



HAL
open science

La crise des ordonnances : retour sur la jurisprudence Sofiane A

Jean de Saint Sernin

► **To cite this version:**

Jean de Saint Sernin. La crise des ordonnances : retour sur la jurisprudence Sofiane A. Droit et politique en temps de crise 2022, p. 213-253, 2022. hal-03776532

HAL Id: hal-03776532

<https://hal.science/hal-03776532>

Submitted on 13 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La crise des ordonnances : retour sur la jurisprudence *Sofiane A.*

Jean de SAINT SERNIN

Docteur en droit public de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) – Enseignant contractuel à l'Université de Lille

Plan :

- I. La rénovation de l'office juridictionnel du Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances
 - A. L'extension du contentieux constitutionnel des lois d'habilitation
 - 1. Le maintien du contrôle *a priori*
 - 2. L'admission du contrôle *a posteriori*
 - B. L'expansion du contentieux constitutionnel sur les dispositions des ordonnances
 - 1. La continuité du contrôle des ordonnances ratifiées
 - 2. L'élargissement conditionné du contrôle des ordonnances non ratifiées
- II. La réhabilitation de l'office juridictionnel du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances
 - A. La compétence sauvegardée de la juridiction administrative dans le contentieux de l'édition et de la finalisation de l'ordonnance
 - 1. La compétence exclusive du Conseil d'État dans le contrôle avant expiration du délai d'habilitation
 - 2. La compétence préservée du Conseil d'État dans le contrôle de l'ordonnance ratifiée
 - B. Une répartition contentieuse favorable à la juridiction administrative dans le contentieux des ordonnances non ratifiées
 - 1. La perte de la compétence exclusive du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances non ratifiées à disposition législative
 - 2. La préservation accrue de la compétence du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances non ratifiées

Dans l'histoire constitutionnelle française, la période estivale, et plus particulièrement celle du mois de juillet, a souvent été un moment délicat pour les ordonnances. L'édition de ces actes a pu donner lieu à des crises politiques. Le 26 juillet 1830, les quatre ordonnances de Saint-Cloud, promulguées par Charles X, conduisent à une crise entre le pouvoir royal et la Nation qui déclenche les émeutes des Trois Glorieuses. Ces ordonnances précipiteront l'exil du souverain. Le 14 juillet 1986, en pleine cohabitation, François Mitterrand, fait savoir publiquement qu'il ne signe pas l'ordonnance du Gouvernement de Jacques Chirac relative aux privatisations. Une crise éclate alors entre les deux têtes de l'exécutif, obligeant le Premier ministre à recourir à la procédure législative ordinaire. En juillet 2020, c'est moins une crise politique qu'une crise juridique, voire juridictionnelle, qui a semblé se dessiner après le « revirement »¹ opéré par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Sofiane A.*

¹ Selon les mots du Conseil constitutionnel, in Commentaire de la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre*, p. 30 et 32.

Lato sensu, l'ordonnance s'entend comme l'acte qui habilite le Parlement à se dessaisir momentanément de sa compétence au profit du Gouvernement. *Stricto sensu*, les ordonnances sont des actes pris par le Gouvernement dans un domaine qui relève normalement de la compétence du législateur parlementaire. Si la notion d'ordonnance peut révéler une certaine homogénéité conceptuelle, sa nature juridique traduit une profonde hétérogénéité. Le régime juridique des ordonnances a été construit autour de leur régime contentieux. Ce régime a suivi les différentes phases d'élaboration de l'ordonnance. À compter de son édicition et dans l'attente de sa ratification par le Parlement, l'ordonnance était considérée comme un acte réglementaire puisqu'elle émanait du Gouvernement. Lors de sa ratification par le Parlement, l'ordonnance était qualifiée d'acte législatif. L'ordonnance était donc un acte « hybride » qui possédait une nature tantôt réglementaire, tantôt législative. Malgré cette crise juridique de l'ordonnance, acte administratif de naissance, puis acte législatif par adoption, un équilibre avait pu être trouvé entre les juridictions. Cet équilibre est partiellement remis en cause par la jurisprudence *Sofiane A.*

Impulsée par la jurisprudence *Force 5*² rendue quelques semaines plus tôt, la décision *Sofiane A.* est venue modifier significativement la nature juridique des ordonnances non ratifiées et, parallèlement, leur régime contentieux. Le Conseil constitutionnel a déclaré qu'une ordonnance non ratifiée pourra faire l'objet d'une QPC dans l'hypothèse où elle contiendrait des dispositions relevant du domaine de la loi et où le délai d'habilitation ait expiré. En admettant explicitement sa compétence à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Conseil constitutionnel accepte implicitement que certaines ordonnances non ratifiées soient assimilées à de véritables normes législatives. La jurisprudence *Sofiane A.* n'a pas manqué de recevoir des critiques légitimes de la part de la doctrine³. Ces critiques ont ravivé l'imminence d'une crise juridictionnelle. En effet, la jurisprudence *Sofiane A.* laisse craindre un *casus belli* entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans la répartition du contentieux des ordonnances. Pour autant, cette potentielle crise juridictionnelle ne peut valablement s'expliquer que par la survivance d'une crise juridique des ordonnances.

Jusqu'à la décision *Sofiane A.*, le régime juridictionnel des ordonnances a été construit de manière dualiste au terme d'une jurisprudence constante. Cette jurisprudence révélait non seulement la « mixité » juridique de l'ordonnance, mais également celle de son contentieux. Le Conseil d'État était compétent pour connaître du contentieux des ordonnances non ratifiées, tandis que le Conseil constitutionnel contrôlait la constitutionnalité des ordonnances ratifiées. Chaque juridiction disposait donc d'un « bloc de compétence » visiblement imperméable qui reposait sur la nature juridique des ordonnances. Avant la ratification du Parlement, l'ordonnance était qualifiée d'« acte réglementaire émanant du pouvoir exécutif » et relevait en conséquence de la juridiction administrative suprême en premier et dernier ressort⁴. Après

² Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*.

³ Pour Bertrand Mathieu, cette décision constitue : « un revirement de jurisprudence brutal et inattendu », in « Le Conseil constitutionnel sème le désordre dans le statut des ordonnances non ratifiées », 12 juin 2020, le blog du club des juristes, disponible sur : <https://blog.leclubdesjuristes.com/le-conseil-constitutionnel-seme-le-desordre-dans-le-statut-des-ordonnances-non-ratifiees-par-bertrand-mathieu/>. Pour Jean-Pierre Camby et Jean-Éric Schoettl, cette jurisprudence est qualifiée de « très préoccupante », *Le Figaro*, 14 juin 2020, <https://www.lefigaro.fr/vox/politique/ordonnances-une-decision-tres-preoccupante-du-conseil-constitutionnel-20200614>

⁴ Article R. 311-1 du CJA.

ratification du Parlement, l'ordonnance était qualifiée d'acte législatif et pouvait être déférée à la juridiction constitutionnelle. Cette dualité juridique et juridictionnelle reposait sur une approche essentiellement organique de l'ordonnance. L'absence de ratification du Parlement maintenait une qualification fondée sur la compétence du pouvoir exécutif et conférait un « brevet réglementaire » à l'ordonnance. L'intervention du Parlement conférait à l'ordonnance un « brevet législatif » et requalifiait ainsi sa nature originaires. Jusqu'à la jurisprudence *Sofiane A.*, l'approche matérielle n'était donc pas incluse dans la frontière juridique et juridictionnelle des ordonnances. Une ordonnance non ratifiée demeurait un acte administratif échappant à la compétence du Conseil constitutionnel, même si certaines de ses dispositions intervenaient dans le domaine législatif. Avec la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil constitutionnel étend sa compétence contentieuse à certaines ordonnances non ratifiées au détriment de la compétence établie du Conseil d'État. Cette extension juridictionnelle a pu être réalisée par la réhabilitation du critère matériel dans la qualification juridique des ordonnances.

Lors de la qualification de certaines ordonnances non ratifiées, le Conseil constitutionnel substitue à l'approche organique l'approche matérielle et opère ainsi une requalification partielle de leur régime. Le Conseil constitutionnel estime que la ratification parlementaire n'est pas le seul et unique procédé permettant de conférer à l'ordonnance un caractère législatif. Il est possible d'en déduire que le critère organique est donc perçu comme insuffisant. Cette raison s'explique par le fait que la ratification ne constitue pas une obligation pour la validité de l'ordonnance. De plus, à l'expiration du délai, le pouvoir exécutif ne peut plus modifier les ordonnances non ratifiées comprenant des dispositions législatives⁵. Le Conseil constitutionnel en a déduit que la perte de la compétence du pouvoir exécutif, c'est-à-dire du pouvoir réglementaire, dans la modification des dispositions non réglementaires entraîne par voie de conséquence la disqualification de la nature administrative de l'ordonnance non ratifiée et ainsi sa qualification législative⁶. Le passage d'une qualification administrative à une qualification législative de certaines ordonnances non ratifiées entraîne inévitablement un déplacement de la compétence du Conseil d'État vers le Conseil constitutionnel. Cette décision a pour conséquence une soustraction partielle de la compétence du Conseil d'État qui avait, jusqu'alors, une exclusivité contentieuse sur les ordonnances non ratifiées. Ce monopole juridictionnel s'expliquait par la nature réglementaire des ordonnances non ratifiées. Or, cette nature réglementaire étant partiellement remise en cause, la compétence échoit désormais au Conseil constitutionnel. Il en résulte une certaine « révolution juridique » dans le contentieux des ordonnances, mais qui ne saurait significativement remettre en cause l'équilibre des compétences contentieuses entre la juridiction administrative et la juridiction constitutionnelle.

Entre le Palais Royal et la rue Montpensier, les compétences juridictionnelles restent rigoureusement définies avant l'expiration du délai d'habilitation de l'ordonnance et une fois la ratification parlementaire intervenue. Avant l'expiration du délai d'habilitation, le Conseil d'État conserve sa compétence de même que le Conseil constitutionnel une fois que l'ordonnance a reçu ratification expresse du Parlement. En revanche, à l'expiration du délai d'habilitation et dans l'attente de la ratification parlementaire, la jurisprudence *Sofiane A.*

⁵ Aux termes de l'article 38 de la Constitution : « À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article (le délai d'habilitation), les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

⁶ Aux sens des « dispositions législatives » mentionnées à l'article 61-1 de la Constitution.

introduit une forte complexité dans le régime de l'ordonnance. Dans ce laps de temps, le Conseil constitutionnel intervient concurremment avec le Conseil d'État. La jurisprudence *Sofiane A.* permet désormais au Conseil constitutionnel de connaître lors de l'examen des QPC des ordonnances non ratifiées. Cependant, cette compétence est loin d'être aussi étendue. Le Conseil constitutionnel ne peut connaître que des ordonnances non ratifiées contenant des dispositions législatives et sous réserve que les conditions fixées à l'article 61-1 de la Constitution soient satisfaites. À l'occasion d'un litige administratif, si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le Conseil d'État refusera de renvoyer l'ordonnance au Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État retrouvera alors sa compétence. Il reste au demeurant compétent pour le contentieux des ordonnances non ratifiées contenant des dispositions réglementaires. Cette jurisprudence ne provoquera pas pour l'avenir de conflit juridictionnel, puisque la compétence désormais dévolue au Conseil constitutionnel ne s'est pas traduite par une dépossession manifeste de la compétence de la juridiction administrative. Mais alors que la crise juridictionnelle s'éloigne, la crise juridique semble, quant à elle, persister. Cette jurisprudence a eu pour conséquence une réorganisation du contentieux des ordonnances qui n'est pas sans ajouter une profonde complexité à la nature juridique de tels actes. À l'inverse d'une crise juridictionnelle, une crise juridique latente n'est donc pas à exclure en raison de l'incapacité du juge à établir des qualifications juridiques non équivoques pour certains actes de droit positif.

