



HAL
open science

Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert

Valentin Lamy

► **To cite this version:**

Valentin Lamy. Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert. *Actualité juridique Droit administratif*, 2020, 39, pp.2266. hal-04156150

HAL Id: hal-04156150

<https://hal.science/hal-04156150>

Submitted on 7 Jul 2023

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.

Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert

Valentin Lamy, Docteur en droit, qualifié aux fonctions de maître de conférences

« Les ordonnances sont des actes administratifs de même nature que les décrets et comme eux elles sont une concrétisation de l'exercice, dans des conditions particulières, du pouvoir réglementaire général » (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 666). A cette affirmation, il convient aujourd'hui d'ajouter l'un de ces « et en même temps » dont l'époque raffole car oui, il s'agit désormais de dire que les ordonnances sont des actes administratifs... et en même temps des dispositions législatives. Qui aurait cru que l'on eût pu écrire cela dans une revue telle que l'AJDA ? Sans doute pas René Chapus. Pourtant, c'est à cette seule conclusion qu'invitent les jurisprudences combinées du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel de ces derniers mois.

Revue d'effectifs. Tout commence par une décision largement commentée du 28 mai 2020, par laquelle le Conseil constitutionnel considérait que les dispositions d'une ordonnance non ratifiée étaient des « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1 de la Constitution à la double condition qu'elles soient du domaine de la loi et que le délai d'habilitation soit arrivé à échéance, pouvant de ce fait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC ; Cons. const. 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC [📄](#), *Association Force 5*, AJDA 2020. 1087 [📄](#) ; D. 2020. 1390, et les obs. [📄](#), note T. Perroud [📄](#)). Les ordonnances sont donc des dispositions législatives ? Non ! Répond le Conseil d'Etat quelques jours plus tard en la forme d'un *obiter dictum* (J. Padovani, Régime des ordonnances de l'articles 38 de la Constitution : une première réponse du Conseil d'Etat, JCP 2020. 1210) : quand bien même le délai d'habilitation est échu, les « dispositions [de l'ordonnance] n'ont pas été ratifiées. Les requérants ne peuvent par suite exciper de leur inconstitutionnalité dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité » (CE 11 juin 2020, n° 437851 [📄](#)). De telles ordonnances sont alors des actes réglementaires ? Oui ! Affirme encore le Conseil d'Etat dans sa décision du 1^{er} juillet ici commentée en acceptant de statuer en excès de pouvoir sur une ordonnance non ratifiée, délai d'habilitation passé. Et en même temps..., finit-il par concéder le 28 septembre après que le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position (Cons. const. 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC [📄](#), AJDA 2020. 1384 [📄](#)), « la circonstance que l'ordonnance [...] n'ait pas encore été ratifiée ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre d'un recours dirigé contre un décret pris pour son application, la question de la conformité des dispositions en cause aux droits et libertés garantis par la Constitution soit transmise au Conseil constitutionnel » (CE 28 sept. 2020, n° 441059, Lebon [📄](#) ; AJDA 2020. 1826 [📄](#)). Voilà donc qu'émerge la notion de « décision législative » !

Un rappel des éléments de la problématique s'avère ici nécessaire avant de préciser les contours de notre affaire, qui illustrent bien les nombreuses difficultés qui pourraient découler de cette étrange nouveauté. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution sont, par-delà même la question de leur légitimité démocratique, sujettes à d'inépuisables controverses tant la question de leur valeur n'est pas expressément réglée par un texte constitutionnel qui fait montre d'« approximations » (J. Boudon, *Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, AJDA 2019. 1492 [📄](#)). Or, cette question, même si elle ne coïncide pas pleinement avec celle de la compétence juridictionnelle, y apporte de sérieux éléments de réponse. Jusqu'au 28 mai dernier, il était constant que « l'ordonnance non ratifiée [était] soumise au régime contentieux des actes réglementaires » (B. Genevois,

