article 41 est limitée aux propositions de loi et amendements issus des parlementaires. Cela signifie *a contrario* qu'il est possible qu'un projet de loi intervienne dans un domaine « délégué », ce qui reviendrait pour le gouvernement à renoncer à la compétence qu'il s'est vu accordée en vertu de l'article 38. Dans cette situation, le Parlement serait tout à fait libre de discuter et de voter ledit projet de loi. Enfin, si le gouvernement n'oppose pas d'irrecevabilité en vertu de l'article 41, la loi qui s'en suit n'est pas pour autant inconstitutionnelle<sup>428</sup>.

**204. Récupération de la compétence du Parlement.** La seule conclusion que tire expressément l'article 38 de l'expiration du délai d'habilitation est la compétence exclusive du Parlement pour modifier les dispositions matériellement législatives de l'ordonnance. Cette affirmation peut étonner *prima facie*, puisqu'en principe les ordonnances n'ont vocation à contenir que des dispositions matériellement législatives, ou pour reprendre les termes mêmes de l'article 38, « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». En réalité, il peut toutefois arriver qu'une ordonnance contienne des dispositions matériellement réglementaires, c'est-à-dire qui relèvent normalement du domaine de l'article 37. Le troisième alinéa de l'article 38 ne fait donc que tirer les conséquences de « la mixité substantielle de ce type de norme »<sup>429</sup> en indiquant qu'à l'expiration du délai d'habilitation, seul le Parlement peut intervenir sur les dispositions relevant matériellement de la loi, peu important ici l'existence d'une ratification. A l'inverse, cela signifie que le gouvernement pourra modifier ou abroger les dispositions de l'ordonnance qui relèvent du domaine réglementaire.

**205.** Cette récupération par le Parlement de sa compétence à l'expiration du délai d'habilitation est logique, puisque à cette date, « la fenêtre ouverte au pouvoir réglementaire pour intervenir dans le domaine de la loi s'est refermée »<sup>430</sup>. Anne Levaदे considère qu'il est « bien normal » que le gouvernement ne puisse « se prévaloir de ce qu'il a un temps "légiféré par ordonnance" pour continuer à décider dans des domaines qui, en vertu de la Constitution, lui échappent »<sup>431</sup>.

---

428 Cons. const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, cons. 11 ; Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 14.

429 LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185.

430 BARTHÉLÉMY (C.), *op. cit.*

431 LEVADE (A.), *op. cit.*

**206. Absence d'impact sur la valeur de l'ordonnance.** Pour autant, cet article ne tire pas de conséquence sur la valeur des ordonnances, une fois le délai d'habilitation expiré. Autrement dit, il était admis, avant 2020, que la récupération par le Parlement de sa compétence n'avait pas pour effet de transformer les dispositions en question en dispositions législatives, au sens classique du terme, c'est-à-dire en acte pris par le Parlement (critère organique) dans le domaine de l'article 34 (critère matériel). Et pour cause : le critère organique, en l'absence de ratification, fait défaut. Le Conseil d'État avait confirmé cette solution dans l'arrêt *Conseil national de l'ordre des médecins*<sup>432</sup> de 2006. Il considérait en effet qu'il résulte de ce troisième alinéa de l'article 38 « 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 (...) 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 »<sup>433</sup>. Puis il poursuivait en indiquant « 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 »<sup>434</sup>. Cette jurisprudence s'inscrivait dans la lignée de ce qui prévalait dès avant 1958<sup>435</sup>. C'était également la vision du Doyen Vedel, qui écrivait ceci : « le décret même non ratifié, ne peut être modifié que par une loi une fois le temps de l'habilitation expiré. Ce n'est pas parce qu'il aurait valeur législative dans les deux cas (c'est inexact tant qu'il n'est pas ratifié) mais parce que l'habilitation donnée au gouvernement (...) serait illégalement prolongée au-delà du temps prévu si on admettait la modification par décret sans limitation de durée »<sup>436</sup>.

**207.** Claire Landais et Frédéric Lénica, commentant cette décision, estiment que le Conseil d'État n'a fait qu'appliquer la « règle du parallélisme des compétences »<sup>437</sup>. Mais surtout, ils considèrent qu'en statuant ainsi, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a « estim[é] que l'impératif de rétablissement de la légalité ne pouvait l'emporter sur l'équilibre

---

432 CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°279517.

433 *Ibid.*

434 *Ibid.*

435 CE, Ass., 16 mars 1956, *Caisse autonome de sécurité sociale dans les mines*, n°18827 (Rec. 127).

436 VEDEL (G.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 1958, t.1, p. 140.

437 LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Le pouvoir d'abrogation de l'autorité réglementaire à l'égard des ordonnances », *AJDA*, 2007, p. 133.

des pouvoirs instauré par la Constitution de 1958 et sur le partage des compétences établi entre le législateur et l'autorité réglementaire »<sup>438</sup>. En effet, reconnaître une valeur législative à une disposition n'ayant pas été ratifiée par le Parlement conduirait à admettre que le gouvernement peut produire un acte censé représenter l'expression de la volonté générale<sup>439</sup>. En d'autres termes, empruntés à Emmanuel Cartier, cela reviendrait « à considérer qu'un acte élaboré sans délibération publique par quelques techniciens occupe la même valeur que l'acte émanant de la représentation nationale »<sup>440</sup>.

**208.** Le 28 mai 2020, le Conseil constitutionnel a remis en cause cette vision classique en procédant à une interprétation audacieuse, et inédite, du troisième alinéa de l'article 38.

### B) Les déductions audacieuses de l'article 38 par le Conseil constitutionnel

**209.** Les conséquences contentieuses de la décision *Force 5*<sup>441</sup> du 28 mai 2020 ont déjà été largement abordées (*cf. supra*, n°170 s.). Il faut désormais revenir sur ce qu'elle implique au delà de l'aspect purement contentieux, et en particulier sur les rapports entre les pouvoirs. Or, tout le raisonnement des juges constitutionnels est basé sur une interprétation audacieuse du troisième alinéa de l'article 38. Le Conseil rappelle tout d'abord la règle posée par cet alinéa, à savoir qu'« à l'expiration du délai de l'habilitation (...) les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif »<sup>442</sup>. Puis, pour la première fois<sup>443</sup>, il en déduit que « dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives »<sup>444</sup>. C'est ce qui lui a ensuite permis de considérer que « 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 »<sup>445</sup>. Cette solution a été confirmée, bien que nuancée par la décision ultérieure *Sofiane A* du 3 juillet 2020 (*cf. infra*, n°221). Les développements qui suivent se cantonnent à l'analyse de la première décision.

---

438 *Ibid.*

439 Art. 6 DDHC : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ». Nous soulignons.

440 in CARTIER (E.), DEROSIER (J.-Ph.) ; « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », Titre VII [en ligne], n° 5, *La sécurité juridique*, octobre 2020.

441 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020.

442 Décision précitée du 28 mai 2020, cons. 11.

443 « De façon inédite », selon les termes du Commentaire officiel, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, p. 17.

444 Décision précitée du 28 mai 2020, cons 11.

445 *Ibid.*

**210. Découverte d'un nouveau critère de définition de la loi ?** Cette première décision semblait consacrer un nouveau critère de définition de la loi, qui s'éloignerait des approches classiques. Deux doctrines s'opposent en effet traditionnellement sur ce point, en particulier concernant l'élément qui serait prédominant dans la définition de la loi. D'un côté, les partisans de la thèse organique – majoritaires<sup>446</sup> – considèrent qu'a valeur de loi tout « acte fait par les organes exerçant le pouvoir législatif et selon la procédure législative »<sup>447</sup>. Le critère prédominant est donc uniquement formel. Selon cette vision, l'ordonnance doit être considérée comme un acte administratif avant sa ratification, et comme un acte législatif une fois ratifiée. De l'autre côté, les partisans de la thèse matérielle<sup>448</sup> définissent la loi en fonction du domaine concerné et non de l'autorité ayant pris l'acte ou la procédure suivie : un acte adopté dans le domaine de l'article 34 serait donc une loi. Selon cette vision, les ordonnances de l'article 38 ont valeur législative dès leur édicition, et le mécanisme instauré par cet article ne s'analyse pas comme une habilitation, mais bien comme une déléation du pouvoir législatif au profit de l'exécutif.

**211.** L'ancienne jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel concernant le régime contentieux des ordonnances s'inscrivait pleinement dans ce critère organique (*cf. supra*, n°100 s.). Au delà de la jurisprudence sur les ordonnances, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel concernant la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et réglementaire (le couple 34-37) va clairement dans le sens d'un effacement du critère matériel. Dans sa décision *Blocage des prix* du 30 juillet 1982, le Conseil constitutionnel a en effet « gommé toute trace du critère matériel »<sup>449</sup>, en estimant qu'une loi contenant des dispositions de nature réglementaire n'était pas inconstitutionnelle<sup>450</sup>.

**212.** Le Conseil constitutionnel, dans sa décision *Force 5*, ne se rattache pleinement à

446 Charles Debbasch (lui même partisan de cette thèse) cite à cet égard le Premier ministre Michel Debré, René Chapus, Robert-Edouard Charlier, Georges Vedel, André de Laubadère.... V. DEBBASCH (C.), « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *JCP*, 1962, p. 1701.

447 VEDEL (G.), *Droit administratif* (avec la collaboration de P. Delvolvé), 7ème éd., PUF, 1980, p. 369.

448 Parmi lesquels WALINE (M.), « Les rapports entre la loi et le règlement », *RDP*, 1959, p. 709 ; DE SOTO (J.) « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, p. 287 ; FAVOREU (L.), « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RFDA*, 1987, p. 686.

449 ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.) et BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème éd., 2016, LGDJ, p. 188.

450 Cons. const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 cons. 11 : « par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution »

aucune des deux thèses. En effet, son raisonnement ne peut être fondé sur un critère purement matériel puisqu'il ne conduit à considérer les dispositions de l'ordonnance intervenues dans le domaine de la loi comme des « dispositions législatives » qu'à l'expiration du délai d'habilitation. Au contraire, selon la thèse matérielle, les ordonnances ont valeur législative dès leur publication. De même, le Conseil constitutionnel ne se base pas non plus sur un critère purement organique, puisqu'il qualifie de « dispositions législatives » des dispositions d'origine gouvernementale n'ayant pas fait l'objet d'une ratification parlementaire. Le Conseil constitutionnel semble en réalité avoir retenu un critère original, un mélange des conceptions. Il s'est « en quelque sorte arrêté au milieu du gué »<sup>451</sup> en retenant un critère organique pendant le délai d'habilitation, avant de revenir à un critère matériel une fois ce dernier arrivé à expiration. Selon Gweltaz Eveillard, le Conseil constitutionnel aurait donc fait primer un « critère organique, mais très particulier puisque fondé, non pas sur l'auteur de l'acte, mais sur l'autorité qui serait seule compétente aujourd'hui pour le modifier »<sup>452</sup>. Christophe Barthélémy utilise quant à lui la métaphore du carrosse de Cendrillon pour désigner cette « transsubstantiation d'un acte par l'effet du temps »<sup>453</sup>.

**213. Critiques portant sur la sur-interprétation de l'alinéa 3.** Au delà du caractère étonnant et inédit du critère retenu par le Conseil constitutionnel, ce dernier s'est vu reproché d'avoir sur-interprété l'alinéa 3 de l'article 38, voire d'avoir procédé à sa « réécriture »<sup>454</sup>. Certains auteurs sont même allés jusqu'à considérer cette interprétation comme *contra constitutionem*<sup>455</sup>. En effet, le texte de l'alinéa 3 se contente d'exposer les règles de modifiabilité de l'ordonnance et de prévoir la récupération de la compétence du Parlement à l'expiration du délai d'habilitation (*cf. supra*, n°200 s.). Autrement dit, cet article ne fait que rétablir l'ordre « normal » des choses, la répartition de principe des compétences et, par suite, l'équilibre des pouvoirs prévu par la Constitution de 1958. L'alinéa 3 n'est que la conséquence logique de l'alinéa premier de l'article 38 qui prévoit que l'autorisation donnée au gouvernement pour intervenir dans le domaine de la loi est nécessairement d'une durée

---

451 BARTHÉLÉMY (C.), *op. cit.*

452 ÉVEILLARD (G.), « Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des "dispositions législatives" dépourvues de valeur législative », *Droit administratif*, novembre 2020, n° 11, p. 53.

453 BARTHÉLÉMY (C.), *op. cit.*

454 PERROUD (T.), « La Constitution « Total » », *Recueil Dalloz*, 2 juillet 2020, n° 24, p. 1390 ; LAGRAULET (P.-E.), « Incidence de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 sur les dispositions des ordonnances relatives au droit de la copropriété », *SJEG*, 15 juin 2020, n° 24, p. 1094-1095.

455 AVRIL (P.) et autres (collectif), « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexion sur une chauve-souris juridique », *SJEG*, n° 46, 09-11-2020, doct. 1267, p. 2013 ; LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'invraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185-1186

limitée. Ainsi, le « troisième alinéa (...) ne peut être lu indépendamment du premier »<sup>456</sup>. A l'expiration de ce délai, l'habilitation ne vaut plus ; le gouvernement ne peut plus intervenir. C'est à notre sens et à celui de nombreux auteurs ce que signifie le troisième alinéa de l'article 38.

**214.** Ce dernier ne tire pas en lui-même de conséquence sur la valeur des ordonnances. Vincent Villette estime en ce sens que « le fait que l'expiration du délai d'habilitation empêche le pouvoir exécutif de modifier son ordonnance ne révèle pas que, passé cette date, les dispositions de cette ordonnance acquièrent valeur législative »<sup>457</sup>. De même Anne Levade considère que « cette disposition, outre qu'elle fait suite à celle imposant une ratification expresse, ne porte pas sur la valeur juridique des ordonnances mais sur la matière législative ou réglementaire de leurs articles »<sup>458</sup>.

**215.** Deux arguments plaident effectivement en ce sens, et se rattachent à la volonté du constituant. D'une part, si le constituant avait voulu conférer une valeur législative aux ordonnances de l'article 38, il l'aurait sans doute indiqué explicitement. C'est d'ailleurs ce qu'il fit pour les ordonnances de l'article 92, désormais abrogé : le texte même de l'article qualifie ces actes d'ordonnances « ayant force de loi »<sup>459</sup>. D'autre part, la volonté du constituant de ne pas déduire de cet alinéa la valeur législative aux ordonnances peut se prouver aisément par un raisonnement par l'absurde. Le collectif d'auteurs ayant contribué à la « Réflexion sur une chauve-souris juridique »<sup>460</sup> l'exprime en ces termes : « Si [le constituant] a voulu que, passé le délai d'habilitation, une ordonnance non ratifiée ne puisse être modifiée que par la loi, c'est que, précisément, une ordonnance non ratifiée n'est pas une loi. Si elle l'était, le texte constitutionnel énoncerait un truisme, ce qu'il ne saurait faire »<sup>461</sup>.

**216. Atteinte à l'équilibre des pouvoirs.** Le troisième alinéa de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, tel qu'il était classiquement interprété notamment par le Conseil d'État dans l'arrêt *Conseil national de l'ordre des médecins*<sup>462</sup>, avait pour effet de rétablir l'ordre des compétences et l'équilibre des pouvoirs qui s'était vu bousculé temporairement par le mécanisme de l'habilitation, au profit du pouvoir exécutif. A l'inverse, la décision *Force 5* et l'interprétation nouvelle du Conseil constitutionnel sur cet alinéa,

456 BARTHÉLÉMY (C.), *op. cit.*

457 VILLETTE (V.), Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 16 décembre 2020, *op. cit.*

458 LEVADE (A.), *op. cit.*

459 Art. 92 de la Constitution du 4 octobre 1958, désormais abrogé.

460 AVRIL (P.) et autres (collectif), « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexion sur une chauve-souris juridique », *SJEG*, n° 46, 9 novembre 2020, doct. 1267, pp. 2005-2013.

