Accroche : Souvent critiqué tant pour des motifs politiques que pour les difficultés que cette pratique engendre, le régime juridique des ordonnances de l’article 38 de la Constitution de 1958 était défendu par le Conseiller d’État Bruno Genevois, qui soutenait dans un article publié en 2018 que celui-ci était « *cohérent et nullement baroque* » (*RFDA*, 2018, p. 755). Il est nécessaire de se demander dans quelle mesure cette assertion est toujours aussi juste, au regard des bouleversements récents apportés par la jurisprudence relative au statut des ordonnances non ratifiées.

Définitions : Les ordonnances de l’article 38 de la Constitution sont des textes occupant une place spéciale dans la hiérarchie des normes : elles sont adoptées par le pouvoir exécutif, mais elles ont vocation à acquérir une valeur législative au terme d’une procédure faisant intervenir le Parlement à deux reprises. Celui-ci donne au Gouvernement une habilitation pour intervenir dans le domaine de la loi, puis ratifie l’ordonnance, c’est-à-dire confère une valeur législative à un texte qui a jusqu’alors une valeur réglementaire.

Le mot cohérence renvoie à l’idée de rapport logique entre différents éléments et d’absence de contradictions. Bruno Genevois oppose ce terme à celui de baroque, qui renvoie selon lui à « *ce qui est énigmatique, mystérieux et obscur, voire inattendu et choquant* » (*RFDA*, 2018, p. 755).

Le sujet nous invite donc à nous demander si le régime juridique des ordonnances de l’article 38 est logique et dénué de contradiction, ou si au contraire il contient encore des questions obscures et donne lieu à des solutions difficiles à comprendre.

Intérêt du sujet : Le régime juridique des ordonnances ne peut être compris que s’il est replacé dans le contexte global de la Constitution du 4 octobre 1958. Celle-ci est en effet marquée par un souci du pouvoir constituant de renforcer le pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif. La Constitution opère ainsi un nouveau partage des compétences : le domaine de la loi est limité à une liste de thèmes déterminés à l’article 34, tandis que l’article 37 dispose que toutes les matières qui ne sont pas du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Dans cette perspective, le recours aux ordonnances de l’article 38 est aussi une des techniques permettant de renforcer le pouvoir exécutif, puisqu’il s’agit d’un moyen d’étendre temporairement le domaine de compétence du Gouvernement qui se trouve autorisé à intervenir dans un domaine normalement réservé au pouvoir législatif. C’est pour cette raison que le recours à cette pratique est contesté sur le plan politique, comme l’illustre le conflit récent entre des sénateurs et le gouvernement au sujet d’une ordonnance visant à supprimer l’ENA, certains parlementaires ayant décidé de déposer une proposition de loi ratification dans l’unique but de la rejeter (« Haute fonction publique : Bras de fer entre le Sénat et le gouvernement », *Le Monde*, 1er octobre 2021)

Toutefois, cet article peut aussi être vu comme un encadrement juridique d’une pratique qui existait depuis la IIIème République, celle des décrets-lois, une pratique par laquelle le Parlement habilitait le Gouvernement à adopter des mesures modifiant les dispositions législatives. Grâce à l’article 38 de la Constitution, la cohérence du régime juridique des ordonnances est assurée par le respect d’un formalisme associant le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Leur place dans la hiérarchie des normes ainsi que leur régime contentieux évoluent d’une manière conforme à une approche organique de la répartition des pouvoirs : le texte adopté par le Gouvernement a une valeur réglementaire et est donc soumis au contrôle du juge administratif, tandis que c’est une loi de ratification adoptée par le Parlement qui lui confère une valeur législative.

De sérieuses difficultés apparaissent en revanche si l’on s’intéresse au statut des ordonnances non ratifiées. En effet, l’article 38 prévoit simplement que les ordonnances deviennent caduques si le projet de loi de ratification n’est pas déposé dans le délai fixé par la loi d’habilitation, mais ne dit rien concernant le cas des ordonnances pour lesquelles le projet de loi de ratification a été déposé mais pas adopté par le Parlement. Si le dépôt du projet de loi suffit à leur faire échapper à la caducité, l’absence de ratification devrait en principe faire obstacle à ce que l’ordonnance soit considérée comme une loi. Ce problème s’aggrave dans la période actuelle avec un recours accru à la pratique des ordonnances. Si les gouvernements prennent soin de déposer un projet de loi de ratification afin d’empêcher la caducité de l’ordonnance, un nombre de plus en plus important de ces projets n’est jamais examiné par le Parlement, ce qui aboutit au maintien en vigueur de textes adoptés par le pouvoir exécutif dans le domaine de la loi. Cette situation est une anomalie juridique car toute ordonnance a vocation à être ratifiée, puisque l’intervention du gouvernement dans le domaine de la loi n’est censée être que temporaire.