L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque, RFDA 2018. 755⁽¹⁾, nonobstant l'échéance du délai d'habilitation (CE, sect., 3 nov. 1961, *Damiani*, Lebon 607 et CE, ass., 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Lebon 658). Cette position, héritée de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux règlements d'administration publique (6 déc. 1907, n° 04244, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Lebon⁽²⁾ 914) et décrets-lois (CE, ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, Lebon 619), avait d'ailleurs été reprise à son compte par le Conseil constitutionnel (10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC). Seule la ratification par le Parlement avait pour conséquence de conférer rétroactivement valeur législative à l'ordonnance (CE 8 déc. 2000, n° 199072, *Hoffer*, Lebon⁽³⁾ 584 ; AJDA 2000. 1065⁽⁴⁾ ; et 985, chron. M. Guyomar et P. Collin⁽⁵⁾ ; RFDA 2001. 454, concl. Ch. Maugué⁽⁶⁾) - fermant ainsi définitivement le prétoire du juge administratif pour les dispositions relevant du domaine de la loi. Et pour cause, seul le Parlement « vote la loi », conformément à l'article 24 de la Constitution.

A l'évidence, avant la révision constitutionnelle de 2008, la conjonction de la jurisprudence sur la ratification implicite (CE 10 juill. 1972, n° 77961, *Compagnie Air Inter*, Lebon⁽⁷⁾ 587) et de l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi empêchait largement, quoique pas totalement, la soumission des ordonnances aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Mais l'introduction de la QPC et l'exigence, ajoutée à l'alinéa 2 de l'article 38, d'une ratification expresse avaient, semble-t-il, clarifié les deux « états » des ordonnances et consécutivement la mutabilité de leur régime contentieux. Le tout en permettant que la conformité des ordonnances aux droits et libertés constitutionnellement garantis soit en permanence assurée soit devant le juge administratif pour les ordonnances non ratifiées - directement par la voie du recours pour excès de pouvoir, ou incidemment via l'exception d'illégalité -, soit devant le juge constitutionnel pour les ordonnances ratifiées, par le biais de la QPC. Peut-être que la nouvelle donne ne fait que décaler dans le temps la mue des ordonnances, en la fixant quoi qu'il arrive à l'échéance du délai d'habilitation. Mais c'est, nous semble-t-il, au prix d'une méprise sur le sens de l'article 38 de la Constitution, qu'il faut interpréter à l'aune de l'ensemble du texte constitutionnel, et de la création inutile de difficultés et de contradictions dans la cohérence de la répartition des compétences juridictionnelles qu'illustre bien cette affaire.

Les faits sont classiques en matière de contentieux des ordonnances. Rappelons-les brièvement. Dans un contexte européen tendu du fait de l'absence d'accord entre l'Union européenne et le Royaume-Uni sur le fondement de l'article 50 du traité sur l'Union européenne et face à l'hypothèse d'un *Brexit* « *n° deal* », le Parlement avait, par une loi du 19 janvier 2019, habilité le gouvernement à prendre diverses mesures préparant la sortie du Royaume-Uni de l'Union. Dès lors, le gouvernement avait notamment édicté une ordonnance du 6 février 2019 portant diverses mesures relatives à l'entrée, au séjour, aux droits sociaux et à l'activité professionnelle, applicables en cas d'absence d'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et un décret d'application du 2 avril 2019. Ce sont ces deux textes qui étaient contestés en excès de pouvoir en l'espèce. La résolution de l'affaire ne posait aucune difficulté majeure. Les deux textes ne prévoyaient expressément leur entrée en vigueur qu'à la condition que le Royaume-Uni sorte de l'Union européenne sans accord, condition qui ne s'est pas réalisée puisque l'accord a été conclu le 24 janvier 2020. Peu importe, d'ailleurs, que l'accord soit annulé par la Cour de justice devant laquelle il est contesté car cette circonstance ne remplirait pas davantage la condition d'entrée en vigueur de nos textes qui n'ont jamais affecté l'ordonnancement juridique, d'où le non-lieu à statuer prononcé par la haute juridiction. La problématique essentielle résidait en réalité dans une question de compétence. La question était de savoir si le Conseil d'Etat allait suivre le Conseil constitutionnel en estimant que l'ordonnance en cause, qui n'avait pas été ratifiée

et pour laquelle le délai d'habilitation était échu, était une disposition législative à part entière dont la légalité était insusceptible d'être discutée devant lui.