461 *Id.*, p. 2013.

462 CE, Ass., 11 décembre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, n°279517.

conduisent à entériner ce déséquilibre, en plaçant au même niveau de la hiérarchie des normes, la loi d'une part, et les ordonnances non ratifiées dont le délai d'habilitation est dépassé d'autre part. Cela semblait donc aller à l'encontre de « la logique du "pacte" exposée par le doyen Hauriou, [pour qui] l'adoption de la loi est par nature un processus qui exige la collaboration des pouvoirs législatif et exécutif »<sup>463</sup>. En se limitant à la simple lecture de la décision *Force 5*, la tentation est grande de rejoindre Paul Cassia qui en déduit que « le gouvernement peut agir comme législateur, alors qu'une séparation vertueuse des pouvoirs supposerait une parfaite étanchéité des compétences exécutive et législative »<sup>464</sup>. Dans le même sens, Xavier Prétot considère que ce revirement de jurisprudence s'est fait « au mépris de l'équilibre des pouvoirs au sein de la République »<sup>465</sup>.

217. L'audace du Conseil constitutionnel dans son interprétation du dernier alinéa de l'article 38 n'est pas niée. Néanmoins, elle ne paraît pas nécessairement *contra constitutionem*, *a fortiori* lorsqu'elle est lue à la lumière des décisions ultérieures qui ont contribué à construire le nouveau régime contentieux des ordonnances.

## **II. UNE INTERPRÉTATION PERMISE PAR LE DROIT CONSTITUTIONNEL**

218. L'idée que le revirement du Conseil constitutionnel et son interprétation du troisième alinéa de l'article 38 sont inconstitutionnels doit être relativisée à deux égards. D'une part, une conception autonome de la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1 peut être dégagée (A). D'autre part, le critère organique ne se justifie plus sous la Vème République avec autant de force que sous les Républiques précédentes (B).

### **A) L'autonomisation de la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1**

219. **Réduction de la portée par le commentaire officiel.** Le commentaire officiel publié aux Cahiers de la décision *Force 5* du 28 mai 2020 a été la première étape dans la restriction de la portée de l'interprétation du Conseil constitutionnel. En effet, après avoir

---

463 BARTHÉLÉMY (C.), *op. cit.*

464 CASSIA (P.), « En République française, le gouvernement légifère », *Mediapart, Le blog de Paul Cassia*, 8 juin 2020 (en ligne) : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/070620/en-republique-francaise-le-gouvernement-legifere>

465 PRÉTOT (X.), « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *SJEG*, n° 7, 15 Février 2021, p. 338.

rappelé le onzième considérant de cette décision – dans lequel le Conseil déduit de l'alinéa 3 de l'article 38 de la Constitution que les dispositions intervenues dans le domaine de la loi devaient, à l'expiration du délai d'habilitation, « être regardées comme des dispositions législatives »<sup>466</sup> – le commentaire ajoute une précision de taille, qui n'allait pas forcément de soi. Il y est en effet indiqué que « cette mention fait écho à la notion de "disposition législative" qui figure à l'article 61-1 de la Constitution, relatif à la question prioritaire de constitutionnalité »<sup>467</sup>. Cette précision pouvait paraître étonnante non seulement parce qu'elle n'apparaissait nullement dans le corps de la décision, mais surtout parce qu'elle ne semblait pas davantage en découler.

**220.** En effet, l'enjeu de la reconnaissance de la valeur législative dans la décision *Force 5* ne portait pas sur l'application de l'article 61-1. Pour rappel, les dispositions qualifiées de « législatives » en l'espèce étaient celles issues de l'ordonnance non ratifiée du 5 août 2013<sup>468</sup>. Or, il n'était pas question ici de les contrôler par la voie de la QPC – et donc, de leur donner valeur législative au sens de l'article 61-1 – mais de vérifier si elles pouvaient répondre aux exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement qui prévoit un droit de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, dans les conditions et les limites définies par la *loi*. En estimant que ces dispositions, qui organisaient une telle procédure de participation, devaient être regardées comme des « dispositions législatives », le Conseil constitutionnel pouvait ainsi considérer que l'article 7 était respecté. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne qualifie pas les dispositions de l'ordonnance non ratifiée comme législatives dans le but de les contrôler par le biais de la QPC, mais pour qu'elles répondent aux exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement. A bien y réfléchir, ce sont des « dispositions législatives » non pas au sens de l'article 61-1, mais au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Or, le commentaire s'écartait d'une telle vision et pouvait donc apparaître en contradiction avec la décision en elle-même.

**221.** C'est toutefois cette interprétation qui a prévalu, et qui a amené le Conseil constitutionnel à nuancer lui-même la portée de la décision *Force 5*. Il est probable que les critiques formulées à l'encontre de cette dernière aient eu une influence à cet égard. En effet, dans la décision *Sofiane A et autres* du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel rassure les

---

466 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020., cons 11.

467 Commentaire officiel, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, p. 17.

468 Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

défenseurs de l'équilibre des pouvoirs et de la hiérarchie des normes en indiquant que « les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur »<sup>469</sup>. Le critère organique de définition de la loi reste donc prédominant. Puis il réitère l'interprétation qu'il avait donnée du dernier alinéa de l'article 38, tout en le cantonnant à des aspects purement contentieux : il considère en effet que ces dispositions 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 »<sup>470</sup>, avant d'en conclure que « leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité »<sup>471</sup>.

**222.** Ce faisant, le Conseil constitutionnel opère une dissociation entre la valeur juridique des ordonnances d'une part, et leur régime contentieux d'autre part<sup>472</sup>. Il se met du même coup à l'abri des critiques portant sur l'équilibre des pouvoirs, puisqu'il ne tire aucune conclusion sur la valeur des ordonnances non ratifiées qui conservent leur caractère administratif même lorsque l'habilitation est arrivée à son terme.

**223. Validité de ce raisonnement.** Constitutionnellement, cela paraît acceptable si l'on admet une autonomisation de la notion de « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, c'est-à-dire une dissociation de ce vocable à celui de « loi » au sens classique du terme. Il existerait ainsi une définition autonome de la notion de « disposition législative » spécifique à cet article 61-1, qui ne vaudrait que pour ce dernier.

**224.** Le premier argument qui plaide en faveur de cette conception est d'ordre sémantique : en effet, si le terme « disposition législative » a été préféré à celui de « loi » (qui figure d'ailleurs à l'article 61 de la Constitution) c'est que ces deux notions sont susceptibles de recouvrir des réalités différentes. Cette idée s'impose *a fortiori* lorsqu'on sait que « l'expression "disposition législative" a été substituée au mot "loi", trop général »<sup>473</sup> qui était pourtant celui proposé initialement par le comité Balladur<sup>474</sup>. En ne définissant pas ce qu'ils

---

469 Cons. const., décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, cons 11.

470 *Ibid.* Nous soulignons.

471 *Ibid.*

472 V. en ce sens BARTHÉLÉMY (C.), « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2020, p. 887 et DEROSIER (J.-Ph.), « Le Conseil d'État dépossédé », *La Constitution décodée*, 4 juin 2020 (en ligne) : <https://constitutiondecodee.fr/2020/06/04/le-conseil-detat-depossede/>

473 MAGNON (X) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, LexisNexis, coll. « Litec », Paris, 2011, p. 57.

474 L'article 61-1 tel que proposé par le comité était rédigé comme suit : « Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une *loi* aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » (nous soulignons),

entendaient par cette notion, le constituant et le législateur organique ont donc « laissé à l'appréciation des juges du filtre et du Conseil constitutionnel la définition des actes à valeur législative »<sup>475</sup>.

**225.** Le deuxième argument se trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Une telle conception pouvait en effet déjà y transparaître, avant même les décisions *Force 5* et *Sofiane A* sur les ordonnances de l'article 38. Autrement dit, les hautes juridictions ont déjà admis la recevabilité d'une QPC portant sur des dispositions dont la nature législative n'était pas évidente.

**226.** Par exemple, en 2012, certaines dispositions issues d'un décret-loi<sup>476</sup> non ratifié mais simplement annexé à la loi de finances pour 1949<sup>477</sup> ont été contestées par la voie de la QPC. Le Conseil constitutionnel, suivant le raisonnement du Secrétaire général du Gouvernement ainsi que celui du Conseil d'État<sup>478</sup>, avait toutefois accepté de les examiner, en admettant implicitement que le simple fait qu'un décret soit annexé à une loi suffit à lui conférer valeur de « disposition législative » au sens de l'article 61-1<sup>479</sup>.

**227.** De même, les lois du Pays de Nouvelle-Calédonie<sup>480</sup> sont des dispositions législatives au sens de l'article 61-1, alors même qu'elles ne « constituent pas des lois au sens classique du terme »<sup>481</sup>. Cette possibilité ressort d'ailleurs expressément de la loi organique du 10 décembre 2009 qui prévoit que « *Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province* »<sup>482</sup>. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette vision en acceptant de contrôler une disposition issue de la loi du pays du 13 février 2008<sup>483</sup>.

in Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, p. 148.

475 RICHAUD (C.), « Un décret-loi est une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution », *Gaz. Pal.*, 2016, n°25, p. 28.

476 Décret n° 48-1985 du 8 décembre 1948 portant refonte du code des douanes, pris sur le fondement de la loi dite « André Marie », n° 48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier.

477 Loi n° 48-1973 du 31 décembre 1948 de finances pour 1949.

478 V. en ce sens le commentaire officiel de la décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012, p. 3.

479 Cons. const., décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012.

480 Définies à l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie.

481 ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.) et BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème éd., 2016, LGDJ, p. 188.

482 Art. 23-8 de la loi organique du 10 décembre 2009 précitée.

483 Cons. const., décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011. Pour un commentaire de cette décision, v. par exemple, DAVID (C.), « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *RFDC*, octobre 2012, n° 92, p. 863-866.

**228.** Enfin, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont tous deux considéré qu'une QPC portant sur des dispositions partiellement modifiées par une ordonnance non ratifiée était recevable, dès lors que ces modifications sont inséparables desdites dispositions<sup>484</sup>. Il s'agit donc d'un « tempérament à l'exclusion des dispositions d'une ordonnance non ratifiée de la notion de "disposition législative" »<sup>485</sup>.

**229.** Tous ces éléments témoignent d'une « interprétation autonome de la notion »<sup>486</sup> par le Conseil constitutionnel, qui ouvre, selon certains auteurs, la possibilité d'une évolution du contentieux des ordonnances dans le cadre de la QPC. Deux ans avant le revirement de jurisprudence, Thibault Carrère évoquait ainsi la possibilité d'admettre la recevabilité de la QPC à l'encontre des ordonnances ratifiées, solution qui ne serait selon lui « pas plus révolutionnaire que ses autres prises de position en la matière »<sup>487</sup>.

**230.** Au delà de l'autonomisation de la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1, le revirement a été rendu possible par le recul du critère organique sous la Vème République.

#### B) Le recul du critère organique sous la V<sup>ème</sup> République

**231.** En dehors même de l'idée d'une dissociation entre le régime contentieux et la nature juridique, l'interprétation de l'alinéa 3 de l'article 38 par le Conseil constitutionnel, aussi innovante soit-elle, ne semble pas pour autant être inconstitutionnelle. En effet, rien dans le texte de la Constitution, et en particulier dans l'article 38, ne permet d'affirmer la prééminence du critère organique. Cette dernière ne résulte que d'une « solution prétorienne, qu'il est difficile (...) de fonder de manière univoque sur le texte de la Constitution »<sup>488</sup>. Pour rappel, alors que le critère matériel « s'attache au contenu de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir »<sup>489</sup>, le point de vue formel et organique renvoie quant à lui « aux procédures qu'utilise cette activité ou qui aboutissent à cet acte ou à cette situation », tout en prenant « en considération la nature des organes en cause »<sup>490</sup>. Or, si le Droit public

---

484 Cons. const., décision n°2013-331 QPC du 5 juillet 2013, cons. 3 ; CE, 16 janvier 2018, Union des ostéopathes animaliers, n° 415043.

485 CARRÈRE (T.), « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, n°4, p. 1107.

486 *Ibid.*

487 *Ibid.*

488 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

489 VEDEL (G.), « Bases constitutionnelles du droit administratif », *Pages de doctrine (2)* LGDJ, 1980, p. 137.

490 *Id.*, p. 137.

français était largement fondé sur le critère organique sous les Républiques précédentes, cela est plus contestable sous la Vème République.

**232. Prééminence du critère organique sous les Républiques précédentes.** Le Droit public français a longtemps été construit et expliqué par le critère organique. Il est la base de la pensée de Carré de Malberg<sup>491</sup> et de bien d'autres auteurs après lui, au point que cette conception s'est inscrite « dans la ligne la plus rigoureuse de la pensée française classique »<sup>492</sup>. Le Doyen Vedel, notamment, a parfaitement rendu compte de cette suprématie. L'auteur écrit ceci : « il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle* alors que notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et des critères *formels* ou *organiques* »<sup>493</sup>. Il ne nie pas pour autant l'utilité du critère matériel qu'il faut parfois combiner au critère organique pour la définition de certains actes juridiques, tels que les règlements d'administration publique<sup>494</sup>. Il conçoit également sa cohérence sur le plan de la logique. Simplement, ce critère matériel ne peut correspond pas, selon l'auteur, à la réalité du droit positif. Il prend pour exemple la loi, qu'il considère comme étant un « excellent terrain d'expérience pour établir la prééminence des critères formels et le caractère subsidiaire des critères matériels »<sup>495</sup>. A cette époque, il n'existait pas de domaine matériel d'attribution de la loi, comme c'est le cas sous la Vème République. Le domaine de la loi était « par essence indéfini et quasi-infini et ne [pouvait] être borné que par le législateur lui-même »<sup>496</sup>. Par conséquent, la distinction entre la loi et le règlement ne pouvait être fondée que sur des données formelles et organiques. Autrement dit, selon cette vision, « une règle juridique est une loi à partir du moment où elle a été votée par le Parlement. *L'organe* représentant seul la souveraineté nationale donne aux actes qu'il édicte la force de cette souveraineté »<sup>497</sup>.

**233. Déclin du critère organique.** Ce raisonnement a toutefois perdu de sa pertinence

---

491 V. sur ce point DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 7 : « Logique [organiciste de Carré de Malberg] dont on retrouve l'écho dans les trois ouvrages majeurs que le maître strasbourgeois a, peu ou prou, consacré à ces problèmes : soit sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, sa *Loi expression de la volonté générale* (Réed. Economica, 1984) et sa *Confrontation à la théorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et institutions consacrées par le droit public français relativement à sa formation*, Sirey 1933 »

492 DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.* p. 7.

493 VEDEL (G.), « Bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, p. 137.

494 *Id.*, p. 137-138 : « le règlement d'administration publique ne peut se définir qu'en faisant appel à la fois au point de vue matériel (règlement en vue de l'application d'une loi) et au point de vue formel (intervention du législateur, intervention du Conseil d'Etat, édicition par le Président du Conseil) ».

495 *Id.*, p. 138.

496 *Id.*, p. 139-140.

497 MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, coll « Connaissance du droit », 3ème éd, 2010, p. 11. Nous soulignons.

sous la Vème République, qui institue pour la première fois un domaine de la loi à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le critère matériel retrouve ainsi un intérêt dans la définition de la loi, et semble même se substituer au critère formel<sup>498</sup>, au point que certains auteurs ont qualifié le nouveau couple 34-37 de révolution<sup>499</sup>.