Il convient alors de s'interroger sur le sens et la portée de la jurisprudence *Sofiane A.* dans la redéfinition du régime contentieux des ordonnances afin de rechercher si une altération des relations juridictionnelles sur fond de crise juridique demeure encore perceptible.

La jurisprudence *Sofiane A.* étend manifestement la compétence du Conseil constitutionnel dans le contentieux de certaines ordonnances non ratifiées (I). Cette compétence se justifie par un changement de perception de la nature de l'ordonnance et pourrait ouvrir une crise juridictionnelle. En effet, cette redéfinition du régime juridique de l'ordonnance s'est irrémédiablement traduite par une altération de la compétence de la juridiction administrative. Pour autant, la compétence du Conseil d'État n'en demeure pas moins préservée (II). Mais alors que le risque d'un conflit juridictionnel semble s'éloigner, le conflit juridique n'est pas pour autant aboli. Le régime juridique de l'ordonnance demeure maladroitement défini et maintient une profonde complexité dans l'appréhension de sa nature exacte.

I. La rénovation de l'office juridictionnel du Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances

La décision *Sofiane A.*, rendue par le Conseil constitutionnel s'analyse comme un revirement réhaussant partiellement sa compétence. Au terme d'une jurisprudence établie, le Conseil constitutionnel maintient sa compétence dans le contrôle de la constitutionnalité des lois d'habilitation des ordonnances (A). Cette décision s'analyse néanmoins comme une extension de la compétence du Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances (B).

A. L'extension du contentieux constitutionnel des lois d'habilitation

La décision *Sofiane A.* préserve la compétence du Conseil constitutionnel dans le contrôle *a priori* des lois d'habilitation, acte par lequel le Parlement confère au Gouvernement le droit d'intervenir momentanément dans son domaine par l'édition d'une ordonnance (1). Cette décision opère cependant un revirement de jurisprudence en reconnaissant le contrôle *a posteriori* de ces lois (2).

1. Le maintien du contrôle *a priori*

Au terme d'une jurisprudence établie, la décision *Sofiane* a maintenu la compétence du Conseil constitutionnel dans le contentieux des lois habilitation. L'apport jurisprudentiel demeure sur ce point purement confirmatif et révèle parallèlement la faible effectivité de l'étendue du contrôle du juge.

Le contentieux des lois d'habilitation n'emporte aucune conséquence significative sur la nature de l'ordonnance. En effet, de tels actes précèdent l'édition de l'ordonnance et ne sauraient lui conférer un caractère législatif. L'habilitation s'analyse, selon l'heureuse formule de Guy Carcassonne, non comme une délégation du pouvoir législatif, mais comme « une extension momentanée du pouvoir réglementaire »⁷. Cette extension doit être consentie explicitement par le Parlement. Elle induit de la part du juge constitutionnel un contrôle de constitutionnalité récurrent.

Concernant le contrôle de la légalité externe des lois d'habilitation, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que le pouvoir d'édicter une ordonnance appartient au seul Gouvernement. Il s'agit d'un pouvoir propre de l'exécutif qui, par extension, inclut celui de demander au Parlement une loi d'habilitation. Cette compétence du pouvoir réglementaire permet au juge de qualifier prématurément l'ordonnance d'acte administratif. Par une application stricte de l'article 38 de la Constitution, seront déclarées contraires à la Constitution, les lois d'habilitation introduites par une proposition de loi⁸ ou un amendement parlementaire⁹. La loi d'habilitation ne peut résulter que d'un projet de loi ou d'un amendement gouvernemental¹⁰. La loi qui précède l'édition de l'ordonnance reste l'entier monopole de l'exécutif. Le Conseil constitutionnel retrouve à cette occasion, son rôle originaire de « chien de garde » de l'exécutif pour reprendre la formule de Michel Debré.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel vérifie le champ matériel de la loi d'habilitation. Une ordonnance comme une loi d'habilitation ne peuvent intervenir que dans le champ de la loi ordinaire. Par conséquent, une loi d'habilitation ne saurait être prise pour l'adoption d'une loi organique¹¹, d'une loi constitutionnelle, d'une loi de finances ou d'une loi

⁷ G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 11^{ème} édition, 2013, p. 192.

⁸ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, cons. 28 et 29.

⁹ Décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, cons. 9.

¹⁰ Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, *Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux*, cons. 4 et 5.

¹¹ Décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement à procéder par ordonnances, à prendre des mesures d'ordre social*, cons. 3.

de financement de la sécurité sociale¹². En vue d'assurer une certaine « continuité administrative »¹³, la loi d'habilitation présente un caractère impersonnel et produit ses effets jusqu'au terme qu'elle a prévu y compris si un changement de Gouvernement est intervenu¹⁴. Un remaniement ministériel total ou partiel n'affecte donc pas la compétence de la loi d'habilitation même si la majorité gouvernementale diffère de celle qui avait consenti à l'habilitation.

Concernant le contrôle de la légalité interne des lois d'habilitation, le Conseil constitutionnel rappelle dans le huitième considérant de la décision *Sofiane A.*, que l'article 38 de la Constitution « fait obligation au Gouvernement, d'indiquer avec précision au Parlement (...), la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention ». Cette formulation résulte d'une jurisprudence clairement établie même si les termes de la rédaction ont été légèrement modifiés depuis la décision fondatrice¹⁵. Une habilitation dans des matières illimitées entraînerait la censure du juge. Le Parlement ne saurait consentir à une déposition pure et simple de ses compétences. Le Conseil s'attarde tout particulièrement sur les « termes de l'habilitation »¹⁶, « le caractère suffisamment précis du champ »¹⁷ et « les finalités énumérées »¹⁸ par l'ordonnance. En ce sens, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle vigilant sur le domaine de la loi d'habilitation et les deux délais qu'elle comprend. Ils ont des « objets distincts et ne coïncident pas »¹⁹ et seront déterminants pour la compétence du pouvoir exécutif, la répartition du contentieux et la nature juridique de l'ordonnance. La loi d'habilitation fixe un premier délai que l'on pourrait qualifier de « délai de délégation ». Ce délai est celui pendant lequel le Gouvernement est autorisé à prendre des ordonnances. La loi d'habilitation fixe un second délai que l'on pourrait qualifier de « délai de dépôt ». Nécessairement plus long que le premier, ce second délai est celui impartit au Gouvernement pour déposer le projet de loi de ratification sur le Bureau de l'une des assemblées. Cette loi de ratification serait « une loi de retour »²⁰ car elle impose au Gouvernement le dépôt d'un tel projet de loi à une date fixée. L'absence de mention du premier comme du second délai entache l'habilitation d'illégalité²¹. Un tel grief pourra être soulevé devant le Conseil constitutionnel, ce qui entraînera la censure de la loi d'habilitation.

¹² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 15.

¹³ P. Avril, J. Gicquel et J-É Gicquel, *Droit parlementaire*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2015, p. 317.

¹⁴ CE, 5 mai 2006, *Schmitt*, n° 233852.

¹⁵ Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, cons. 2 : « ce texte (la loi d'habilitation) doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre ».

¹⁶ Commentaire de la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, précitée, p. 20.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 33^{ème} édition, 2012, p. 797.

²⁰ J. et J-É Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 30^{ème} édition, 2016, p. 698.

²¹ Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 67.

La loi d'habilitation doit comprendre des matières législatives définies avec une « précision suffisante »²² et indiquer le « domaine d'intervention »²³ dans lequel l'ordonnance interviendra. Une censure pour généralité ou imprécision de la loi d'habilitation n'est donc jamais à exclure. Cela étant, le Gouvernement n'est pas tenu de faire connaître au Parlement, la « teneur »²⁴ des ordonnances qu'il va prendre. Le Conseil rappelle dans le huitième considérant de la décision *Sofiane A.*, que le Gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière et n'encourt aucune censure. Il convient de souligner que les censures sur ce fondement sont rares²⁵. Le Conseil souhaite manifestement protéger la compétence du Gouvernement. Le pouvoir législatif ne saurait en effet s'immiscer dans la compétence du pouvoir réglementaire qui reste seul compétent pour déterminer le contenu de l'ordonnance par l'intermédiaire d'une loi d'habilitation.

De manière plus singulière, le Conseil constitutionnel contrôle les « motivations » et les « finalités »²⁶ de l'ordonnance par l'intermédiaire de la loi d'habilitation. L'article 38 de la Constitution n'oblige pas le constituant à indiquer à la représentation nationale, les raisons politiques précises l'ayant amené à édicter une ordonnance. Cependant, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 oblige désormais le Gouvernement à joindre une étude d'impact lors du dépôt du projet de loi. Dans sa nouvelle rédaction, l'article 39 de la Constitution complété par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 dispose désormais que le Gouvernement est tenu d'indiquer les objectifs poursuivis par le projet de loi. Cette exigence est transposable aux projets de loi d'habilitation d'une ordonnance. Le Conseil constitutionnel s'est néanmoins reconnu très tôt compétent pour contrôler la constitutionnalité des circonstances qui précèdent l'édition de l'ordonnance et de sa loi d'habilitation. Le Conseil reste vigilant au fait que l'ordonnance doit rester une législation exceptionnelle qui ne saurait supplanter la législation ordinaire. Il a par exemple été admis que l'urgence²⁷ ou encore l'encombrement de l'ordre du jour²⁸ sont au nombre des justifications d'une ordonnance. Les demandes d'habilitation ne peuvent reposer sur des motivations trop générales et imprécises, ce qui va dans le sens d'une meilleure protection des prérogatives du Parlement.

Le contrôle de la légalité externe et de la légalité interne des lois d'habilitation repose donc sur de nombreux éléments, mais paradoxalement, un tel contrôle n'engendre qu'un faible nombre de censures. Cela peut s'expliquer en raison des normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel. Dans le huitième considérant de la décision *Sofiane A.*, le Conseil

²² Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, cons. 17.

