

RFDA

RFDA 2018 p.755

## L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque

**Bruno Genevois, Président de section honoraire au Conseil d'État**

---

L'article 38 de la Constitution de 1958, en raison de la fréquence de son utilisation, a suscité de la part de la doctrine des critiques très vives(1). Par comparaison, rares sont ceux qui approuvent le recours aux ordonnances prévues par cet article(2). Nous n'entendons pas trancher une controverse latente depuis 2005. Tout au plus n'est-il pas inutile de relever deux explications de l'utilisation des ordonnances sur lesquelles l'accent a été mis à juste titre.

L'une par le professeur J. Gicquel, soulignant que la pression du recours à cette procédure s'est accentuée avec « l'avènement du quinquennat, qui de façon mécanique réduit la période utile » pour des réformes(3). La justesse du propos est illustrée par les ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail.

Une autre explication, complémentaire de la précédente, a été avancée par le vice-président du Conseil d'État à l'occasion d'une journée d'études sur « la législation déléguée » organisée par la Société de législation comparée le 6 juin 2014. Pour J.-M. Sauvé, le recours aux ordonnances est l'un des instruments du parlementarisme rationalisé qui compense les effets de l'échec de la répartition des compétences entre la loi et le règlement voulue par les rédacteurs de la Constitution de 1958.

Sans nier la légitimité du débat relatif au bien-fondé de l'usage qui est fait de l'article 38, notre démarche se situera prioritairement sur le plan du droit positif en cherchant à prendre l'exacte mesure des reproches d'ordre juridique formulés à l'encontre de la mise en oeuvre de cet article. L'école aixoise de droit constitutionnel, en partant d'une définition d'ordre matériel de la loi puisée chez Marcel Waline(4), a fait montre de sévérité. Selon elle, « le Conseil d'État, approuvé par la suite par le Conseil constitutionnel, a édifié une construction que l'on peut qualifier de baroque tant elle est compliquée et contournée »(5). Si l'on entend à la suite du *dictionnaire Robert* par « baroque » ce qui est énigmatique, mystérieux et obscur, voire inattendu et choquant, pareille opinion nous semble excessive. Elle fait peu de cas de deux éléments importants. Le premier est la stabilité du texte de l'article 38, lequel est demeuré inchangé depuis 1958, sous la seule réserve d'un ajout par l'article 14 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, exigeant qu'une ordonnance prise au titre de l'article 38 ne puisse être ratifiée par le Parlement que par une disposition expresse. Le second facteur est la cohérence d'ensemble des jurisprudences respectives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État relatives à la portée des dispositions constitutionnelles.

Commentant l'article 38 de la Constitution, le président Luchaire disait de façon cursive l'essentiel : « Cet article constitutionnalise l'ancienne procédure des décrets-lois en l'harmonisant avec les autres dispositions constitutionnelles »(6). Le texte de l'article 38 fixe en effet un cadre juridique qui faisait défaut sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques. Le mutisme des lois constitutionnelles de 1875 sur la possibilité pour le Parlement d'habiliter le gouvernement à prendre des mesures modifiant des dispositions législatives souleva des interrogations d'ordre constitutionnel que le Conseil d'État éluda au motif qu'il n'était pas juge de la constitutionnalité des lois(7). Mais dès cette époque, vit le jour la jurisprudence suivant laquelle les actes pris par l'exécutif sur habilitation parlementaire, modifiant ou abrogeant des textes législatifs, ont le caractère d'un règlement administratif, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été ratifiés par le Parlement(8).

Sous l'empire de la Constitution de 1946, la jurisprudence maintint une telle approche. Cela s'imposait d'autant plus que l'article 13 de la Constitution qui interdisait à l'Assemblée nationale de déléguer le vote de la loi, dut faire l'objet d'une savante exégèse pour permettre un recours mesuré aux décrets-lois. Selon l'avis du Conseil d'État du 6 février 1953(9), la Constitution, si elle s'opposait à ce que l'Assemblée nationale habilite l'exécutif à régir le domaine législatif par nature, c'est-à-dire le domaine de la loi résultant de la Constitution elle-même et de la tradition républicaine, ne faisait pas obstacle à l'intervention de l'exécutif dans une matière qui ne relevait du domaine de la loi que par la volonté du législateur. Il y avait en ce cas restitution au pouvoir réglementaire de sa

sphère normale de compétence. Se trouvait par la même confortée la reconnaissance du caractère administratif des actes pris à ce titre(10).

Lorsque fut arrêtée la rédaction du futur article 38 de la Constitution de 1958, la jurisprudence susmentionnée ne manqua pas d'être rappelée devant aussi bien le Comité consultatif constitutionnel que le Conseil d'État. Ainsi l'article 38 dispose dans son premier alinéa que « le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

Le deuxième alinéa précise les conditions d'intervention et de maintien en vigueur des ordonnances. Selon ses termes, « Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État ». Si elles entrent en vigueur dès leur publication, elles « deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ». Depuis la révision constitutionnelle de 2008, les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». Selon le troisième alinéa, à l'expiration du délai de l'habilitation, « les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

L'article 38 n'est pas autonome par rapport à d'autres dispositions de la Constitution. Il s'agit en particulier de l'article 13, aux termes duquel « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres », et de l'article 41, qui permet au gouvernement et, depuis la révision de 2008, au président de l'assemblée saisie, d'opposer une irrecevabilité à une proposition de loi ou à un amendement parlementaire « contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38 ».

L'introduction de l'irrecevabilité des propositions parlementaire empiétant sur la matière objet d'une loi d'habilitation est due, postérieurement à l'avis du Conseil d'État sur le projet de Constitution, à une initiative de Pierre Pflimlin, lors du conseil interministériel du 1<sup>er</sup> septembre 1958(11).

L'apport conjugué de la jurisprudence constitutionnelle, administrative, judiciaire et même de celle du Tribunal des conflits, a permis de dégager un cadre juridique cohérent d'application de l'article 38. La définition de ce cadre a procédé d'une double inspiration. L'une a résulté de la reprise de raisonnements appliqués sous les Républiques antérieures au sujet des décrets-lois. L'autre source d'inspiration tient à la façon dont la constitutionnalisation des décrets-lois a été harmonisée avec les autres dispositions de la Constitution. À cet égard, les solutions adoptées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont pris en compte l'usage fait par les pouvoirs publics du texte de 1958. Le poids de la tradition et la force des usages se retrouvent à des degrés divers tant au stade de l'élaboration des ordonnances qu'en ce qui concerne le régime juridique qui leur est applicable une fois édictées.

## **Une procédure d'édition des ordonnances en deux temps**

Le recours aux ordonnances de l'article 38 est parfois ressenti dans l'opinion comme une initiative unilatérale du gouvernement qui, par elle-même, dessaisirait le Parlement de ses compétences législatives en certains domaines. Le juriste n'ignore pas qu'une telle possibilité est subordonnée à l'adoption d'un projet de loi ou d'un amendement en ce sens de la part des assemblées. L'autorisation requise n'est pas un blanc-seing. Elle est assujettie à des exigences qui ont notamment pour but de ménager pour l'avenir les prérogatives du Parlement. C'est au cours d'une seconde phase que les ordonnances peuvent être édictées en conformité avec un ensemble de règles.

## **Les conditions mises à l'intervention de l'autorisation du Parlement**

À s'en tenir aux termes du premier alinéa de l'article 38, la mise en oeuvre de cet article suppose une autorisation du Parlement. Le premier texte intervenu sur son fondement fut respectueux de cette terminologie : loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le gouvernement à prendre par application de l'article 38 de la Constitution certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie. Le mot « autorisation » est préférable à celui de « délégation » qui figure à l'article 41 relatif à la possibilité pour le gouvernement et, depuis la révision de 2008, au président de l'assemblée saisie, d'opposer une irrecevabilité à une proposition de loi ou à un amendement parlementaire qui porterait sur une matière objet d'une loi d'habilitation.

La notion de délégation est à écarter si l'on entend par là une délégation du pouvoir législatif. Elle peut être admise si est visée simplement une délégation de matières(12). Dans la pratique a prévalu l'usage du mot « habilitation », mentionné au deuxième alinéa de l'article 38 : « loi d'habilitation ».

Le Conseil constitutionnel et à un moindre degré le Conseil d'État, dans ses formations administratives comme au contentieux, ont apporté des précisions sur de nombreux points, qu'il s'agisse du champ d'application de l'habilitation, des contraintes d'ordre procédural s'imposant au gouvernement, du respect des règles de fond, qui ont gagné en consistance, et des effets propres à l'habilitation.

## **Le champ d'application**

À lire le premier alinéa de l'article 38, le champ potentiel de l'habilitation est large puisqu'il peut porter sur « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi » sans qu'il soit opéré de distinction au sein de ces mesures.

Les premiers commentateurs de la Constitution ont cependant souligné que le gouvernement pouvait être autorisé à prendre « des mesures » et non « toutes mesures » et surtout que celles-ci devaient se rattacher au programme du gouvernement ayant sollicité l'autorisation(13). De son côté, François Goguel, alors secrétaire général du Sénat, soutint que la définition de l'objet d'une habilitation devait porter sur une des matières relevant de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 : « La délégation aurait dû être définie en reprenant tel ou tel fragment de l'article 34 ». Mais une telle solution fut écartée lors du premier cas d'application de l'article 38, à savoir la loi du 4 février 1960. La raison tint à ce que plusieurs ordonnances de cette époque concernaient le domaine des libertés publiques et qu'il fut jugé « politiquement peu habile de le dire à l'avance »(14).

La pratique parlementaire avalisée par le Conseil constitutionnel n'a pas correspondu aux analyses qui précèdent. Le domaine de l'habilitation a été déconnecté du programme du gouvernement au sens qu'a ce mot à l'article 49 de la Constitution. À l'inverse, a été déduite d'autres articles (les art. 46, 47 et 47-1) la prohibition du recours aux ordonnances en certaines matières.

## **Une application de l'article 38 indépendante des dispositions de l'article 49**

Alors qu'il fut soutenu devant lui que les mots « pour l'exécution de son programme » figurant à l'article 38 visaient le programme par lequel le gouvernement avait engagé sa responsabilité, en application du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 49, le Conseil constitutionnel se prononça dans un sens différent par sa décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977(15), pour des raisons de droit et d'opportunité.

Sur le plan juridique la décision relève que, s'il est spécifié au premier alinéa de l'article 38 que c'est pour l'exécution de son programme que le gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement « l'autorisation de légiférer » par voie d'ordonnance pendant un délai limité, ce texte doit être entendu « comme faisant obligation 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 ».

La décision en inféra qu'il y a lieu d'exclure toute autre interprétation et notamment celle qui serait tirée d'un rapprochement avec les énonciations de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 49, au motif, d'une part, qu'elle ne ferait aucune place, pour une éventuelle justification du recours aux dispositions de l'article 38, aux notions de circonstances imprévues ou de situation requérant des mesures d'urgence et, d'autre part, qu'en raison de sa généralité elle « aurait pour résultat d'étendre, sans limites définies, le champ d'application de la procédure d'habilitation au détriment du respect des prérogatives du Parlement ».

Sans doute a-t-il été objecté que cette solution ne correspondait pas aux intentions des rédacteurs de la Constitution, déduites des formulations successives du futur article 38(16). Toutefois, ainsi que le fit valoir Léo Hamon, le Comité consultatif constitutionnel, au cours de l'été 1958, prêta davantage intérêt à l'utilité du texte compte tenu de l'extension de la compétence réglementaire découlant du futur article 37, qu'à un éventuel lien avec le programme présenté par un nouveau gouvernement. En outre, l'approbation du programme prévue par l'article 49 relève de l'Assemblée nationale seulement, alors qu'une habilitation au titre de l'article 38 suppose l'adoption d'une loi après débat par chaque Assemblée(17).

On notera encore que l'accent mis sur les situations d'urgence est pertinent au regard du droit constitutionnel

comparé(18).

S'il s'est refusé à une interprétation de l'article 38 à la lumière de l'article 49, le Conseil constitutionnel a en revanche exclu le recours aux ordonnances, par référence à d'autres articles de la Constitution.

## **La restriction du champ d'application de l'article 38 découlant de procédures spécifiques**

Par sa décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982(19), le Conseil constitutionnel a jugé qu'une habilitation au titre de l'article 38 ne peut intervenir dans des matières que la Constitution réserve à une loi organique. La solution se justifie par la spécificité des lois organiques par rapport aux lois ordinaires résultant de l'article 46 de la Constitution, en raison notamment de l'exigence d'un vote favorable du Sénat pour toute loi organique le concernant et de la soumission de telles lois à un contrôle obligatoire de constitutionnalité, formalités qui seraient éludées en cas de recours à l'article 38.