**234.** En outre, le constat du « décès du critère organique »<sup>500</sup> a également pu être déduit de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, concernant l'application du droit administratif et la compétence du juge administratif. Ce constat est fondé sur deux grandes idées<sup>501</sup>. D'abord, les personnes publiques ne sont pas toujours soumises au droit administratif : il peut arriver que leur activité soit subordonnée à des règles de droit privé et aux tribunaux judiciaires, en particulier lorsqu'elles agissent comme des personnes privées. Par exemple, dès 1912, le Conseil d'État s'est estimé incompétent pour connaître d'un contentieux en responsabilité contractuelle en raison de l'absence de clause exorbitante du contrat passé entre la commune et la société<sup>502</sup>. De même, le Tribunal des conflits a considéré dans la célèbre décision dite « Bac d'Eloka » de 1921 que le contentieux découlant d'un service public exploité dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée relevait du juge judiciaire, consacrant ainsi la notion de service public industriel et commercial (SPIC)<sup>503</sup>. Inversement, le droit administratif peut s'appliquer aux personnes privées dès lors qu'elles sont investies de missions de service public<sup>504</sup> : selon Benoît Plessix, il s'agit « là [du] démenti le plus sérieux au jeu du critère organique »<sup>505</sup>.

**235. Critiques doctrinales du critère organique.** Des critiques ont également pu être

---

498 Roland Maspétiol considérait que « [L]a nouvelle Constitution ne se borne pas à étendre considérablement le domaine du règlement par rapport à celui de la loi (...), plus profondément, elle substitue un critère matériel au critère formel traditionnel », in Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, Paris : La Documentation France, 2008, 838 pages, spéc. p.44 (cité par QUINART (E.), *op. cit.*, p. 699).

499 V. Par exemple : MORANGE (G.), « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *D.* 1959, p. 21 ; DE SOTO (J.), « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, n°2, 1959, p. 278.

500 SABOURIN (P.), « Peut-on dresser le constat du décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, pp. 589-640.

501 V. pour une étude approfondie : MURGUE-VAROCLIER (P.-M.), *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Thèses », 2018, 780 p. et en particulier, pp. 213-477.

502 CE, 31 juillet 1912, Société des granits prophyroïdes des Vosges (Rec. 909), « Considérant que le marché passé entre la ville et la société, était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ».

503 TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (Rec. 91).

504 CE, Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, n°71398 (Rec. 239) ; CE, Ass., 2 avril 1943, Bouguen. n°72210 (Rec. 86)

505 PLESSIX (B), *Droit administratif général*, LexisNexis, 1ère éd., 2016, p. 480.

formulées, sur un plan davantage théorique, à l'encontre du critère organique comme fondement de la hiérarchie des normes. Denys de Béchillon, dont la thèse a précisément pour ambition de dépasser la vision organiciste afin d'élaborer une théorie fonctionnelle de la hiérarchie des normes<sup>506</sup>, résume ces critiques en quatre points principaux. En premier lieu, la notion même d'« organe » est ambiguë. Elle peut recouvrir diverses définitions, ce qui rend l'identification de l'organe en question difficile sur le plan pratique<sup>507</sup>. En deuxième lieu, au delà des difficultés pratiques, le critère organique peut « s'avérer théoriquement délica[t] à utiliser »<sup>508</sup>. En effet, il suppose d'admettre qu'il existe une hiérarchie entre les organes de l'État, ce qui ne va pas de soi selon l'auteur. Enfin, les deux dernières objections reprennent peu ou prou les critiques tenant à l'inadéquation de ce critère au Droit public positif<sup>509</sup>. Il faut s'arrêter sur un argument en particulier, qui nous intéresse directement : les ordonnances de l'article 38 sont selon Denys de Béchillon un indice de l'invalidation du critère organique par le Droit public. Autrement dit, la thèse organique ne permet pas de rendre compte de l'hypothèse de ce qu'il appelle sciemment la « législation déléguée »<sup>510</sup>.

**236.** Dans un article plus récent, l'auteur s'éloigne incontestablement de la thèse organique pour déterminer la « vraie nature des ordonnances »<sup>511</sup>. S'écartant de l'interprétation dominante qui avait été faite de la décision *Conseil national de l'ordre des médecins* (cf. *supra*, n°206, 207), le Professeur considère que cette dernière confirme au contraire la valeur législative des ordonnances, qu'elles soient ratifiées ou non<sup>512</sup>. Son raisonnement est le suivant : le Conseil d'État a, certes, toujours affirmé que les ordonnances non ratifiées avaient le *caractère* d'un acte administratif. Toutefois, cela n'implique en rien qu'elles aient *valeur* d'acte administratif puisqu'« il n'existe aucune raison pour laquelle, dans le Panthéon des critères de la hiérarchie des normes, l'angle contentieux devrait forcément occuper une place prééminente »<sup>513</sup>. Or, selon l'auteur, les conditions de mutabilité de l'acte sont tout à fait aptes à déterminer la valeur juridique de l'ordonnance : « il n'y a vraiment rien de choquant à dire qu'un acte apte à modifier ou abroger une loi, et ne pouvant être modifié ou abrogé que par

---

506 DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 555 p.

507 *Id.*, p. 9.

508 *Id.*, p. 10.

509 *Id.*, p. 12.

510 *Id.*, p. 12.

511 DE BECHILLON (D.), « La vraie nature des ordonnances », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 209-215.

512 *Ibid.*

513 *Id.*, p. 215.

elle, possède la valeur d'une loi »<sup>514</sup>. Ainsi, Denys de Béchillon en conclut qu'en déduisant du dernier alinéa de l'article 38 que le gouvernement ne peut plus, à l'expiration du délai d'habilitation, modifier ou abroger les dispositions « législatives » de l'ordonnance, le Conseil d'État n'a fait que confirmer la valeur législative des ordonnances.

**237. Constitutionnalité du revirement de 2020.** Vu sous cet angle, la décision *Force 5* qui consiste à considérer qu'à l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions d'une ordonnance intervenant dans le domaine législatif doivent être regardées comme des dispositions législatives, ne paraît pas inconstitutionnelle. C'est en tout cas la vision d'une partie de la doctrine. Par exemple, Michel Verpeaux estime que l'alinéa 3 est le seul « de l'article 38 à prendre position sur la valeur des ordonnances, en affirmant, mais de manière indirecte, que ces textes ont valeur de lois puisqu'elles ne peuvent plus être modifiées que par des lois »<sup>515</sup>. Il en conclut que le Conseil constitutionnel « n'a pas découvert cet alinéa, il n'a fait que le lire »<sup>516</sup>. De même, selon Paul Cassia, les juges de la rue de Montpensier ont « fait une exacte application de la Constitution »<sup>517</sup>.

**238.** Or, qui peut le plus, peut le moins. Si l'on considère que la décision *Force 5* est constitutionnelle, celle du 3 juillet 2020 – qui en réduit la portée – l'est *a fortiori*. En effet, le revirement du Conseil constitutionnel, *in fine*, va bien moins loin que Denys de Béchillon, puisqu'il se cantonne au régime contentieux sans tirer de valeur législative auxdites dispositions<sup>518</sup>.

**239.** En conclusion, le revirement du Conseil constitutionnel sur le régime contentieux des ordonnances n'a pas créé de toutes pièces un nouveau pouvoir à l'exécutif. Comme le soulève justement Paul Cassia, cela a été rendu possible par la Constitution elle-même, puisque « l'une des sources du primat de l'exécutif est ancrée depuis 1958 au troisième et dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution »<sup>519</sup>.

---

514 *Ibid.*

515 VERPEAUX (M.), « Ordonnances = dispositions législatives. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 22 juin 2020, n° 25, 350.

516 *Ibid.*

517 CASSIA (P.), « En République française, le gouvernement légifère », *Mediapart, Le blog de Paul Cassia*, 8 juin 2020 (en ligne), <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/070620/en-republique-francaise-le-gouvernement-legifere>

518 Dans la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, il rappelle que « les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur », (cons 11).

519 CASSIA (P.), *op. cit.*

**240.** Pour autant, conclure à ce stade à un bouleversement de la séparation des pouvoirs serait insatisfaisant, car la démonstration n'est pas encore aboutie. En effet, selon la conception retenue, l'augmentation des pouvoirs d'un organe est acceptable *si et seulement si* elle s'accompagne d'un renforcement des pouvoirs de contrôle des autres organes. Il faut donc désormais examiner si le Parlement dispose d'un poids suffisant pour compenser l'augmentation des pouvoirs de l'exécutif qui a découlé de la restructuration du contentieux des ordonnances. Or, conférer un caractère législatif à des normes gouvernementales, c'est également, en changeant de point de vue, conférer un caractère législatif à des normes non ratifiées. Le Parlement ne semble pas en sortir renforcé.

## **Chapitre 2 : Le caractère législatif de normes non ratifiées : mise en lumière d'un Parlement en retrait**

**241.** Le déclin du Parlement sous la Vème République est un phénomène qui a fait couler beaucoup d'encre<sup>520</sup>. Il ne s'agit pas ici de retracer ce phénomène de façon générale, mais d'examiner le déclin du Parlement dans le cadre précis du processus de l'habilitation législative, et la manière dont il a été affecté par la restructuration récente du contentieux des ordonnances. Le mécanisme des ordonnances de l'article 38 de la Constitution donne du pouvoir à l'exécutif en élargissant son champ de compétences. La ratification est donc un garde-fou pour le Parlement, qui lui permet tout à la fois de contrôler et de se réappropriier les mesures prises par le gouvernement. Or, la restructuration contentieuse a, de prime abord, semblé déposséder le Parlement de son pouvoir de ratification (A). Toutefois, le même constat que pour l'augmentation des pouvoirs de l'exécutif peut être relevé : les torts ne doivent pas être exclusivement rejetés sur le revirement des juges du Palais-Royal. Il est possible en effet de considérer que ce dernier n'a fait que dévoiler une éviction déjà patente du Parlement (B).

### **II. UNE APPARENTE DÉPOSSESSION DU PARLEMENT DE SON POUVOIR DE RATIFICATION**

**242.** L'idée d'une dépossession du pouvoir de ratification qui aurait été engendrée par le revirement de jurisprudence sur les ordonnances repose sur le constat de l'affaiblissement de l'effet utile de la ratification (A). Cet affaiblissement a été d'autant plus décrié qu'il apparaît en contradiction avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (B).

#### **A) L'affaiblissement de l'effet utile de la ratification**

**243. Notion d'utilité.** Selon *le Larousse*, l'utilité peut être définie de deux manières. Cette notion peut d'abord désigner le fait de pouvoir « servir à quelqu'un, lui être profitable, lui procurer un avantage ». C'est en ce sens que la notion d'« effet utile » est entendue en

---

520 TOULEMONDE (G.), *Le Déclin du Parlement sous la Ve République : mythe et réalités*, thèse, université Lille-II, 1998 ; DABEZIES (P.), « Le déclin du Parlement », *Projet*, n° 56, juin 1971, p. 671 ; DURAND (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la Ve République », *JCP*, 1959, n° 1470. ; CARCASSONNE (G.), « La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle », in PARODI (J.-L.) (dir.), *La Constitution de la Ve République*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2e éd., 1988, p. 330.

droit du contentieux : une décision de justice sera dotée d'effet utile lorsqu'elle sera opérante, c'est-à-dire qu'elle bénéficiera à la partie à qui le juge a donné raison<sup>521</sup>. Mais l'utilité désigne également le « fait de servir à quelque chose »<sup>522</sup>, d'être *nécessaire*. En l'occurrence, c'est plutôt dans cette acception que la notion d'utilité sera appréhendée. Autrement dit, l'anéantissement de l'effet utile de la ratification renvoie à l'idée selon laquelle cette dernière n'a plus de raison d'être. Pour examiner si la restructuration du contentieux des ordonnances a abouti à un tel affaiblissement, il faut donc préalablement déterminer à quoi sert la ratification.

**244. L'intérêt de la ratification.** La ratification législative est souvent définie à travers les conséquences qu'elle entraîne, à savoir conférer rétroactivement valeur législative à l'ordonnance<sup>523</sup>. Mais quelle est son intérêt, sa portée, son utilité ? Pour le comprendre, il faut revenir à la manière dont elle a été conçue par la doctrine et la jurisprudence sous l'empire des décrets-lois<sup>524</sup>. La ratification législative des décrets-lois ne correspond pas à la définition classique de droit civil qui est faite de la ratification. En effet, selon la théorie civiliste, la ratification est définie comme une « approbation par l'intéressé – qui s'en approprie les conséquences – de ce qui a été fait ou promis en son nom par un tiers *démuni de pouvoir* »<sup>525</sup>. Concrètement, cette théorie a vocation à s'appliquer dans le cadre du mandat<sup>526</sup> : lorsque le mandataire a accompli des actes au-delà de ses pouvoirs – donc irrégulièrement – le mandant a la possibilité de les ratifier, ce qui a pour effet de les valider et les rendre opposables. Toutefois, transposer cette conception à la ratification des décrets-lois était inenvisageable, car cela serait revenu à admettre l'irrégularité de ces derniers. Or, « tout l'effort de la doctrine publiciste et de la jurisprudence est – au contraire – d'entretenir la fiction du caractère

---

521 En contentieux constitutionnel, « une décision de non-conformité est dotée d'effet utile lorsqu'elle bénéficie à l'auteur de la QPC, qui peut l'invoquer dans le litige principal au cours duquel la QPC a été soulevée », (« L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », Titre VII [en ligne], Hors-série, *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-effet-utile-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-un-bilan-critique>).

522 Toujours selon le Larousse.

523 BOYER-MERENTIER (C.), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 201 : « La ratification a pour effet de donner valeur législative à l'ordonnance ». V. aussi : Cons. const., décision n° 66-36 L du 10 mars 1966 ; CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec. 593).

524 Les développements qui suivent reprennent pour une large part ceux d'Emilien Quinart ; QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, p. 461 et s.

525 GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28ème éd., 2020, p. 869. Nous soulignons.

526 Régé par les articles 436, 477 s., 812 s., 1431, 1432, et 1984 s. du Code civil ; « Acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques » (GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *op. cit.*, p. 653).

administratif du décret-loi, c'est-à-dire d'en faire une manifestation parfaitement régulière, et immédiatement exécutoire, du pouvoir réglementaire »<sup>527</sup>. C'est pourquoi une définition autonome de la notion de ratification a été développée par la doctrine. Lorsque le Parlement ratifie un décret-loi (aujourd'hui une ordonnance), il « transforme en dispositions législatives des dispositions jusque-là simplement réglementaires »<sup>528</sup>. La ratification n'est donc rien d'autre que « l'approbation par les Chambres d'un décret réglementaire émis dans des conditions juridiquement normales »<sup>529</sup>. Ce faisant, la ratification paraît juridiquement « explétive »<sup>530</sup>. Autrement dit, elle ne présente aucune utilité sur le plan juridique, puisqu'elle n'est pas *nécessaire* pour la régularisation du décret-loi.