Face à « l'état instable de la jurisprudence constitutionnelle » (concl. G. Odinet, ArianeWeb), le rapporteur public s'était montré prudent en s'abstenant de répondre à la question de la valeur des ordonnances non ratifiées. Pour autant, il invitait la formation de jugement à se reconnaître compétente pour statuer en excès de pouvoir sur cette ordonnance, ce qu'elle fit à raison. Dès lors, en étant tout à la fois susceptibles d'un contrôle par le juge administratif et d'une QPC devant le juge constitutionnel, les ordonnances non ratifiées s'apparentent à un Janus normatif, à la fois loi et règlement. Etant entendu qu'« il est notable que la dénaturation d'une notion juridique soit toujours assortie des conséquences concrètes les plus graves » (C. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977. 257), l'irruption de cet être à deux têtes dans la hiérarchie des normes est source d'un chaos juridictionnel.

I - Un Janus normatif : l'ordonnance non ratifiée de l'article 38

De manière prudente, le Conseil d'Etat ne se prononce pas expressément sur la nature des ordonnances non ratifiées de l'article 38. Il faut dire que l'ordonnance était directement contestée devant lui, sans que les requérants n'aient posé de QPC. Ce n'est donc qu'en se reconnaissant compétent que le juge administratif suprême conserve la qualification - naturelle - de règlement, laquelle doit donc composer avec la qualification bien plus contestable de disposition législative.

A. Une qualification de disposition législative contestable

Les articles 61 et 61-1 de la Constitution distinguent selon que l'on se situe dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* ou *a posteriori*. Concernant le premier, outre les lois organiques, les propositions de lois référendaires de l'article 11, alinéa 3 et les règlements des assemblées parlementaires qui font nécessairement l'objet d'un contrôle, seules les « lois » peuvent être déférées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation, selon des modalités qu'il n'est pas utile de rappeler. En revanche, en matière de QPC, le constituant a pris soin d'englober l'ensemble des « dispositions législatives ». La doctrine note, à juste titre, que cette distinction n'est pas anodine car elle a vocation à concerner tous les textes de valeur législative, y compris ceux qui ne sont pas, du point de vue formel, de parfaites lois, comme les ordonnances ratifiées. D'aucuns ont pu y voir une véritable porte ouverte vers une « évolution souhaitable » (T. Carrère, *Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC*, RD publ. 2018. 1107) de la notion de disposition législative et, partant, un élargissement de la compétence du Conseil constitutionnel.

Un tel raisonnement a pu conduire tantôt à la résurgence d'une conception essentiellement matérielle de la loi, tantôt à occulter la dimension formelle essentielle de la puissance législative.

La lecture de la valeur des normes juridiques selon le seul *criterium* de leur matérialité peut en effet conduire à la conclusion que les ordonnances sont des textes de valeur législative dès le moment où elles sont édictées. Cette conception possède d'ailleurs une assise théorique certaine à travers la théorie de la délégation, défendue tout particulièrement par Marcel Waline (*Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, RD publ. 1959. 1059) et Louis Favoreu (*Ordonnances ou règlements d'administration publique*, rééd. in *La Constitution et son juge*, Economica,

2014, p. 595). Actant le fait que la Constitution de 1958 définit matériellement le domaine de la loi, ces auteurs en concluent que la procédure de l'article 38 consiste, pour le législateur, à déléguer au pouvoir réglementaire, temporairement et dans un domaine précis défini par la loi d'habilitation, la puissance législative. Pour séduisante qu'elle soit, cette position doit être rejetée. En effet, la lettre même du texte constitutionnel mentionne tantôt « autorisation », tantôt « habilitation », mais jamais « délégation ». Or, là encore, il ne s'agit nullement d'un effet de plume, mais d'une réelle volonté du constituant car les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 montrent bien que si la locution « loi de délégation » était bien présente dans le projet du gouvernement, elle s'est progressivement effacée pour laisser place à la « loi d'habilitation » finalement retenue (v., sur ce point, J. Boudon, préc.). Cette précision sémantique est d'importance car là où le délégataire agit pleinement à la place du délégant, l'habilité ne fait qu'investir un champ dans lequel il n'est, normalement, pas le bienvenu. Ainsi, l'article 38 « exclut explicitement toute idée de délégation [...] du pouvoir législatif à l'organe exécutif » (B. Plessix, *Droit administratif général*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 728). C'est dire si une conception seulement matérielle de la loi est insuffisante.