Pour faire face à cette situation anormale qui n’était probablement pas anticipée par les auteurs de la Constitution de 1958, une jurisprudence récente du Conseil constitutionnel admet, contrairement aux principes établis jusqu’alors, que les dispositions d’une ordonnance non ratifiée puissent être considérées comme des dispositions législatives, dès lors que le délai d’habilitation a expiré et que celles-ci ne peuvent plus être modifiées par le pouvoir réglementaire. Bien que contestable sur le plan de la logique juridique, cette nouvelle jurisprudence a pour intérêt principal d’étendre le contrôle exercé par le juge constitutionnel sur les textes adoptés dans le domaine de la loi, en étendant la possibilité de recourir à la question prioritaire de constitutionnalité contre ces textes.

Problématique : La cohérence du régime juridique des ordonnances est-elle mise à mal par la jurisprudence récente relative au statut des ordonnances non ratifiées ?

Annonce du plan : Il s’agira de démontrer que la cohérence qui était jusqu’à présent assuré par l’encadrement constitutionnel de la pratique des ordonnances (I) est désormais mis à mal par le statut des ordonnances non ratifiées (II).

1. **Une cohérence assurée par un formalisme constitutionnel**

Le régime des ordonnances est soumis à un formalisme faisant intervenir le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, de sorte que les règles normales de répartition des compétences sont préservées (A). L’évolution de la valeur normative de l’ordonnance est accompagnée d’une évolution de son régime contentieux qui associe le juge administratif et le juge constitutionnel (B).

1. **La cohérence assurée au regard des compétences des autorités normatives**

Si le recours aux ordonnances permet effectivement d’étendre la compétence du pouvoir réglementaire, cette pratique est encadrée par un formalisme associant le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, de manière à préserver une approche organique de la répartition des compétences.

Le Gouvernement ne peut intervenir dans le domaine de la loi qu’en vertu d’une habilitation qui doit lui être accordée par le Parlement. En effet, l’article 38 dit que « *le Gouvernement peut, pour l’exécution de son programme, demander au Parlement l’autorisation de prendre par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». L’autorisation doit donc être demandée par le Gouvernement, et le Conseil constitutionnel fait application de cette disposition estimant que la loi d’habilitation ne peut résulter que d’un projet de loi, et non pas d’une proposition de loi (CC, 20 janvier 2005, décision n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*).

La loi d’habilitation doit déterminer de manière précise le domaine dans lequel le Gouvernement intervient : dans une décision de 1986, le Conseil constitutionnel dit que l’article 38 fait « *obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention* ». Mais cette même décision précise que cette obligation n’implique pas que le Gouvernement soit obligé de faire connaître la teneur des ordonnances qu’il adoptera et qu’elle peut dépendre des résultats d’études ou de travaux dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions. Dans une décision de 2017 (CC, 26 janvier 2017, décision n° 216-745 DC, *Loi relative à l’égalité et à la citoyenneté*), au sujet d’une loi habilitant le Gouvernement à prendre une ordonnance relative à l’ouverture d’établissement scolaire privés, le Conseil constitutionnel estime que la loi a insuffisamment précisé les finalités des mesures, en confiant au Gouvernement le soin de préciser les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser l’ouverture de tels établissement. L’insuffisance de cette précision de la finalité s’apprécie au regard de l’atteinte susceptible d’être portée à un principe à valeur constitutionnel, en l’espèce la liberté de l’enseignement.