**245.** Cela ne signifie pas pour autant que la ratification ne présente aucune utilité. Son intérêt est essentiellement politique, voire « symbolique »<sup>531</sup>. Par la ratification, le Parlement se réapproprie les dispositions prises par l'exécutif dans le domaine de la loi, c'est-à-dire dans un domaine normalement réservé à la représentation nationale. L'enjeu politique est double. D'abord, elle rétablit l'ordre normal des compétences, tout « en rappelant au pouvoir réglementaire qu'il n'est pas souverain et qu'il ne dispose pas, à tout le moins, d'une véritable délégation législative »<sup>532</sup>. Ensuite, elle se présente comme un garde-fou pour le Parlement, une « garantie contre l'abdication de [ses] droits »<sup>533</sup>. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle était présentée sous la III<sup>ème</sup> République au moment des votes des pleins pouvoirs<sup>534</sup>. De ce point de vue, la ratification apparaît comme une condition de l'effectivité du mécanisme de l'habilitation. Pour le dire plus simplement, le Parlement acceptera plus facilement d'autoriser le gouvernement à intervenir dans son domaine s'il sait qu'il récupérera la main par le biais de la ratification. C'est là que réside tout l'intérêt de la ratification : décrite sous l'empire des décrets-lois comme une « stratégie politique »<sup>535</sup>, un « compromis politique »<sup>536</sup>, ou encore un

527 QUINART (E.), *op. cit.*, p. 462.

528 ROLLAND (L.), « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP*, 1918, p. 576.

529 MIGNON (M.), *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, Thèse Université de Lille, 1938, p. 203.

530 *Ibid.*

531 PADOVANI (J.), « Ordre ou désordre dans la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ? A propos de la décision 2020-843 QPC du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *Le Blog Droit administratif*, 2 juin 2020 (en ligne) : <https://blogdroitadministratif.net/2020/06/02/ordre-ou-desordre-dans-la-nature-juridique-des-ordonnances-de-larticle-38-de-la-constitution-a-propos-de-la-decision-2020-843-qpc-du-conseil-constitutionnel-du-28-mai-2020/>

532 *Ibid.*

533 QUINART (E.), *op. cit.*, p. 466.

534 *Id.*, p. 465, 466.

535 *Id.*, p. 465.

536 HENNING (J.), « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *RDP*, 2019, n°5, p. 1179.

« hommage de style rendu à l'autorité parlementaire et un artifice politique pour obtenir le vote de la loi »<sup>537</sup>, elle est perçue sous la Vème République comme la « clef de l'équilibre »<sup>538</sup> qui rend acceptable l'article 38 .

**246. Crainte d'une remise en cause de l'utilité de la ratification par la décision Force 5.** Nombre d'auteurs, commentant cette décision du 28 mai 2020, ont exprimé la crainte d'une remise en cause de la portée de la ratification qui aurait pour effet de porter atteinte aux prérogatives du Parlement. Une majorité d'auteurs considérait en effet que le revirement ainsi effectué – qui qualifie de législatives les dispositions d'une ordonnance intervenues dans le domaine de la loi après expiration du délai d'habilitation (et non plus au moment de la ratification) – s'était fait au prix d'une déposition<sup>539</sup> par le Parlement de sa prérogative de ratification. Jean-Pierre Camby et Jean-Eric Schoettl estimaient que le Parlement était le grand perdant de ce revirement et que la ratification avait précisément été privée d'effet utile, « puisqu'il ne serait plus nécessaire de ratifier une ordonnance pour la hisser au niveau législatif »<sup>540</sup>. De même, selon Anne Levade, la décision du Conseil « prive de sens et de portée la loi de ratification que le Parlement peut délibérément décider de ne pas voter »<sup>541</sup>. C'est également ce qu'exposait Julien Padovani, qui craignait une « mise à l'écart du processus de ratification, contre l'esprit de la Constitution » menant à une mise en « péril de l'équilibre trouvé en la matière »<sup>542</sup>. Emmanuel Cartier considérait quant à lui que ce revirement pouvait « être perç[u] comme une atteinte supplémentaire aux prérogatives du Parlement conduisant à une horizontalisation des fonctions de législation »<sup>543</sup>. Enfin, Christophe Bartélémy s'est également questionné sur l'affaiblissement de l'utilité de la ratification engendrée par la décision *Force 5* : « à quoi bon ratifier en effet, si le Parlement est satisfait de la teneur de l'ordonnance ? » se demande-t-il avant d'en conclure que le « Conseil constitutionnel remet en cause la protection des droits du Parlement »<sup>544</sup>.

**247.** Certes, les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel consécutives à

---

537 ESMEIN (A.), NEZARD (H.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t.2, 8ème éd., Recueil Sirey, 1928, p. 115.

538 PADOVANI (J.), *op. cit.*

539 in CARTIER (E.), DEROSIER (J.-Ph.), « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », Titre VII [en ligne], n° 5, *La sécurité juridique*, octobre 2020.

540 SCHOETTL (J.-E.), CAMBY (J.-P.), « Ordonnances : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

541 LEVADE (A.), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185.

542 PADOVANI (J.), *op. cit.*

543 CARTIER (E.), *op. cit.*

544 BARTHÉLÉMY (C.), « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2020, p. 887.

celles du 28 mai sont venues atténuer la portée du revirement (*cf. supra*, n°221). Mais aux yeux de certains auteurs, cela ne change rien aux dénonciations qui ont été relatées précédemment. Ainsi Xavier Prétot affirme-t-il qu'en statuant ainsi, « *fût-ce dans les limites de l'article 61-1 de la Constitution* »<sup>545</sup>, le Conseil constitutionnel a non seulement privé « pour une part de son objet et, pour tout dire, de son intérêt la ratification des ordonnances », mais a également « infligé à la représentation nationale une *capitis diminutio* qui (...) méconnaît les exigences de l'équilibre des pouvoirs au sein de la République »<sup>546</sup>.

**248.** En outre, l'affaiblissement du rôle du Parlement semble aller à contre-courant de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui avait justement pour but de le renforcer.

## B) La contradiction avec la révision constitutionnelle de 2008

**249. L'objectif de revalorisation du rôle du Parlement.** La révision constitutionnelle de 2008 avait pour but affiché de renforcer et revaloriser le Parlement afin de « rééquilibrer [ses] pouvoirs par rapport à ceux de l'exécutif » selon les termes mêmes du chef de l'État de l'époque<sup>547</sup>. L'exposé des motifs de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 met également en lumière ces objectifs, justifiés par « le constat d'un déséquilibre de nos institutions au détriment du pouvoir législatif »<sup>548</sup> et par la critique du parlementarisme rationalisé tel qu'il a été pensé en 1958 et accentué par les réformes constitutionnelles successives<sup>549</sup>. Ce n'est pas la première fois qu'une telle volonté était recherchée par le constituant<sup>550</sup> mais la réforme de 2008 est la plus aboutie sur ce point. Parmi les mesures phares, figurent notamment le partage de l'ordre du jour (*cf. infra*, n°270) mais également l'inscription de la mission de contrôle du Parlement à l'article 24 de la Constitution qui se trouve d'ailleurs renforcée, par exemple par l'accroissement du rôle des commissions parlementaires.

545 PRETOT (X.), « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *SJEG*, n° 7, 15 Février 2021, p. 342. Nous soulignons.

546 *Ibidem*.

547 Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur le 18 juillet 2007, dans le numéro spécial de la *RFDC*, « Après le Comité Balladur. Réviser la constitution en 2008 ? », 2008, p. 251.

548 Exposé des motifs de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

549 Notons, en particulier, celle issue de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel ; mais également la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République.

550 V. sur ce point, LEVADE (A.), « Rapport introductif. Un Parlement, pour quoi faire ? », in CACQUERAY (S.), HUTIER (S.) et LAMOUREUX (S.), *Le Parlement depuis 2008, Renforcement, statu quo ou retour au(x) fondement(s) de la Ve République*, IFDJ (Institut francophone pour la justice et la démocratie), coll. « Colloques & Essais », 2019, pp. 13-19 et spéc. p. 14.

**250. Exigence de ratification expresse.** En dépit de l'absence de proposition de révision de l'article 38 de la Constitution par le Comité Balladur en 2007, cet article a finalement été modifié afin d'y ajouter une exigence de ratification expresse des ordonnances. L'idée a d'abord été émise par le député Arnaud Montebourg lors de la réunion de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale le 14 mai 2008. Son amendement fut rejeté, mais sa substance a été reprise dans un amendement présenté par le rapporteur de la Commission des lois Jean-Luc Warsmann et adopté en séance publique du 27 mai 2008. Désormais, le deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution est ainsi rédigé : « *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. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse* »<sup>551</sup>. Cette exigence de ratification expresse s'inscrit incontestablement dans l'objectif de renforcement du rôle du Parlement et de rééquilibrage des institutions. En effet, elle aboutit *a contrario* à interdire les ratifications dites « implicites », qui étaient considérées comme attentatoires aux droits du Parlement.

**251. Problèmes soulevés par les ratifications implicites.** La ratification implicite était définie initialement par le Conseil constitutionnel comme celle résultant d'une « manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement »<sup>552</sup>. Elle était donc basée sur un critère *subjectif*, qui nécessitait de rechercher la volonté du législateur clairement exprimée : la frontière entre ratification implicite et expresse était alors floue<sup>553</sup>. Cette définition a évolué pour faire primer un critère *objectif* : la ratification implicite résulte de ce point de vue d'une « loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement »<sup>554</sup>. Autrement dit, une ordonnance est considérée comme ratifiée implicitement lorsqu'une loi qui ne résulte pas du projet de loi de ratification, y apporte des modifications telles qu'elles impliquent une volonté du Parlement de transformer l'ordonnance en loi (sans que le Parlement n'ait nécessairement manifesté clairement cette volonté).

**252.** Guillaume Lethuillier parle, pour désigner ces ratifications implicites, de « ratifications juridictionnelles »<sup>555</sup>, puisqu'elles ne résultent que de l'interprétation par le juge de la volonté implicite du Parlement. Les ratifications implicites ont longtemps été admises,

---

551 Nous soulignons.

552 Cons. const., décision n° 72-73 L du 29 février 1972, cons. 3.

553 V. sur ce point, BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.* p. 206 et s.

554 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 24.

555 LETHUILLIER (G.), « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *LPA*, n°212, 2009, p. 9.

tant par la jurisprudence<sup>556</sup> que par le constituant lui-même. En effet, l'absence d'interdiction des ratifications implicites dans le texte originel de l'article 38 résulte d'une « œuvre consciente des rédacteurs de la Constitution »<sup>557</sup>. Lors de la séance du Comité consultatif constitutionnel du 13 août 1958, le garde des Sceaux soulignait ainsi « l'unanimité de la doctrine et des praticiens pour reconnaître l'intérêt de la ratification implicite »<sup>558</sup>. Il fut rejoint sur ce point par le Professeur Marcel Waline, qui considérait « que la ratification expresse n'est pas souhaitée, et que la ratification implicite est bien préférable »<sup>559</sup>. Plus récemment, l'intérêt de la ratification implicite a pu être relevé par le député Jean-Luc Warsmann – qui a pourtant déposé l'amendement obligeant la ratification expresse lors de la révision constitutionnelle de 2008. Il estimait en effet que « la pratique des ratifications implicites était nécessaire afin d'assurer la sécurité juridique des dispositions concernées dont il n'est pas bon qu'elles gardent longtemps une valeur juridique incertaine »<sup>560</sup>. Si cet argument peut être pertinent notamment dans le cas de la codification par ordonnances<sup>561</sup>, il ne saurait toutefois prospérer face aux nombreux inconvénients de la ratification implicite.

**253.** Outre les problèmes d'insécurité juridique qu'elle soulevait<sup>562</sup>, la technique de la ratification implicite avait pour effet d'empêcher tout débat et discussion parlementaire sur l'ordonnance, de par son caractère « clandestin »<sup>563</sup>. Le Parlement était ainsi mis à l'écart, tant dans la production de normes législatives – les dispositions acquérant valeur législative sans que le Parlement ne se soit exprimé expressément en ce sens – que dans le contrôle de l'action du pouvoir exécutif, la ratification implicite ne permettant pas le contrôle des limites de l'habilitation et du contenu de l'ordonnance dans son entièreté. Lors des travaux devant la

---

556 Pour le Conseil constitutionnel, v. Cons. const., décision n° 72-73 L du 29 février 1972, cons. 3 ; Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 24. Pour le Conseil d'Etat, v. CE, 10 juillet 1972, *Cie Air Inter*, n° 77961 (Rec. 537). ; CE, 11 juin 1990, *Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n°74293 ; CE, 7 février 1994, *Ghez*, n°84933 ; CE, 29 octobre 2004, *Sueur*, n°269814.

557 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 204.

558 *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. II, 1988, p. 534.

559 *Id.*, p. 535.

560 WARSMANN (J.-L.), Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, n° 892 déposé le 15 mai 2008, p. 267.

561 CASTAING (C.), « La ratification implicite des ordonnances. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, n°58, p. 279.

562 Notamment en raison de l'incertitude des critères de la ratification implicite, qui conduisait à ce que le requérant ne puisse pas anticiper sur la valeur de la disposition qu'il conteste, et soit contraint à attendre la décision du juge. Cet inconvénient était d'autant plus important concernant les ratifications partielles. V. sur ce point, CASTAING (C.), *op. cit.*, pp. 281-296.

563 MATHIEU (B.), « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, p. 721.

Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de 2008, le député Alain Vidalies estimait ainsi que « les ratifications implicites permett[ent] de donner une valeur législative à des dispositions sans aucun débat ni aucune publicité », et que « l'exigence de clarté du droit exige de mettre fin à la pratique des ratifications implicites qui est une façon détournée de donner une valeur législative à des dispositions réglementaires, ce qui est à l'origine d'une situation de grande confusion juridique »<sup>564</sup>. Il en tirait la conclusion suivante : « alors que le Gouvernement prétend revaloriser le rôle du Parlement, il semble indispensable de réagir à cette tendance »<sup>565</sup>. Ce fut chose faite par l'adoption de l'amendement n°588 qui vise à ce que les ordonnances ne puissent être ratifiées que de manière expresse. Lors de la discussion à l'Assemblée nationale en séance publique du 27 mai 2008, le rapporteur Jean-Luc Warsmann, en faveur de cet amendement, illustre cette mise à l'écart du Parlement en ces termes : « il est toujours extrêmement désagréable pour les parlementaires de s'apercevoir que des dispositions prises un jour par ordonnance se trouvent entièrement ratifiées parce que l'adoption d'un amendement a modifié un seul alinéa de ladite ordonnance, qui passe ainsi du domaine réglementaire au domaine législatif »<sup>566</sup>.

**254.** Si l'exigence de ratification expresse intégrée par la révision constitutionnelle de 2008 n'a pas réglé tous les problèmes<sup>567</sup>, elle montre une volonté de renforcer le rôle du Parlement dans le processus de l'habilitation législative. Lors de la discussion en séance publique du mardi 8 juillet 2008, la garde des Sceaux estimait que la ratification expresse des ordonnances faisait partie des « outils » pour atteindre l'objectif de revalorisation du Parlement<sup>568</sup>. C'est également ce que relève Pierre de Montalivet, pour qui « le grand mérite de la révision de l'article 38 a été de redonner sa place au débat parlementaire »<sup>569</sup>. Elle est donc, de ce point de vue, en cohérence avec l'objectif de revalorisation du Parlement porté par cette réforme.

---

564 Rapport Warsmann précité, p. 267.

565 *Ibidem*.

566 Discussion en séance publique sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 3ème séance du mardi 27 mai 2008, J.O.R.F., *AN*, du mercredi 28 mai 2008, p. 2575.

567 V. sur ce point, DE MONTALIVET (P.), « La ratification des ordonnances (L'article 38 de la Constitution) », *LPA*, 2008, n°254, p. 59 ; FELDMAN (G.), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RDP*, 2011, n°6, p. 1565.

568 « il ne s'agit pas de revaloriser le Parlement pour le plaisir, mais pour améliorer la qualité de la loi et de nos politiques publiques. Or, [le président Warsmann] l'a rappelé, de même que Jérôme Chartier et Christian Vanneste, les outils pour atteindre ce grand objectif sont nombreux : étude d'impact, délais minimaux d'examen des textes, *ratification expresse des ordonnances*, plus grande maîtrise de son ordre du jour par le Parlement, temps réservé pour le contrôle et l'évaluation », Discussion en séance publique sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 1ère séance du 8 juillet 2008, J.O.R.F., *AN*, Mercredi 9 juillet 2008, p. 4401. (Nous soulignons).