²³ Décision n° 86-207 DC du 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 13.

²⁴ Décision n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, précitée, cons. 12 ; décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, précitée, cons. 10 ; décision n° 2009-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, cons. 18.

²⁵ La première censure résulte de la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, cons. 13 et 14. Depuis cette période, seules deux autres lois d'habilitation ont été censurées : décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, *Loi relative pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, cons. 88 ; décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, cons. 48.

²⁶ Pour une censure sur ce fondement, voir décision n° 2021-817 DC, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, cons. 187.

²⁷ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, précitée, cons. 13.

²⁸ Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, cons. 5.

rappelle que « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient, ni par elles-mêmes ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, méconnaître une règle ou un principe de valeur constitutionnelle ». Le Conseil réutilise ici sa formule issue de la jurisprudence 2005-521 DC²⁹. Depuis lors, une seule loi a été déclarée contraire à la Constitution pour méconnaissance du principe d'égalité devant le suffrage³⁰. Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel demeure donc relativement réduit et la nouvelle compétence octroyée par la jurisprudence *Sofiane A.* ne devrait pas accroître la censure des lois d'habilitation.

2. L'admission du contrôle *a posteriori*

Jusqu'à la décision *Sofiane A.*, le Conseil constitutionnel n'avait jamais été amené à contrôler la constitutionnalité d'une loi d'habilitation dans le cadre du contrôle *a posteriori*. La raison s'explique par l'absence de renvoi d'une QPC par l'une des deux cours suprêmes. Non seulement les requérants soulevaient rarement la constitutionnalité d'une loi d'habilitation, mais le Conseil d'État et la Cour de cassation estimaient que les conditions de renvoi fixées par l'article 61-1 de la Constitution n'étaient pas satisfaites. Le Conseil constitutionnel n'avait donc pas eu l'occasion de se prononcer sur son éventuelle compétence à connaître de la constitutionnalité d'une loi d'habilitation. Le renvoi de la QPC par la Cour de cassation dans l'affaire *Sofiane A.* donne ainsi au Conseil constitutionnel l'occasion de préciser l'étendue de sa compétence.

Les juridictions ordinaires ont ponctuellement été saisies d'une QPC portant sur une loi d'habilitation mais, jusqu'alors, la Cour de cassation et le Conseil d'État avaient refusé tout renvoi. Le refus du Conseil d'État a longtemps pu s'expliquer par la théorie de « l'écran législatif » constitutionnel. Dans l'hypothèse où une loi d'habilitation viendrait s'intercaler entre l'ordonnance et la norme constitutionnelle, le Conseil d'État pouvait légitimement justifier son incompétence³¹. Avec l'introduction de la QPC par la révision du 23 juillet 2008, l'article 61-1 de la Constitution permet au Conseil d'État de contrôler les conditions de renvoi d'une loi d'habilitation. On a alors assisté à une levée partielle de « l'écran législatif » constitutionnel. Néanmoins, à l'occasion du filtre exercé par le Conseil d'État, aucune loi d'habilitation n'avait satisfait aux conditions de renvoi fixées par la Constitution. Au terme d'une jurisprudence constante, le Conseil d'État a régulièrement refusé de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel lorsque cette dernière portait sur une loi d'habilitation. Dans une décision du 23 janvier 2015³², le Conseil d'État a justifié les raisons de ce refus. Dans cette affaire, le requérant avait fondé sa demande sur les articles 38 et 62 de la Constitution. Or, ces dispositions sont manifestement étrangères aux dispositions de l'article 61-1 qui disposent que

²⁹ Décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cons. 11.

³⁰ Décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, précitée, cons. 22. Pour une application récente, voir décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, cons. 29.

³¹ CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres*, n° 269814.

³² CE, 23 janvier 2015, *M. A...*, n° 380339 : « Considérant toutefois que les dispositions législatives contestées se bornent à délimiter le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution pour prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

la QPC ne peut être formée qu'à l'encontre des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Le refus du renvoi était sur ce point parfaitement justifié. Dans le même sens, la méconnaissance de la procédure législative³³ par une loi d'habilitation ne figure pas non plus parmi les griefs susceptibles de faire l'objet d'un renvoi. Le refus du Conseil d'État de renvoyer au Conseil constitutionnel s'expliquait donc d'abord par l'irrecevabilité des moyens présentés devant lui. Le Conseil estimait ensuite que la question ne présentait pas un caractère « nouveau » et était « dépourvue de caractère sérieux ». Cette position s'explique par les dispositions de la loi d'habilitation. Le Conseil d'État déclare à ce propos que les « dispositions législatives (...) se bornent à délimiter le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement (...) pour prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Pour le Conseil d'État, c'est donc la nature même des dispositions de la loi d'habilitation qui fait obstacle à son renvoi. Mais la Cour de cassation ne va pas accepter ce raisonnement et son refus est à l'origine de la décision *Sofiane A.*

Dans un arrêt rendu le 26 mai 2021, estimant que les conditions fixées par l'article 61-1 étaient satisfaites, la chambre criminelle de la Cour de cassation a accepté de renvoyer la loi d'habilitation par QPC au Conseil constitutionnel. Le requérant avait déféré la loi d'habilitation ayant permis l'édiction par ordonnance de l'article 11 I 2°) de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 relative à l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de Covid-19³⁴. Les magistrats judiciaires ont estimé que la question posée présentait « un caractère sérieux, au regard de l'article 66 de la Constitution, en ce que la disposition critiquée pourrait ne pas préciser suffisamment les modalités de l'intervention du juge judiciaire lors de l'allongement des délais de détention »³⁵. La Cour de cassation a en conséquence autorisé le renvoi au Conseil constitutionnel. Plus récemment, la chambre criminelle a accepté de renvoyer la loi d'habilitation ayant permis l'édiction de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale³⁶. Cet article permet au juge des libertés et de la détention d'imposer le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle sans l'accord de la personne concernée. Les requérants ont fondé leur requête sur la violation des droits de la défense et du droit à un recours effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Cette décision a encouragé le Conseil d'État à revoir sa position.

Avec la décision *Sofiane A.*, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser l'étendue de sa compétence dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Ce contrôle s'avère bien plus limité que dans le contrôle *a priori*. Le Conseil constitutionnel déclare dans son neuvième considérant qu'il ne peut être saisi que des « griefs tirés de ce que les dispositions d'une loi d'habilitation portent atteinte, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent

³³ CE, 30 janvier 2019, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres*, n° 408258.

³⁴ « Les dispositions contestées habilitaient le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, des mesures adaptant les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 pour permettre, d'une part, l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et, d'autre part, la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat ». in Communiqué de presse, décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, précitée.

³⁵ Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910, *Bull.*

³⁶ Crim., 2 mars 2021, n° 21-90.001, *Bull.*

nécessairement, aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Le contrôle de constitutionnalité se limite donc aux moyens de la légalité interne et au sein de celle-ci, aux seuls motifs de droit susceptibles de méconnaître « les droits et libertés que la Constitution garantit ». Les vices de légalité externe tels que la compétence et les exigences constitutionnelles procédurales ne sont donc pas invocables dans le contrôle *a posteriori* alors qu'ils le sont dans le contrôle *a priori*. Par ailleurs, les finalités de l'ordonnance et les matières dans lesquelles cette dernière intervient sont autant de moyens de légalité interne irrecevables dans un contrôle *a posteriori*, alors qu'ils sont recevables dans un contrôle *a priori*. En opérant une distinction au sein de la recevabilité des moyens contentieux, la décision *Sofiane A.* crée un véritable dualisme juridique dans le contrôle de constitutionnalité des lois d'habilitation des ordonnances.

De l'aveu même du Conseil constitutionnel, le contrôle *a posteriori* des lois d'habilitation « aura sans doute vocation, en pratique, à ne jouer que rarement »³⁷. La rareté de ce contentieux s'explique à la fois par le faible intérêt qu'ont les requérants à attaquer la loi d'habilitation plutôt que l'ordonnance, mais également par la restriction des moyens pouvant être soulevés devant le Conseil. Du point de vue des lois d'habilitation, cette décision constitue un revirement timoré qui ne devrait pas à terme ouvrir davantage les portes du prétoire de la rue Montpensier. C'est davantage dans le contrôle des dispositions de l'ordonnance que la décision *Sofiane A.* va constituer à plus d'un égard un revirement notable.

B. L'expansion du contentieux constitutionnel sur les dispositions des ordonnances

L'importance de la décision *Sofiane A.* réside moins dans le contentieux de la loi d'habilitation, acte détachable de l'ordonnance, que dans le contrôle de celle-ci à proprement parler. Suivant une jurisprudence constante, il a été admis que le Conseil constitutionnel exercerait sa compétence sur les ordonnances non ratifiées, quelle que soit la nature du contrôle (1). Ainsi, le Conseil s'est octroyé une nouvelle compétence en contrôlant les ordonnances non ratifiées (2). Cette compétence s'exerce néanmoins dans des conditions strictes.

1. La continuité du contrôle des ordonnances ratifiées

La décision *Sofiane A.* maintient la compétence du Conseil constitutionnel dans le contentieux *a priori* et *a posteriori* des ordonnances ratifiées. Cette compétence, non disputée par le Conseil d'État, s'explique par un consensus juridique et juridictionnel sur la nature de l'ordonnance ratifiée. Lorsqu'une ordonnance est ratifiée par le Parlement, elle acquiert valeur législative. Si l'ordonnance ratifiée change radicalement de nature, il convient cependant de préciser l'étendue de la nouvelle valeur juridique qu'elle acquiert.

³⁷ Commentaire de la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, précitée, p. 24.

Dans un premier temps, les dispositions de l'ordonnance ratifiée qui ont un contenu législatif redeviennent des dispositions législatives « à titre définitif »³⁸, tandis que celles qui ont un contenu réglementaire sont, pour ainsi dire, des dispositions législatives « à titre précaire »³⁹, car elles demeurent à tous moments susceptibles de délégalisation sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Il est donc difficile d'affirmer que l'ensemble des dispositions de l'ordonnance acquiert une valeur législative. Seules sont concernées les dispositions qui interviennent dans le domaine législatif et pour lesquelles le Parlement avait consenti à l'habilitation. En effet, les dispositions réglementaires de l'ordonnance finissent par acquérir une valeur législative, mais elles continuent de relever de la compétence du pouvoir réglementaire, qui peut faire appel au Conseil constitutionnel pour leur modification. Du point de vue de la hiérarchie des normes, les ordonnances ratifiées ont toujours eu une place établie, à savoir au-dessus de l'acte administratif et au même rang que la loi.