De façon discrète par sa décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995(20) puis plus nettement par sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999(21), le Conseil constitutionnel a exclu du champ d'intervention de l'article 38, non seulement les domaines réservés à des lois organiques, mais également des matières relevant de la compétence exclusive soit des lois de finances soit des lois de financement de la sécurité sociale. Dans ces deux derniers cas, la solution tire sa justification de l'existence de règles procédurales spécifiques et en particulier d'autres mécanismes d'ordonnances prévus respectivement par les articles 47 et 47-1 de la Constitution(22).

La prohibition du recours à l'article 38 ne s'étend cependant pas à des matières relevant de la compétence facultative aussi bien de la loi de finances, comme c'est le cas de la fiscalité(23), que d'une loi de financement de la sécurité sociale(24).

Par ailleurs, certaines procédures particulières d'adaptation du droit applicable outre-mer ne peuvent donner lieu à l'intervention d'ordonnances de l'article 38(25).

Toutefois, la possibilité d'étendre, sans loi d'habilitation, la législation métropolitaine aux collectivités d'outre-mer par des ordonnances prises sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution qui sont frappées de caducité si elles ne sont pas ratifiées dans le délai de dix-huit mois suivant leur publication, ne fait pas obstacle à l'intervention d'ordonnances au titre de l'article 38. La coexistence des deux procédures a été admise par les formations administratives du Conseil d'État(26) et de façon implicite par le Conseil constitutionnel(27).

Sous les réserves qui précèdent, l'article 38 peut comprendre toute matière qui relève de la loi, ainsi que le rappelle la décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017(28).

Des règles d'ordre procédural entourent également l'intervention de la loi d'habilitation.

### **Les règles de procédure**

Un projet de loi d'habilitation est soumis à la procédure législative ordinaire. À ce titre, le gouvernement est en droit d'opposer à un amendement d'origine parlementaire l'irrecevabilité prévue en matière financière par l'article 40 de la Constitution(29). Des particularités n'en existent pas moins. La principale réside dans le fait que l'initiative de la procédure relève exclusivement du gouvernement. Peuvent être mentionnés également des allègements touchant aux consultations requises et au contenu de l'étude d'impact.

### **La nécessité d'une initiative gouvernementale, qui ne peut cependant avoir pour vecteur une loi de finances**

De façon très logique, et conformément à des prises de position de la doctrine(30), le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005(31), déduit de l'article 38 « que seul le gouvernement » peut demander au Parlement de prendre des ordonnances.

Il a la faculté soit de déposer un projet de loi soit d'amender un texte en cours d'examen(32). S'il est procédé par voie d'amendement, ce dernier ne doit pas être dépourvu de lien avec le texte en discussion, sauf à encourir la censure du juge constitutionnel(33). Le texte élaboré par la Commission mixte paritaire ne peut, sans irrégularité

de procédure, étendre le champ de l'habilitation(34).

Selon la doctrine des formations administratives du Conseil d'État, une habilitation à faire usage de l'article 38 ne peut résulter d'un texte ayant le caractère de loi de finances, pour le motif que les lois de finances sont régies en vertu des articles 34 et 47 de la Constitution, quant à leur contenu et à leur procédure d'élaboration par des règles spéciales, distinctes de celles applicables aux lois, et que la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 qui en définit le domaine n'habilite pas le législateur financier à déléguer les prérogatives qu'il tient de la loi organique, au pouvoir exécutif, fût-ce pour prendre des mesures qui entreraient dans le champ facultatif de la loi de finances(35).

Un pareil raisonnement semble, de prime abord, transposable à une loi de financement de la sécurité sociale qui ne pourrait non plus être le vecteur d'une habilitation au titre de l'article 38.

## **L'allégement des règles de procédure**

Si un projet de loi d'habilitation doit, à l'instar de tout projet de loi, être précédé de l'avis du Conseil d'État et soumis à la délibération du conseil des ministres, il n'a pas, en principe, à faire l'objet d'autres consultations. En effet, le propre d'une loi d'habilitation est d'étendre provisoirement la compétence du pouvoir réglementaire à des matières législatives, sans édicter aucune règle de fond. Les consultations requises par des textes législatifs ou réglementaires sont, en tant que de raison, reportées au stade de l'édiction des ordonnances(36).

L'étude d'impact obligatoire en principe pour tout projet de loi depuis la modification apportée à l'article 39 de la Constitution par la révision de 2008 et la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, ne saurait, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel(37), imposer au gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande.

## **Les règles de fond**

Sous l'influence principalement de la jurisprudence constitutionnelle, le contenu de la loi d'habilitation doit satisfaire à des exigences rigoureuses concernant le degré de précision de l'habilitation et le respect de la hiérarchie des normes. La jurisprudence s'avère plus souple s'agissant de la détermination de la portée dans le temps de l'habilitation et de ses suites.

## **L'exigence de précision des termes de l'habilitation**

L'obligation faite au gouvernement d'indiquer « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre », énoncée dès la décision n° 76-72 DC, a été prolongée à partir de la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986(38) par le fait de devoir préciser le domaine d'intervention de telles mesures, sans que soit requise cependant la communication au Parlement de la teneur des ordonnances.

Le degré de précision de l'habilitation est une exigence réitérée de façon constante(39).

Les formations administratives du Conseil d'État, au stade de l'examen d'un projet de loi d'habilitation, font porter leur contrôle sur ce point(40).

À ce jour, le juge constitutionnel n'a censuré une loi d'habilitation par défaut de précision suffisante de son champ qu'en une circonstance(41).

Plus significative est la jurisprudence destinée à assurer le respect de la hiérarchie des normes.

## **L'obligation de respecter la hiérarchie des normes**

De façon discrète, avec la décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, puis plus solennellement avec la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, rendue sur le rapport du doyen Vedel(42), le Conseil constitutionnel a posé en principe « que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle », et qu'il appartient au Conseil, « d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous

l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution ».

Dans le cadre du contrôle ainsi défini, le Conseil constitutionnel peut être conduit à préciser à l'avance la portée des principes de valeur constitutionnelle auxquels les ordonnances prévues devront se conformer. Tel a été le cas à propos des règles applicables à la privatisation des entreprises nationalisées(43) ou de la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés(44).

Jean Rivero, dans son commentaire de la décision n° 86-207 DC avait approuvé une telle démarche(45). Rendant compte en 1987 de la jurisprudence, Louis Favoreu fut conduit à faire un parallèle entre les anciens règlements d'administration publique et les ordonnances(46).

En réalité, si le Conseil constitutionnel a rappelé avec constance qu'une loi d'habilitation doit respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle et ne peut être regardée comme autorisant les ordonnances prises sur son fondement à les méconnaître, il n'a, en dehors des décisions rendues en période de cohabitation sur des sujets controversés, que rarement fait usage de la faculté de formuler des réserves d'interprétation quant au contenu des ordonnances(47).

En outre, la technique des réserves d'interprétation a trouvé une limite lorsque, par suite d'une évolution de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la Constitution les dispositions d'une loi d'habilitation imposant, pour la délimitation des circonscriptions en vue des élections à l'Assemblée nationale, une représentation minimale de deux députés par département(48).

## **L'obligation de déterminer la portée dans le temps du dispositif**

L'article 38 de la Constitution envisage deux types de délai que doit comporter une loi d'habilitation : d'une part, le délai dans lequel les ordonnances pourront être prises ; d'autre part, le délai dans lequel doit être déposé le projet de loi ratifiant l'ordonnance à peine de caducité de cette dernière.

S'agissant de la durée de l'habilitation, l'article 38 énonce que l'autorisation donnée au gouvernement de prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi vaut « pour l'exécution de son programme » et « pendant un délai limité ».

Nombre de commentateurs en ont déduit que l'habilitation étant donnée au gouvernement pour l'exécution de « son programme », le changement de gouvernement entraînait nécessairement la caducité de l'habilitation. Il a même été avancé que telle était la pratique sous la IV<sup>e</sup> République(49).

Si la question avait été effectivement soulevée sous l'empire de la Constitution de 1946(50) elle fut en définitive tranchée par la chambre criminelle de la Cour de cassation en faveur du caractère impersonnel de l'habilitation (51).

Saisie de la question sous l'empire de la Constitution de 1958, le Conseil d'État s'est, par sa décision de section du 5 mai 2006, *Schmitt*, prononcé dans le sens du caractère impersonnel, sous réserve de précisions contraires apportées par la loi d'habilitation ou d'une loi ultérieure en disposant autrement(52). Cette solution a été rendue possible à la fois par l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de la notion de programme dans sa décision n° 76-72 DC et par le contrôle limité du juge constitutionnel sur la durée de l'habilitation. Sur ce point, il s'est borné initialement à un contrôle d'une éventuelle dénaturation(53) en esquissant plus récemment un contrôle normal(54). Les formations administratives du Conseil d'État sont quant à elles attentives à un échelonnement dans le temps des ordonnances prévues par une même loi, dans un souci de bonne administration(55).

Par comparaison, le Conseil constitutionnel s'est montré, à juste titre, rigoureux, en ce qui concerne l'obligation faite à une loi d'habilitation de prévoir le délai dans lequel doit être déposé le projet de loi ratifiant l'ordonnance, à peine de caducité de celle-ci. Il ressort de la décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016 que l'omission de cette formalité vicie l'habilitation elle-même.

Le Conseil d'État, dans ses formations administratives, s'assure du respect d'une telle exigence, en retenant le plus souvent un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance pour le dépôt du projet de loi de ratification(56).

Contrairement à ce qui a pu être avancé en doctrine<sup>(57)</sup>, le changement de gouvernement après le dépôt du projet de loi de ratification n'oblige pas à renouveler ce dernier, ainsi qu'il résulte d'une décision du Conseil d'État du 16 février 2001, *Centre du château de Gletens* (58).

## Les effets attachés à la loi d'habilitation

Les effets de la loi d'habilitation intéressent aussi bien l'action gouvernementale que la compétence du Parlement.

### Effets à l'égard du gouvernement

Dès l'entrée en vigueur de la loi d'habilitation et pendant la durée fixée par cette dernière, une ou plusieurs ordonnances peuvent être prises dans le domaine défini par la loi. Il s'agit d'une simple faculté pour le gouvernement. Le Conseil d'État en a inféré qu'une loi d'habilitation, en tant qu'elle ouvre cette potentialité, ne peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)<sup>(59)</sup>.

L'usage par le gouvernement de ses pouvoirs est subordonné, comme on le verra plus avant, à la signature du président de la République.

Dans l'hypothèse où l'habilitation porte sur la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne dans le délai qu'elle fixe, pèse alors sur l'exécutif l'obligation d'agir en ce sens. Pareille contrainte a pour fondement, non seulement le droit de l'Union, mais également l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de l'article 88-1 de la Constitution, depuis la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004<sup>(60)</sup>. Dans l'éventualité où la date limite de transposition est rapprochée, les formations administratives du Conseil d'État recommandent, au stade du projet de loi d'habilitation, qu'elle ne soit pas dépassée<sup>(61)</sup>.

### Effets à l'égard du Parlement

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, le gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer une irrecevabilité, s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition de loi ou un amendement parlementaire « est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38 ».

Il ne s'agit là que d'une faculté. Si l'irrecevabilité n'est pas soulevée, le Parlement peut légiférer dans les matières de l'habilitation et même modifier les ordonnances déjà prises, bien que la période de l'habilitation ne soit pas achevée<sup>(62)</sup>.

## L'élaboration des ordonnances

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 38, « Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État » et entrent en vigueur « dès leur publication », ce qui exclut toute promulgation sur le modèle des lois. La délibération du texte en conseil des ministres implique, conformément à l'article 13 de la Constitution, qu'il soit signé par le président de la République.

Ces règles ont été précisées et complétées par la jurisprudence ainsi que par la doctrine des formations administratives du Conseil d'État. Seront examinées successivement : l'absence d'étude d'impact ; les consultations requises ; la portée de l'exigence de la signature par le chef de l'État ; les règles de contreseing.

### L'absence d'étude d'impact

L'étude d'impact est obligatoire, en principe, pour tout projet de loi en vertu de l'article 39 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et du titre II de la loi organique du 15 avril 2009. Elle est exigée ainsi qu'on l'a indiqué au stade du projet de loi d'habilitation.

En revanche, un projet d'ordonnance, bien que portant sur une matière législative, n'est pas soumis à cette formalité, comme l'a relevé une décision du Conseil d'État du 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et autres* (63).

## Les consultations requises

À s'en tenir à l'article 38, préalablement à la délibération du conseil des ministres, seule la consultation du Conseil d'État s'impose. Mais d'autres consultations sont obligatoires, soit sur le fondement de lois organiques propres à l'outre-mer, soit par application de lois ordinaires.