569 DE MONTALIVET (P.), *op. cit.*

**255. Remise en cause de l'exigence de ratification expresse ?** En décidant que les dispositions d'une ordonnance doivent être considérées comme des dispositions législatives dès lors qu'elles appartiennent au domaine de l'article 34<sup>570</sup>, le Conseil constitutionnel a été accusé de remettre en cause cette exigence de ratification expresse, voire d'en faire fi<sup>571</sup>, et par suite aller à l'encontre de la révision constitutionnelle de 2008. Il tirait en effet de l'écoulement du délai d'habilitation la même conséquence que de la ratification, à savoir l'ascension au rang législatif des dispositions de l'ordonnance, sans que le Parlement ne se soit exprimé en ce sens. Certains auteurs ont donc craint un retour à la ratification implicite<sup>572</sup>. On pourrait même aller plus loin, et faire un lien avec une proposition du garde des Sceaux en 1958 lors des débats devant le Comité consultatif constitutionnel, selon laquelle les ordonnances deviennent définitives si le Parlement ne les a pas abrogées dans un certain délai<sup>573</sup>. Comme le relève justement Cécile Castaing, « cette solution revenait à donner force de loi, au bout d'un certain délai, aux ordonnances qui avaient été déposées sur le bureau de l'Assemblée »<sup>574</sup>. N'est-ce pas finalement ce que le revirement du Conseil constitutionnel implique ? L'acquisition d'un « caractère législatif » aux dispositions de l'ordonnance, au bout d'un certain délai – en l'occurrence, le délai d'habilitation – dès lors que le projet de ratification a bien été déposé (à défaut de quoi l'ordonnance devient caduque, ce que le Conseil constitutionnel ne conteste pas).

**256.** En réalité, pas tout à fait. La différence de taille entre cette proposition et le revirement du Conseil constitutionnel tient à la dissociation qui a été faite entre le régime contentieux et la valeur juridique de l'ordonnance (*cf. supra*, n°219 s.). Par conséquent, il n'est pas exact de considérer que le Conseil a procédé à une ratification implicite de l'ordonnance par le simple écoulement du délai d'habilitation, tout simplement parce qu'à y regarder de plus près, les conséquences ne sont pas strictement identiques. La portée de l'acquisition du caractère législatif au sens de l'article 61-1 est plus réduite qu'une ratification. Alors que la seconde confère pleinement et rétroactivement valeur législative à l'ordonnance, et fait ainsi

---

570 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020.

571 LEVADE (A.), *op. cit.* : « le Conseil fait fi de la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 38 introduite par la révision constitutionnelle de 2008 qu'il ne mentionne même pas », à propos de la décision Force 5.

572 Notamment, PADOVANI (J.), *op. cit.* : « En attribuant valeur législative à l'ordonnance non ratifiée après délai d'habilitation, le Conseil constitutionnel semble pourtant procéder, au mieux à une ratification implicite, mais *contra legem*, au pire à une mise à l'écart du processus de ratification, contre l'esprit de la Constitution ». A propos de la décision Force 5.

573 *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. II, 1988, p. 534.

574 CASTAING (C.), *op. cit.*, p. 280.

tomber les recours devant le juge administratif<sup>575</sup>, la première ne remet pas en cause le caractère administratif de l'ordonnance : les recours restent ouverts devant le Conseil d'État, et coexisteront avec la possibilité de soulever une QPC<sup>576</sup>

**257.** Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Sofiane A* et par le Conseil d'État dans sa décision du 16 décembre 2020 ont donc, en quelque sorte, sauvé le revirement des critiques afférentes à la neutralisation de la révision constitutionnelle de 2008. Cela ne signifie pas pour autant que le rôle du Parlement ne s'en trouve pas affaibli, mais simplement que le Conseil constitutionnel ne l'a pas créé. Sans doute, en revanche, a-t-il dévoilé une éviction déjà largement présente.

## **II. UNE OCCASION DE DÉVOILER UNE ÉVICTION DÉJÀ PATENTE**

**258.** Le déclin du Parlement dans le processus d'habilitation législative peut s'illustrer par deux éléments. Un élément textuel, qui réside dans l'absence d'obligation de ratification par la Constitution (A). Et un élément découlant de la pratique gouvernementale de la ratification, défavorable au débat parlementaire (B).

### **A) L'absence d'obligation de ratification par le texte constitutionnel**

**259.** La faiblesse du contrôle parlementaire sur les ordonnances s'explique par le caractère non contraignant de la ratification. En effet, l'article 38 ne mentionne aucune obligation de ratification. Seul le caractère *exprès* est obligatoire. Autrement dit, si l'ordonnance est ratifiée, elle doit l'être expressément, mais elle peut tout à fait ne jamais être ratifiée. En effet, la sanction de caducité des ordonnances mentionnée dans l'article 38 n'est pas la résultante de l'absence de loi de ratification, mais du défaut de dépôt du *projet* de loi avant une date fixée par la loi d'habilitation. C'est pourquoi Catherine Boyer-Mérentier parle de « projet de non caducité »<sup>577</sup> pour désigner ce projet de loi de ratification. Ainsi, l'absence de ratification ne rend pas caduque l'ordonnance<sup>578</sup>. Simplement, cette dernière ne pourra pas

575 V. *supra*, notamment Cons. const., décision n° 66-36 L du 10 mars 1966 ; CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec. 593).

576 CE, Ass., 16 décembre 2020, Fédération CFDT Finances et autres, n° 440258.

577 BOYER-MERENTIER (C.), *op. cit.*, p. 127.

578 Rappelé par CE, 17 décembre 1999, n° 208623, Union hospitalière privée, qui indique que « la circonstance que ce projet de loi n'ait pas été inscrit, depuis son dépôt, à l'ordre du jour de la discussion parlementaire,

être considérée comme une loi, elle demeurera un acte réglementaire.

**260. Droit comparé.** La France sur ce point se distingue de nombreux États, qui pour la plupart ont intégré une obligation de ratification sous peine de caducité. Par exemple, la Constitution turque prévoit non seulement une obligation de soumission des décrets-lois à la Grande Assemblée nationale le jour de leur publication, sous peine de caducité, mais également la nécessité d'une adoption par cette assemblée, à défaut de quoi les décrets-lois « perdent leurs effets le jour de la publication de la décision de rejet au Journal officiel »<sup>579</sup>. De même, les ordonnances autrichiennes doivent être soumises sans délai au Conseil national qui décidera dans les quatre semaines, « soit [d']adopter, à la place de l'ordonnance, une loi fédérale correspondante, soit [de] prendre une décision demandant au gouvernement fédéral d'abroger sans retard l'ordonnance »<sup>580</sup>. C'est également le cas en Grèce, où les actes législatifs pris exceptionnellement par le président de la République en vertu de l'article 44.1 doivent être soumis à la Chambre des députés et ratifiés par elle dans les trois mois, à défaut de quoi ils deviendront caduques pour l'avenir<sup>581</sup>. En Italie, les décrets-lois « perdent leur efficacité depuis le début, s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication »<sup>582</sup>, tout comme au Brésil en ce qui concerne les mesures d'urgence de l'article 62 de la Constitution brésilienne<sup>583</sup>.

**261.** La Belgique s'éloigne aussi de la France mais son cas est particulier. En effet, la Constitution ne prévoyant pas directement le mécanisme de l'habilitation législative, aucune obligation générale de « confirmation » des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux (ARPS) n'est par suite inscrite dans le texte constitutionnel<sup>584</sup>. Toutefois, dans l'esprit de la Constitution, « cette confirmation s'impose lorsque l'ARPS règle des matières réservées par la Constitution au législateur fédéral (infractions pénales, procédure pénale, impôts, etc.) »<sup>585</sup>. En outre, il faut relever qu'en pratique, toutes les lois de pouvoirs spéciaux (c'est-à-dire les lois d'habilitation) exigent une telle confirmation, au point que Michel Leroy constatait un « recours systématique à la confirmation législative des arrêtés pris en vertu de pouvoirs spéciaux à

---

n'est pas de nature à rendre caduques les dispositions de l'ordonnance précitée »  
579 Art. 91 de la Constitution turque du 7 novembre 1982.

580 Art. 18.4 de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1<sup>er</sup> octobre 1920.

581 Art. 44.1 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975.

582 Art. 77 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

583 Art. 62.3 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988.

584 DELPEREE (F.), « Belgique. Les délégations législatives », *RFDA*, 1987, p. 724.

585 VERDUSSEN (M.), « La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique », in *Le confinement forcé général est-il légal ? Rapport de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP) et l'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(e)s (IDHAE)*, octobre 2020, p. 284. (pp.278-290)

partir de 1983 »<sup>586</sup>. Plusieurs cas de figure peuvent alors se présenter. Soit la loi d'habilitation prévoit une « ratification sous peine d'abrogation »<sup>587</sup> : dans ce cas, si l'ARPS n'est pas confirmé dans le délai prévu par la loi de pouvoirs spéciaux, il cessera de produire ses effets. Soit la loi prévoit une « ratification, condition d'entrée en vigueur »<sup>588</sup> : dans ce cas, l'ARPS n'entrera pas en vigueur tant que la ratification n'est pas intervenue. Dans les deux cas, cela conduit à imposer la ratification pour que l'arrêté produise ses effets.

**262.** Il faut également noter que la Constitution française comporte elle-même une disposition imposant la ratification d'un certain type d'ordonnances, celles de l'article 74-1 (*cf. supra*, n°13). En effet, si elles entrent en vigueur dès leur publication, ces ordonnances « deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication »<sup>589</sup>. Rien de tel en ce qui concerne l'article 38. Or, l'étude des travaux préparatoires tant de la Constitution de 1958 que de la révision constitutionnelle de 2008 prouve qu'il ne s'agit pas d'une simple omission, mais bien d'une volonté des constituants de ne pas rendre obligatoire le mécanisme de la ratification pour les ordonnances de l'article 38.

**263. Volonté des constituants originaires.** La question du caractère obligatoire ou facultatif de la ratification a fait l'objet de débats lors de l'élaboration de la Constitution de la Vème République, en particulier devant le Comité consultatif constitutionnel. Ce fut le cas notamment lors de la séance matinale du 8 août 1958 : le commissaire du gouvernement Janot, répondant par la négative à une question posée par René Chazelle sur le caractère obligatoire de la ratification, indiquait que « dans l'esprit du texte, ces ordonnances sont déposées au Parlement aux fins de ratification », avant d'ajouter « nous espérons beaucoup que le Parlement ratifiera »<sup>590</sup>. Suite aux inquiétudes du député René Dejean concernant le principe même de l'article 34 (futur article 38), un amendement proposé par Marcel Waline fut alors adopté : « Elles [les ordonnances] entrent en vigueur immédiatement, mais doivent faire l'objet d'une demande de ratification au Parlement lors de la prochaine session »<sup>591</sup>.

**264.** M. Dejean demeurait toutefois insatisfait, étant donné que l'obligation ne portait

---

586 LEROY (M.), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, p. 105.

587 *Id.*, p. 104.

588 *Ibid.*

589 Art. 74-1, al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

590 *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. II, 1988, p. 289.

591 *Ibid.*

pas sur la ratification en elle-même, mais sur la *demande* de ratification. Lors de la séance du soir du 13 août, il relevait un « double-défaut »<sup>592</sup> à cette formulation. Il existait selon lui un risque que « la ratification n'intervienne (...) que très longtemps après, ou même pas du tout »<sup>593</sup>. Ce risque était accentué par l'article 44 de l'avant-projet de Constitution (futur article 48) qui donne au gouvernement la maîtrise de l'ordre du jour. Il proposa en conséquence un nouvel amendement, formulé en ces termes : « Elles [les ordonnances] entrent en vigueur immédiatement mais doivent être ratifiées par le Parlement lors de sa prochaine session ordinaire ». Il s'agissait là d'une véritable obligation de ratification des ordonnances, qui revêtait selon le député une grande importance « pour tous ceux qui sont attachés à une séparation assez rigoureuse des pouvoirs »<sup>594</sup>.

**265.** Cet amendement ne fut pas adopté, en témoigne l'absence de mention de cette obligation de ratification dans le texte constitutionnel. Deux éléments semblent avoir pesé dans la balance.

- D'abord, la coutume et la tradition. Le garde des Sceaux déclarait à cet égard que « selon la tradition qui remonte à la III<sup>ème</sup> République, c'est dans le texte qui donne délégation, que l'on précise que les décrets issus de la délégation doivent être soumis à ratification (...). C'est une tradition telle que nous avons estimé qu'il était inutile d'en faire une disposition constitutionnelle ; c'est une manifestation de la volonté du Parlement, qui est tout à fait normale »<sup>595</sup>.

- Ensuite, la volonté de ne pas contraindre le Parlement à voter des dispositions controversées. Le président de séance Paul Reynaud l'exprimait en ces termes : « Quand on prend un décret-loi, en réalité, on soulage les députés d'un vote difficile. Ne le leur imposez pas après. C'est une chose à faire en cas de crise où il y a un grand avantage à prendre des décrets-lois »<sup>596</sup>.

**266.** Seule l'obligation d'une demande de ratification au Parlement a donc perduré, et a finalement été rédigée comme suit dans l'article 38 de la Constitution : « *Elles [les ordonnances] 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* ». Il est intéressant de noter que cette exigence n'a pas tant été motivée par un renforcement des droits du Parlement, que par le souci de convaincre les futurs opposants de

---

592 *Id.*, p. 534.

593 *Ibid.*

594 *Ibid.*

595 *Ibid.*

596 *Ibid.*

l'article 34 (futur article 38). Marcel Waline l'exprimait sans ambiguïté : « cet article 34 est un de ceux qui seront le plus attaqués par les adversaires du référendum et nous leur donnons satisfaction en inscrivant formellement dans la Constitution ce que le Gouvernement nous dit avoir l'intention de faire, mais qu'il vaut mieux l'obliger à faire, pour pouvoir répondre à nos adversaires qu'il y a des garanties »<sup>597</sup>.

**267. Volonté des constituants de 2008.** En dépit de certaines tentatives ponctuelles en ce sens<sup>598</sup>, l'obligation de ratification n'a donc jamais été consacrée en droit français. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne fait encore une fois qu'imposer le caractère exprès de la ratification : elle ne rend en aucun cas cette dernière obligatoire (*cf. supra*, n°259). Certains ont pu le regretter. Par exemple, lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle au Sénat durant la séance du 23 juin 2008, Michel Charasse déclarait ceci : « je ne vois pas très bien ce que le texte apporte. On ne pourrait plus ratifier "par petits bouts" (...) Par conséquent, on peut continuer à ne pas ratifier du tout, ce qui est pire »<sup>599</sup>.

**268.** Effectivement, l'absence de consécration dans le texte constitutionnel d'obligation de ratification a pour conséquence de la faire dépendre de la pratique gouvernementale, qui ne semble pas très favorable au débat parlementaire.

## B) La pratique gouvernementale de la ratification défavorable au débat parlementaire

**269.** Au delà du texte constitutionnel, c'est la pratique gouvernementale qui conduit à affaiblir le rôle du Parlement dans les ratifications législatives d'ordonnances, en rendant illusoire le contrôle parlementaire qui aurait pu en découler.

**270. Absence de vote sur la ratification.** Le premier élément découle directement de l'absence d'obligation de ratification. Le dépôt du projet de loi de ratification sur le bureau de l'une des assemblées (seule formalité obligatoire) n'entraînera pas pour autant une discussion et un vote sur celui-ci : encore faut-il qu'il soit inscrit à l'ordre du jour. Or, comme le relevait

---

<sup>597</sup> *Id.*, p. 535.