Dans un second temps, l'acquisition de cette valeur législative intervient rétroactivement à compter de la publication de l'ordonnance. La décision *Sofiane A.* rappelle dans son onzième considérant qu'une ordonnance non ratifiée acquiert « valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur ». La ratification expresse du législateur est la seule à même de conférer « une pleine valeur législative *ab initio* »⁴⁰ aux ordonnances, la révision du 23 juillet 2008 ayant mis fin aux ratifications implicites. Cette intervention du législateur rend sans objet les recours pour excès de pouvoir formés contre l'ordonnance désormais ratifiée en attente de jugement devant la juridiction administrative⁴¹. Le juge administratif est contraint de prononcer un non-lieu à statuer.

Dans un troisième et dernier temps, la ratification parlementaire ne constitue pas une obligation constitutionnelle. Dans le silence de l'article 38 de la Constitution, la ratification constitue une opération nécessaire à l'obtention de la valeur législative définitive pour certaines dispositions de l'ordonnance, mais non une condition de sa validité. Pour maintenir en vigueur l'ordonnance, le Gouvernement va déposer un projet de « non-caducité »⁴². Il appartient au Conseil constitutionnel de veiller à ce que le Gouvernement ait satisfait aux vœux du constituant en déposant un projet de ratification⁴³. L'exigence du dépôt de ce projet de loi est « purement formelle »⁴⁴ : le seul dépôt, même sans commencement d'examen, suffit à éviter la caducité du texte. Cette situation explique qu'un grand nombre d'ordonnances ne sont pas ratifiées par le Parlement. Le dépôt d'un projet de ratification maintient les ordonnances en vigueur, mais sans pour autant aboutir nécessairement à une discussion et à un vote de la part des chambres. Dans le processus d'édiction de l'ordonnance, la présence du législateur « systématique »⁴⁵ au début (loi d'habilitation), « éventuelle »⁴⁶ à la fin (loi de ratification) a contribué à renforcer le caractère réglementaire de l'ordonnance. Cette situation s'est banalisée sous la V^e République,

³⁸ G. Carcassonne, *op. cit.*, p. 193.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Commentaire de la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, précitée, p. 33.

⁴¹ CE, 23 octobre 2002, *Laboratoires Juva Santé*, n° 232945.

⁴² L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} édition, p. 891.

⁴³ Voir par exemple : décision n° 2020-810 DC, *Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*, cons. 41.

⁴⁴ B. Seiller, *Droit administratif : les sources et le juge*, tome.1, Champs université, 4^{ème} édition, 2012, p.102.

⁴⁵ *Ibid.* p. 103.

⁴⁶ *Ibid.*

si bien que les ordonnances non ratifiées sont devenues en quelque sorte des « règlements d'administration publique »⁴⁷. L'accentuation de ce phénomène peut expliquer pour partie le revirement opéré par la jurisprudence *Sofiane A.*

Le délai de ratification correspond au second délai prévu par la loi d'habilitation. Après l'expiration de ce délai, une alternative se présente : ou bien le Gouvernement a omis de déposer un projet de loi de ratification et les ordonnances prises deviennent caduques⁴⁸, ou bien il a fait ce dépôt et celles-ci demeurent en vigueur. Ce procédé préserve les droits du Parlement. Appelé à débattre, le Parlement peut refuser la ratification et les ordonnances tomberont dans la caducité. L'ordonnance frappée de caducité signifie qu'elle disparaît de l'ordonnancement juridique, qui se trouvera « rétabli dans son état antérieur »⁴⁹. Lorsque le Parlement ratifie les ordonnances, il peut lui apporter des modifications préservant ainsi une partie de la compétence qu'il avait déléguée au Gouvernement. C'est cette ratification qui confère à l'ordonnance une valeur législative.

La ratification permet aux saisissants de l'article 61 de la Constitution de contester une ordonnance en formant un contrôle *a priori* devant le Conseil constitutionnel. Jusqu'à la décision *Sofiane A.*, la ratification de l'ordonnance aboutissait à une certaine renaissance de la compétence du Conseil constitutionnel. Devant l'incompétence du Conseil d'État pour connaître du contentieux des ordonnances ratifiées⁵⁰, le Conseil constitutionnel s'est légitimement reconnu compétent pour examiner la constitutionnalité de l'ordonnance ratifiée⁵¹ ou encore de la loi de ratification⁵². Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se sont constamment accordés sur le fait que l'ordonnance ratifiée ne dispose plus d'une valeur réglementaire. Le contrôle du Conseil constitutionnel porte directement sur l'ordonnance ratifiée ou sur la loi de ratification ce qui revient indirectement à contrôler l'ordonnance au « bloc de constitutionnalité ». Par exemple, dans sa décision des 25 et 26 juin 1986⁵³, le Conseil constitutionnel a contrôlé la loi de ratification au regard des droits de la défense (considérant 23), des conventions internationales (considérant 24), de l'indépendance nationale (considérant 24), de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme (considérant 61), de l'article 72 (considérant 79) et de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 (considérant 79).

⁴⁷ L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *op. cit.*, p. 894.

⁴⁸ Le Gouvernement Jospin a été confronté à la caducité de deux ordonnances : l'ordonnance 2000-1255 du 21 décembre 2000 relative au Code de la route et l'ordonnance 2002-327 du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation sur les transports de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane. Voir sur ce fondement, CE, 17 décembre 1999, *Union hospitalière privée*, n° 208623.

⁴⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome.1, LGDJ, 15^{ème} édition, 2001, p. 669.

⁵⁰ CE, 9 mars 1951, *Guiolet* ; CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, n° 52622 ; CE, 1^{er} décembre 1997, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales (SNIASS)* n° 185200 ; CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, n° 199072 ; CE, 17 mai 2002, *Hoffer*, n° 232359.

⁵¹ Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*.

⁵² Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* et décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984, *Loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières*.

⁵³ Décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, précitée.

La ratification du Parlement permet la contestabilité de l'ordonnance en QPC⁵⁴ sous réserve que les conditions de l'article 61-1 de la Constitution soient satisfaites. Le Conseil d'État a régulièrement accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel des QPC soulevées devant lui⁵⁵. Un acte administratif pris sur le fondement d'une ordonnance ratifiée est assimilé par la haute juridiction administrative à une véritable loi ordinaire. En revanche, jusqu'à la décision *Sofiane A.*, l'absence de ratification de l'ordonnance avait pour conséquence, une impossibilité de saisir le Conseil constitutionnel d'un contrôle *a priori* ou d'un contrôle *a posteriori*. Dans le contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a justifié très tôt⁵⁶ son incompetence par le fait que l'ordonnance conservait une valeur réglementaire tant qu'elle n'avait pas reçu ratification du Parlement. Dans le contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel⁵⁷ et le Conseil d'État⁵⁸ ont déclaré dans le même sens qu'une ordonnance non ratifiée ne pouvait faire l'objet d'une QPC, faute d'être assimilée à une disposition législative. En admettant sa compétence à contrôler certaines ordonnances non ratifiées, la décision *Sofiane A.* s'analyse de ce point de vue comme un véritable revirement de jurisprudence.

2. L'élargissement conditionné du contrôle des ordonnances non ratifiées

La jurisprudence *Sofiane A.* opère un revirement de jurisprudence significatif en admettant que le Conseil constitutionnel puisse contrôler la constitutionnalité des ordonnances non ratifiées. Jusqu'alors, seul le Conseil d'État disposait d'une compétence exclusive sur celles-ci. Ce revirement a été rendu possible par un changement de perception de la nature juridique des ordonnances. Pour autant, la compétence du Conseil constitutionnel est loin d'être aussi étendue qu'elle le laisse paraître.

Le Conseil constitutionnel a admis sa compétence en recherchant dans la nature de l'ordonnance non ratifiée un moyen de fonder et de légitimer son contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel s'est longuement attardé sur le dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution. À l'expiration du délai d'habilitation, le Gouvernement ne peut plus prendre de nouvelles ordonnances puisque l'autorisation qui lui avait été accordée par le Parlement a pris fin. Cette expiration empêche également le Gouvernement de modifier ou de supprimer les dispositions législatives de l'ordonnance qu'il a édictées. La jurisprudence administrative de la V^e République a sur ce point repris celle des III^e et IV^e Républiques qui avaient déjà admis une telle solution à propos des décrets-lois⁵⁹. Le Gouvernement ne peut donc faire droit à une

⁵⁴ Décision n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*.

⁵⁵ CE, 11 mars 2011, *Benzoni*, n° 341658.

⁵⁶ Décision n° 72-73 L du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*. Dans le même sens, la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, a déclaré dans son vingt-cinquième considérant : « l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est 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 ».

⁵⁷ Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É.*

⁵⁸ CE, 11 mars 2011, *Alexandre A.*, n° 41658.

⁵⁹ CE, 26 février 1936, *Lalande* ; CE, 22 novembre 1963, *Dalmas de Polignac*, n° 57501 et 57505 ; CE, 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 279517.

demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi quand bien même celles-ci seraient illégales⁶⁰. Le Parlement retrouve ici sa pleine souveraineté. En l'absence d'intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif d'une ordonnance non ratifiée, le Conseil constitutionnel estime que celle-ci ne peut plus être qualifiée d'acte administratif. En effet, les autorités investies du pouvoir réglementaire ne peuvent plus modifier une telle ordonnance. Organiquement et matériellement, cette ordonnance non ratifiée doit en conséquence être qualifiée d'acte législatif, puisque seul le Parlement dispose du pouvoir de la modifier.

La décision *Sofiane A.* s'est inscrite dans un revirement prévisible mûri quelques années plus tôt par le Conseil constitutionnel. Dans une décision 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, le Conseil a admis implicitement sa compétence pour connaître des dispositions législatives qui avaient modifié une ordonnance non ratifiée. Le Conseil a déclaré que dès lors que « ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions de la loi, il lui revient de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution »⁶¹. L'admission explicite de la compétence du Conseil interviendra à l'occasion de la décision *Force 5*. Dans cette décision, le Conseil va fonder sa compétence sur le dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution. Après avoir constaté que le délai d'habilitation était expiré, le Conseil observe que les dispositions prétendument litigieuses de l'article L. 111-5 du Code de l'énergie nécessitent l'intervention d'une loi. Il en résulte, suivant l'interprétation du Conseil, qu'à compter de l'expiration du délai d'habilitation « ces dispositions doivent être regardées comme des dispositions législatives »⁶². Le Conseil emploie ici l'expression figurant à l'article 61-1 de la Constitution pour justifier sa compétence dans le contrôle *a posteriori*. Il réutilisera cette expression dans la jurisprudence *Sofiane A.* en qualifiant les dispositions non réglementaires de l'ordonnance non ratifiée de : « dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ». Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi que les dispositions d'une ordonnance non ratifiée sont, à compter de l'expiration du délai d'habilitation, assimilées à des « dispositions législatives » dès lors qu'elles relèvent du domaine de l'article 34. La grande subtilité rédactionnelle du Conseil réside dans l'emploi de l'expression « doit être regardé »⁶³, ce qui consacre explicitement l'assimilation à la norme législative et implicitement l'acquisition d'une valeur législative.