L’expiration du délai d’habilitation a pour effet de mettre fin à la compétence du Gouvernement. L’article 38 dit en effet que lorsque ce délai est passé, « *les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ». Ainsi, le Conseil d’État estime que l’auteur de l’ordonnance ne peut donc plus faire droit à une demande d’abrogation de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi, même si elles sont entachées d’illégalité (CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil national de l’ordre des médecins*). Seules les dispositions de nature réglementaire peuvent encore être modifiées par décret après l’expiration du délai d’habilitation (CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*).

La ratification de l’ordonnance est le moment où celle-ci cesse d’être un acte administratif et acquiert une valeur législative, puisque c’est l’acte par lequel le Parlement approuve de manière expresse les mesures adoptées par le Gouvernement pendant la période d’habilitation. Ainsi, la jurisprudence administrative affirme qu’en cas de ratification, ces textes ne peuvent plus être abrogés par leur auteur (CE, 23 octobre 2002, *Laboratoires Juva Santé*).

La procédure instituée par l’article 38 donne donc une cohérence au régime des ordonnances au regard de la répartition des compétences normatives, puisque le législateur intervient à deux étapes : d’abord pour habiliter le pouvoir exécutif à intervenir dans le domaine de la loi, et ensuite pour conférer une valeur législative à l’ordonnance ainsi adoptée. Parallèlement à l’évolution de la valeur juridique de l’ordonnance, son régime contentieux est aussi amené à évoluer.

1. **La cohérence assurée au regard du partage du contrôle juridictionnel**

Le traitement contentieux des ordonnances est un signe de la cohérence de leur régime. En effet, la détermination du juge compétent pour contrôler l’ordonnance suit l’évolution de sa place dans la hiérarchie des normes.

Le contrôle de l’ordonnance est partagé entre le juge administratif et le juge constitutionnel, en fonction de sa valeur normative. Lorsqu’elle est adoptée par le Gouvernement, et avant sa ratification, l’ordonnance est considérée comme un acte administratif susceptible de faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d’État (CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*). Le Conseil d’État adopte une approche organique tendant à considérer que les actes du pouvoir exécutif, indépendamment de leur matière, doivent être considérés comme des actes administratifs : c’est le cas des règlements adoptés sur le fondement d’une délégation législative (CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l’est*), mais aussi des règlements adoptés sur le fondement du pouvoir réglementaire autonome (CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*), et même des ordonnances adoptées par le Président de la République en vertu d’une habilitation accordée par le peuple par la voie du référendum (CE, 19 octobre 1962, *Canal*). Lorsque l’ordonnance a été ratifiée, elle ne peut plus être contestée devant le juge administratif (CE, 8 décembre 2000, *Hoffer*).

Le Conseil constitutionnel est compétent d’abord pour contrôler, dans le cadre de son contrôle *a priori*, la loi d’habilitation selon des principes affirmés dans une décision de 1986 (CC, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*) : « *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 il appartient au Conseil constitutionnel « *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*». Le Conseil constitutionnel peut employer la technique des réserves d’interprétation, qui consiste à indiquer, dans les motifs de sa décision, comment le texte de la loi d’habilitation doit être interprété afin que le Gouvernement n’adopte pas une ordonnance qui serait contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel exerce aussi son contrôle *a priori* sur la loi de ratification, mais selon Bruno Genevois, la doctrine est partagée sur le sort d’une ordonnance dont la loi de ratification serait censurée : pour certains, l’ordonnance devrait être considérée comme caduque, comme si le projet de loi de ratification n’avait pas été déposé, mais pour d’autres, elle devrait demeurer en vigueur avec la qualité d’acte réglementaire (GENEVOIS Bruno, « L’application de l’article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », *RFDA*, 2018, p. 755)

Le recours au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité a soulevé plus de difficultés. Lorsque l’ordonnance a été ratifiée, elle est susceptible de faire l’objet d’une QPC, mais des hésitations ont pu exister quant à la possibilité d’exercer cette voie de recours avant la ratification, puisque la QPC ne peut être faite qu’à l’encontre de dispositions qui ont le caractère de dispositions législatives (CC, 10 février 2012, décision n° 2011-219 QPC, *M. Patrick É.*). Le Conseil d’État a d’abord refusé de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel portant sur une loi d’habilitation, en estimant les dispositions de celle-ci « *se bornent à délimiter le champ de l’habilitation donnée au Gouvernement [et] ne sont, dès lors, par leur nature même, pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (CE, 23 janvier 2015, n° 380339). Le Conseil constitutionnel a par la suite contredit cette position en estimant qu’il peut être sais par la voie de la QPC « *de griefs tirés de ce que les dispositions d’une loi d’habilitation portent atteinte, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux droits et libertés que la Constitution garantit* », ce qui revient à appliquer au contrôle *a posteriori* les mêmes principes que pour le contrôle *a priori*, et vérifier que l’habilitation n’ait pas eu pour effet de dispenser le Gouvernement du respect de la Constitution (CC, 3 juillet 2020, décision n° 2020-851/852 QPC, *M. Sofiane A.*).