## Consultations spécifiques aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie

En vertu de l'article 90 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le Congrès ou, en dehors des sessions, la Commission permanente, est consulté sur les projets de loi et « sur les projets d'ordonnance, lorsqu'ils introduisent, modifient ou suppriment des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie ».

Sur ce modèle, l'article 74 de la Constitution, tel qu'il a été modifié par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, donne compétence, pour chaque collectivité d'outre-mer, à la loi organique statutaire pour fixer les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets d'ordonnances comportant des « dispositions particulières à la collectivité ». Les formations administratives du Conseil d'État veillent au respect de ces textes (64).

## Consultations découlant de la loi

Alors que les décrets-lois étaient soumis aux seules formalités requises par la loi d'habilitation(65), le Conseil d'État s'est montré plus strict pour les projets d'ordonnance. Ils sont assujettis aux formalités exigées aussi bien par la loi d'habilitation(66) que par une disposition législative permanente prévoyant qu'un organe délibérant d'une personne morale ou une commission administrative est consulté sur les projets de loi ou de règlement se rattachant à sa compétence(67).

Dans le même esprit, l'article L.120-1 du code de l'environnement, qui met en oeuvre le principe de participation énoncé à l'article 7 de la Charte de l'environnement, est applicable préalablement à l'intervention d'une ordonnance ayant une incidence directe et significative sur l'environnement(68).

## Les normes supérieures opposables aux ordonnances

La légalité des décrets-lois était appréciée au regard de lois d'habilitation, conçues parfois en des termes respectueux de la tradition républicaine(69), mais le plus souvent rédigées en termes larges(70) ou ayant donné lieu à une interprétation extensive(71). Les principes généraux du droit devaient également être respectés, pour autant que la loi d'habilitation n'y faisait pas obstacle(72).

Les normes supérieures opposables aux ordonnances sont plus fournies. Elles comprennent, outre les termes de lois d'habilitation ayant gagné en précision, les règles et principes de valeur constitutionnelle, les principes généraux du droit ainsi que les engagements internationaux de la France. On se placera au stade de l'élaboration de l'ordonnance en soulignant le rôle joué par les formations administratives du Conseil d'État.

## La loi d'habilitation

Si l'on se réfère au rapport public annuel du Conseil d'État, on constate que le contrôle exercé par les formations administratives du Conseil porte prioritairement sur le point de savoir si le projet d'ordonnance est compris dans le champ de l'habilitation. Toute méconnaissance de ce dernier ne manque pas d'être relevée(73).

Le contrôle peut même s'exercer sur le respect de l'application dans le temps de la loi d'habilitation(74). L'application outre-mer appelle des remarques prenant en compte la diversité des situations(75).

Si le projet excède le champ de l'habilitation, tout en s'avérant justifié sur le fond, il est parfois suggéré de compléter le dispositif à l'occasion du projet de loi de ratification(76).

Il peut même advenir que soient relevés les inconvénients résultant d'habilitations trop précises et détaillées qui ont pour effet de réduire à l'excès, de l'avis du Conseil d'État, la marge d'action du gouvernement lorsqu'il prépare les projets d'ordonnance(77).

## Les règles et principes de valeur constitutionnelle

Les formations administratives du Conseil s'attachent à éviter que certaines dispositions du projet d'ordonnance empiètent sur la compétence de droit commun du pouvoir réglementaire(78). Elles restent néanmoins tributaires d'un état du droit où des dispositions de forme législative ont d'ores et déjà empiété sur la compétence réglementaire. Il est difficile de remédier à ce type de dérive, hors le cas de la codification.

Le respect des principes de valeur constitutionnelle est, cela va sans dire, assuré(79).

### Le respect des principes généraux du droit

Sur un plan théorique, le respect par une ordonnance des principes généraux du droit a été justifié par Jacques Théry, rapporteur de la décision du Conseil d'État du 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, en ces termes : « Sans doute, pendant une durée limitée le gouvernement peut-il réglementer certaines matières énumérées à l'article 34 ; mais c'est le seul effet de la loi d'habilitation : elle étend provisoirement le champ d'activité du pouvoir réglementaire ; elle n'en modifie pas la nature ; 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 la chose jugée »(80).

Dans la mesure où certains principes généraux du droit, tel le droit au recours, se situent à un niveau constitutionnel, ils bénéficient d'une priorité d'application.

Il reste cependant qu'un principe général du droit qui n'a pas d'équivalent au plan constitutionnel, comme le principe de non-rétroactivité des actes administratifs est opposable à une ordonnance(81), sauf si la loi d'habilitation a prévu d'y déroger ou peut être interprétée en ce sens.

### Le respect des engagements internationaux

Dès sa décision n° 86 207 DC des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a souligné que « les ordonnances ne sauraient être contraires, en méconnaissance de l'article 55, aux obligations internationales de la France ». A été mentionné par la suite, dans le même esprit, le respect des « normes internationales et européennes applicables »(82).

Le Conseil d'État, dans ses formations administratives, adopte la même position. Mais, ainsi qu'on le verra plus avant, il est mieux armé au contentieux pour assurer la priorité d'application du droit de l'Union européenne, en raison de la possibilité de saisir d'une question préjudicielle la Cour de justice.

### La signature des ordonnances

Au cours de la période de cohabitation qui a suivi les élections législatives de 1986, un vif débat doctrinal s'est ouvert sur la possibilité pour le président de la République de refuser de signer une ordonnance. Dans ce contexte, la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 a mis l'accent sur le fait que la Constitution ne soumet le recours à la procédure des ordonnances « à aucune autre condition que celles énoncées à l'article 38 et à l'article 13 aux termes duquel le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil de ministres ». Le rappel de l'article 13 visait à condamner la thèse selon laquelle la délibération du conseil des ministres relative à un projet d'ordonnance aurait le caractère d'une décision s'imposant au chef de l'État.

Toutefois, ainsi que nous l'avons relevé(83), le Conseil constitutionnel ne prit pas position sur le point de savoir s'il est loisible au président de la République de refuser de signer, pour tout motif de droit ou d'opportunité comme cela avait été indiqué par Michel Debré, alors Premier ministre, au cours de la discussion du projet qui est devenu la loi du 4 février 1960, ou seulement lorsque sont en cause les exigences qu'il lui appartient de faire respecter ou de garantir en vertu de l'article 5 du texte constitutionnel : respect de la Constitution et des engagements internationaux ; indépendance nationale, intégrité du territoire.

En faveur de cette dernière thèse, il a été soutenu que si le chef de l'État est fondé à s'appuyer sur l'article 5 car il engage alors sa responsabilité, à l'inverse en dehors des hypothèses visées par cet article, il doit être fait application de l'article 20 de la Constitution suivant lequel « le gouvernement détermine et conduit la politique de

la nation »(84).

Il reste que, faute notamment de délai imparti au président de la République pour statuer, à la différence du cas de la promulgation des lois, la pratique constitutionnelle a reconnu au chef de l'État le droit de ne pas signer les ordonnances(85).

Beaucoup moins controversée est l'application des règles de contreseing.

## Les règles de contreseing

Selon une jurisprudence du Conseil d'État qui remonte à la décision de section *Pelon* du 10 juin 1966(86) le contreseing des actes du président de la République, par le Premier ministre et le ou les ministres responsables, dans les cas prévus à l'article 19 de la Constitution, est entendu de façon moins stricte que le contreseing des actes du Premier ministre par le ou les ministres en charge de l'exécution, prescrit par l'article 22 de la Constitution.

Une fois transposée la jurisprudence issue de l'arrêt *Pelon* au contreseing des ordonnances(87), le Conseil d'État a jugé sur son fondement qu'outre le contreseing du Premier ministre, l'ordonnance approuvant la partie législative du code de l'éducation relevait à titre principal de la responsabilité du ministre de l'éducation(88). Il a estimé également, à propos de l'ordonnance instituant un interlocuteur unique pour les travailleurs indépendants, que le ministre chargé du budget n'avait pas la qualité de ministre responsable au sens de l'article 19, dont le contreseing aurait été requis(89).

La fidélité du juge administratif à sa jurisprudence se manifeste pareillement pour ce qui est du régime juridique applicable aux ordonnances une fois édictées. Dès la décision de section du 3 novembre 1961 *Damiani* (90), admettant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance non ratifiée, il a fait une lecture du texte de l'article 38 inspirée de sa jurisprudence relative aux décrets-lois, suivi en cela par le Conseil constitutionnel(91). Dans la mesure où le juge constitutionnel belge s'est prononcé dans le même sens(92), il ne s'agit pas là d'une exception française.

## Le régime juridique des ordonnances une fois édictées

Si, selon le deuxième alinéa de l'article 38, les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication, elles « deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ».

En vertu du troisième alinéa du même article, à l'expiration de la période couverte par l'habilitation, « les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

Il ressort de ces dispositions que le régime juridique applicable aux ordonnances est tributaire tout à la fois de l'expiration du délai de l'habilitation, du dépôt en temps utile du projet de loi en portant ratification et de la suite qui lui sera donnée.

Le degré d'avancement de ces différentes phases commande les modalités du contrôle, par la voie juridictionnelle, des ordonnances. Si elles demeurent en vigueur, elles sont soumises au régime contentieux des actes réglementaires en l'absence de ratification et, une fois ratifiées, à celui des actes à valeur législative.

## Les facteurs déterminant l'applicabilité et le régime contentieux des ordonnances

Alors que le dépôt du projet de loi de ratification conditionne l'applicabilité d'une ordonnance, la ratification ne revêt pas de caractère obligatoire(93) et n'est enfermée dans aucun délai.

Plusieurs situations peuvent se présenter et méritent examen : les effets attachés à l'expiration du délai de l'habilitation ; le contenu du projet de loi de ratification ; les effets liés à son dépôt et à l'omission de cette formalité ; les modalités et les effets de la ratification ; les conséquences découlant du rejet par le Parlement du projet de loi de ratification.

## Effets de l'expiration du délai de l'habilitation

Avant même la Constitution de 1958, le Conseil d'État avait jugé par un arrêt du 16 mars 1956 qu'une loi d'habilitation limitant dans le temps la faculté pour le gouvernement de prendre par décret des mesures dérogeant à des dispositions législatives ne l'autorisait pas à les modifier après l'expiration du délai(94).

Une telle jurisprudence était confortée par une analyse faite, dès 1961, par Georges Vedel : « le décret même non ratifié, ne peut être modifié que par une loi une fois le temps de l'habilitation expiré. Ce n'est pas parce qu'il aurait valeur législative mais parce que l'habilitation donnée au gouvernement serait illégalement prolongée au-delà du temps prévu si on admettait la modification par décret sans limitation de durée »(95).

Des commentateurs autorisés de l'arrêt du Conseil d'État indiquèrent cependant que le gouvernement restait compétent pour modifier des dispositions relevant de la compétence normale du pouvoir réglementaire(96).

Sous l'empire de la Constitution de 1958, les mêmes solutions ont prévalu. Pour le Conseil d'État, si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 conserve aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée le caractère d'un acte administratif réglementaire, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation. Il en va ainsi quand bien même les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi seraient entachées d'illégalité(97).

Il s'en déduit que les dispositions ressortissant au domaine de la loi d'une ordonnance non ratifiée ne sont pas au nombre des dispositions législatives pouvant faire l'objet d'une QPC(98).

En revanche, l'expiration de la durée de l'habilitation ne s'oppose pas à ce que celles des dispositions incluses dans une ordonnance qui relèvent de la compétence normale du pouvoir réglementaire puissent être modifiées par décret pris en Conseil d'État et délibéré en conseil des ministres(99). Le juge administratif a ainsi dû adapter sa jurisprudence à l'hypothèse où une ordonnance empiète sur la compétence dévolue au pouvoir réglementaire. Cette dernière éventualité peut avoir une incidence sur le contenu de la loi portant ratification.

## **Contenu de la loi portant ratification**

Le contenu d'une loi de ratification est simple. Il consiste en un article unique qui ratifie une ordonnance déterminée. En outre, il ressort du considérant n° 22 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 qu'un projet de loi de ratification est dispensé d'étude d'impact.

Ont dû cependant être réglées des questions tenant à l'hétérogénéité du contenu de l'ordonnance dont la ratification est prévue et à sa modification éventuelle au stade de la ratification.

## **Incidences de l'hétérogénéité du contenu de l'ordonnance**

N'ont vocation à figurer dans une ordonnance que des mesures relevant du domaine de la loi. Il s'ensuit, qu'en droit strict, le projet de loi de ratification devrait se limiter à celles des dispositions de l'ordonnance traitant de matières législatives. Toutefois, l'exclusion par le projet de loi de ratification de celles des dispositions relevant de la compétence normale du pouvoir réglementaire pourrait être interprétée comme entraînant leur caducité eu égard aux termes du deuxième alinéa de l'article 38.