Le Conseil constitutionnel a justifié de plusieurs façons son revirement de jurisprudence. L'ordonnance s'apparente d'abord organiquement à une loi, dans la mesure où seule une loi d'habilitation peut consentir à son édicition. Cette autorisation du Parlement intervient par ailleurs dans le domaine législatif de l'article 34 qui appartient entre autres au Parlement. L'ordonnance non ratifiée s'apparente ensuite matériellement à une loi puisqu'à l'expiration du délai d'habilitation, seul le Parlement peut modifier les dispositions ayant une valeur législative. Le Conseil justifie enfin sa compétence par l'office de la QPC. Le contrôle *a priori* porte sur la loi, alors que le contrôle *a posteriori* porte sur les « dispositions

⁶⁰ CE, 13 juillet 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands (SNELM) et autres*, n° 396170.

⁶¹ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autres*, cons. 3.

⁶² Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, précitée, cons. 11.

⁶³ *Ibid.*

législatives ». Cette différence sémantique a permis au Conseil constitutionnel de contrôler par voie d'exception des textes qui avaient matériellement « force de loi »⁶⁴ et qui n'émanaient pas organiquement des assemblées. Un tel contrôle aurait été certainement refusé par voie d'action. Par ailleurs, le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* reposent sur des finalités différentes. Le contrôle *a priori* vise à contrôler la conformité de la loi, acte voté par le Parlement, avant la promulgation de celle-ci. Le Conseil contrôle l'ensemble des dispositions de la loi au « bloc de constitutionnalité », tout en accordant une vigilance particulière aux conditions d'élaboration législative fixées par la Constitution. Le contrôle *a posteriori* repose sur une autre logique. Ce contrôle vise à contrôler « les dispositions législatives » d'une norme déjà promulguée au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis. L'objectif du Comité Balladur était de « mieux assurer et garantir les droits des citoyens » et l'État de droit. Cette garantie devait passer préalablement par une extension des normes législatives litigieuses afin que le contrôle ne soit pas limité aux seules lois édictées par le Parlement, mais soit étendu aux autres actes ayant valeur législative. Cette garantie devait passer par une limitation des griefs soulevés par le citoyen justiciable aux seules dispositions du « droit constitutionnel substantiel » pour reprendre l'expression du Doyen Favreau. La décision *Sofiane A.* n'est donc pas qu'un simple revirement de jurisprudence relatif au contentieux des ordonnances ; elle constitue davantage un changement de perception de la valeur juridique de la loi ainsi que de l'office du Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a précisé l'étendue de sa compétence, qui semblera à l'avenir se mouvoir dans un périmètre relativement restreint. Dans un premier temps, la compétence du Conseil constitutionnel ne s'exerce que dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Cette précision tombe relativement sous le sens dans la mesure où l'ordonnance non ratifiée n'est pas considérée comme une loi au sens de l'article 61 de la Constitution. Dans un second temps, la compétence du Conseil ne s'exerce qu'à l'encontre des ordonnances non ratifiées et à l'expiration du délai d'habilitation. Le Gouvernement devra veiller à avoir déposé un projet de loi de ratification dans le délai fixé par la loi d'habilitation. Auquel cas, non seulement l'ordonnance sera caduque, mais le Conseil constitutionnel sera privé de sa compétence. En troisième lieu, la compétence du Conseil ne peut s'exercer qu'à l'encontre des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée. Une QPC à l'encontre des dispositions réglementaires sera donc vouée à l'échec⁶⁵. En quatrième et dernier lieu, l'ordonnance non ratifiée devra satisfaire les exigences fixées à l'article 61-1 de la Constitution pour faire l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel. La décision *Sofiane A.* consacre donc des conditions limitatives assez drastiques qui à l'avenir ne devraient pas encombrer le prétoire de la rue Montpensier.

La jurisprudence *Sofiane A.* s'affirme à plus d'un égard comme un véritable revirement de jurisprudence. En reconnaissant sa compétence dans le contentieux *a posteriori* des lois

⁶⁴ Cela a été le cas pour l'ordonnance royale du 27 août 1828, voir la décision n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane* ; pour une ordonnance de l'article 92 de la Constitution, voir décision n° 2019-801 QPC du 20 septembre 2019, *M. Jean-Claude F.*

⁶⁵ Décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022, *Société Getzner France*, cons. 15.

d'habilitation et des ordonnances non ratifiées, le Conseil constitutionnel a défini rigoureusement ses nouvelles compétences contentieuses. En ce qui concerne les ordonnances ratifiées, cette compétence a été réalisée « au nez et à la barbe » de la juridiction administrative qui verra néanmoins une large partie de ses compétences sauvegardées. Si la « guerre de Troie » n'a finalement pas eu lieu entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, cela n'écarte pas l'hypothèse d'une « crise juridique » de l'ordonnance dont le régime reste insuffisamment défini et plus hybride que jamais.

II. La réhabilitation de l'office juridictionnel du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances

Le contentieux des ordonnances a été construit autour de la valeur juridique de l'ordonnance et sur l'intervention décisive de la ratification législative : le Conseil d'État était initialement compétent antérieurement à la ratification et le Conseil constitutionnel postérieurement à celle-ci. Si la décision *Sofiane A.* étend la compétence du Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances, elle ne saurait néanmoins évincer celle de la juridiction administrative. Le Conseil d'État conserve une compétence significative au commencement et à l'achèvement de la procédure d'édiction de l'ordonnance (A) comme dans l'attente de sa ratification (B).

A. La compétence sauvegardée de la juridiction administrative dans le contentieux de l'édiction et de la finalisation de l'ordonnance

La jurisprudence *Sofiane A.* maintient la compétence du Conseil d'État dans le contrôle de l'ordonnance avant l'expiration du délai d'habilitation, phase durant laquelle l'ordonnance conserve un caractère administratif (1). Si le Conseil constitutionnel dispose d'une compétence établie une fois l'ordonnance ratifiée en raison de son caractère législatif, cette nature ne prive pas pour autant le juge administratif de tout contrôle (2).

1. La compétence exclusive du Conseil d'État dans le contrôle de l'ordonnance avant expiration du délai d'habilitation

La jurisprudence *Sofiane A.* se rapporte exclusivement au contentieux des ordonnances non ratifiées à l'expiration du délai d'habilitation. Le Conseil constitutionnel a maintenu la compétence du Conseil d'État dans le contrôle de la légalité des ordonnances non ratifiées avant l'expiration de ce délai. Dans cette perspective, le contrôle du juge administratif s'exerce à partir de la publication de l'ordonnance et pendant toute la durée de l'habilitation. Durant cette période, l'ordonnance conserve sa nature réglementaire et échappe au contrôle du Conseil constitutionnel.

Après le vote de la loi d'habilitation, les ordonnances sont prises en Conseil des ministres et signées par le Président de la République. Les ordonnances entrent alors immédiatement en vigueur après leur publication au *Journal officiel*. Contrairement aux lois qui sont assujetties à

la promulgation pour leur entrée en vigueur, les ordonnances doivent quant à elles être publiées. Cette différence de procédé s'explique par la nature de ces deux actes. Les lois sont soumises au régime de la promulgation tandis que les actes administratifs relèvent du régime de la publication. L'usage du terme « publication » par le constituant au second alinéa de l'article 38 de la Constitution ne laisse subsister aucun doute quant à la nature de l'ordonnance lors de son entrée en vigueur. Après sa publication, l'ordonnance est un acte administratif dont la légalité est susceptible d'être discutée devant la juridiction administrative comme tout acte administratif.

Entre le moment de leur publication et l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances sont susceptibles de recours et annulables par la juridiction administrative. Cette compétence se justifie par un contentieux ancien qui avait très tôt établi la valeur juridique des actes édictés par le pouvoir exécutif sur habilitation législative. Le constituant originaire était principalement composé de juristes du Conseil d'État ayant exercé leur fonction sous les III^e et IV^e Républiques. L'article 38 de la Constitution vient ainsi constitutionnaliser une jurisprudence établie de longue date par les magistrats administratifs sur la nature des ordonnances publiées. Depuis la jurisprudence *Chemin de fer de l'Est*⁶⁶, le juge administratif considère qu'en cas de délégation législative, l'acte accompli par l'autorité délégataire (le Gouvernement) n'a plus le même caractère que celui accompli par l'autorité délégante (le Parlement). Depuis 1907, la délégation législative se traduit par un profond changement dans la nature et dans la valeur des actes édictés par le délégataire. Les actes pris par l'autorité administrative en vertu d'une délégation législative « restent des actes administratifs »⁶⁷. Il en était ainsi pour les décrets-lois de la III^e République⁶⁸ et de la IV^e République⁶⁹. La même solution s'applique sous la V^e République⁷⁰ pour les ordonnances prises sur habilitation législative avant leur ratification. Par une application stricte du critère organique, la jurisprudence a donc très tôt admis que le caractère d'un acte ayant fait l'objet d'une délégation législative ne dépend plus de la matière dans laquelle l'autorité délégante a permis son intervention. L'acte tire donc exclusivement sa valeur juridique de l'autorité délégataire. Cet abandon du critère matériel au profit du critère organique demeure partiellement maintenu avec la jurisprudence *Sofiane A.*

De la publication des ordonnances à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances ont une valeur réglementaire, bien qu'ayant « une finalité législative »⁷¹. Les ordonnances restent et demeurent des actes élaborés par le pouvoir réglementaire. En effet, le législateur n'habilite pas le Gouvernement à prendre des dispositions de valeur législative, mais à intervenir « par des dispositions de valeur réglementaire, dans le domaine de la loi »⁷². Les ordonnances ne doivent donc pas être entendues comme une délégation même temporaire du pouvoir législatif au pouvoir exécutif, mais davantage comme un élargissement provisoire du pouvoir réglementaire. En effet, le Parlement autorise seulement le Gouvernement à déroger

⁶⁶ CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, n° 04244.

⁶⁷ G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, P. Weil, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2019, p. 517.

⁶⁸ CE, 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*.

⁶⁹ CE, 15 juillet 1954, *Société des établissements Mulsant* et CE, 16 mars 1956, *Garrigou*, n° 35663.

⁷⁰ CE, 24 novembre 1961, précité.

⁷¹ P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Sirey, 32^{ème} édition, p. 6121.

⁷² B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, 3^{ème} édition, p. 20.

momentanément à la répartition des domaines opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution. Le pouvoir législatif n'est donc pas transféré. En conséquence, l'expression selon laquelle le Gouvernement « légifère » par ordonnance doit être relativisée. Par l'édition d'actes administratifs autorisés par la loi d'habilitation, le Gouvernement « réglemente » plus qu'il ne légifère puisqu'il intervient exceptionnellement dans le domaine de la loi. Cette intervention ne suppose pas l'édition de nouvelles lois, mais d'actes administratifs dans le domaine de la loi ou du règlement. Le terme de « législation administrative »⁷³ est juridiquement préférable pour désigner les actes édictés entre le moment de la publication de l'ordonnance et la fin du délai d'habilitation.