Néanmoins, dans son raisonnement, le Conseil constitutionnel ajoute une dimension organique. Dans sa décision du 28 mai 2020, il fonde la qualification de disposition législative sur le troisième alinéa de l'article 38 selon lequel, passé le délai d'habilitation, le pouvoir réglementaire ne peut plus modifier les dispositions d'une ordonnance qui sont du domaine de la loi. En somme, il justifie sa qualification par la compétence retrouvée du législateur. Une telle position possède des soutiens théoriques certains. En particulier, Denys de Béchillon considère qu'« il n'existe aucune raison pour laquelle, dans le Panthéon des critères de la hiérarchie des normes, l'angle contentieux devrait forcément occuper une place prééminente. Les conditions de mutabilité de l'acte présentent, à cet égard, un intérêt au moins équivalent. Et de ce fait, il n'y a vraiment rien de choquant à dire qu'un acte apte à modifier ou abroger une loi, et ne pouvant être modifié ou abrogé que par elle, possède la valeur d'une loi » (D. de Béchillon, *La vraie nature des ordonnances*, in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 209). Ce serait, à notre sens, réduire la puissance législative à un pouvoir de mutation de la norme. Néanmoins, on ne peut concevoir de texte ayant force de loi sans l'intervention, au stade du vote de son contenu, d'un organe constitutionnellement investi de ladite puissance législative. Dans la V^e République, et à certaines exceptions justifiées sur lesquelles nous reviendrons, c'est le Parlement ou le peuple qui délibère et vote la loi. Il s'en suit que seul un texte ayant reçu l'approbation de la nation, directement ou par la voie de ses représentants, peut être qualifié de « disposition législative ».








B. Une qualification d'acte réglementaire préservée

En ne déclinant pas sa compétence dans notre affaire, le Conseil d'Etat a implicitement confirmé que les ordonnances non ratifiées demeuraient tout de même des actes réglementaires, quand bien même le délai d'habilitation eût été dépassé. Il apparaît en effet que, bien que particuliers, ces actes soient pleinement de nature, et donc de valeur, réglementaire.

A la lecture des pourfendeurs de la nature réglementaire des ordonnances non ratifiées, il semble bien que l'argument essentiel qu'ils retiennent de la thèse adverse que nous défendons ici soit le suivant : les ordonnances sont des règlements parce que le Conseil d'Etat, reprenant son ancienne jurisprudence sur les règlements d'administration publique, s'est déclaré compétent pour en connaître. Ceci est très visible dans l'article précité de Louis Favoreu, selon lequel « les ordonnances ont été qualifiées d'actes administratifs parce que le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et

de l'exception d'illégalité contre elles » (L. Favoreu, préc., p. 599). Le doyen aixois estime par suite qu'étant entendu que la Constitution de 1958 a souhaité définir matériellement la loi, il y avait lieu de revenir sur cette compétence d'opportunité. En réalité, un tel regard apparaît réducteur tant les justifications de la qualification d'acte réglementaire dépassent le seul argument contentieux.