C'est pourquoi les formations administratives du Conseil d'État, non sans avoir marqué des hésitations(100), ont admis qu'un projet de loi de ratification porte sur l'intégralité d'une ordonnance, nonobstant un empiètement partiel sur la compétence réglementaire. En pareil cas, le respect de cette compétence est assuré comme suit. Aussi longtemps que l'ordonnance n'a pas été ratifiée, un décret pris en Conseil d'État et délibéré en conseil des ministres peut modifier les dispositions ressortissant à la compétence normale du pouvoir réglementaire qui figurent dans l'ordonnance. Une fois ratifiée, il est loisible au Premier ministre de mettre en oeuvre la procédure de déclasserement prévue par l'article 37, alinéa 2, de la Constitution(101).

En dépit de la doctrine de l'Assemblée générale, la Section des Travaux publics a récemment émis un avis défavorable à un projet de loi de ratification d'une ordonnance dont le contenu relevait exclusivement de la compétence réglementaire(102).

## **Incidences de l'hétérogénéité du contenu du projet de loi de ratification**

L'absence d'étude d'impact dans le cas de l'ordonnance et sa dispense s'agissant du projet de loi de ratification trouvent une limite quand, au stade de la ratification, sont introduites des dispositions nouvelles n'ayant pas été prises en compte dans l'étude d'impact élaborée à l'occasion du projet de loi d'habilitation(103).

Les ajustements qui précèdent concernent des cas limites qui ne doivent pas occulter l'essentiel, à savoir la nécessité du dépôt en temps utile du projet de loi de ratification.

## **Le dépôt en temps utile du projet de loi de ratification**

Sous le régime des décrets-lois, le dépôt d'un projet de ratification conditionnait le maintien en vigueur du décret, hors le cas rarissime de circonstances exceptionnelles(104).

Sous l'empire de la Constitution de 1958, le dépôt du projet de loi de ratification sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée empêche que l'ordonnance soit frappée de caducité et permet son maintien en vigueur avec la valeur juridique d'un acte réglementaire tant qu'elle n'est pas ratifiée.

Le juge s'assure du dépôt de projet de loi de ratification(105). Les ordonnances maintenues en vigueur avec valeur réglementaire ne peuvent donner lieu à une QPC. Il y a concordance sur ce point des jurisprudences du Conseil d'État(106) et du Conseil constitutionnel(107).

Si le projet de loi de ratification n'est pas déposé en temps voulu, les ordonnances deviennent caduques. Le doyen Vedel était d'avis que la caducité n'impliquait pas la nullité *ab initio* de l'ordonnance mais la disparition de sa « force juridique à compter de l'expiration du délai dans lequel le projet de ratification aurait dû être déposé » (108). Par une décision du 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe* (109), le Conseil d'État a fait sienne cette analyse.

De son côté, l'assemblée générale a estimé, à propos d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution, n'ayant pas été ratifiée dans le délai de dix-huit mois prescrit par cet article, que la caducité en résultant prenait effet à l'expiration dudit délai. En pareil cas, la caducité de l'ordonnance, y compris d'un article procédant à des abrogations, a pour effet de mettre fin à ces abrogations(110). La caducité d'une abrogation se distingue donc de l'abrogation(111). Le raisonnement est transposable à une abrogation prononcée par une ordonnance régie par l'article 38 qui serait frappée de caducité.

Ces différentes solutions sont inspirées par un souci de sécurité juridique, tout en étant respectueuses de la lettre de la Constitution.

Si le dépôt du projet de loi de ratification est indispensable à la non-caducité de l'ordonnance, la ratification peut ne pas résulter de l'adoption de ce projet.

## **Formes que doit revêtir la ratification et effets qu'elle comporte**

La ratification, qui confère valeur législative à une ordonnance, ne doit pas être confondue avec une mesure de validation qui, si elle est conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles, s'oppose à ce que la légalité de l'acte validé puisse être utilement contestée, sans que la nature juridique de cet acte soit pour autant modifiée(112).

Ainsi distinguée de la validation, la ratification est soumise à un formalisme accru depuis la révision constitutionnelle de 2008, qui va cependant de pair avec une pratique souple. Ses effets ont également été précisés par la jurisprudence.

## **L'exigence d'une ratification expresse**

La jurisprudence du Conseil d'État avait admis que les décrets-lois puissent être ratifiés de façon non seulement expresse, mais également implicitement par le législateur(113). Le Conseil constitutionnel l'a transposée à la ratification des ordonnances prises au titre de l'article 38(114).

Le Conseil d'État a logiquement maintenu sa position antérieure en étant par là même conduit à distinguer les cas où la ratification tacite est opérante au moins partiellement(115) de ceux où elle est exclue(116). La

possibilité d'une ratification implicite était admise également par la Cour de cassation(117) et par le Tribunal des conflits(118).

Cette jurisprudence a encouru de vives critiques sur le plan doctrinal, en raison de la part d'incertitude attachée à sa mise en oeuvre(119). La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a en conséquence exigé que la ratification soit expresse. Elle a été interprétée comme ne remettant pas en cause les ratifications implicites résultant de dispositions législatives antérieures à la révision constitutionnelle, aussi bien par le Conseil d'État(120) que par le Conseil constitutionnel(121).

Le souci de clarification du constituant a vu ses effets atténués en pratique dans la mesure où la ratification ne dépend pas exclusivement de l'adoption du projet de loi déposé à cette fin. Elle peut résulter de tout amendement en ce sens, y compris d'origine parlementaire(122).

En outre, il a été procédé à la faveur de lois de simplification administrative à des ratifications multiples peu propices à un contrôle approfondi du Parlement ou du Conseil constitutionnel, s'il est saisi avant la promulgation (123).

## Les effets de la ratification

L'effet essentiel de la ratification est de conférer valeur législative dès sa signature à l'ordonnance. Il y a concordance sur ce point de la jurisprudence du Conseil constitutionnel(124) et de celle du Conseil d'État(125).

Une ordonnance que le Conseil d'État statuant au contentieux a partiellement annulée est ratifiée dans la rédaction résultant de cette annulation(126).

Si la ratification intervient à un moment où le Conseil d'État, saisi d'un recours dirigé contre l'ordonnance, n'a pas encore rendu sa décision, il sera conduit à prononcer un non-lieu à statuer(127), sous réserve que le loi de ratification ne soit pas intervenue dans des circonstances contraires au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme(128).

La loi de ratification peut modifier, le cas échéant avec effet rétroactif, l'ordonnance, à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère(129).

Pour le Conseil constitutionnel(130) comme pour le Conseil d'État(131), est inopérant à l'égard d'une loi de ratification le moyen tiré de ce que l'ordonnance aurait outrepassé les limites de l'habilitation.

L'ordonnance ratifiée, en raison de sa valeur législative, peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil d'État a admis, par une décision du 16 janvier 2018, *Union des ostéopathes animaliers* (132), que dès lors qu'elles ne sont pas séparables d'autres dispositions législatives visées par la même QPC, des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée peuvent être incluses dans le champ de cette QPC.

Dans leur note sous la décision du 16 janvier 2018, A. Bretonneau et X. Domino, ont souligné que le Conseil d'État avait tiré les conséquences de la démarche adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013. Il résulte de cette décision que lorsqu'il est saisi de dispositions législatives partiellement modifiées par une ordonnance non ratifiée et que ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions, il revient au juge constitutionnel de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative, en prenant en compte l'ensemble des dispositions qui lui sont renvoyées(133).

De tels aménagements d'ordre procédural sont à même d'apaiser les craintes formulées en doctrine au sujet de l'application de la QPC aux ordonnances(134).

## Situation née du rejet par le Parlement du projet portant ratification

Sous l'empire de la Constitution de 1946, Marcel Waline avait soutenu que lorsque la demande de ratification est déposée, le décret-loi demeure en vigueur « sous la condition résolutoire du refus formel par le Parlement ». Il en déduisait que si le Parlement rejette la demande de ratification « le décret doit être réputé n'avoir jamais pu obliger les citoyens, qui pourraient agir en répétition des sommes versées en vertu de ce décret, les infractions, même antérieures à ce décret, ne pourraient plus motiver de condamnation, etc. »(135).

Les premiers commentateurs de la Constitution de 1958 ont été d'avis que, si la ratification demandée est repoussée par le Parlement, les ordonnances deviennent caduques(136), au moins « pour l'avenir, comme dans le cas où le projet de loi de ratification n'aurait pas été déposé en temps utile »(137).

La question a été posée en 1986 au Conseil constitutionnel sans qu'elle soit tranchée de façon explicite(138).

Dans sa thèse consacrée à l'article 38, Catherine Boyer-Mérentier a soutenu que le refus de ratifier l'ordonnance laisse subsister son caractère réglementaire et n'emporte pas de caducité(139). La situation serait ainsi comparable à celle où l'ordonnance édictée n'est pas ratifiée.

Cette analyse évite d'avoir à déterminer le moment où le Parlement décide de repousser la ratification. Un vote en ce sens de l'Assemblée nationale paraît insuffisant, en l'absence de toute prise de position du Sénat. Le refus de ratification sera-t-il établi dès le constat de la double opposition des assemblées ou seulement une fois promulgué et publié le texte de la loi où la question de la ratification, après débat, a été en définitive écartée ?

On objectera, il est vrai, que si l'on n'adopte pas la thèse de la caducité, l'opposition exprimée par le Parlement s'en trouverait pour le moins minorée quant à ses effets. Ces derniers ne sont cependant pas inexistantes. L'ordonnance n'accède pas, du fait de l'attitude du Parlement, au statut d'acte de valeur législative. Elle demeure un simple acte réglementaire. De plus, le Parlement, s'il est hostile au contenu d'une ordonnance a toute latitude pour l'abroger ou le modifier, une fois expiré le délai de l'habilitation initiale, sans que l'irrecevabilité de l'article 41 puisse recevoir application.

En tout état de cause, il est peu probable que le gouvernement prenne l'initiative d'un vote sur la ratification s'il risque un échec au plan parlementaire.

Au total, l'élément qui est le plus susceptible de perturber le régime juridique applicable est lié à la caducité des ordonnances. Mais il peut être aisément paré à cette éventualité au moyen du dépôt en temps utile d'un projet de loi de ratification. Une fois levée cette hypothèque, le régime contentieux des ordonnances et les contrôles juridictionnels y afférents reposent sur des principes clairs.

## **Un contrôle juridictionnel diversifié**

Avant ratification les ordonnances ont la nature d'un acte administratif réglementaire. À l'instar des décrets-lois, elles sont prises en vertu d'une extension temporaire de la compétence réglementaire et non au titre d'une délégation de la compétence législative. Une fois ratifiées elles deviennent des textes de valeur législative. Leur régime juridique n'est donc pas le même, en l'absence de ratification et après ratification.

### **Le contrôle juridictionnel des ordonnances non ratifiées**

L'ordonnance non ratifiée est soumise au régime contentieux des actes réglementaires. Un recours par voie d'action relève de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort, conformément au 1° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative. Elle peut voir sa légalité contestée par voie d'exception, devant la juridiction administrative, le Tribunal des conflits(140), le juge pénal sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal, ou le juge civil suivant des modalités compatibles avec le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires(141).

Le contrôle qui s'exerce le plus fréquemment est celui du Conseil d'État, statuant au contentieux. Indépendamment des règles propres au contreseing des ordonnances, qui ont été rattachées à leur élaboration, les décisions rendues par le juge administratif sont significatives à plus d'un titre : sanction ou correction d'erreurs matérielles ; contrôle étroit des limites de l'habilitation ; censure d'incompétences négatives ; respect des principes constitutionnels et des principes généraux du droit ; contrôle de conventionnalité.

### **La sanction ou la correction d'erreurs matérielles**

La codification par voie d'ordonnance d'un nombre élevé de codes, effectuée sur le fondement de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999, n'a pas échappé à des malfaçons d'ordre rédactionnel, au demeurant très limitées.

L'insertion dans la partie législative du code monétaire et financier d'une disposition qui n'était plus en vigueur à la date de l'ordonnance de codification a d'abord été suspendue quant à ses effets par une décision du juge des référés(142), avant d'être annulée pour excès de pouvoir(143).

Une erreur purement matérielle d'un article de renvoi du code rural à un autre article résultant de l'ordonnance de codification a conduit à l'adoption d'une solution originale. Compte tenu tant de l'absence de tout doute sur la façon dont les auteurs de l'ordonnance auraient dû transcrire les dispositions antérieures à la codification que de l'impossibilité - la durée prévue par la loi du 16 décembre 1999 étant expirée - de prendre une ordonnance qui rectifierait l'erreur commise, le Conseil d'État a choisi de donner le meilleur effet à sa décision, non pas en annulant les dispositions erronées, mais en conférant de son propre chef aux dispositions codifiées leur exacte portée et en énonçant que le texte ainsi rétabli sera rendu opposable par des mesures de publicité appropriées (144).