Les ordonnances peuvent toujours être modifiées, dans les mêmes formes avant l'expiration du délai d'habilitation. Le Gouvernement peut donc librement modifier, supprimer ou édicter de nouvelles normes de droit positif. Cette intervention relève de la seule compétence du Gouvernement, que l'ordonnance intervienne dans le domaine réglementaire ou dans le domaine législatif. Durant cette période, l'ordonnance ne peut être qualifiée autrement que d'acte administratif. Le caractère administratif de l'ordonnance découle donc de la nature administrative de son auteur, même s'ils sont pris dans le domaine de la loi ou en vertu d'une habilitation de la loi. À l'instar des III^e et IV^e Républiques, le critère organique l'emporte sur le critère matériel dans la qualification des ordonnances. Durant cette période, un acte édicté par une autorité administrative est nécessairement administratif.

Dans le délai d'habilitation, les ordonnances demeurent des actes du pouvoir exécutif et doivent à ce titre être soumises au contrôle de la juridiction administrative. Acte administratif, l'ordonnance relève d'un contrôle par voie d'action devant le Conseil d'État. Alors que le contrôle juridictionnel de la loi s'exerce principalement vis-à-vis des normes constitutionnelles, le contrôle des ordonnances est quant à lui bien plus étendu. L'ordonnance doit non seulement respecter davantage de normes écrites comme les normes constitutionnelles et les normes internationales, mais également les normes législatives et notamment, la loi d'habilitation sur le fondement duquel elle a été édictée. Régulièrement, le juge administratif est amené à contrôler en plus de la constitutionnalité et de la conventionnalité de l'ordonnance, sa conformité aux dispositions de la loi d'habilitation. L'ordonnance est aussi tenue de respecter les normes non écrites de la légalité administrative comme les principes généraux du droit. Cette extension du contrôle juridictionnel de la légalité des ordonnances s'explique par leur nature administrative qui justifie un contrôle juridique plus important que celui de la loi.

La jurisprudence *Sofiane A.* maintient le monopole du juge administratif dans le contentieux des ordonnances non ratifiées avant l'expiration du délai d'habilitation. Cette compétence se justifie par un consensus juridictionnel sur la valeur juridique de l'ordonnance. Durant cette période, l'ordonnance demeure un acte administratif et échappe à la compétence du Conseil constitutionnel. Si la ratification du Parlement emporte qualification législative de l'ordonnance, elle ne prive pas pour autant le juge administratif de tout contrôle.

2. La compétence préservée du Conseil d'État dans le contrôle de l'ordonnance ratifiée

⁷³ Y. Gaudemet, « La législation administrative », *RDP*, 2006, p. 65.

Avant l'intervention de la jurisprudence *Sofiane A.*, la compétence du Conseil constitutionnel commençait là où s'arrêtait celle du Conseil d'État : lors de l'intervention de la loi de ratification votée par le Parlement. La ratification conférait valeur législative à l'ordonnance et son contentieux échappait alors à la juridiction administrative. Néanmoins, avec l'apparition de la QPC et indépendamment de la décision *Sofiane A.*, le Conseil d'État a retrouvé un rôle non négligeable dans le contentieux des ordonnances ratifiées.

À l'expiration du délai de ratification, le dépôt d'un projet de loi de ratification par le Gouvernement permet aux chambres de voter la ratification définitive de l'ordonnance lui conférant ainsi une valeur législative. Il en résulte que le juge administratif perd sa compétence au profit du Conseil constitutionnel, l'ordonnance étant dépossédée de sa valeur réglementaire. Cependant, le Conseil d'État a vu sa compétence préservée avec le contrôle de conventionnalité des ordonnances ratifiées. La jurisprudence a admis que l'ordonnance ratifiée puisse faire l'objet d'un contrôle « indirect »⁷⁴ de la part du juge administratif. Ce contrôle peut s'exercer par voie d'action. Il s'agira pour le juge de l'excès de pouvoir, de contrôler l'acte pris en application d'une ordonnance ratifiée à l'encontre d'une norme internationale. Ce contrôle est également possible par voie d'exception. Le juge administratif s'est ainsi estimé compétent pour contrôler l'acte pris en application d'une loi de ratification par rapport aux normes internationales conventionnelles comme la CEDH⁷⁵. La ratification de l'ordonnance rétablit l'écran législatif constitutionnel et avec lui l'incompétence de la juridiction administrative. Néanmoins, cette intervention du législateur est sans effet sur la compétence du juge administratif dans le contrôle de la conventionnalité des normes, l'écran législatif conventionnel ayant été levé par la jurisprudence *Nicolo*⁷⁶.

Avec l'apparition de la QPC, le juge administratif a vu sa compétence réhabilitée vis-à-vis du Conseil constitutionnel. À l'occasion du filtre opéré sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil d'État est amené à jouer un rôle majeur dans le contentieux des ordonnances ratifiées. En l'absence d'auto-saisine du Conseil constitutionnel, la compétence de ce dernier dépend du contrôle effectué par le Conseil d'État et la Cour de cassation pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La décision *Sofiane A.* n'apporte sur ce point aucun changement notable.

Avant l'intervention de la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil d'État assurait déjà avec vigilance la vérification des conditions posées par l'article 61-1 en vue de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Malgré la ratification de l'ordonnance, le Conseil d'État a régulièrement refusé de renvoyer des QPC au Conseil constitutionnel, sans pour autant remettre en cause leur assimilation à des « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1. Le Conseil d'État a justifié ce refus en raison du fait que l'ordonnance ratifiée n'était pas contestée sur le fondement d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit⁷⁷ ; qu'elle était dépourvue de

⁷⁴ B. Seiller, *op.cit.*, p. 103.

⁷⁵ CE, 8 décembre 2000, précité.

⁷⁶ CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

⁷⁷ CE, 12 juillet 2017, *Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires*, n° 402068.

caractère nouveau ou sérieux⁷⁸ ; qu'elle n'était pas applicable au litige⁷⁹ ou en raison du fait que le Conseil constitutionnel avait déjà jugé la constitutionnalité de la loi⁸⁰. Avec la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil d'État a poursuivi l'examen des conditions de renvoi de la QPC⁸¹ et a motivé ses refus pour les mêmes raisons que celles qui avaient été avancées antérieurement à cette décision.

Antérieurement à la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil d'État a régulièrement vérifié, sur le fondement de l'article 61-1 que les ordonnances ratifiées satisfaisaient les conditions constitutionnellement fixées. Plusieurs de ces ordonnances ont été renvoyées au Conseil constitutionnel⁸². Postérieurement à la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil d'État a vu sa compétence confirmée et il a régulièrement procédé au renvoi d'ordonnances ratifiées⁸³. La compétence du Conseil constitutionnel est tributaire du contrôle opéré en amont par le Conseil d'État. Il en résulte que la compétence du juge administratif demeure constante, quelle que soit la procédure d'édition de l'ordonnance. Le changement de nature de l'ordonnance pendant les différentes phases d'édition de l'ordonnance n'altère pas significativement la compétence de la juridiction administrative.

La compétence du juge administratif dans le contentieux des ordonnances a pu être perçue comme temporaire en ce sens qu'elle s'exercerait principalement pendant le délai d'habilitation et qu'une fois intervenue la ratification, sa compétence viendrait à cesser au profit du Conseil constitutionnel. Un tel jugement doit être relativisé. Indépendamment de la jurisprudence *Sofiane A.*, le Conseil d'État conserve une large part de sa compétence puisque le contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel dépend du renvoi opéré par le juge administratif. À l'expiration du délai d'habilitation de l'ordonnance et jusqu'à l'intervention de la loi de ratification, la compétence de la juridiction administrative demeure sensiblement préservée.

B. Une répartition contentieuse favorable à la juridiction administrative dans le contentieux des ordonnances non ratifiées

La décision *Sofiane A.* s'analyse comme un revirement de jurisprudence en raison de la perte par le Conseil d'État de sa compétence historique et exclusive dans le contentieux des

⁷⁸ CE, 11 mars, 2011, précité ; CE, 13 mars 2013, *M. G...I...* n° 338645 ; CE, 5 février 2014, *Société d'édition de Canal plus*, n° 373258 ; CE, 13 juillet 2016, *Mme A...B...* n° 388317 ; CE, 8 février 2017, *Fédération des entreprises de la beauté*, n° 406339 ; CE, 7 juin 2017, *Union syndicale Solidaires*, n° 405919 ; CE, 16 janvier 2018, *Union des ostéopathes animaliers*, n° 415043 ; CE, 26 juillet 2018, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bretagne*, n° 418298 ; CE, 25 octobre 2018, *Fédération nationale des orthophonistes et autres*, n° 417011 ; CE, 18 décembre 2019, *Société Parc éolien de Guern*, n° 428768.

⁷⁹ CE, 19 février 2014, *M. E...A...D...* n° 375256 et CE, 27 février 2014, *Société Brenntag SA*, n° 375767.

⁸⁰ CE, 21 décembre 2012, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, n° 353856 ; CE, 5 juillet 2013, *M. A...E...* n° 347271, CE, 9 juillet 2015, *Association Pierre Claver*, n° 389735, CE, 14 septembre 2015, *M. A...B...* n° 388766.

⁸¹ Voir par exemple : CE, 2 avril 2021, *Société Blockchain Process Security*, n° 448415 (défaut d'applicabilité de l'ordonnance ratifiée au litige).

⁸² CE, 18 juillet 2011, *Association France Nature Environnement*, n° 340551 ; CE, 17 octobre 2011, *Société Grande brasserie patrie Schutzenberger*, n° 351010 ; CE, 18 mars 2013, *Syndicat français de l'industrie cimentière*, n° 361866 ; CE, 10 juin 2013, *Société Natixis Asset Management*, n° 366880 ; CE, 29 mars 2017, *Société Edenred France*, n° 379685 ; CE, 2 octobre 2019, *Mme B...D...*, n° 432723.

⁸³ CE, 28 septembre 2020, *M. W...U...et autres*, n° 441059.

ordonnances non ratifiées (1). Néanmoins, il apparaît que la jurisprudence administrative tend à défendre le domaine de compétence réservé au Conseil d'État, provoquant ainsi un véritable dualisme juridictionnel dans le contentieux des ordonnances non ratifiées (2).

1. La perte de la compétence exclusive du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances non ratifiées à disposition législative

La jurisprudence *Sofiane A.* réalise un important revirement de jurisprudence en mettant fin à la compétence originaire et exclusive de la juridiction administrative dans le contentieux des ordonnances non ratifiées. Cette soustraction de compétence s'explique par un changement de perception quant à la nature juridique initiale de l'ordonnance non ratifiée.