En effet, dans ses conclusions sur la décision *Compagnie des chemins de fer de l'Est* de 1907, Romieu se montrait parfaitement conscient de la dimension matérielle de la loi, bien que les lois constitutionnelles de 1875 ne la définissent pas explicitement. Sur ce point, on peut contester l'idée selon laquelle l'approche matérielle de la loi est née *ex nihilo* avec la V^e République. On retrouve d'ailleurs dans les écrits de Maurice Hauriou une distinction de nature matérielle entre la loi et le règlement. Selon lui, c'est « l'expression de la volonté de la nation » générant une « règle générale » qui fait la loi. Dès lors, poursuit-il, « cette volonté nationale, qui fait le fond de la loi s'oppose très nettement à la volonté gouvernementale, qui fait le fond du règlement administratif » (M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., rééd. Dalloz, 2002, p. 564). Bien entendu, une telle volonté nationale ne se dévoile qu'à travers un processus de nature organique. C'est dire si la dimension strictement matérielle des normes n'est que secondaire dans leur définition. Par conséquent, de même que les anciens règlements d'administration publique, les ordonnances, « alors même qu'[elles] sont [faites] en vertu d'une délégation du pouvoir législatif [...] n'en sont pas moins l'oeuvre d'une autorité administrative » (J. Romieu, concl. sur CE 6 déc. 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Lebon 916) qui ne saurait édicter autre chose que des actes administratifs. Pour le reste, c'est le Parlement ou le peuple, en amont et non seulement en aval via un pouvoir de mutation, qui confère à la norme sa pleine valeur législative.

Un dernier point doit être soulevé. Il est vrai que, depuis l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler des textes auxquels fait défaut cette validation parlementaire (T. Carrère, préc.). Il s'agit, d'une part, des lois du pays de Nouvelle-Calédonie (Cons. const. 9 déc. 2011, n° 2011-205 QPC, AJDA 2011. 2451  ; Dr. soc. 2012. 258, chron. G. Dumortier, C. Landais, M. Vialettes et Y. Struillou  ; RFDA 2012. 355, note L. Janicot ) et, d'autre part, des ordonnances de l'ancien article 92 de la Constitution (Cons. const. 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC  , *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, AJDA 2011. 988  ; RFDA 2011. 995, étude S. Jeannard  ; Constitutions 2011. 305, obs. A. Baudu ). Toutefois, là encore, le raisonnement doit être affiné. Concernant les lois du pays néo-calédoniennes, non seulement elles sont qualifiées de « lois » par la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, mais encore la compétence du Conseil constitutionnel est expressément prévue par l'article 104 de ce texte. De la même manière, l'ancien article 92 de la Constitution conférerait expressément « force de loi » aux ordonnances prises dans son cadre. Ainsi, dans ces deux cas, la valeur législative est expressément conférée à ces textes soit par la Constitution, soit par la loi organique la mettant en oeuvre. Il serait donc hasardeux d'oser la comparaison avec l'article 38.

Les ordonnances non ratifiées demeurent bien l'émanation, dans des conditions très spécifiques, du pouvoir réglementaire général et il serait sans doute plus judicieux de dire que « les ordonnances ont été qualifiées de dispositions législatives parce que le Conseil constitutionnel a admis la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité contre elles ».




II - Un chaos juridictionnel : la nouvelle répartition des compétences en question

Cette double nature induit une confusion qui atteint un certain « paroxysme » (A. Levade, Conseil







constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement !, JCP G 2020. 1185) en matière de répartition des compétences pour le contrôle des ordonnances. Plus précisément, l'irruption de l'ordonnance mi-loi/mi-règlement dans l'ordre normatif acte un mépris du juge pour les catégories juridiques - sans doute laissées à la « tranquillité des professeurs » (B. Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, EDCE 1950, n° 4, p. 77). Mais c'est oublier qu'une « bonne définition » (M. Waline, Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Bruylant, 1963, p. 359) des catégories juridiques garantit la « stabilité juridique », c'est-à-dire « la possibilité, pour l'homme de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes » (J. Rivero, Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D. 1951. 99). A l'heure actuelle, le régime contentieux des ordonnances devant le juge administratif témoigne des conséquences d'un tel déni des concepts. Les contours du recours direct pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité à l'encontre de ces actes se sont floutés.

A. Quel recours pour excès de pouvoir ?

La possibilité pour le Conseil d'Etat de statuer en recours pour excès de pouvoir à l'encontre des ordonnances non ratifiées une fois le délai d'habilitation échu doit donc s'articuler avec celle de former à leur encontre une QPC. Le Conseil constitutionnel y invitait d'ailleurs dans son commentaire officiel de la décision du 28 mai 2020. Une telle articulation n'est cependant pas sans poser - au moins - trois séries de difficultés.