Le juge de l'excès de pouvoir a fait preuve de plus d'orthodoxie dans le contrôle des ordonnances au regard de l'étendue de l'habilitation.

## **Le contrôle au regard de l'étendue de l'habilitation**

Au contentieux, le Conseil d'État, éclairé par un débat contradictoire, n'est pas moins vigilant que ses formations administratives quant au respect du champ fixé par l'habilitation.

Il s'est assuré que les ordonnances prises en matière de sécurité sociale sur le fondement de la loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995 n'excédaient pas le cadre défini par cette dernière(145).

En ce qui concerne les ordonnances intervenues en application de la loi du 16 décembre 1999, il a veillé à ce que les aménagements accompagnant la codification dite à droit constant, soient respectés, qu'il s'agisse de savoir si une disposition était ou non devenue « sans objet » et pouvait être exclue de la codification(146), s'il y avait lieu de procéder à une harmonisation du droit(147), ou encore si la répartition opérée entre la partie législative et la partie réglementaire d'un code était conforme à la Constitution(148).

Toujours en matière de codification, a été vérifié que les dispositions du code de l'éducation visant la Polynésie française ressortissent à la compétence de l'État(149) et qu'ont été maintenues en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle les dispositions particulières qui y régissent l'enseignement(150).

Sur un plan différent, la légalité de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics n'a été admise qu'une fois établie qu'elle procédait à une exacte transposition de la directive 2014/24/UE(151).

En sens inverse, à maintes reprises, une méconnaissance des limites de l'habilitation a été relevée. La première censure de ce chef a porté sur des dispositions qui, d'une part, en violation de l'article 34 de la Constitution, donnaient compétence au gouvernement, de manière permanente, pour définir les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État, et, d'autre part, soustrayaient certains actes administratifs au contrôle juridictionnel en procédant à leur validation(152). A été également censurée, faute d'habilitation législative, aussi bien par le Tribunal des conflits(153) que par le Conseil d'État(154), une modification des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

Excède le cadre de la codification à droit constant une extension du champ d'application de règles de procédure pénale(155) ou une modification apportée à l'application dans le temps de dispositions du code de l'énergie (156).

Est illégal l'usage fait d'une habilitation « visant à éviter les conflits d'intérêts », qui se traduit par un assouplissement des règles en ce domaine(157).

Est tout autant illégale l'institution d'un âge limite d'éligibilité aux élections aux conseils départementaux de l'ordre des médecins(158) ou de l'ordre des pharmaciens(159), au motif qu'une telle mesure ajoutée au droit existant sans répondre à l'objectif de simplification exigé par la loi d'habilitation.

Plus originale est la transposition aux ordonnances de la jurisprudence constitutionnelle relative à

l'incompétence négative du législateur.

## **Le cas particulier de l'incompétence négative**

Depuis une décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967(160) rendue sur le rapport de René Cassin, le Conseil constitutionnel fait obligation au législateur de ne pas rester en deçà de la compétence qu'il tient de la Constitution, c'est-à-dire de ne pas commettre d'incompétence négative.

Une ordonnance est soumise à une même exigence ainsi qu'il ressort de plusieurs décisions du Conseil d'État (161). L'ordonnance ne doit ni aller au-delà des termes de l'habilitation ni, s'il est fait usage de celle-ci, demeurer en deçà.

## **Le respect des principes constitutionnels et des principes généraux du droit**

Suivant les termes d'une décision de section du 19 octobre 2005(162), les ordonnances doivent respecter « les règles et principes de valeur constitutionnelle » ainsi que les « principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ».

La mise en oeuvre de cette double exigence est fonction de l'argumentation présentée par les requérants. Trois situations peuvent se présenter.

En premier lieu, un principe constitutionnel est seul invoqué comme cela s'est produit pour la liberté d'association. A été admise au regard de ce principe la légalité de l'article L. 212.1 du code de la sécurité intérieure issu de l'ordonnance du 12 mars 2012 permettant la dissolution par voie administrative de certaines associations(163).

En deuxième lieu, il peut se produire que le principe général du droit invoqué ait son équivalent au plan constitutionnel. Tel est le cas de la méconnaissance alléguée du principe d'égalité devant la loi ou du principe d'égalité devant les charges publiques, sans d'ailleurs emporter la conviction du juge(164). Tel est également le cas d'un moyen tiré de la violation du principe des droits de la défense. Le Conseil d'État l'a écarté au motif que ce principe ne s'applique pas préalablement au prononcé d'une mesure conservatoire(165) ou en interprétant l'ordonnance contestée comme ne faisant pas obstacle à l'application de ce principe en tant que principe général du droit qui s'impose même dans le silence des textes(166). Relève encore de cette situation un moyen pris de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie(167), dans la mesure où celle-ci n'est pas sans lien avec la liberté d'entreprendre qui se situe au niveau constitutionnel.

Dans une troisième éventualité le principe général du droit invoqué n'a pas d'équivalent au plan constitutionnel et se situe au niveau législatif. Il en va ainsi du principe de non-rétroactivité des actes administratifs ou de la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques, sauf disposition législative le prévoyant. Le juge administratif doit alors apprécier la portée de la loi d'habilitation. Sa tâche sera aisée si, comme ce fut le cas pour la loi du 30 décembre 1995, celle-ci est explicite au sujet d'une possible rétroactivité, ou au contraire plus délicate quand il a admis que les contrats de partenariat puissent être soumis à une procédure d'arbitrage(168).

On retire de la jurisprudence le sentiment que c'est en réalité au stade de la loi d'habilitation et de l'élaboration des ordonnances que se trouve assuré à titre préventif le respect des principes constitutionnels et des principes généraux du droit.

En revanche, statuant au contentieux, le Conseil d'État est mieux armé que ses formations administratives pour exercer le contrôle de conventionalité.

## **Le respect des engagements internationaux**

Il ressort de la décision de section précitée du 19 octobre 2005 que les ordonnances ne doivent pas méconnaître les engagements internationaux de la France « produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne ». Pour la mise en oeuvre de cette exigence, dans des cas où était invoquée la violation du droit de l'Union européenne et où la question soulevée paraissait sérieuse, le Conseil d'État a procédé à un renvoi à titre préjudiciel à la Cour de justice(169).

Au vu de l'interprétation donnée par la Cour du droit de l'Union, il a prononcé l'annulation d'une imposition

instituant une inégalité de traitement susceptible de défavoriser des entreprises ayant leur siège principal dans d'autres États membres et opérant en France par le biais d'établissements secondaires(170).

Dans un domaine différent, il a annulé l'ordonnance du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises comme contraire aux objectifs de deux directives(171).

Dans le même esprit, avant de statuer sur certains moyens invoqués au soutien de requêtes dirigées contre l'ordonnance du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente de produits du tabac, le Conseil a saisi la Cour de justice de l'Union européenne de plusieurs questions préjudicielles(172).

La ratification d'une ordonnance change sa nature juridique en lui conférant valeur législative. Son régime contentieux s'en trouve par là même modifié.

## **Le contrôle juridictionnel des ordonnances ratifiées**

En tant qu'acte législatif, une ordonnance ratifiée est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et plus exceptionnellement de conventionnalité.

### **Le contrôle de constitutionnalité**

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel n'a ni le même objet ni les mêmes effets selon qu'il est exercé *a priori* ou *a posteriori*.

Le contrôle, après le vote et avant la promulgation, peut porter sur la loi ou la disposition législative ratifiant l'ordonnance. Le juge constitutionnel l'a admis dès sa décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983(173). Son contrôle porte alors à la fois sur la loi et l'ordonnance ratifiée.

À l'occasion de la ratification, le législateur est tenu au respect des règles et principes de valeur constitutionnelle (174), mais n'est pas lié par les limites de l'habilitation initiale(175).

La reconnaissance de la conformité à la Constitution d'une loi de ratification peut être assortie d'une réserve d'interprétation visant le contenu d'une ordonnance(176).

La doctrine est partagée sur l'effet d'une censure d'une ratification motivée par l'inconstitutionnalité de l'ordonnance. Le président F. Luchaire a soutenu que l'ordonnance devenait caduque faute d'avoir fait l'objet d'un projet « régulier » tendant à sa ratification(177). D'autres auteurs ont été d'avis que l'ordonnance demeurait avec la qualité d'un acte réglementaire(178).

Si l'on retient la solution de la caducité, il resterait alors à en préciser la date d'effet. Serait par là même soulevée une problématique voisine de celle précédemment examinée à propos de l'hypothèse du refus par le Parlement de la ratification.

Si l'on estime que l'ordonnance est maintenue avec valeur réglementaire, elle ne pourrait, à l'instar de tout règlement illégal(179), recevoir application. Il en irait d'autant plus ainsi que son illégalité aurait été constatée par le Conseil constitutionnel avec l'autorité qui s'attache à ses décisions en vertu de l'article 62 de la Constitution.

Le contrôle des dispositions d'une ordonnance ratifiée peut également être exercé par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, au titre d'une violation des droits et libertés constitutionnellement garantis. Si la contestation est fondée, il appartiendra au Conseil constitutionnel de définir dans sa décision la date d'effet de l'abrogation des dispositions inconstitutionnelles.

### **Le contrôle de conventionnalité**

En cas de conflit entre la disposition législative que constitue une ordonnance ratifiée et un engagement international, il appartient au juge judiciaire, comme au juge administratif, dans leur sphère de compétence respective, d'écarter l'application dans un litige porté devant lui des dispositions de l'ordonnance ratifiée. Il s'agit là d'un cas particulier d'application de jurisprudences bien établies(180).

Sur ce fondement, le juge judiciaire a estimé que l'ordonnance du 2 août 2005 créant le contrat « nouvelles embauches », qui a été ratifiée implicitement(181), était contraire à la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail concernant la cessation de travail à l'initiative de l'employeur, en tant du moins qu'elle prévoit une période de consolidation de ce contrat « nouvelles embauches » de deux années(182). Le Conseil d'État s'était prononcé dans un sens différent, tout en admettant l'effet direct de la Convention n° 158(183).

\*\*\*

Les règles juridiques qui entourent la mise en oeuvre de l'article 38 de la Constitution forment un ensemble cohérent. Le Conseil d'État a transposé aux ordonnances prévues par cet article des raisonnements déjà éprouvés sous le régime des décrets-lois. L'habilitation donnée par le législateur à l'exécutif ne vaut que pour la durée qu'il fixe. Elle se traduit par une extension momentanée de la compétence du pouvoir réglementaire, lequel ne change pas de nature. Il lui faut respecter aussi bien les termes de la loi d'habilitation que les principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative. Le juge recherche d'office s'il y a eu un dépôt en temps utile d'un projet de loi portant ratification des ordonnances à peine de caducité de ces dernières. L'effet de la ratification, si elle intervient, est de conférer, dès sa signature, valeur législative à l'ordonnance.

Ces acquis jurisprudentiels ont été repris à son compte par le Conseil constitutionnel, avec le souci exprimé en particulier par la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, de vérifier que la loi d'habilitation respecte les règles et principes de valeur constitutionnelle et ne puisse être interprétée comme autorisant les ordonnances à y contrevenir. Il en résulte une exigence de précision des termes de l'habilitation assortie à l'occasion de réserves d'interprétation anticipant sur le contenu des ordonnances. Le Conseil constitutionnel peut encore être amené à contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance s'il est saisi de la loi qui en porte ratification avant sa promulgation, ou rechercher si elle ne méconnaît pas les droits et libertés constitutionnellement garantis dans le cadre d'une QPC.

Il faut saluer et la continuité de la jurisprudence administrative et la convergence des approches adoptées par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

Il n'y a pas eu seulement reprise de l'acquis jurisprudentiel et renforcement de ce dernier. Les dispositions de l'article 38, dont il pouvait être soutenu qu'elles visaient à renforcer temporairement les moyens d'action du gouvernement exclusivement pour l'exécution de « son programme », n'ont pas fait l'objet d'une interprétation en ce sens depuis la décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977. Le juge constitutionnel a entendu ménager les situations d'urgence. En outre, la déconnection du programme du gouvernement au sens de l'article 38, des termes de l'article 49, a permis par la suite au Conseil d'État d'admettre le caractère impersonnel d'une loi d'habilitation, sauf disposition contraire(184).

Sur chacune de ces questions - rattachement ou non au programme de l'article 49, caractère impersonnel ou non de l'habilitation -, nul doute qu'a pesé dans les décisions des juridictions le poids de la pratique parlementaire. Il est à relever que l'extension potentielle du recours aux ordonnances induite par la décision n° 76-72 DC et l'admission du caractère impersonnel de l'habilitation, ont été compensées par le renforcement du contrôle exercé sur l'habilitation.