<sup>598</sup> V. CASTAING (C.), *op. cit.*, p. 281 : « Une proposition de loi constitutionnelle fut déposée le 1er juin 1967, tendant à compléter le deuxième alinéa de l'article 38 de façon à rendre obligatoire la ratification parlementaire des ordonnances (Assemblée nationale, septembre 1967, p. 1577). Une autre proposition de loi fut déposée au mois de décembre 1967 visant à garantir au Parlement l'exercice de ses prérogatives : « Déposer un projet de ratification n'a de signification que si son inscription à l'ordre du jour est demandée avant qu'il ne soit caduc [...] » (Proposition de loi n° 615, JORF, AN, Débats, 1967, p. 6046). Aucune de ces propositions ne fut retenue ».

<sup>599</sup> Discussion en séance publique sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, séance du lundi 23 juin 2008, J.O.R.F., *Sénat*, du mardi 24 juin 2008, p. 3222.

déjà René Dejean à l'occasion des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 (*cf. supra*, n°264), l'ordre du jour est largement maîtrisé par le gouvernement. Il l'était totalement en 1958 : l'article 48 de la Constitution disposait en effet que « *l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui* ». Il continue de l'être malgré la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 de laquelle résulte un partage de l'ordre du jour entre le Gouvernement et le Parlement. Et pour cause : dans la pratique, cet ordre du jour est élaboré par la Conférence des présidents, elle-même dominée par la majorité gouvernementale (au moins pour l'Assemblée nationale)<sup>600</sup>. Or, comme l'a justement relevé Ariane Vidal-Naquet, ce fait majoritaire « conduit à ce que les nouveaux pouvoirs donnés au Parlement » – en l'occurrence une plus grande maîtrise de l'ordre du jour – « soient captés par la majorité, elle-même toujours soumise au gouvernement et, le plus souvent, au président de la République, rendant ainsi illusoire le rééquilibrage entre exécutif et Parlement »<sup>601</sup>.

**271.** Cela laisse donc au gouvernement une grande liberté pour décider de soumettre, ou non, les mesures qu'il a adoptées par ordonnances au contrôle parlementaire. Or la pratique démontre qu'il se « contente »<sup>602</sup> parfois du dépôt de projet de ratification afin de sauver l'ordonnance de la caducité sans pour autant permettre au Parlement de se la réapproprier. Preuve en est, l'ordonnance du 5 août 2013<sup>603</sup> – celle ayant servi de base au Conseil constitutionnel pour son revirement – n'a jamais été ratifiée. Le Conseil constitutionnel le rappelle en ces termes : « 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 »<sup>604</sup>. Dominique Rousseau considère ainsi que contrairement à ce qu'affirmaient les premiers commentateurs de la décision *Force 5*, « Le crime n'est pas dans la décision du 28 mai 2020. Il est dans la pratique gouvernementale de déposer un projet de loi de ratification mais « d'oublier » de le mettre au vote, permettant ainsi aux dispositions des ordonnances de ne pas devenir caduques, de rester de nature réglementaire et d'être dès lors soustraites à l'intervention du Parlement »<sup>605</sup>.

**272.** L'étude réalisée par le Sénat en 2005<sup>606</sup>, actualisée en 2014, prouve une certaine

600 PORTELLI (H.), « Le temps parlementaire », *Pouvoirs*, n° 146, 2013/3, p.72 (en tout pages 71 à 82).

601 VIDAL-NAQUET (A.), « Le renouveau de l'opposition », *Pouvoirs*, n°146, 2013/3, p. 133.

602 ROUSSEAU (D.), « Le crime du 28 mai n'aura pas lieu ! », *La Gazette du Palais*, 23 juin 2020, n° 23, p. 19.

603 Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

604 Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, cons. 11.

605 ROUSSEAU (D.), *op. cit.*

606 Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 60 et s.

irrégularité dans cette pratique de la ratification. En 2005 par exemple, sur quatre-vingt trois ordonnances publiées, seules huit ont fait l'objet d'une ratification. Pour l'année 2009 au contraire, soixante-huit ordonnances ont été ratifiées, ce qui est supérieur au nombre d'ordonnances publiées dans l'année. Cela est dû à la tendance, dès 2004, à opérer des ratifications groupées, qui expliquent l'augmentation du nombre d'ordonnances ratifiées (qui sont passées, en l'espace de dix ans, d'un taux de 63,2 à 78,1 %<sup>607</sup>). Ceci étant dit, il faut relever que même lorsqu'une telle ratification intervient, c'est-à-dire qu'elle est mise au vote, le débat parlementaire n'est pas au rendez-vous, ce qui confirme le caractère marginal du Parlement dans ce processus.

**273. Caractère toujours limité du débat parlementaire lors de la ratification.** La révision constitutionnelle de 2008, en interdisant les ratifications implicites, était censée redonner de la force au débat parlementaire (*cf. supra*, n°250 s.). Toutefois, plusieurs éléments permettent d'affirmer que le « débat parlementaire n'est [toujours] pas au rendez-vous dans l'hémicycle lors des discussions des dispositions de ratification »<sup>608</sup>. Deux grandes pratiques du gouvernement peuvent être imputées à ce constat.

**274.** La première pratique consiste à ne pas joindre l'ordonnance au projet de loi de ratification. Pour comprendre en quoi est-ce une atteinte au débat parlementaire, il faut avoir à l'esprit que le projet de loi de ratification ne reprend pas la teneur de l'ordonnance. En effet, il ne consiste la plupart du temps qu'en un article unique (ou plusieurs, si le projet procède à la ratification de plusieurs ordonnances) qui dispose que telle ordonnance est ratifiée. Pour un exemple concret, le 3 juin 2020 a été déposé en Conseil des ministres un projet de loi de ratification rédigé comme suit : « L'ordonnance n°2020-562 du 13 mai 2020 visant à adapter le fonctionnement des institutions locales et l'exercice des compétences des collectivités territoriales et des établissements publics locaux à la prolongation de l'état d'urgence sanitaire dans le cadre de l'épidémie de covid-19 est ratifiée ». Il est donc nécessaire, pour que le débat parlementaire sur l'ordonnance soit réellement effectif, que cette dernière soit jointe au projet. Or ce n'est pas toujours le cas, comme le relève Yves Gaudemet<sup>609</sup> qui regrette cette pratique : « On est loin, écrit l'auteur, de l'obligation du gouvernement de rendre compte qui sous-tend tout le mécanisme de la législation déléguée. Comment la compétence d'inventaire et

---

607 *Id.*, p. 60.

608 FELDMAN (G.), *op. cit.*

609 L'auteur prend l'exemple de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

d'amendement éventuel du parlement pourrait-elle s'exercer ? »<sup>610</sup>

**275.** La deuxième pratique est celle mentionnée plus haut, qui consiste à opérer des ratifications groupées. Elles sont également appelées ratifications « en série »<sup>611</sup>, ou encore « ratifications-balais »<sup>612</sup>. Dans cette hypothèse, une seule loi permet de ratifier plusieurs ordonnances, ce qui rend encore plus illusoire l'examen parlementaire du contenu de ces dernières. Les lois ayant opéré le plus de ratification en série sont relatives à la simplification du droit et sont généralement motivées par l'objectif de sécurité juridique. Ainsi, la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit a procédé à la ratification de cinquante-sept ordonnances, en seulement trois articles<sup>613</sup>. De même, la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ont ratifié pas moins de cinquante-et-une ordonnances<sup>614</sup>. Le problème de ces ratifications groupées a été pointé du doigt, tant par la doctrine juridique que par les parlementaires eux mêmes.

**276.** Parmi les universitaires, Pierre de Montalivet estime que « dans ces conditions, il est difficile de parler d'un véritable débat parlementaire relatif à la ratification de ces ordonnances »<sup>615</sup>. Dans le même sens, Garance Feldman, dans un article intitulé « le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », considère que cette pratique « nuit au débat parlementaire »<sup>616</sup>. Thibault Carrère va même plus loin en indiquant que « le Parlement, lorsqu'il ratifie une ordonnance, ne le fait pas avec l'attention qu'on est en droit d'attendre de lui et qu'il n'est pas et ne peut pas être dans ce cadre un contre-pouvoir efficace au Gouvernement »<sup>617</sup>.

**277.** Les parlementaires ont également pu exprimer leurs craintes. Par exemple, lors des débats relatifs à la loi de simplification de 2009 au Sénat le 24 mars, le sénateur Jean-Pierre Godefroy s'inquiétait de la réalité du contrôle parlementaire sur les ordonnances : « comment prétendre que ces ordonnances ne posent pas de difficulté alors qu'il nous a été impossible de vérifier le contenu de chacune d'entre elles ? »<sup>618</sup>. Jean-Pierre Michel parlait

---

610 GAUDEMET (Y.), « La loi administrative », *RDP*, 2006, n°1, p. 65.

611 Étude du Sénat précitée, p. 61.

612 JENNEQUIN (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA* 2010, p. 2300.

613 Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; Étude du Sénat précitée, p. 61.

614 Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

615 DE MONTALIVET (P.), *op. cit.*

616 FELDMAN (G.), *op. cit.*

617 CARRÈRE (T.), « La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 », *Jus Politicum Blog*, 8 juin 2020 (en ligne) <https://blog.juspoliticum.com/2020/06/08/la-guerre-des-ordonnances-aura-t-elle-lieu%E2%80%89a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-n-2020-843-qpc-du-28-mai-2020-par-thibault-carrere/>

618 Discussion en séance publique sur la proposition de loi de simplification et de clarification du droit et

quant à lui d'une ratification à « coup de baguette magique », et de se demandait « de quels droits dispose aujourd'hui le Parlement ? »<sup>619</sup>.

**278.** De manière plus générale, le contrôle parlementaire censé résulter du mécanisme de la ratification est faussé par le fait majoritaire, mentionné plus haut. Louis-Sami Ramdani se questionne en ce sens : « comment peut-on imaginer que le parti présidentiel, majoritaire à l'assemblée nationale, puisse exercer un contrôle pertinent du dispositif adopté par voie d'ordonnance, lui qui "voit, dans l'exécutif, non un rival à contenir, mais bien un allié auquel fournir des armes" ? »<sup>620</sup>.

**279. Conclusion de la deuxième partie.** Force est de constater que le déséquilibre entre le Parlement et le pouvoir exécutif, en ce qui concerne le phénomène des habilitations législatives, n'a pas été créé par le revirement des juges du Palais-Royal, qui a consisté à conférer un caractère législatif à des dispositions d'ordonnances une fois le délai d'habilitation expiré, nonobstant l'intervention d'une loi de ratification. Ce déséquilibre déjà patent est un « phénomène sans doute regrettable mais étranger au revirement du Conseil constitutionnel »<sup>621</sup>. Il paraît donc excessif de parler d'un bouleversement dans la séparation des pouvoirs qui aurait résulté de la restructuration du contentieux des ordonnances de l'article 38.

**280.** Certes, ce revirement n'a pas eu pour effet de corriger ce déséquilibre. Mais est-ce le rôle d'un juge ? La réponse apportée à cette question peut être vue de deux manières. D'un côté, le juge étant le garant de l'État de droit, il n'est pas censé laisser subsister une faille dans l'équilibre des pouvoirs, qui en est une composante essentielle et formelle. Mais d'un autre côté, le juge, fut-il constitutionnel, ne doit pas prendre la place du constituant. Il s'agit là d'une autre facette de la séparation des pouvoirs : la séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués<sup>622</sup>. Le revirement de jurisprudence n'a donc fait que *révéler* un déséquilibre, qu'il

---

d'allègement des procédures, séance du mardi 24 mars 2009, J.O.R.F., *Sé debates*, du mercredi 25 mars 2009, p. 3248.

619 Discussion en séance publique sur la proposition de loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, séance du mardi 24 mars 2009, J.O.R.F., *Sé debates*, du mercredi 25 mars 2009, p. 3256.

620 RAMDANI (L.-S.), « Les ordonnances à l'épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel ! », *LPA*, 27 octobre 2020, n°215, p. 9, qui cite : RIVERO (J.), « L'État moderne peut-il être encore un État de droit ? », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, p. 89-98.

621 MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

622 Quoique, selon certains auteurs, le revirement d'un juge de l'habilitation porte automatiquement atteinte à cette séparation. V. sur ce point, PIMENTEL (C.-M.), « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La Séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 9-29.

appartient aux pouvoirs publics de corriger. Certains auteurs ont même vu dans ce revirement de jurisprudence, une alerte lancée à ces derniers et en particulier au Parlement qui à tendance à « use[r] un peu trop »<sup>623</sup> de ses prérogatives d'habilitation. Thibault Carrère par exemple, l'exprime en ces termes : « cette décision [*Force 5*] pourra être une raison supplémentaire, pour le Parlement, même si nous en doutons étant donné l'équilibre des pouvoirs à l'œuvre sous la Ve République, de réfléchir à deux fois avant d'accorder une habilitation au Gouvernement »<sup>624</sup>.

---

623 DEROSIER (J.-Ph.), « Le Conseil d'État dépossédé », *op. cit.*

624 CARRÈRE (T.), « La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? ... », *op. cit.*

## CONCLUSION GÉNÉRALE

### 1) *L'évolution contentieuse était, sinon nécessaire, au moins justifiée*

**281.** L'analyse d'un régime contentieux ne peut se faire sans considération du système juridictionnel plus global dans lequel il s'inscrit. En France, le contentieux des ordonnances de l'article 38 a été construit par le juge administratif suprême, à un moment où il n'existait pas de justice constitutionnelle à proprement parler. Le Conseil d'État, institution séculaire, apparaissait alors comme le juge privilégié de la protection juridictionnelle des droits et libertés. Face à lui, un Conseil constitutionnel nouvellement créé qui apparaissait comme un « régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics »<sup>625</sup>, plus que comme un véritable juge constitutionnel protecteur des droits et libertés. Ces considérations, combinées au fait que le Conseil d'État était juge des décrets-lois sous les Républiques précédentes, ont conduit à ce qu'il s'estime naturellement compétent pour contrôler les ordonnances non ratifiées de manière approfondie (allant jusqu'au contrôle de constitutionnalité). Cette solution répondait à la nécessité de ne pas soustraire ces dernières au contrôle juridictionnel, et de soumettre le gouvernement au principe de légalité, entendu dans son sens large. Pour cela, il était nécessaire qu'il fasse primer le critère organique dans la définition de l'ordonnance. Par conséquent, une fois ratifiée les ordonnances ne pouvaient plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; leur conformité à la Constitution ne pouvait être vérifiée qu'indirectement par le Conseil constitutionnel, par le biais de l'examen *a priori* de la loi de ratification.

**282.** Cependant, le Conseil constitutionnel n'est pas resté le « chien de garde de l'exécutif » qu'il incarnait à ses débuts. Il a progressivement évolué vers un authentique juge constitutionnel des droits et libertés, à travers plusieurs étapes historiques : l'extension du bloc de constitutionnalité en 1971, l'ouverture de la saisine aux parlementaires en 1974, et bien évidemment l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en 2010. Cette évolution a contribué à atténuer la légitimité de la répartition contentieuse classique des ordonnances, non seulement parce que ses fondements n'étaient plus forcément justifiés, mais également parce que ces nouvelles données ne favorisaient pas la cohérence du système. En ce sens, une évolution du contentieux des ordonnances pouvait être considérée comme nécessaire.

---

625 FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120.

**283.** Elle fut amorcée le 28 mai 2020 par le Conseil constitutionnel et construite en collaboration avec le Conseil d'Etat. Elle aboutit aujourd'hui à une triple répartition contentieuse :

- Les ordonnances non ratifiées seront contrôlées par le Conseil d'État dans les mêmes conditions qu'auparavant, dès lors que le délai d'habilitation n'est pas encore arrivé à son terme ;
- Les ordonnances non ratifiées dont le délai d'habilitation est expiré seront toujours contrôlées par le Conseil d'État, mais pourront en outre faire l'objet d'une QPC ;
- Les ordonnances ratifiées échapperont au contrôle du Conseil d'État et pourront être contrôlées par le Conseil constitutionnel par le biais de la QPC.