Si une approche organique permet de préserver la cohérence du régime juridique d’un texte qui évolue entre la valeur réglementaire et la valeur législative, la jurisprudence récente, en ce qu’elle conduit à reconnaître le caractère législatif d’une ordonnance qui n’a pas été formellement ratifiée par le pouvoir législatif, met à mal cette cohérence.

1. **Une cohérence mise à mal par le statut des ordonnances non ratifiées**

Le Conseil constitutionnel a initié un bouleversement des principes guidant le régime juridique des ordonnances en reconnaissant pour la première fois qu’une ordonnance pouvait avoir un caractère législatif même sans avoir été ratifiée par le Parlement (A), ce qui entraîne une ambigüité quant à leur régime contentieux (B).

1. **La reconnaissance du caractère législatif des ordonnances non ratifiées**

La cohérence du régime juridique a été mise à mal par une jurisprudence récente du Conseil constitutionnel admettant qu’une ordonnance pouvait avoir un caractère législatif même en l’absence de ratification.

Le statut des ordonnances non ratifiées soulève des difficultés en ce qui concerne les voies de recours ouvertes contre elles. En effet, l’article 38 dit simplement qu’un projet de loi de ratification doit être déposé dans un délai défini par la loi d’habilitation, sans quoi l’ordonnance devient caduque (CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*), mais reste silencieux sur la question des ordonnances pour lesquelles un projet de loi ratification a été déposé mais n’a pas encore été adopté par le Parlement. Conformément aux principes issus de la jurisprudence, on sait que dans une telle situation, dès lors que le délai d’habilitation a expiré, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées ou abrogées par le Gouvernement, à moins qu’une nouvelle habilitation soit accordée par le législateur. Pourtant, l’absence de ratification fait obstacle à ce qu’une question prioritaire de constitutionnalité soit posée à leur encontre (CE, 12 octobre 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*).

Dans une décision du 28 mai 2020 (CC, 28 mai 2020, décision n° 2020-843 QPC, *Force 5*), le Conseil constitutionnel a pour la première fois reconnu un caractère législatif à des dispositions d’une ordonnance non ratifiée, dans le but de sauvegarder une disposition législative qui était contestée. En l’espèce, l’auteur de la QPC arguait du fait qu’une disposition législative fixant les conditions de la délivrance des autorisations d’exploiter une installation de production d’électricité est entachée d’incompétence négative du législateur, au motif que la loi aurait dû, conformément à l’article 7 de la Charte de l’environnement, prévoir un dispositif permettant la participation du public à la prise de la décision car celle-ci a une incidence sur l’environnement. Or, les modalités de la participation du public ont été déterminées par une ordonnance, et le Conseil constitutionnel estime que même si celle-ci n’est pas ratifiée, elle a le caractère d’une disposition législative, ce qui permet de considérer que la disposition contestée n’est pas entachée d’incompétence négative du législateur. La logique de cette décision s’explique par le fait que le délai d’habilitation avait expiré, ce qui avait pour effet de priver le Gouvernement de son pouvoir de modifier ou d’abroger les dispositions de cette ordonnance relevant du domaine de la loi. Or, l’article 7 de la Charte de l’environnement, en exigeant l’adoption de normes de nature législative, a pour but de donner au principe de participation du public concernant les décisions affectant l’environnement un niveau de protection supérieur, en le mettant hors de portée de la compétence du pouvoir réglementaire. Comme l’expiration du délai d’habilitation a pour effet de mettre fin à la compétence du Gouvernement, l’ordonnance se trouve de fait hors de portée de la compétence du pouvoir réglementaire, il est légitime de considérer qu’elle a le caractère de disposition législative dans la mesure où seule la loi peut la modifier.