À s'en tenir aux règles de droit applicables, le constat que l'on peut faire est donc rassurant. Il l'est d'autant plus que la révision constitutionnelle de 2008, en exigeant que la ratification d'une ordonnance ne puisse résulter que d'une disposition expresse, a supprimé l'élément d'incertitude inhérent à la notion antérieurement admise de ratification implicite.

Le constat de cohérence globale qui peut être dressé sur le plan juridique ne saurait cependant occulter certains errements observés en pratique. Le régime juridique des ordonnances n'échappe pas à ce que Max Weber appelait le « paradoxe des conséquences », en ce sens que le résultat final de l'action répond rarement à l'intention primitive de l'acteur(185).

L'encadrement juridique de l'article 38, qui devait dans l'esprit du doyen Vedel en discipliner l'usage, a été utilisé très souvent comme un mode d'emploi à suivre, sans souci d'en modérer la mise en oeuvre.

Appelle une remarque du même ordre l'exigence d'une ratification expresse. Voulu à juste titre par le constituant, elle s'est traduite, soit par des ratifications groupées peu propices à un contrôle, soit par des dispositions législatives incidentes en lieu et place du projet de loi déposé à cet effet.

Ainsi par exemple, l'ordonnance n° 2015-1207 du 30 septembre 2015 transposant sur le fondement de la loi n° 2014-1663 du 30 décembre 2014, le code mondial antidopage, a été ratifiée par l'article 221 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, issu d'un amendement dont l'exposé des motifs s'est borné à énoncer que la lutte contre le dopage dans le sport se rattache à la santé publique, sans aucune analyse du contenu de l'ordonnance. Qui plus est, en ce dernier domaine, le droit n'est pas pour autant stabilisé, dans la mesure où la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 comporte un article habilitant le gouvernement à « parfaire » par ordonnance la transposition du code mondial antidopage.

Il faut souhaiter que de semblables dérives, plutôt que d'alimenter un pessimisme sans issue<sup>(186)</sup>, soient progressivement surmontées. Le cadre juridique défini par la jurisprudence le permet. Il incombe aux responsables politiques d'en faire le meilleur usage possible.

### Mots clés :

**ACTE UNILATERAL** \* Ordonnance \* Habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnance

(1) V., P. Delvolvé, « L'été des ordonnances », RFDA 2005. 909 ; Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges Pactet*, Dalloz 2003 p. 617 ; « La loi administrative », RD publ. 2006. 65 ; Y. Jegouzo, « De l'usage immodéré des ordonnances », AJDA 2006. 1297 ; H. Portelli, « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », Droits n° 44, p. 3 ; J.-C. Colliard, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? », *Mélanges Y. Jegouzo*, Dalloz 2009, p. 121 ; L. Leveneur et Y. Robineau, « Le recours aux ordonnances en droit privé », RD d'Assas, févr. 2016, p. 9.

(2) M. Guillaume, « Les ordonnances, tuer ou sauver la loi ». Pouvoirs n° 114 ; F. Ancel, « Le procès en illégitimité : retour sur le processus d'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations ». RD D'Assas, déc. 2017, p. 83.

(3) J. Gicquel, « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », *Mélanges J. Morand-Deville*, Montchrestien. 2007, p. 345.

(4) M. Waline, « Les rapports entre la loi et le règlement, avant et après la Constitution de 1958 », RD publ. 1959. 699 s., spéc. p. 707 : « Est loi tout acte portant sur une matière législative quel qu'en soit l'auteur ».

(5) Cette appréciation, qui figure dans la 1<sup>re</sup> édition du *Précis* Dalloz de « droit constitutionnel » de L. Favoreu et autres, est reprise dans la 20<sup>e</sup> édition, publiée en 2017, p. 904.

(6) *La Constitution de la République française* (dir. F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot). Economica, 3<sup>e</sup> éd. 2009, p. 969.

(7) CE, sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*, Lebon p. 966 ; D. 1938.3.1, concl. R. Latournerie, note C. Eisenmann ; S. 1937.3.33, concl., note A. Mestre.

(8) CE, ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, Lebon p. 619 ; D. 1937.3.33, note L. Rolland ; RD publ. 1937. 501, concl. P. Renaudin ; CE, ass., 27 déc. 1938, *Amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'État*, Lebon p. 983 ; S. 1938.3.33 note P. Laroque ; D. 1939.3.57, concl. F. Roujou, note L. Rolland.

(9) V. RD publ. 1953. 170 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd. p. 83.

- (10) CE, ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, Lebon p. 121 ; D. 1956. 253, concl. P. Laurent.
- (11) V., G. Elgey, *De Gaulle à Matignon*, Fayard, éd. 2012, p. 133
- (12) V., J. Delvolvé, *Les délégations de matières en droit public*, thèse 1930.
- (13) V., M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF. 5<sup>e</sup> éd. 1960, p. 558.
- (14) V., F. Goguel, *Les Institutions politiques françaises*, Cours IEP. 1967, p. 554
- (15) Rec. Cons. const. p. 31
- (16) Sur l'évolution de la rédaction v., J.-L. Debré, *La Constitution de la V<sup>e</sup> République*, PUF, éd. 1975, p. 313.
- (17) Note L. Hamon, D. 1979. 182.
- (18) V. l'art. 77 de la Constitution italienne et l'art. 86 de la Constitution espagnole.
- (19) Rec. Cons. const. p. 15
- (20) Rec. Cons. const. p. 269, consid. 29, D. 1997. 123, obs. J. Trémeau ; Dr. soc. 1996. 279, note X. Prétot.
- (21) Rec. Cons. const. p. 136, AJDA 2000. 31, note J.-E. Schoettl ; D. 2000. 425, obs. D. Ribes ; Dr. soc. 2002. 379, étude E. Marie ; RTD civ. 2000. 186, obs. N. Molfessis.
- (22) V., M. Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement ». (Cah. Cons. const. n° 19, 2005, p. 97).
- (23) Cons. const., 4 juin 1984, n° 84-170 DC.
- (24) Cons. const., 30 déc. 1995, n° 95-370 DC, préc. Note 20.
- (25) V. Cons. const., 15 févr. 2007, n° 2007-547 DC, consid. 37 et 41, Rec. Cons. const. p. 60, AJDA 2007. 398 ; Cons. const., 6 déc. 2007, n° 2007-559 DC, Rec. Cons. const. p. 439, consid. 4, AJDA 2007. 2344 ; RFDA 2008. 603, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.
- (26) V. Rapport public 2005, p. 41.
- (27) V. la décision Cons. const., 17 juill. 2003, n° 2003-474 DC (Rec. Cons. const. p. 389, D. 2004. 1272, obs. O. Le Bot) citée par J.-C. Colliard dans sa contribution aux *Mélanges Jégouzo*, ouv. pr. p. 130 ; v. égal. Cons.

const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, § 8, AJDA 2018. 1191.

(28) JO 16 septembre 2017

(29) V. Cons. const., 5 janv. 1982, n° 81-134 DC, Rec. Cons. const. p. 15, préc. Note 19.

(30) V., B. Mathieu, « Les rôles respectifs du Parlement, du président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38 », RFDA 1987. 704 ; E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, éd. 1997, p. 387 ; D.G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz 1999, p. 740.

(31) Rec. Cons. const. p. 40, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RSC 2006. 124, obs. V. Bück.

(32) Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-534 DC, Rec. Cons. const. p. 44, AJDA 2006. 631 ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet.

(33) Cons. const., 25 janv. 2007, n° 2007-546 DC, Rec. Cons. const. p. 55, D. 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Cons. const., 1<sup>er</sup> mars 2007, n° 2007-552 DC, Rec. Cons. const. p. 90, D. 2008. 180, obs. T. Clay.

(34) Cons. const., 31 juill. 2014, n° 2014-700 DC, Rec. Cons. const. p. 368, D. 2015. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Constitutions 2014. 462, chron. P. Bachschmidt.

(35) AG-Section des finances, 13 nov. 2009, n° 383422 ; v. Rapport public pour 2010, p. 122 ; v. dans le même sens, Rapport public pour 2012, p. 218.

(36) AG (Section de l'administration) n° 387788, Rapport public 2013, p. 221.

(37) Cons. const., 9 avr. 2009, n° 2009-579 DC, Rec. Cons. const. p. 84, consid. 21, AJDA 2009. 738.

(38) Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, Rec. Cons. const. p. 61 ; AJDA 1986. 575, note J. Rivero ; *Grandes décisions*, 18<sup>e</sup> éd., p. 243.

(39) Cons. const., 1<sup>er</sup>-2 juill. 1986, n° 86-206 DC, Rec. Cons. const. p. 78 ; AJDA 1987. 263, note J. Boulouis ; Cons. const., 30 déc. 1995, n° 95-370 DC, Rec. Cons. const. p. 269, préc. ; Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, Rec. Cons. const. p. 136, préc. ; Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Rec. Cons. const. p. 382, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, Rec. Cons. const. p. 211, AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier ; Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-521 DC, Rec. Cons. const. p. 121, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; Cons. const., 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC, Rec. Cons. const. p. 140, AJDA 2009. 1399 ; D. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2009. 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; Constitutions 2010. 131, obs. X. Bioy ; Cons. const., 9 déc. 2010, n° 2010-618 DC, Rec. Cons. const. p. 367, AJDA 2011. 99, note M. Verpeaux ; *ibid.* 2010. 2396 ; *ibid.* 2011. 129, tribune G. Marcou ; AJCT 2011. 25, obs. J.-D. Dreyfus ; Constitutions 2011. 495, chron. M. Le Roux ; Cons. const., 23 janv. 2014, n° 2013-687 DC, Rec. Cons. const. p. 76, AJDA 2014. 188 ; D. 2014. 281, obs. J.-C. Zarka ; Cons. const., 11 déc. 2014, n° 2014-704 DC, Rec. p. 554, préc. ; Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, Rec. Cons. const. p. 141, AJDA 2015. 312 ; D. avocats 2015. 57, obs. L. Dargent ; Constitutions 2015. 207, chron. P. Bachschmidt ; Cons.

const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Rec. Cons. const. p. 415, AJDA 2015. 1570 ; D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; Constitutions 2015. 421, chron. A. Fabre ; RTD com. 2015. 699, obs. E. Claudel ; Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-757 DC.

(40) V. par ex., Rapport public 2014, p. 202.

(41) Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, AJDA 2017. 198 ; *ibid.* 812, note A. Legrand ; D. 2017. 686, note F. Safi ; *ibid.* 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; *ibid.* 1344, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; AJ fam. 2017. 90, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2017. 49, chron. G. Bergougous ; *ibid.* 52, chron. P. Bachschmidt ; *ibid.* 53, chron. P. Bachschmidt.

(42) V. *supra* note 38.

(43) V. la décision n° 86-207 DC.

(44) V. décision n° 86-208 DC.

(45) « Pourquoi taire l'admiration qu'appelle la subtile rigueur de système ainsi mis en place », AJDA 1986. 582.

(46) L. Favoreu, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? », RFDA 1987. 687.

(47) V. par ex., Cons. const., 11 déc. 2014, n° 2014-704 DC, Rec. Cons. const. p. 554, consid. 6.

(48) Cons. const., 8 janv. 2009, n° 2008-573 DC, Rec. Cons. const. p. 36, AJDA 2009. 8 ; *ibid.* 645, note B. Maligner ; RFDA 2009. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

(49) F. Luchaire, *La Constitution de la République française*, Economica, 2<sup>e</sup> éd. 1987, p. 796

(50) V., J.-M. Auby, « Limitations apportées à l'exercice par le gouvernement des pouvoirs spéciaux ». D. 1960. 45 ; concl. M. Bernard sur CE, ass., 5 mai 1961, Société Librairie Aristide Quillet, RFDA 2005. 918.

(51) Crim., 13 juill. 1961, D. 1961. 525, rapport J.-L. Costa ; D. 1962. 219.

(52) CE, sect., 5 mai 2006, n° 282352, *Schmitt*, Lebon p. 220, concl. R. Keller ; AJDA 2006. 1362, chron. C. Landais et F. Lenica ; Just. & cass. 2007. 208, Conférence N. Morelli ; RFDA 2006. 678, concl. R. Keller ; *ibid.* 686, note C. Boyer-Mérentier.

(53) Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, Rec. Cons. const. p. 63, consid. 23.

(54) Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, § 55 et 57, Constitutions 2017. 401, chron. P. Bachschmidt.

(55) Au lieu d'un délai unique de six mois, des délais échelonnés sont préconisés (Section des finances et Section de l'intérieur - 22 nov. 2016, n° 392.218, Rapport public 2017, p. 211).

(56) AG. 24 mars 2016, n° 391.362 ; Rapport public 2017, p. 298.

(57) V., F. Goguel, ouv. pr., p. 553.