D'abord, la coexistence de ces deux voies contentieuses entre frontalement en contradiction avec les dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative qui, rappelons-le, dispose que « la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision ». Certes, la jurisprudence tend à interpréter cette notion de décision de manière souple, en témoigne encore la récente décision *GISTI* (CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2020. 1407 , chron. C. Malverti et C. Beaufiles ). Mais cette souplesse est à sens unique et il nous semble que considérer qu'un texte qualifié de disposition législative puisse être assimilé à une décision trahit jusqu'aux fondements de la juridiction administrative. Manifestement, cela ne semble pas insurmontable du côté du Palais-Royal.

Ensuite, on peut s'interroger sur la possibilité de poser une QPC à l'occasion d'un recours direct en excès de pouvoir à l'encontre d'une ordonnance. La configuration ne s'est pas encore présentée, mais apparaîtra très certainement. Les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de la loi organique du 10 décembre 2009 ne semblent pas y faire obstacle. Néanmoins, si d'aventure un requérant venait à n'invoquer que ce moyen-là, ne serait-ce pas rompre avec la logique inhérente au recours pour excès de pouvoir ? En réduisant finalement le Conseil d'Etat à une chambre de filtrage des requêtes ? Ou plus encore, cela ne conférerait-il pas au requérant un accès quasi direct au juge constitutionnel, l'applicabilité de l'ordonnance au litige étant consubstantielle à la demande principale elle-même ? Serait ainsi égratigné le principe même de la QPC comme moyen incident au procès. Au point où nous en sommes...

Enfin, *quid* des autres moyens invocables devant le juge de l'excès de pouvoir ? La question des moyens de conventionnalité est la plus aisée à résoudre. Recevables à l'encontre de la loi (CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon  190 ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long  ; D. 1990. 135 , note P. Sabourin  ; *ibid.* 57, chron. R. Kovar  ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié  ; Rev. crit. DIP

1990. 125, concl. P. Frydman⁽¹⁾ ; *ibid.* 139, note P. Lagarde⁽²⁾ ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch⁽³⁾, ils le demeureront concernant les ordonnances. Plus délicate est la question du contrôle de l'ordonnance au regard de la loi d'habilitation. Ce dernier ne pose pas de problème si l'on considère l'ordonnance non ratifiée comme un règlement. Sur le plan théorique, il pourrait en être différemment si une telle ordonnance reçoit dès la fin du délai d'habilitation « l'onction législative » (D. Costa, La ratification des ordonnances, AJDA 2003. 27⁽⁴⁾) puisque nous serions, en quelque sorte, dans une situation de loi contre loi. Mais là encore, il ne semble pas insurmontable de maintenir un contrôle analogue. Reste une série de moyens pour laquelle on peut s'inquiéter. Il s'agit de ceux tendant à la contestation de l'ordonnance au regard des principes généraux du droit. La soumission des ordonnances à ces normes par principe de rang infralégislatif n'est possible que parce qu'elles sont considérées comme des actes réglementaires. C'est ainsi, par ailleurs, que le justifiait J. Théry : « le gouvernement ne peut, par une ordonnance de l'article 38 soustraire ses ordonnances au contrôle du juge de l'excès de pouvoir et faire échec au droit de contestation des citoyens ; il ne peut non plus méconnaître le principe de non-rétroactivité et le principe de l'autorité de chose jugée » (J. Théry, note sous CE, ass., 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, AJDA 1962. 114). Si les ordonnances devaient désormais être considérées comme d'authentiques dispositions législatives après l'échéance du délai d'habilitation, la question de leur soumission à de tels principes se poserait nécessairement. On pourrait alors nous rétorquer que la grande majorité de ces principes ont un pendant de rang constitutionnel. Mais il reste que ce n'est pas le cas de tous. Par exemple, là où le principe de non-rétroactivité des actes administratifs ne souffre que de rares exceptions, le principe de non-rétroactivité de la loi n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive.