La nature juridique des ordonnances varie dans le temps à la manière du « caméléon »⁸⁴. En admettant sa compétence sur les ordonnances non ratifiées⁸⁵, le juge administratif avait admis implicitement le caractère réglementaire de l'ordonnance. L'ordonnance s'analysait donc entre le vote de la loi d'habilitation et la ratification parlementaire comme un acte réglementaire émanant du Gouvernement. En mettant en avant le critère organique, le juge administratif avait indiscutablement fondé sa compétence⁸⁶. La nature juridique des ordonnances a ainsi été édifiée selon « une construction baroque »⁸⁷. Indépendamment des dispositions de l'ordonnance, l'absence de ratification a longtemps conféré à cette dernière le statut d'acte administratif. Comme toutes les décisions administratives et ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel⁸⁸ jusqu'à sa jurisprudence *Sofiane A.*, les ordonnances publiées étaient susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Aussi longtemps qu'elles n'avaient pas été ratifiées par le Parlement, les ordonnances conservaient d'un point de vue contentieux une nature réglementaire. Les ordonnances étaient matériellement soumises à un double régime juridique qui n'altérait pas la compétence contentieuse de la juridiction administrative. L'ordonnance non ratifiée contenant des dispositions relevant du domaine de la loi pouvait être assimilée juridiquement à un acte législatif, si l'on considérait qu'elle ne pouvait être modifiée ou abrogée que par une loi. L'ordonnance non ratifiée contenant des dispositions relevant du règlement pouvait être assimilée juridiquement à un acte réglementaire si l'on considérait qu'elle ne pouvait plus être modifiée ou abrogée que par un règlement. Indépendamment de la nature juridique sujette à débat de l'ordonnance non ratifiée, le juge administratif conservait une compétence contentieuse exclusive.

Très tôt⁸⁹, le Conseil d'État pouvait être saisi par voie d'action d'un recours fondé sur la non-conformité des ordonnances non ratifiées à la légalité administrative. La voie d'action permettait d'attaquer directement l'ordonnance dans le délai contentieux et d'obtenir son annulation rétroactive. Le contrôle de la légalité des ordonnances se traduisait par la grande richesse des sources utilisées par le juge administratif. En tant qu'acte administratif,

⁸⁴ J. et J.-É. Gicquel, *op. cit.*, p. 699.

⁸⁵ CE, 3 novembre 1961, *Damiani*, n° 53155.

⁸⁶ CE, 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail*, n° 06781 ; CE, 24 novembre 1961, précité.

⁸⁷ L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *op. cit.*, p. 892.

⁸⁸ Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 21.

⁸⁹ CE, 19 octobre 1962, *Canal, Robin, Godot*, n° 58502.

l'ordonnance devait respecter les exigences inhérentes à la légalité externe (compétence, forme, procédure) et à la légalité interne. Sur ce dernier point, le juge administratif veillait tout particulièrement à ce que l'ordonnance respecte les termes de la loi d'habilitation⁹⁰ et que les mesures prises par ordonnance soient proportionnées à l'objectif poursuivi et définies par cette loi⁹¹. Le contrôle s'exerçait principalement par la confrontation de l'ordonnance non ratifiée aux textes législatifs de droit positif⁹². Ce contrôle par voie d'action a été étendu aux normes internationales⁹³ ainsi qu'aux normes constitutionnelles⁹⁴. Le Conseil d'État contrôlait également la conformité de l'ordonnance non ratifiée aux principes généraux du droit. Les modalités de la ratification étaient sans effet sur la compétence du juge administratif⁹⁵. Le contrôle du juge administratif pouvait également intervenir par voie d'exception⁹⁶. Le requérant pouvait alors attaquer une mesure d'application prise ultérieurement sur le fondement d'une ordonnance non ratifiée. L'annulation de l'acte d'application permettait de révéler l'illégalité de l'ordonnance elle-même et d'obtenir à terme sa disparition de l'ordre juridique.

La jurisprudence *Sofiane A.* permet au Conseil constitutionnel d'intervenir dans le contentieux des ordonnances non ratifiées et met ainsi fin à l'exclusivité contentieuse de la juridiction administrative. Pour autant, la compétence du Conseil constitutionnel n'a pas eu pour effet de mettre fin à la compétence du Conseil d'État à l'encontre de nombreuses ordonnances non ratifiées.

2. La préservation accrue de la compétence du Conseil d'État dans le contentieux des ordonnances non ratifiées

La jurisprudence *Sofiane A.* permet dorénavant au Conseil constitutionnel de connaître, à l'occasion du contrôle *a posteriori*, du contentieux des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée renvoyée par l'une des deux cours suprêmes. Néanmoins, la compétence du Conseil constitutionnel ne peut s'exercer que dans le respect des conditions fixées par l'article 61-1 de la Constitution. Ces conditions demeurent à l'entière appréciation des juridictions administratives et des juridictions judiciaires. Cette exigence constitutionnelle sanctuarise la compétence du juge administratif dans le contentieux des ordonnances non ratifiées.

La compétence du Conseil constitutionnel ne s'exerce qu'à l'encontre des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée. Le Conseil a justifié sa compétence en raison de l'assimilation de ces dispositions à de véritables dispositions législatives puisqu'aux termes du

⁹⁰ CE, 13 juillet 2006, *Association France Nature Environnement*, n° 286711.

⁹¹ CE, 26 novembre 2001, *Association liberté, information, santé*, n° 222741.

⁹² CE, 1^{er} décembre 1997, *Union des professions de santé libérales, SOS Action Santé*.

⁹³ CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, n°s 179049, 179050, 179054 et CE, 19 octobre 2005, *Confédération Générale du Travail*, n° 283471, (traité de Rome).

⁹⁴ CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale de syndicat de police*, n° 52262 ; CE, 1^{er} décembre 1997, *CPAM de la Sarthe*, n° 176352 et CE 12 juin 1998, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 183528.

⁹⁵ CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de courses des hippodromes de province*, 1996, n° 177162 (égalité devant les charges publiques).

⁹⁶ CE, 7 décembre 1990 *Territoire de Nouvelle-Calédonie*, n° 55362 et CE, 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, n° 188004 ; CE, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux*, n°s 202605 et 203623.

second alinéa de l'article 38 de la Constitution, seul le Parlement est habilité à les modifier. Il en résulte que les dispositions réglementaires d'une ordonnance non ratifiée ne peuvent faire l'objet d'une QPC⁹⁷. Le critère organique est à nouveau utilisé au soutien du critère matériel. Dans la mesure où les dispositions d'une ordonnance relèvent du règlement, seul le pouvoir réglementaire est compétent pour les modifier par décret en Conseil d'État. Au terme d'une jurisprudence constante, le Conseil d'État s'est déclaré compétent pour connaître des dispositions réglementaires d'une ordonnance non ratifiée⁹⁸, une compétence que la décision *Sofiane A.* ne remet pas en cause. L'expiration du délai d'habilitation ne prive donc pas le pouvoir exécutif de continuer à exercer son pouvoir réglementaire à l'encontre des dispositions non législatives d'une ordonnance non ratifiée. La ratification de l'ordonnance par le Parlement permettra encore au Gouvernement de modifier les dispositions réglementaires d'une ordonnance en utilisant la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Cette possibilité avait déjà été admise à propos des décrets-lois⁹⁹. Une QPC n'étant possible qu'à l'encontre d'une disposition législative, le Conseil d'État n'est pas tenu de renvoyer au Conseil constitutionnel les dispositions réglementaires¹⁰⁰ qui viendraient côtoyer les dispositions législatives d'une ordonnance. La compétence de la juridiction administrative à vérifier les conditions de renvoi de la QPC fixées par l'article 61-1 contribue parallèlement à sauvegarder sa compétence face au Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances non ratifiées. Il appartient donc à la juridiction administrative d'apprécier minutieusement les dispositions contestées devant lui. Seules les dispositions législatives de l'ordonnance non ratifiée pourront éventuellement faire l'objet d'une QPC, les dispositions non législatives seront automatiquement écartées du renvoi. La décision *Sofiane A.* ne remet donc pas en cause la compétence du juge administratif relativement aux ordonnances contenant des dispositions réglementaires.

Pour faire l'objet d'un contrôle devant le Conseil constitutionnel, les dispositions législatives de l'ordonnance non ratifiée doivent satisfaire les conditions de l'article 61-1. Dans l'hypothèse où ces conditions sont remplies, les juridictions administratives¹⁰¹ ou judiciaires¹⁰², saisies par voie d'action ou par voie d'exception, doivent renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Depuis la décision *Sofiane A.*, le Conseil d'État a régulièrement refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel des QPC formées devant lui à l'encontre des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée. Selon l'interprétation souveraine du Conseil d'État, les conditions cumulatives de l'article 61-1 n'étaient régulièrement pas satisfaites. Après l'intervention de la décision *Force 5*, le Conseil d'État a admis que les ordonnances non ratifiées puissent faire l'objet d'une QPC, mais sous réserve que les conditions cumulatives prévues par le constituant soient remplies. Le Conseil d'État a par exemple récemment refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une ordonnance non applicable au litige en cours¹⁰³. Dans le même

⁹⁷ CE, 21 décembre 2020, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 441399.

⁹⁸ CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du sud-est*, n° 236571.

⁹⁹ CE, 25 novembre 1938, *Chambre de commerce de Pointe à Pitre et de Basse-Terre*.

¹⁰⁰ CE, 21 décembre 2020, *Syndicat de la juridiction administrative*, précité et CE, 2 avril 2021, *Syndicat des avocats de France*, n° 447960.

¹⁰¹ CE, 28 septembre 2020, *Tutugoro et autres*, n° 441099.

¹⁰² Civ. 2^e, 24 septembre 2020, n° 20-40.056 ; Crim., 13 octobre 2020, n° 20-84.360.

¹⁰³ CE, 11 juin 2020, *M. H... B.*, n° 437851.

sens, dans une jurisprudence *Fédération CFDT des Finances et autres*¹⁰⁴, la haute juridiction administrative a justifié le refus du renvoi de la QPC par l'absence du caractère sérieux de la question posée par les requérants. Cette jurisprudence va permettre au Conseil d'État de préciser l'étendue de sa nouvelle compétence face à celle du Conseil constitutionnel depuis la décision *Sofiane A.*

À certains égards, la décision *Sofiane A.* malmène la compétence du Conseil d'État dans la mesure où il est tenu de renvoyer au Conseil constitutionnel les dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée, si les conditions de l'article 61-1 sont satisfaites. Dans le même sens, si une QPC est présentée devant lui, le juge administratif doit examiner par priorité les griefs de constitutionnalité formulés à l'encontre de l'ordonnance non ratifiée. La QPC conserve ainsi son caractère prioritaire sur l'ensemble des griefs de la légalité administrative. Dans l'hypothèse où le requérant invoquerait d'autres moyens à l'encontre des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée (engagements internationaux, violation des dispositions de la loi d'habilitation...), la juridiction administrative doit se prononcer en priorité sur la question constitutionnelle. Par ailleurs, à l'expiration du délai d'habilitation, la contestation des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée au regard des droits et libertés que la Constitution garantit n'est possible que par l'intermédiaire d'une QPC. S'il appartient au Conseil d'État de vérifier les conditions de renvoi de la QPC, la décision *Sofiane A.* prive néanmoins la juridiction administrative de contrôler la légalité de l'ordonnance sur un autre fondement.