(58) N° 220118, Lebon p. 71 ; AJDA 2001. 296, note C. L..

(59) CE, 23 janv. 2015, n° 380339, *Tirat*, Lebon T. p. 526 ; AJDA 2015. 136 ; *ibid.* 587, concl. A. Bretonneau ; Nouv. Cah. Cons. const. n° 48, p. 169, Comm. A. Roblot-Troizier.

(60) AJDA 2004. 1534, note J. Arrighi de Casanova ; *ibid.* 1937 ; *ibid.* 1385, tribune P. Cassia ; *ibid.* 1497, tribune M. Verpeaux ; *ibid.* 1537, note M. Gautier et F. Melleray, note D. Chamussy ; *ibid.* 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2005. 199, note S. Mouton ; *ibid.* 2004. 1739, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 3089, chron. D. Bailleul ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2004. 651, note B. Genevois ; *ibid.* 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar ; *ibid.* 2005. 597, étude E. Sales Rec. Cons. const. p. 101.

(61) Rapport public 2017, p. 298.

(62) Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, Rec. Cons. const. p. 8, consid. 14, RFDA 1990. 698, étude G. Vedel ; *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18<sup>e</sup> éd. p. 60 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21<sup>e</sup> éd., p. 585.

(63) N° 401536, Lebon T. p. 426-434 ; D. 2018. 479, obs. J.-P. Clavier, N. Martial-Braz et C. Zolynski.

(64) Rapport public 2011, p. 135.

(65) CE, 31 oct. 1958, *Le Guiner*, Lebon p. 514.

(66) CE, 7 déc. 1990, n° 55362, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Lebon p. 353.

(67) CE, 27 avr. 1998, n° 185644, *Confédération des syndicats médicaux français*, Lebon T. p. 684 ; D. 1998. 386, obs. X. Prétot ; RFDA 1999. 97, concl. C. Maugüé ; AG (Section de l'intérieur), 11 sept. 2003, n° 369250, Rapport public 2014, p. 220.

(68) CE, 28 déc. 2016, n° 394696, *Fédération du négoce agricole*, Lebon T. p. 838.

(69) Sur cette notion mentionnée dans l'avis du Conseil d'État du 6 févr. 1953, cité *supra* note 9, v. concl. B. Tricot sur CE, ass., *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence*, D. 1958. J. 656.

(70) G. Jèze, « Le contrôle juridictionnel des décrets-lois » RD publ. 1937. 501 ; Crim., 22 févr. 1939, S.1940.1.1 note A. Mestre.

(71) G. Vedel, *Droit administratif*, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 1961, p. 174.

(72) V. CE, ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, cité *supra* note 10.

(73) Rapport public 2011, p. 179 ; Rapport public 2012, p. 174 ; AG (section des travaux publics), n° 388964, Rapport public 2015, p. 236 ; section des travaux publics, 19 janv. 2016, n° 391027, Rapport public 2017, p. 297 ; AG (section des travaux publics) 21 juill. 2016, n° 391771, Rapport public 2017, p. 299 ; AG (section de l'intérieur, 10 novembre 2016, n° 392140 et 392141, Rapport public 2017, p. 296 ; AG (section des travaux publics) 1<sup>er</sup> déc 2016, n° 392 254, Rapport public 2017, p. 300.

(74) AG (section des travaux publics) n° 388463, Rapport public 2015, p. 237.

(75) Rapport public 2015, p. 237 à 240.

(76) Rapport public 2015, p. 497.

(77) AG. 24 mars 2016, n° 361262 ; AG. 10 nov. 2016, n° 392140 ; Rapport public 2017, p. 298 ; AG. 23 mars 2017, n° 393052, Rapport public 2018, p. 66.

(78) AG. (section des finances) 3 juin 2004, n° 370095.

(79) AG. (section de l'intérieur) 2 juillet 1998 n° 362339.

(80) V. note J.T, AJDA 1962. 114.

(81) AG. (section des travaux publics), 6 juill. 1971, n° 306811 ; AG (section de l'intérieur) 5 déc. 2002, n° 368525 ; AG (section de l'intérieur) 11 sept. 2003, n° 369250.

(82) Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Rec. Cons. const. p. 382, préc. ; Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-521 DC, Rec. Cons. const. p. 121, préc.

(83) V. Ann. Int. de Just. Const. 1986, p. 429.

(84) V., G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12<sup>e</sup> éd. 1992, tome 1, p. 44.

(85) V., B. Mathieu, article cité *supra* note 30, p. 715.

(86) CE, 10 juin 1966, n° 63563, *Pelon*, Lebon p. 384 ; AJDA 1966. 492, concl. J.-M. Galabert.

(87) CE, 4 nov. 1996, n° 177162, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, Lebon p. 427 ; RFDA 1996. 1099, concl. C. Maugué, note L. Favoreu.

- (88) CE, 5 nov. 2011, *Société des agrégés des universités*, Lebon. T. p. 537.
- (89) CE, 26 févr. 2007, n° 289743, *Réunion des organismes conventionnés assureurs, Fédération nationale de la Mutualité française*, Lebon T. p. 647.
- (90) Lebon p. 607.
- (91) Cons. const., 29 févr. 1972, n° 72-73 L, Rec. Cons. const. p. 31 ; Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, Rec. Cons. const. p. 63.
- (92) Cour d'arbitrage, arrêt n° 10/22 du 13 févr. 1992.
- (93) CE, 17 déc. 1999, n° 208623, *Union hospitalière privée*, Lebon T. p. 587 ; RDSS 2000. 522, obs. J.-M. De Forges.
- (94) CE, ass., 16 mars 1956, *Caisse autonome de sécurité sociale dans les mines*, Lebon p. 127.
- (95) G. Vedel, *Droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1961, p. 171.
- (96) V. chr. J. Fournier et G. Braibant, AJDA 1956. 221.
- (97) CE, ass., 11 déc. 2006, n° 279517, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon p. 510 ; AJDA 2007. 133, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. de Béchillon, « La vraie nature des ordonnances », *Mélanges Genevois*, Dalloz, éd. 2008, p. 209.
- (98) CE, 12 oct. 2016, n° 396170, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*, Lebon T. p. 917 ; AJDA 2016. 2153, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet.
- (99) CE, 30 juin 2003, n° 236571, *Fédération régionale ovine du Sud Est*, Lebon p. 292 ; AJDA 2003. 1950.
- (100) V. AG (section de l'intérieur) 3 févr. 1983, n° 332931 ; AG (Commission spéciale) 13 mars 2003, n° 368748.
- (101) AG (section de l'intérieur) 26 févr. 2004, n° 370011 ; Rapport public 2005, p. 46.
- (102) Section des Travaux publics, 3 janv. 2017, n° 392439 ; Rapport public 2018, p. 263.
- (103) V. Rapport public 2010, p. 98 ; Rapport public 2013, p. 218.
- (104) CE, sect., 27 avr. 1945, *Josué*, Lebon p. 84 ; D. 1945. 190, concl. Jacques Donnedieu de Vabres. En

réponse à un moyen tiré de ce que le décret du 1<sup>er</sup> juin 1940, pris en vertu des pouvoirs que le gouvernement tenait d'une loi du 8 déc. 1939 n'avait pas été ratifié, le Conseil d'État relève que « depuis la publication du décret du 1<sup>er</sup> juin 1939 les chambres n'ont siégé qu'en une session extraordinaire de deux jours dans des conditions telles que le dépôt de cet acte sur leurs bureaux était impossible ».

(105) CE, 23 avr. 1965, *Pierre Justin*, Lebon. T. p. 827.

(106) CE, 11 mars 2011, n° 341658, *Benzoni*, Lebon p. 81 ; AJDA 2011. 534 ; D. 2012. 704, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; RFDA 2012. 461, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; 15 févr. 2016, *Charon*, Lebon T. p. 914 ; Nouv. Cah. Cons. const., n° 52, p. 83, chron. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier.

(107) Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, Rec. Cons. const. p. 113 ; Cons. const., 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, Rec. Cons. const. p. 400, AJDA 2014. 1798 ; D. 2014. 1826.

(108) G. Vedel, *Droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. 1961, p. 175.

(109) N° 246748, Lebon p. 162.

(110) AG (section de l'intérieur) 30 avr. 2009, n° 382484 ; Rapport public 2010, p. 139.

(111) AG (section de l'intérieur) 10 janv. 2008, n° 380902, Rapport public 2009, p. 293 ; D. Chauvaux, « L'abrogation d'un texte qui en avait abrogé un autre fait-elle revivre le texte initial ? », RD publ. 2008. 1299.

(112) CE, 12 févr. 1997, n° 180780, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, Lebon p. 36 ; RFDA 1997. 471, concl. C. Maugüé ; CE, 27 avr. 1998, n° 185644, *Confédération des syndicats médicaux français*, préc.

(113) CE, 1<sup>er</sup> févr. 1939, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône*, Lebon p. 90 ; CE, ass., 5 janv. 1945, *Bos et Cresp*, Lebon p. 5 ; CE, 13 mai 1949, *Carrega*, Lebon p. 215 ; CE, sect., 25 janv. 1957, *Société Établissements Charlionais*, Lebon p. 54 ; RD publ. 1957. 1057, note M. Waline.

(114) V. les décisions n° 72-73 L et n° 86-224 DC, citées *supra* note 91.

(115) CE, 10 juill. 1972, n° 77961, *Compagnie Air inter*, Lebon p. 537 ; CE, 7 févr. 1994, n° 84933, *Ghez*, Lebon p. 55 ; AJDA 1994. 412, obs. G. Guglielmi ; CE, 17 déc. 1999, *Union hospitalière privée*, Lebon T. p. 587 ; CE, 8 déc. 2000, n° 199072, *Hoffer*, Lebon p. 585 ; AJDA 2000. 1065 ; *ibid.* 985, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 830 ; RFDA 2001. 454, concl. C. Maugüé ; CE, 19 mars 2003, n° 234073, *Association des élus de montagne, Association Coordination nationale Natura 2000*, Lebon T. p. 623 ; RTD eur. 2003. 661, chron. D. Ritleng.

(116) CE, 27 mai 2002, n° 227338, *SA Transolver service*, Lebon p. 176 ; D. 2002. 2188, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2002. 592, obs. N. Molfessis ; RTD com. 2003. 372, obs. A. Martin-Serf ; CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur*, Lebon p. 393, concl. Casas ; AJDA 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2005. 16, étude D. Linotte ; D. 2005. 16 ; RDI 2004. 548, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas ; RTD eur. 2005.

839, chron. D. Ritleng.

(117) Com., 6 oct. 1992 ; CJEG.1992. 535, note B. Poujade.

(118) T. confl., 19 mars 2007, n° 3622, *Samzun*, Lebon p. 592 ; AJDA 2007. 1357, note M. Verpeaux ; D. 2007. 944 ; Dr. soc. 2007. 750, concl. I. de Silva ; RDT 2007. 369, étude D. Guirimand.

(119) V., Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », cité *supra* note 1, p. 624 ; J. Gicquel, « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », cité *supra* note 3, p. 349 ; C. Castaing « La ratification implicite des ordonnances de codification », RFDC 2004. 275.

(120) CE, 11 mars 2011, *Benzoni*, Lebon p. 81, préc.

(121) Cons. const., 25 avr. 2014, n° 2014-392 QPC, Rec. Cons. const. p. 261, AJDA 2014. 888 ; Cons. const., 23 sept. 2016, n° 2016-567/568 QPC, AJDA 2016. 1776 ; D. 2016. 1864 ; Constitutions 2016. 540.

(122) V. en ce sens de façon implicite : Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, Rec. Cons. const. p. 529, AJDA 2012. 1928 ; D. 2012. 2382 ; *ibid.* 2013. 1584, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; RFDA 2013. 141, chron. Agnès Roblot-Troizier et G. Tusseau ; Constitutions 2013. 95, obs. O. Le Bot.

(123) V., J.-C. Colliard, « Que reste-t'il de l'article 38 de la Constitution ? », cité *supra* note 1, p. 127 ; G. Lethuillier, « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », LPA, 23 oct. 2009 ; G. Feldman, « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution » ; RD publ. 2011. 1565.

(124) N° 66-36L du 10 mars 1966, Rec. Cons. const. p. 23.

(125) CE, sect., 19 déc. 1969, n° 76173, *Dame Piard*, Lebon p. 593 ; CE, 27 juin 2007, n° 297531, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières - TOS*, Lebon p. 198 ; AJDA 2007. 1325.

(126) CE, 12 juin 2002, n° 241851, *Courty*, Lebon p. 217 ; CE, 20 mai 2014, n° 370820, *SELARL Tant d'M*, Lebon T. p. 487 ; D. 2014. 2021, obs. A. Laude.