Cette position a été réitérée à l’occasion d’un recours où le Conseil constitutionnel a admis la possibilité de former une QPC contre les dispositions d’une ordonnance non ratifiée : « *Si les dispositions d’une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu’elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l’expiration du délai de l’habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l’article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité* » (CC, 3 juillet 2020, décision n° 2020-851/852 QPC, *M. Sofiane A.*).

La reconnaissance du caractère législatif d’une ordonnance non ratifiée est contestable car cela revient à ignorer le formalisme exigé par l’article 38 de la Constitution, qui est pourtant nécessaire à la stabilité de la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement. Selon le sénateur Bruno Retailleau, cette jurisprudence s’inscrit dans un mouvement de dépossession du Parlement, car cela revient à permettre au Gouvernement d’empiéter dans le domaine de la loi sans avoir à demander une ratification des ordonnances (« Haute fonction publique : Bras de fer entre le Sénat et le gouvernement », *Le Monde*, 1er octobre 2021).

La question qui restait à résoudre, en admettant qu’une ordonnance non ratifiée puisse être considérée comme une norme à caractère législatif, est de savoir comment est réparti le contrôle juridictionnel de ce texte.

1. **L’ambigüité du statut contentieux des ordonnances non ratifiées**

La nouvelle jurisprudence entraîne une confusion quant au régime contentieux des ordonnances non ratifiées, puisque le Conseil d’État a estimé que la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité contre ces textes ne faisait pas obstacle à ce qu’ils puissent aussi être contrôlés, en tant qu’actes réglementaires, par le juge administratif.

La question qui a été soulevée à la suite de ce revirement jurisprudentiel initié par le Conseil constitutionnel était de savoir comment le contrôle constitutionnel des ordonnances non ratifiées s’articulait avec le contrôle exercé par le juge de l’excès de pouvoir. Dans une décision du 16 décembre 2020, le Conseil d’État prend acte de la nouvelle position du Conseil constitutionnel et affirme que « *lorsque le délai d’habilitation est expiré, la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d’une ordonnance relevant du domaine de la loi n’est recevable qu’au travers d’une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions […] sont remplies* ». Le Conseil d’État confirme ici le caractère prioritaire de la QPC et la compétence réservée au Conseil constitutionnel concernant les griefs tirés de ce qu’une disposition législative porterait atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Toutefois, le Conseil d’État poursuit en affirmant que la possibilité de soulever une QPC « *ne saurait cependant faire obstacle à ce que le juge annule l’ordonnance dont il est saisi par voie d’action ou écarte son application au litige dont il est saisi, si elle est illégale pour d’autres motifs, y compris du fait de sa contrariété avec d’autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit* ». En effet, le juge de l’excès de pouvoir exerce un contrôle plus large que celui exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC. Alors que le Conseil constitutionnel peut seulement vérifier si la loi porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le contrôle du juge administratif permet un choix plus étendu de moyens invocables contre les actes administratifs, admettant par exemple que l’on puisse soulever des moyens de légalité externe portant sur la compétence, la procédure, la forme, ou de moyens de légalité interne portant sur les motifs de droit ou de fait. Le juge administratif exerce aussi son contrôle au regard d’un ensemble de normes plus diversifiées, qui inclut des principes généraux du droit et des engagements internationaux. Le Conseil d’État estime donc qu’il peut annuler une ordonnance sans se prononcer sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, si un motif autre que la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution est de nature à fonder cette annulation.

Ainsi, la reconnaissance du caractère législatif des ordonnances non ratifiées a pour conséquence un dédoublement du contrôle juridictionnel, puisqu’un même texte pourra être considéré comme une disposition à valeur législative susceptible de faire l’objet d’une QPC, ou comme un acte réglementaire susceptible d’annulation pour excès de pouvoir. En définitive, le critère le plus déterminant pour désigner le juge compétent est celui du moyen invoqué par le requérant, puisque toute question relative à la conformité de l’ordonnance aux droits et libertés que la Constitution garantit devra être transmise au Conseil constitutionnel, tandis que tout autre moyen pourra être invoqué devant le Conseil d’État pour obtenir l’annulation de l’ordonnance.