La décision *Sofiane A.* ne prive pour autant pas le Conseil d'État de tout contrôle sur les dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée. Dans l'hypothèse où le requérant ne souleverait pas de QPC, mais invoquerait d'autres motifs à l'encontre de l'ordonnance, cette dernière continuerait de relever du Conseil d'État. Si le requérant invoquait comme moyen un problème de conventionnalité, une incompatibilité de l'ordonnance avec la loi d'habilitation ou à un principe général du droit, l'ordonnance non ratifiée contenant des dispositions législatives continuerait à relever par voie d'action du Conseil d'État¹⁰⁵. Dans le même sens, le recours demeure ouvert par voie d'exception devant l'ensemble des juridictions administratives et devant les juridictions judiciaires dans les cas visés par la jurisprudence *SCEA du Chêneau*¹⁰⁶. Devant le juge ordinaire, le requérant peut invoquer la violation des droits et libertés consacrés dans d'autres normes que le « bloc de constitutionnalité », à l'instar de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰⁷. La compétence du Conseil d'État acquise depuis la jurisprudence *Chemin de fer de l'Est* demeure donc sur ce point parfaitement préservée. Il en va de même si le requérant invoquait devant le Conseil d'État un grief constitutionnel étranger aux droits et libertés que la Constitution garantit. À défaut de précision quant aux griefs dont le juge administratif est saisi, il lui appartient de se prononcer « au regard des normes de référence le plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de la

¹⁰⁴ CE, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des Finances et autres*, n° 440258. Voir aussi, CE, 7 octobre 2020, *M. B... A...*, n° 441747.

¹⁰⁵ CE, 1^{er} juillet 2020, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n° 419132.

¹⁰⁶ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau et autres*, C 3828.

¹⁰⁷ CE, 5 mars 2021, *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et Beshoret*, n° 440037.

présentation »¹⁰⁸. Le Conseil d'État peut donc se prononcer sur les conditions de renvoi de la QPC, mais il ne s'agit aucunement d'un impératif. De plus, le caractère prioritaire de la question constitutionnelle est écarté dans une hypothèse bien particulière. Saisi d'une QPC à l'encontre des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée, le Conseil d'État est en droit de ne pas se prononcer sur les conditions de renvoi et d'annuler directement l'ordonnance. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'ordonnance serait illégale pour d'autres motifs que la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution ou les engagements internationaux et dans laquelle l'intérêt d'une « bonne administration de la justice »¹⁰⁹ commanderait au juge d'en prononcer directement l'annulation. À ce jour, le Conseil d'État n'a pas eu à connaître de cette hypothèse, mais rien ne semble l'exclure.

La compétence de la juridiction administrative demeure manifestement préservée dans le contentieux des dispositions législatives des ordonnances non ratifiées. Le Conseil d'État conserve sa compétence exclusive sur les dispositions réglementaires d'une ordonnance non ratifiée et exerce un contrôle continu sur les ordonnances contenant des dispositions législatives. La compétence du Conseil constitutionnel ne repose en réalité que sur la nature des dispositions de l'ordonnance et les griefs soulevés. La jurisprudence *Sofiane A.* réalise donc une extension notable du contentieux constitutionnel sur les ordonnances non ratifiées, mais sans pour autant mettre fin au contentieux administratif de celles-ci. Cette dualité juridictionnelle dans la résolution des litiges relatifs aux ordonnances non ratifiées maintient un dualisme latent dans la nature juridique des ordonnances : « acte semi-administratif/semi-législatif ».

Pour conclure, le contentieux des ordonnances se décante. Le caractère hybride de tels actes émanant du pouvoir exécutif et intervenant dans le domaine de la loi ou du règlement sur habilitation parlementaire a conduit nécessairement le juge à adapter son contrôle. Antérieurement à la jurisprudence *Sofiane A.*, la dualité juridique et juridictionnelle du régime des ordonnances avait été construite en tenant compte de la ratification parlementaire. Seule l'intervention définitive du Parlement permettait à l'ordonnance de recevoir l'« onction législative » et ainsi de faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Construit sur plus d'un siècle, ce régime juridique mettait l'accent sur le critère organique, indépendamment de la compétence du législateur pour modifier les dispositions législatives de l'ordonnance non ratifiée. La jurisprudence *Sofiane A.* a eu incontestablement le mérite de proposer une approche plus pragmatique de l'ordonnance en tenant compte de l'incompétence du pouvoir réglementaire après l'expiration du délai d'habilitation pour modifier les dispositions non réglementaires de l'ordonnance. Le Conseil constitutionnel accorde désormais une importance prioritaire au critère matériel sans pour autant négliger le critère organique. Cette jurisprudence étend manifestement la compétence du Conseil constitutionnel au détriment du Conseil d'État. Pour autant, il serait erroné d'en déduire que la juridiction administrative a perdu une large part de sa compétence dans le contentieux des ordonnances non ratifiées. En outre, la jurisprudence *Sofiane A.* introduit une forte complexité dans le contentieux des

¹⁰⁸ CE, 16 décembre 2020, précité.

¹⁰⁹ *Ibid.*

ordonnances puisque le dualisme juridique et juridictionnel s'étend désormais aux ordonnances non ratifiées. La « coexistence pacifique » de la compétence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel tient à l'incertitude de la détermination juridique exacte de l'ordonnance et empêche toute monopolisation du contentieux par l'une ou l'autre des juridictions. À l'image de la « chauve-souris »¹¹⁰ dans *les Fables* de La Fontaine, l'ordonnance démontre la faiblesse du juge à catégoriser avec exactitude et réalisme certains actes de droit positif. Aussi vrai que la chauve-souris est oiseau du fait qu'elle possède des ailes, l'ordonnance demeure un acte administratif tant il est vrai qu'elle émane du pouvoir exécutif. Derrière les apparences, la chauve-souris est un mammifère autant que l'ordonnance est une loi, en ce sens qu'elle peut contenir des dispositions relevant du domaine législatif et que la compétence du pouvoir réglementaire n'est pas illimitée.

Jean de Saint Sernin

¹¹⁰ Jean de La Fontaine, « La Chauve-souris et les Deux Belettes », 5^{ème} fable, Livre II, *Les Fables de La Fontaine*, 1668.

Tableaux de synthèse

	Avant l'expiration du délai imparti pour le dépôt de la loi de ratification	
	Entre la publication de l'ordonnance et avant l'expiration du délai de délégation	Entre la publication de l'ordonnance et après l'expiration du délai de délégation
Compétence	Gouvernement	Gouvernement (si l'ordonnance intervient dans le domaine réglementaire ¹¹¹) ; Parlement (si l'ordonnance intervient dans le domaine législatif ¹¹²)
Nature	Acte administratif	Acte administratif si l'ordonnance intervient dans le domaine réglementaire ; assimilée à un acte législatif si l'ordonnance intervient dans le domaine législatif
Contentieux	Conseil d'État ¹¹³	Conseil d'État ¹¹⁴ ou Conseil constitutionnel ¹¹⁵
Validité	Ordonnance pérenne	Ordonnance pérenne

¹¹¹ CE, 30 juin, 2003 *Fédération nationale ovine du Sud-Est*, n° 236571.

¹¹² CE, 11 décembre, 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 279517 et CE, 13 juillet 2016, *Syndicat national des entreprises de loisirs marchands*, n° 396170.

¹¹³ CE, 5 mai 2006, *Schmitt*, n° 233852.

¹¹⁴ CE, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des Finances et autres*, n° 440258.

¹¹⁵ Initialement, les ordonnances non ratifiées ne pouvaient faire l'objet d'une QPC ; CE, 11 mars, 2011, *Benzoni*, n° 41658. Désormais, après expiration du délai d'habilitation, les ordonnances non ratifiées peuvent être contrôlées par le Conseil constitutionnel. La compétence du Conseil constitutionnel se limite aux ordonnances intervenues dans le domaine de la loi et si les conditions formelles et matérielles de la QPC sont satisfaites (notamment l'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés) : CC n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5* ; CC n° 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020, *Sofiane A.*

	Après l'expiration du délai imparti pour le dépôt du projet de loi de ratification			
	Le Gouvernement n'a pas déposé de projet de ratification	Le Gouvernement a déposé le projet de ratification, mais celui-ci a été rejeté par le Parlement	Le Gouvernement a déposé le projet de ratification et celui-ci a été ratifié expressément par le Parlement	Le Gouvernement a déposé le projet de ratification et celui-ci est dans l'attente d'une ratification expresse par le Parlement
Compétence	/	/	Parlement (si l'ordonnance intervient dans le domaine législatif) ; Gouvernement (si l'ordonnance intervient dans le domaine réglementaire) ¹¹⁶	Parlement (si l'ordonnance intervient dans le domaine législatif) ; Gouvernement (si l'ordonnance intervient dans le domaine réglementaire)
Nature	/	/	Acte législatif définitif pour les ordonnances relevant du domaine législatif ; acte législatif précaire pour les ordonnances relevant du domaine réglementaire	Acte législatif pour les ordonnances relevant du domaine législatif ; acte administratif pour les ordonnances relevant du domaine réglementaire
Contentieux	/	/	Conseil constitutionnel ¹¹⁷ ou Conseil d'État ¹¹⁸	Conseil constitutionnel ou Conseil d'État ¹¹⁹
Validité	Ordonnance caduque ¹²⁰	Ordonnance caduque	Ordonnance pérenne	Ordonnance pérenne

¹¹⁶ Art. 37 alinéa 2 de la Constitution.

¹¹⁷ Sur l'incompétence du juge administratif pour connaître de la constitutionnalité d'une ordonnance ratifiée : CE, 1^{er} décembre 1997, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, n° 185200 ; CE, 23 octobre 2002, *Société Laboratoires Juva Santé*, n° 232945 ; CE, 13 juin, 2018, *Conseil national de l'ordre des infirmiers* n° 408325.

¹¹⁸ Un contrôle de conventionnalité de l'ordonnance ratifiée demeure possible devant le juge administratif : CE, 8 décembre, 2000, *Hoffer*, n° 199072.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ CE, 2 avril, 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, n° 246748.