## ***2) L'évolution n'a que partiellement contribué à renforcer l'État de droit***

**284.** Cette évolution contentieuse s'inscrit dans une volonté de renforcer la protection juridictionnelle, facette matérielle de l'État de droit. En procédant à une diversification du prétoire et à l'élargissement du champ de la contestation, elle répond indéniablement à cet objectif. En revanche, la complexité nouvelle qui en découle et qui s'ajoute aux éléments de complexité préexistants non résolus, apparaît en contradiction avec cette finalité. La manière dont les justiciables et les acteurs juridictionnels réceptionneront et s'adapteront à cette nouvelle répartition sera donc déterminante pour conclure ou non à un renforcement de la protection juridictionnelle.

**285.** Ensuite, cette évolution a révélé une faille dans la facette formelle de l'État de droit – c'est-à-dire l'équilibre des pouvoirs – sans pour autant la combler. Cette nouvelle répartition contentieuse a en effet été rendue possible par l'abandon partiel du critère organique et par la reconnaissance d'un *caractère* législatif à des normes gouvernementales n'ayant pas fait l'objet de ratification. Ce faisant, elle a semblé remettre en cause la place du Parlement dans le mécanisme de l'article 38 tout en conférant une prérogative nouvelle au pouvoir exécutif : celle de créer des normes à caractère législatif.

**286.** Mais en réalité, l'évolution contentieuse n'a pas en elle-même porté atteinte à l'équilibre des pouvoirs. Elle n'a fait que s'aligner sur un déséquilibre préexistant, au lieu d'entretenir la fiction d'un équilibre qui ne correspondait pas à la réalité de la pratique de l'article 38. De ce point de vue, elle peut être perçue comme une alerte lancée aux pouvoirs

publics afin de corriger ce déséquilibre. Une révision constitutionnelle pourrait être envisagée à ce titre, afin d'intégrer deux mesures principales à l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

- Le caractère obligatoire de la ratification parlementaire
- La limitation de l'utilisation de l'article 38 à des situations exceptionnelles (de crise ou d'urgence par exemple).

**287.** Cette révision aurait le mérite de restaurer le rôle du Parlement dans le mécanisme de l'habilitation et s'inscrirait de ce point de vue dans la continuité de celle du 23 juillet 2008. Elle compléterait ainsi le renforcement de la facette matérielle de l'État de droit amorcé par les juges du Palais-Royal, en comblant les lacunes de sa facette formelle.

\* \*  
\*

## BIBLIOGRAPHIE

### §1. OUVRAGES GÉNÉRAUX

**AUCOC (L.)**, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1<sup>er</sup> éd., 1869, t.1, 726 p.

**BROYELLE (C.)**, *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuels », 8<sup>e</sup> éd., 2020, 548 p.

**CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.)**, *La Constitution*, Points, coll. « Essais », 14<sup>e</sup> éd., 2017, 487 p.

**CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.)**, *La Constitution*, Points, coll. « Essais », 15<sup>e</sup> éd., 2019, 488 p.

**CARRE DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003 (réimpression des éditions 1920-1922), 1526 p.

**DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3<sup>e</sup> éd., 1928, t.2, 888 p.

**ESMEIN (A.), NEZARD (H.)**, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Recueil Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 1928, t. 2, 725 p.

**GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.)**, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2008, 604 p.

**GUYOMAR (M.), SEILLER (B.)**, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 5<sup>e</sup> éd., 2019, 642 p.

**HAURIOU (M.)**, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929, 735 p.

**LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.), DEFFIGIER (C.), CLAEYS (A.)**, *Droit administratif*, Les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, 18<sup>e</sup> éd., 2020, 1140 p.

**LAFERRIÈRE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1<sup>er</sup> éd., 1887, t.1, 724 p.

**LAFERRIÈRE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1<sup>er</sup> éd., 1887, t.2, 675 p.

**PLESSIX (B.)**, *Droit administratif général*, LexisNexis, 1<sup>er</sup> éd., 2016, 1504 p.

**ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.), BONNET (J.)**, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2016, 880 p.

**VEDEL (G.)**, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 1<sup>er</sup> éd., 1958, 668 p.

**VEDEL (G.), DEVOLVE (P.)**, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., PUF, 1980, 1085 p.

## §2. DICTIONNAIRES

**ALLAND (D.), RIALS (S.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Lamy, coll. « Quadrige », 1<sup>er</sup> éd., 2003, 1649 p.

**BABOT (A.), BOUCAUD-MAÎTRE (A.), DELAIGUE (P.)**, *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, coll. « Dictionnaires de Droit », 2002, 430 p.

**CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.)**, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. « Dictionnaires Dalloz », 2006, 753 p.

**DE VILLIERS (M.), LE DIVELLEC (A.)**, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12<sup>e</sup> éd., 2020, 422 p.

**GUINCHARD (S.), DEBARD (T.)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2020, 1150 p.

**LEPOINTE (G.)**, *Petit vocabulaire d'Histoire du droit français*, Domat Montchrestien, 1948, 391 p.

**VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.)**, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 7<sup>e</sup> éd., 2015, 516 p.

## §3. THÈSES

**BOYER-MERENTIER (C.)**, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 416 p.

**CLAEYS (A.)**, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Université de Poitiers, Dactylographiée, 2005, t.1, 635 p.

**DE BECHILLON (D.)**, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 555 p.

**FAVOREU (L.)**, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, 583 p.

**HEUSCHLING (L.)**, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, 739 p.

**LE BOS-LE POURHIET (A.-M.)**, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1981, 94 p.

**MIGNON (M.)**, *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, Thèse Université de Lille, 1938, 296 p.

**MURGUE-VAROCLIER (P.-M.)**, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Thèses », 2018, 780 p.

**PINON, (S.)**, *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République*, Paris, LGDJ, 2003, 632 p.

**QUINART (E.)**, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dactyl., 2019, 978 p.

**REDOR (M.-J.)**, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris-Aix-en-Provence, Economica Presses universitaires d'Aix Marseille, coll. « Droit public positif », 1992, 389 p.

**SOUBEYROL (J.)**, *Les décrets-lois sous la Quatrième République*, Bordeaux, Samie, 1955, 232 p.

#### §4. MONOGRAPHIES

**CARTIER (E.)**, (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, 544 p.

**CHEVALLIER (J.)**, *L'État de droit*, LGDJ, coll. « Clefs », 6<sup>e</sup> éd., 2017, 158 p.

**FAVOREU (L.)**, (dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977, PUAM, 1978, 287 p.

**LAUVAUX (P.)**, **MASSOT (J.)**, (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, 166 p.

**LE POURHIET (A.-M.)**, *Les Ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2011, 176 p.

**MAGNON (X.)**, (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, LexisNexis, coll. « Droit et professionnels », Paris, 2011, 466 p.

**MATHIEU (B.)**, *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3<sup>e</sup> éd., 2010, 138 p.

## §5. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

**ANTOINE (A.)**, « La *Secondary Legislation* au Royaume-Uni », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, pp. 113-135.

**AUTEXIER (C.)**, « République fédérale d'Allemagne, Les ordonnances et les délégations législatives », *RFDA*, 1987, pp. 748-750.

**AVRIL (P.) et autres (collectif)**, « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexion sur une chauve-souris juridique », *SJEG*, 2020, n°46, doct. 1267, pp. 2005-2013.

**BARTHÉLÉMY (C.)**, « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2020, p. 887.

**BEAUD (O.)**, **GUERIN-BARGUES (C.)**, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, coll. « Systèmes » 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 79.

**BERNABE (B.)**, **CARTIER (E.)**, « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », p. 3.

**BERTRAND (B.)**, **SIRINELLI (J.)**, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 565-593.

**BON (P.)**, « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 463-492.

**BOUDON (J.)**, « La législation déléguée aux États-Unis », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, pp. 137-150.

**BOUDON (J.)**, « Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *AJDA*, 2019, p. 1492.

**CARRÈRE (T.)**, « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, n°4, p. 1107.

**CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.)**, **MATHIEU (B.)**, « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité », Chronique du 1<sup>er</sup> juin au 20 décembre 2020, *La Semaine Juridique Edition Générale n°3*, 18 Janvier 2021, doct. 66, p. 123.

**CASTAING (C.)**, « La ratification implicite des ordonnances. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, n°58, pp. 275-304.

**CECCANTI (S.)**, « Décrets-lois et ordonnances en Italie », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, pp. 63-72.

**CHEVALLIER (J.)**, « La séparation des pouvoirs », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, coll. « Droit public positif », 1990, pp. 113-146.

**DAVID (C.)**, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *RFDC*, 2012, n°92, pp. 863-866.

**DE BECHILLON (D.)**, « La vraie nature des ordonnances », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 209-215.

**DE LAUBADÈRE (A.)**, « L'article 13 », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t.1, pp. 471-477.

**DE MONTALIVET (P.)**, « La ratification des ordonnances (L'article 38 de la Constitution) », *LPA*, 2008, n°254, p. 59.

**DE MONTECLER (M.-C.)**, « Ordonnances : duel ou duo au palais royal ? », *AJDA*, 2020, n°25, p. 1384.

**DE SOTO (J.)**, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, p. 287.

**DEBBASCH (C.)**, « Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 octobre 1958 », *JCP La Semaine juridique*, 1962, p. 1701.

**DEGBOÉ (D.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », *Politeia*, 2015, n°27, pp. 413-425.

**DELPÉREE (F.)**, « Belgique. Les délégations législatives », *RFDA*, 1987, pp. 723-725.

**DELVOLVÉ (P.)**, « L'été des ordonnances », *RFDA*, 2005, p. 909.

**DEUMIER (P.)**, « Le contrôle des ordonnances confié à la stratégie contentieuse », *RTD Civ.*, 2021, p. 94.

**DUBOUT (E.)**, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges, L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 212.

**ÉVEILLARD (G.)**, « Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des "dispositions législatives" dépourvues de valeur législative », *Droit administratif*, 2020, n°11, pp. 48-55.

**FAVOREU (L.)**, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120.

**FAVOREU (L.)**, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RFDA*, 1987, p. 686.

**FELDMAN (G.)**, « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RDP*, 2011, n°6, p. 1565.

**FROMONT (M.)**, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. Conac*, 2001, p. 173.

**GAUDEMET (Y.)**, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617.

**GAUDEMET (Y.)**, « La loi administrative », *RDP*, 2006, n°1, p. 65.

**GAY (L.)**, « Du contentieux a priori au contentieux a posteriori : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, XXIX, 2013, pp. 55-59.

**GENEVOIS (B.)**, « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », *RFDA*, 2018, p. 755.

**GICQUEL (J.)**, « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », in *Mélanges Morand-Deville*, Montchrestien, p. 344.

**GUILLAUME (M.)**, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, pp. 117-129.

**HENNING (J.)**, « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *RDP*, 2019, n°5, p. 1179.

**JEGOUZO (Y.)**, « De l'usage immodéré des ordonnances », *AJDA*, 2006, p. 1297.

**JENNEQUIN (A.)**, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution », *RFDA*, 2008, p. 920.

**JENNEQUIN (A.)**, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA*, 2010, p. 2300.

**JOUANJAN (O.)**, « Etat de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Lamy, 2003, p. 650.

**LAGRAULET (P.-E.)**, « Incidence de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 sur les dispositions des ordonnances relatives au droit de la copropriété », *SJEG*, 15 juin 2020, n° 24, pp. 1094-1095.

**LAMY (V.)**, « Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir

demeure ouvert », *AJDA*, 2020, p. 2266.

**LANDAIS (C.), LENICA (F.)**, « Le pouvoir d'abrogation de l'autorité réglementaire à l'égard des ordonnances », *AJDA*, 2007, p. 133.

**LEROY (M.)**, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P.), MASSOT (J.) (dir.), *La législation déléguée, Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, pp. 73-111.

**LETHUILLIER (G.)**, « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *LPA*, n°212, 2009, p. 9.

**LEVADE (A.)**, « Rapport introductif. Un Parlement, pour quoi faire ? », in CACQUERAY (S.), HUTIER (S.) et LAMOUREUX (S.), *Le Parlement depuis 2008, Renforcement, statu quo ou retour au(x) fondement(s) de la Ve République*, IFDJ (Institut francophone pour la justice et la démocratie), coll. « Colloques & Essais », 2019, pp. 13-19.

**LEVADE (A.)**, « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *La Semaine juridique. Édition générale*, 29 juin 2020, n° 26, pp. 1185-1186.

**MAGNON (X.)**, « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit », in FOUCHER (K.) (dir.), *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, pp. 311-324.

**MALVERTI (C.), BEAUFILS (C.)**, « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

**MASPÉTIOL (R.)**, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *EDCE*, 1949, p. 55.

**MATHIEU (B.)**, « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, pp. 700-721.

**MAUPIN (E.)**, « Ordonnances non ratifiées, le Conseil d'État se rapproche du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2020, n°32, p. 1826.

**MIGNON (M.)**, « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception mais d'utilisation répétée : le décret-loi », *Recueil Dalloz*, 1948, p. 141.

**MORANGE (G.)**, « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Recueil Dalloz*, 1959, p. 21.

**PADOVANI (J.)**, « Régime des ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une première réponse du Conseil d'État », *SJEG*, n°26, 2020, p. 1210.

**PASTOR (J.-M.)**, « Les ordonnances non ratifiées prennent de la hauteur au sein de la

pyramide des normes », *AJDA*, 2020/20, p. 1087.

**PASTOR (J.-M.)**, « Le regard neuf du Conseil d'Etat sur les ordonnances non ratifiées », *AJDA*, 2020, p. 2463.

**PERROUD (T.)**, « La Constitution "Total" », *Recueil Dalloz*, 2 juillet 2020, n°24, p. 1390.

**PIMENTEL (C.-M.)**, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La Séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, *Dalloz*, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 9-29.

**PONTIER (J.-M.)**, « La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif », *AJDA*, 2020, n°30, p. 1692.

**PORTELLI (H.)**, « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, 2006/2, n°44, pp. 3-8.

**PORTELLI (H.)**, « Le temps parlementaire », *Pouvoirs*, n°146, 2013/3, pp. 71-82.

**PRETOT (X.)**, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *La Semaine Juridique Edition Générale n°7*, 15 février 2021, pp. 338-342.

**RAMDANI (L.-S.)**, « Les ordonnances à l'épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel ! », *LPA*, 27 octobre 2020, n°215, p. 9.

**RICHAUD (C.)**, « Un décret-loi est une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 2016, n°25, p. 28.

**RIDEAU (J.)**, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 3.

**ROBLOT-TROIZIER (A.)**, « Tâtonnements et soumission autour du nouveau régime juridique des ordonnances non ratifiées : les dispositions législatives des ordonnances réglementaires ou la découverte de l'acte "réglementaire-législatif" », *RFDA*, 2020, p. 1139.

**ROLLAND (L.)**, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP*, 1918, pp. 542-580.

**ROUSSEAU (D.)**, « Le crime du 28 mai n'aura pas lieu ! », *La Gazette du Palais*, 2020, n°23, p. 19.

**SABOURIN (P.)**, « Peut-on dresser le constat du décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, pp. 589-640.

**TROPER (M.)**, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, pp. 51-63.

**TÜRK (P.)**, « Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'État », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges :*

*l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, pp. 468-486.

**TUSSEAU (G.)**, « La législation déléguée », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, vol. 2, « Distribution des pouvoirs », 2012, pp. 605-657.