B. Quelle exception d'illégalité ?


Sur la question de l'exception d'illégalité, il faut bien concéder que la possibilité de contester les dispositions d'une ordonnance non ratifiée par la voie de la QPC comporte un avantage certain, celui de faire disparaître de l'ordre juridique celles de ces dispositions qui porteraient atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis, du fait du pouvoir d'abrogation du Conseil constitutionnel.

Au-delà de ce bénéfice, la question des moyens invocables à l'appui d'une contestation de l'ordonnance par le biais de l'exception d'illégalité se pose avec autant d'acuité qu'en matière de recours direct en annulation. Ainsi, la problématique du sort de la contestation de l'ordonnance au regard de la loi d'habilitation se pose, ici, de manière analogue. Il en va de même pour les moyens liés à la conformité de l'ordonnance aux principes généraux du droit.

Les seuls moyens dont il est, depuis la décision du Conseil d'Etat du 28 septembre 2020, certain que le sort va être bouleversé sont ceux tenant à la conformité de l'ordonnance aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Classiquement, le Conseil d'Etat pouvait statuer lui-même sur de tels moyens. Tel n'est plus le cas, ces derniers devant nécessairement faire l'objet d'une QPC. Outre le fait que cela puisse permettre une abrogation des ordonnances au lieu qu'elles soient simplement écartées, il n'est pas certain que cela constitue un véritable apport étant entendu que le contrôle opéré par le Conseil d'Etat ne souffrait d'aucune limite. Pas même celle d'un éventuel écran législatif des lois d'habilitation. De tels textes étant « insusceptibles de porter atteinte à des droits et libertés » (A. Bretonneau, Pas de QPC contre une loi d'habilitation, AJDA 2015. 587⁽⁵⁾), ils ne sauraient par suite faire écran pour les dispositions d'une ordonnance qui porteraient une telle atteinte (v., *a contrario*, dans une configuration très particulière, Crim. 26 mai 2020, n° 20-81.910⁽⁶⁾ et n° 20-81.971⁽⁷⁾). Enfin, la

nouvelle donne pourrait générer des situations d'« ordonnance-écran » en ce qui concerne certains moyens tirés de la contrariété de dispositions du décret d'application aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Naturellement une QPC permettra de surmonter cet écueil.

Mais outre ces questions, ce sera à une véritable partition des compétences contentieuses à raison des moyens invoqués que l'on devrait assister (A. Levade, préc.) : au juge constitutionnel de statuer sur les éventuelles atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis, au juge administratif le reste au prix d'un sacrifice dans la texture même des concepts de règlement et de loi. Il n'est pas certain que l'intelligibilité du contentieux des ordonnances en sorte grandie.

En définitive, il est vrai que le précédent régime des ordonnances de l'article 38, dans tout ce qu'il avait d'« hybride » (J. Boudon, préc.), était imparfait. Rappelons que nous sommes face à des actes pris en la forme administrative mais qui ont vocation à intégrer la sphère législative. Entre ces deux états se trouve forcément une construction juridique baroque qui a quelque chose d'une « loi administrative » (Y. Gaudemet, *La loi administrative*, RD publ. 2006. 65) traduisant pour certains une réelle « confusion des pouvoirs » (A.-M. Le Pourhiet, *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, 2011), pour d'autres un « dérèglement juridique et politique » (P. Delvolvé, *L'été des ordonnances*, RFDA 2005. 909 ). Mais de deux maux, il faut toujours choisir le moindre. Pour le justiciable comme pour le système juridique, celui-ci aurait été le maintien du *statu quo*.

Juridiquement, la solution pourrait être simple car tout le débat est lié à une certaine infirmité congénitale de l'article 38 lui-même. Il suffirait de sanctionner de caducité l'ordonnance qui ne serait pas ratifiée, non plus seulement celles pour lesquelles aucun projet de loi de ratification n'est déposé. Cela éviterait que, finalement, projet de loi ne vaille loi. Certes, ce serait au prix d'un risque certain quant à l'efficacité de l'action gouvernementale. Mais sans doute la revalorisation du rôle du Parlement le vaut-elle bien.

Mots clés :

ACTE UNILATERAL * Ordonnance * Contrôle des ordonnances * Ordonnance non ratifiée * Caducité