(127) CE, 22 févr. 2002, n° 230625, *M et M<sup>me</sup> Hofmann* ; CE, 23 oct. 2002, n° 232945, *Société « Laboratoires Juva Santé »*, Lebon T. p. 881 ; AJDA 2003. 27, note D. Costa ; CE, 13 juin 2018, n° 408325, *Conseil national de l'ordre des infirmiers et autres*, Lebon ; AJDA 2018. 1246.

(128) CE, 8 déc. 2000, *Hoffer*, Lebon p. 585, préc. ; CE, 17 mai 2002, n° 232359, *Hoffer*, Lebon T. p. 583 ; RFDA 2002. 917, concl. C. Maugué ; RTD civ. 2002. 592, obs. N. Molfessis ; RGDIP 2002. 722, note A. Geslin.

(129) Section de l'intérieur, 10 nov. 2015, n° 390639, Rapport public 2016, p. 271.

(130) Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, Rec. Cons. const. p. 211, préc. ; Cons. const., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, Rec. Cons. const. p. 41, AJDA 2008. 851, étude D. Labetoulle ; D. 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Dr. soc. 2008. 424, note V. Bernaud.

- (131) CE, 5 févr. 2014, n° 373258, *Société d'édition de Canal Plus*, Lebon p. 17 ; AJDA 2014. 315.
- (132) CE, 16 janv. 2018, n° 415043, *Union des ostéopathes animaliers*, Lebon ; AJDA 2018. 80.
- (133) V., A. Bretonneau et X. Domino, *Gaz. Pal.*, 13 mars 2018.
- (134) V., A. Jennequin, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *ADJA* 2010. 2300.
- (135) Note sous CE, sect., 25 janv. 1957, *Société Établissements Charlionais et Compagnie*, *RD publ.* 1957. 1057.
- (136) A. de Laubadère, « *Traité élémentaire de droit administratif* », 3<sup>e</sup> éd. 1963, LGDJ, p. 79
- (137) G. Vedel, « *Droit administratif* », 2<sup>e</sup> éd. 1961, p. 175
- (138) Décision n° 86-208 DC des 1<sup>er</sup> et 2 juill. 1986, préc., *Rec. Cons. const.* p. 78, consid. 11.
- (139) C. Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *Economica* éd. 1996, p. 146.
- (140) T. confl., 20 oct. 1997, n° 3032, *Albert c/ Caisse primaire d'assurance maladie de l'Aude*, Lebon p. 535 ; *Dr. soc.* 1998. 603, note J. Brun.
- (141) T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC c/ Cherel c/ CNIEL*, Lebon p. 698 ; *Grands arrêts*, 21<sup>e</sup> éd., p. 873 *AJDA* 2012. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *ibid.* 2011. 2041 ; *D.* 2011. 3046, et les obs., note F. Donnat ; *ibid.* 2012. 244, obs. N. Fricero ; *RFDA* 2011. 1122, concl. J.-D. Sarcelet ; *ibid.* 1129, note B. Seiller ; *ibid.* 1136, note A. Roblot-Troizier ; *ibid.* 2012. 339, étude J.-L. Mestre ; *ibid.* 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Constitutions* 2012. 294, obs. A. Levade ; *RTD civ.* 2011. 735, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD eur.* 2012. 135, étude D. Rittleng.
- (142) CE, ord., 20 mars 2001, n° 230462, *Syndicat national des horlogers bijoutiers joailliers orfèvres et spécialistes de la table Saint-Eloi*, Lebon p. 142 ; *RTD civ.* 2001. 688, obs. N. Molfessis.
- (143) CE, 4 juillet 2001, même requérant que ci-dessus, n° 230461.
- (144) CE, 25 mars 2002, n° 224055, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, Lebon p. 110.
- (145) CE, 1<sup>er</sup> déc. 1997, n° 184546, *Union des professions de santé libérales SOS action santé et Syndicat des médecins d'Aix et région*, Lebon p. 449 ; *D.* 1998. 33 ; *RDSS* 1998. 420, obs. P. Pédrot ; CE, 1<sup>er</sup> avr. 1998, n° 188529, *Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*,

Lebon p. 114 ; D. 1998. 133 ; RDSS 1998. 805, obs. J.-M. De Forges ; *ibid.* 816, concl. J.-C. Bonichot ; CE, 27 avr. 1998, n° 183574, *Syndicat des médecins libéraux*, Lebon T. p. 680.

(146) CE, 13 juill. 2006, n° 286711, *France Nature Environnement*, Lebon p. 337 ; AJDA 2006. 1526 ; *ibid.* 2119, concl. M. Guyomar.

(147) CE, 11 févr. 2002, n° 227273, *Union de la publicité extérieure*, Lebon p. 30.

(148) CE, 27 mai 2002, *SA Transolver Service*, préc., Lebon p. 176.

(149) CE, 29 mars 2002, n° 224574, *Gouvernement de la Polynésie française*.

(150) CE, 6 juin 2001, n° 224053, *Archevêque de Strasbourg*, Lebon p. 255.

(151) CE, 9 mars 2016, n° 393589, *Conseil national des barreaux*, Lebon T. p. 670 ; AJDA 2016. 518.

(152) CE, ass., 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Lebon p. 658 ; AJDA 1962. 114, note JT. ; D. 1962. 424, note M. Fromont ; S. 1963. 59, note L. Hamon.

(153) T. confl., 20 oct. 1997, *Albert c/ Caisse primaire d'assurance maladie de l'Aude*, cité *supra* note 140.

(154) CE, 1<sup>er</sup> déc. 1997, n° 176352, *CPAM de la Sarthe*, Lebon p. 446 ; D. 1998. 37 ; Dr. soc. 1998. 603, note J. Brun ; CE, 12 juin 1998, n° 183528, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon T. p. 679 ; RDSS 1999. 527, concl. C. Maugüé.

(155) CE, 26 nov. 2001, n° 222741, *Association Liberté Information Santé*, Lebon p. 578 ; RFDA 2002. 65, concl. S. Boissard ; RTD civ. 2002. 592, obs. N. Molfessis.

(156) CE, 21 mars 2012, n° 349415, *Électricité de France*, Lebon p. 96 ; AJDA 2012. 621 ; RTD com. 2012. 732, obs. G. Orsoni.

(157) CE, 23 déc. 2010, n° 337396, *Conseil national de l'ordre des médecins, Syndicat national des médecins biologistes*, Lebon T. p. 988.

(158) CE, 25 mai 2018, n° 409869, *Conseil régional de Midi-Pyrénées de l'ordre des médecins*.

(159) CE, 25 mai 2018, n° 409874, *Conseil régional d'Auvergne de l'ordre des pharmaciens*.

(160) Rec. Cons. const. p. 19.

(161) CE, 9 sept. 1994, n° 139033, *Société Mayotte Motors Corporation*, Lebon p. 140 ; CE, ass., 3 juill. 1998, n° 188004, *Syndicat des médecins de l'Ain*, Lebon p. 277 ; AJDA 1998. 633 ; *ibid.* 559, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D. 1998. 231 ; Dr. soc. 1998. 817, étude X. Prétot ; RFDA 1998. 942, concl. C. Maugüé ; RDSS 1998.

755, note L. Dubouis ; LPA 13 août 1999, note J. Trémeau ; CE, ass., 7 juill. 2006, n° 283178, *France Nature Environnement*, Lebon p. 328 ; AJDA 2006. 1412 ; *ibid.* 2053, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2006. 1985 ; *ibid.* 2007. 973, obs. J. Pradel ; RFDA 2006. 1261, concl. M. Guyomar.

(162) CE, sect., 19 oct. 2005, n° 283471, *Confédération générale du travail (CGT)*, Lebon p. 430 ; AJDA 2005. 1980 ; *ibid.* 2162, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2006. 629, note G. Borenfreund ; Dr. soc. 2006. 494, note X. Prétot.

(163) CE, 30 juill. 2014, n° 370306, *Association « Envie de rêver »*, Lebon p. 257 ; AJDA 2014. 1629 ; *ibid.* 2167, étude R. Rambaud ; RFDA 2014. 1158, concl. E. Crépey.

(164) CE, 4 nov. 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, *supra* note 87 ; CE, 12 févr. 1997, n° 180079, *Fédération des mutuelles de France*, Lebon p. 655 ; Dr. soc. 1997. 436, obs. P. Laigre ; RFDA 1997. 463, concl. C. Maugüé ; CE, ass., 28 mars 1997, n° 179049, *Société Baxter*, Lebon p. 114 ; RFDA 1997. 450, concl. J.-C. Bonichot ; *ibid.* 460, obs. F. Mélin-Soucramanien ; CE, 30 avr. 1997, n° 180838, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*, Lebon p. 174 ; Dr. soc. 1997. 845, note X. Prétot ; RFDA 1997. 474, concl. C. Maugüé ; RDSS 1997. 779, obs. L. Dubouis ; CE, 17 nov. 1997, n° 181622, *Syndicat des médecins libéraux*, Lebon p. 424 ; CE, 27 avr. 1998, n° 183574, *Syndicat des médecins libéraux*, Lebon T. p. 680 ; CE, 30 juin 2003, n° 246590, *Kamardine*, Lebon p. 294 ; AJDA 2003. 2055.

(165) CE, ass., 13 juill. 1966, n° 52641, *Fédération de l'éducation nationale*, Lebon p. 497 ; RD publ. 1966. 1157, concl. contraires J. Rigaud ; RD publ. 1967. 152, note M. Waline ; CE, 25 mars 2002, n° 224221, *M<sup>me</sup> Tiraspolky*, Lebon T. p. 587.

(166) CE, 30 avr. 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*, *préc.*

(167) CE, 1<sup>er</sup> avr. 1998, n° 188529, *Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*, Lebon p. 114 ; D. 1998. 133 ; RDSS 1998. 805, obs. J.-M. De Forges ; *ibid.* 816, concl. J.-C. Bonichot.

(168) CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur*, Lebon p. 393, concl. D. Casa, spéc. p. 414. AJDA 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2005. 16, étude D. Linotte ; D. 2005. 16 ; RDI 2004. 548, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas ; RTD eur. 2005. 839, chron. D. Ritleng

(169) CE, ass., 28 mars 1997, *Société Baxter*, cité *supra* note 164 ; CE, sect., 19 oct. 2005, *Confédération générale du travail et autres*, *préc.*, Lebon p. 434.

(170) CE, 15 oct. 1999, n° 179049, *Société Baxter*, Lebon T. p. 584 ; D. 1999. 259 ; RDSS 2000. 64, obs. A. Laude ; Dr. fisc. 2000, n° 866, concl. J.-C. Bonichot.

(171) CE, 6 juill. 2007, n° 283892, *Confédération générale du travail (CGT)*, *Confédération française démocratique du travail (CFDT)*, *Confédération française de l'encadrement (CGC)*, *Confédération générale du travail - Force ouvrière (CGT-FO)*, Lebon T. p. 727 ; JCP Soc. 2007.1572, note B. Gauriau.

(172) CE, 10 mai 2017, n° 401536, *Fédération des fabricants de cigares et autres*, *préc.*

(173) Rec. Cons. const. p. 41.

(174) Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-75 DC, § 4.

(175) V. la jurisprudence citée *supra*, note 130.

(176) Cons. const., 22 mars 2018, n° 2018-761 DC.

(177) V., F. Luchaire, « La Constitution de la République française », ouv. préc., note 6, 3<sup>e</sup> éd., p. 973.

(178) V. *Code constitutionnel* (Direc. Th. S. Renoux et M. de Villiers), LexisNexis, 2014, p. 684.

(179) CE, sect., 14 nov. 1958, *Ponard*, Lebon p. 554, dont la portée devra cependant être réexaminée compte tenu de la volonté du Conseil d'État de limiter la possibilité d'invoquer par voie de l'exception, des vices de forme ou de procédure (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, Lebon ; AJDA 2018. 1009 ; *ibid.* 1206, chron. S. Roussel et Charline Nicolas) ; RFDA 2018. 649, concl. A. Bretonneau, obs. D. de Béchillon et P. Delvolvé.

(180) Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975. 497 concl. A. Touffait ; CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon p. 190, concl. Frydman ; 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 ; *ibid.* 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch

(181) T. confl., 19 mars 2007, *Samzun*, cité *supra* note 118.

(182) CA Paris, 6 juill. 2007, JCP. Soc. 2007.1565, note critique P. Morvan.

(183) CE, sect., 19 oct. 2005, *Confédération générale du travail et autres*, cité *supra* note 162.

(184) CE, sect., 5 mai 2006, *Schmitt*, cité *supra* note 52.

(185) V., L. Fleury, *Max Weber - La responsabilité devant l'histoire*, Armand Colin. éd. 2017, p. 165

(186) V., J. Thomas, « Les ordonnances et le temps », RD publ. 2015. 913, spéc. p. 944.