**VEDEL (G.)**, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 2, pp. 129-176.

**VERDUSSEN (M.)**, « La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique », in CERF (E.), DEMETZ (A.), PETTITI (C.), (coord.), *Le confinement forcé général est-il légal ?*, Rapport de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris et l'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(e)s, 2020, pp. 278-290.

**VERPEAUX (M.)**, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°19 (Dossier : Loi et règlements), pp. 96-100.

**VERPEAUX (M.)**, « Ordonnances = dispositions législatives. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 22 juin 2020, n°25, 4 p.

**VIALA (A.)**, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n°4, p. 965.

**VIDAL-NAQUET (A.)**, « Le renouveau de l'opposition », *Pouvoirs*, n°146, 2013/3, pp. 133-147.

**WALINE (M.)**, « Les rapports entre la loi et le règlement », *RDP*, 1959, p. 709.

## §6. CONCLUSIONS

**ODINET (G.)**, Conclusions sur Conseil d'État, 1<sup>er</sup> juillet 2020, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n°429132.

**VILLETTE (V.)**, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres : « Le contrôle des ordonnances adoptées dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2021, p. 171.

## §7. COMMENTAIRES OFFICIELS

**Commentaire officiel, décision n°2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5** [*Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité*].

**Commentaire officiel, décision n°2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, M. Sofiane A. et autre** [*Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire*].

## §8. ARTICLES EN LIGNE

**BENOIT (E.)**, « Une ordonnance non ratifiée peut acquérir valeur de loi », *Dalloz actualité*, 3 juin 2020, n°3, (en ligne) :

[https://www.dalloz-actualite.fr/flash/une-ordonnance-non-ratifiee-peut-acquerir-valeur-de-loi#.YKu\\_EKgzbIU](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/une-ordonnance-non-ratifiee-peut-acquerir-valeur-de-loi#.YKu_EKgzbIU)

**CAMBY (J.-P.), SCHOETTL (J.-E.)**, « Ordonnances : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020, (en ligne) :

<https://www.lefigaro.fr/vox/politique/ordonnances-une-decision-tres-preoccupante-du-conseil-constitutionnel-20200614>

**CARPENTIER (M.), MOUTON (S.)**, (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », Titre VII, Hors-série, *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020, (en ligne) :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-effet-utile-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-un-bilan-critique>

**CARRÈRE (T.)**, « La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 », *Jus Politicum Blog*, 8 juin 2020, (en ligne) :

<https://blog.juspoliticum.com/2020/06/08/la-guerre-des-ordonnances-aura-t-elle-lieu-%E2%80%89-a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-n-2020-843-qpc-du-28-mai-2020-par-thibault-carrere/>

**CARTIER (E.), DEROSIER (J.-Ph.)**, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », Titre VII, n° 5, *La sécurité juridique*, octobre 2020, (en ligne).

**CASSIA (P.)**, « En République française, le gouvernement légifère », *Mediapart, Le blog de Paul Cassia*, 8 juin 2020, (en ligne) :

<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/070620/en-republique-francaise-le-gouvernement->

[legifere](#)

**DEROSIER (J.-Ph.)**, « Le Conseil d'État dépossédé », *La Constitution décodée*, 4 juin 2020, (en ligne) : <https://constitutiondecodée.fr/2020/06/04/le-conseil-detat-depossede/>

**DUPRIEZ (J.)**, « Ordonnances : une décision du Conseil constitutionnel vue comme "une bombe à retardement" », *Public Sénat*, 3 juin 2020, (en ligne) : <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/ordonnances-une-decision-du-conseil-constitutionnel-vue-comme-une-bombe-a>

**JANUEL (P.)**, « Le Parlement menacé par un abus d'ordonnances », *Dalloz actualité*, 20 mars 2018, (en ligne) : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parlement-menace-par-un-abus-d-ordonnances#.YKusKgzbIU>

## §9. RAPPORTS ET AUTRES

**ASSEMBLÉE NATIONALE**, Rapport de M. Jean- Luc WARSMANN, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République*, n° 892, déposé le 15 mai 2008, 626 p.

**COMITE DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA Ve RÉPUBLIQUE**, Rapport, « Une Ve République plus démocratique », 2007, 162 p.

**CONSEIL D'ÉTAT**, Rapport public, 2006, 411 p.

**CONSEIL D'ÉTAT**, Rapport public, 2010, 447 p.

**CONSEIL D'ÉTAT**, Communiqué de presse de la décision CE, Ass., 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n°440258, « Ordonnances de l'article 38 de la Constitution : le Conseil d'État précise le "mode d'emploi" du contrôle qu'il continuera d'exercer sur leur légalité, avant leur ratification par le Parlement », Paris, le 16 décembre 2020.

**SARKOZY (N.)**, Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur le 18 juillet 2007, « Après le Comité Balladur. Réviser la constitution en 2008 ? », *RFDC*, 2008, n°2008/5, HS n°2, pp. 251-254.

**SÉNAT**, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, 2014, 190 p.

## §10. ARCHIVES PUBLIÉES

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, *La Documentation française*, vol. II, 1988, 787 p.

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, *La Documentation française*, vol. IV, 200, 403 p.

## TABLE DE JURISPRUDENCE

### §1. CONSEIL D'ETAT <sup>626</sup>

#### Avant 1958 :

- CE, Ass., 26 novembre 1875, Pariset, n°47544 (Rec. 934)
- CE, 29 mars 1901, Casanova, n°94680 (Rec. 333)
- CE, Ass., 1er juin 1906, Alcindor (Rec. 516)
- CE, 6 décembre 1907, Cie des chemins de fer et autres, n°04244 (Rec. 913)
- CE, 31 juillet 1912, Société des granits prophyroïdes des Vosges (Rec. 909)
- CE, 28 juin 1918, Heyriès, n°63412
- CE, 3 août 1918, Compagnie des chargeurs d'Extrême Orient, n°65102 (Rec. 814)
- CE, Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, n°41221 (Rec. 966)
- CE, Ass., 25 juin 1937, Union des véhicules industriels (Rec. 619)
- CE, 15 février 1939, Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône, n°60650 (Rec. 90)
- CE, Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, n°71398 (Rec. 239)
- CE, Ass., 2 avril 1943, Bouguen. n°72210 (Rec. 86)
- CE, 10 février 1950, Sieur Gicquel (Rec. 100)
- CE, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, n°86949
- CE, 9 mars 1951, Guiolet, (Rec. 146)
- CE, Ass., 16 mars 1956, Caisse autonome de sécurité sociale dans les mines, n°18827 (Rec. 127)
- CE, Sect., 25 janvier 1957, Société Établissements Charlionais et Cie, n°30726 (Rec. 54)

#### Depuis 1958 :

- CE, Sect., 12 février 1960, Société Eky, n°46922 (Rec. 101)
- CE, Ass., 1er juillet 1960, FNOSS et Fradin, (Rec. 441)
- CE, sect., 3 nov. 1961, Sieur Damiani, n°53155 (Rec. 607)

---

<sup>626</sup> Seules les jurisprudences non reproduites sur Ariane Web ou Légifrance sont assorties de leur page dans le Recueil Lebon.

CE, Ass., 24 nov 1961, Fédération nationale des syndicats de police, n°52262 (Rec. 658)  
CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, n°55049 et 55055  
CE, 19 octobre 1962, Sieurs Canal, Robin et Godot, n°58502  
CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec. 593)  
CE, 10 juillet 1972, Cie Air Inter, n° 77961 (Rec. 537).  
CE, 11 juin 1990, Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances, n°74293  
CE, 7 février 1994, Ghez, n°84933  
CE, 9 septembre 1994, Société Mayotte Motors Corporation, n°139033  
CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, n°177162  
CE, Ass., 28 mars 1997, Société Baxter, n°179049  
CE, 1er décembre 1997, Union des professions de santé libérales SOS Action Santé, n°184546  
CE, 17 décembre 1999, Union hospitalière privée, n°208623  
CE, 8 décembre 2000, M. Hoffer et autres, n°199072  
CE, 23 octobre 2002, Laboratoire Juva Santé, n° 232945  
CE, Sect., 11 février 2004, Demas et autres, n°261288  
CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, n°255886  
CE, 29 octobre 2004, Sueur, n°269814  
CE, Sect., 19 octobre 2005, CGT et autres, n°283471  
CE, 13 juillet 2006, France nature environnement, n° 286711  
CE, Ass., 11 décembre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, n°279517  
CE, 19 février 2010, Moliné, n°322407  
CE, 25 juin 2010, n°326363  
CE, 11 mars 2011, Benzoni, n°341658  
CE, 12 oct. 2016, Syndicat national des entreprises des loisirs marchands, n°396170  
CE, 16 janvier 2018, Union des ostéopathes animaliers, n°415043  
CE, 11 juin 2020, n°437851  
CE, 1er juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, n°429132  
CE, Ass., 16 décembre 2020, Fédération CFDT Finances et autres, n°440258

## §2. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

### **Décisions DC (déclaration de conformité) :**

Cons. const., décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960  
Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971  
Cons. const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977  
Cons. const., décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982  
Cons. const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982  
Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983  
Cons. const., décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984  
Cons. const., décision n° 85-196 DC du 8 août 1985  
Cons. const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985  
Cons. const. décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986  
Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987  
Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996  
Cons. const., décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004  
Cons. const., décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005  
Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008  
Cons. const., décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017  
Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018

### **Décisions QPC (question prioritaire de constitutionnalité) :**

Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010  
Cons. const. décision n°2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010  
Cons. const., décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011  
Cons. const., décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012  
Cons. const., décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012  
Cons. const., décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012  
Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012  
Cons. const., décision n°2012-281 QPC du 12 octobre 2012

Cons. const., décision n°2013-331 QPC du 5 juillet 2013  
Cons. const., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020  
Cons. const., décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020  
Cons. const., décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021

**Décisions L (déclassement) :**

Cons. const., décision n° 66-36 L du 10 mars 1966  
Cons. const., décision n° 72-73 L du 29 février 1972

**§3. TRIBUNAL DES CONFLITS**

TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (Rec. 91)  
TC, 19 mars 2007, n° C3622

**§4. COUR DE CASSATION**

Cass. Com., 6 octobre 1992, n°90-16.755  
Cass., Crim., 8 janv. 2013, n°12-86.537  
Cass. Com., 27 juin 2014, n°13-27317  
Cass. Crim., 26 mai 2020, n°20-81.910 et n°20-81.971  
Cass. Civ. 2ème, 24 septembre 2020, n°20-40.056

## TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>2</b>
<b>ABREVIATIONS.....</b>	<b>3</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
§1. OBJET ET JUSTIFICATION DE L'ETUDE .....	7
I. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958.....	7
A) Historique des ordonnances.....	7
1. Historique du terme.....	7
2. Historique du procédé : les décrets-lois sous les III <sup>ème</sup> et IV <sup>ème</sup> Républiques.....	10
B) Un régime juridique complexe.....	13
1. Les actes législatifs entourant l'ordonnance : habilitation et ratification.....	13
2. L'ordonnance en elle-même : une nature ambiguë.....	17
II. Le régime contentieux des ordonnances de l'article 38.....	19
A) Caractéristiques principales du contentieux des ordonnances.....	19
1. Un contentieux réparti entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.....	19
2. Un contentieux objectif.....	22
B) Justification de l'étude du contentieux des ordonnances .....	25
1. Une évolution des critères et modalités de la répartition.....	25
2. Une explosion des ordonnances multipliant les occasions de contentieux.....	27
§2. CHAMP DE L'ETUDE.....	29
§3. CONTEXTE SCIENTIFIQUE ET OBSTACLES DU SUJET .....	31
§4. INTERÊT DE L'ETUDE ET CADRE THÉORIQUE D'ANALYSE.....	32
I. L'État de droit : définition.....	33
II. Justification du prisme de l'État de droit.....	36
§5. PROBLEMATIQUE, METHODE ET ANNONCE DU PLAN .....	37

**PREMIÈRE PARTIE : LA RECHERCHE D'UNE MEILLEURE PROTECTION JURIDICTIONNELLE.....39**

**Chapitre 1 : L'obsolescence des fondements originels de la répartition contentieuse des ordonnances.....41**

**I. UNE RÉPARTITION INITIALEMENT JUSTIFIÉE PAR LA NÉCESSITÉ DE CONTRÔLER LES ORDONNANCES.....41**

A) La prévalence du critère organique : éviter l'immunité contentieuse des ordonnances non ratifiées.....41

B) Le contrôle étendu de la loi de ratification : éviter l'immunité contentieuse des ordonnances ratifiées.....46

**II. UNE RÉPARTITION SURANNÉE DEPUIS L'AVÈNEMENT D'UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ *A POSTERIORI* .....51**

A) La QPC, élément de remise en cause des fondements initiaux.....51

B) La QPC, facteur d'éloignement des fondements initiaux.....55

**Chapitre 2 : L'ambivalence de la restructuration contentieuse au regard de la protection juridictionnelle.....60**

**I. UNE RESTRUCTURATION PRÉTORIENNE, ŒUVRE DES DEUX AILES DU PALAIS-ROYAL.....60**

A) L'ouverture de la QPC aux ordonnances dont le délai d'habilitation est dépassé .60

1. La décision « Force 5 » du 28 mai 2020.....61

2. La décision « Sofiane A et autres » du 3 juillet 2020.....64

B) La préservation du contrôle de légalité par le Conseil d'État.....66

**II. UNE DIVERSIFICATION DU PRÉTOIRE AU DÉTRIMENT DE LA SIMPLICITÉ ?.....71**

A) Le souci indéniable d'une meilleure protection juridictionnelle.....71

B) La complexification corrélative du contentieux des ordonnances.....74

## **DEUXIÈME PARTIE : LA RÉVÉLATION D'UN DÉSÉQUILIBRE DES POUVOIRS**

.....79

### **Chapitre 1 : Le caractère législatif de normes gouvernementales : consécration du primat de l'exécutif.....81**

#### **I. UNE INTERPRÉTATION EXTENSIVE DU TEXTE CONSTITUTIONNEL.....81**

A) Les règles de modifiabilité de l'ordonnance posées par l'article 38 de la Constitution.....81

B) Les déductions audacieuses de l'article 38 par le Conseil constitutionnel.....85

#### **II. UNE INTERPRÉTATION PERMISE PAR LE DROIT CONSTITUTIONNEL.....89**

A) L'autonomisation de la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1 89

B) Le recul du critère organique sous la Vème République.....93

### **Chapitre 2 : Le caractère législatif de normes non ratifiées : mise en lumière d'un Parlement en retrait.....99**

#### **II. UNE APPARENTE DÉPOSSESSION DU PARLEMENT DE SON POUVOIR DE RATIFICATION.....99**

A) L'affaiblissement de l'effet utile de la ratification.....99

B) La contradiction avec la révision constitutionnelle de 2008.....103

#### **II. UNE OCCASION DE DÉVOILER UNE ÉVICTION DÉJÀ PATENTE.....108**

A) L'absence d'obligation de ratification par le texte constitutionnel.....108

B) La pratique gouvernementale de la ratification défavorable au débat parlementaire  
.....112

### **CONCLUSION GÉNÉRALE.....118**

### **BIBLIOGRAPHIE.....121**

§1. Ouvrages généraux.....121

§2. Dictionnaires.....122

§3. Thèses.....122

§4. Monographies.....123

§5. Articles et contributions.....	124
§6. Conclusions.....	129
§7. Commentaires officiels.....	130
§8. Articles en ligne.....	130
§9. Rapports et autres.....	131
§10. Archives publiées.....	132
<b>TABLE DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>133</b>
§1. Conseil d'Etat .....	133
§2. Conseil constitutionnel .....	135
§3. Tribunal des conflits .....	136
§4. Cour de cassation .....	136
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>137</b>