

17/20

TEST d'Entrée Prep'ENA PARIS 1-ENS
-Composition de Droit public-

Commentaires :

Sujet : Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958

Introduction :

OK Dans son article d'octobre 2021 relatif à la résurgence du débat sur la nature des ordonnances, publié à la revue française de droit administratif, l'avocat Christophe Barthélémy expliquait que le revirement jurisprudentiel de 2020 du Conseil Constitutionnel concernant les possibilités des recours concernant les ordonnances de l'article 38 de la Constitution constituait un risque pour **l'efficacité du contrôle juridictionnel** et la **sauvegarde des libertés**.

TB définitivement OK Ces actes, issus d'une pratique ancienne (décrets-lois), permettent au Parlement par une loi d'habilitation, sur le fondement de l'article de l'article 38 de la Constitution, d'habiliter le gouvernement à prendre des mesures temporaires et circonscrites dans le domaine législatif. Ces mesures sont obligatoirement ratifiées par le Parlement.

OK En premier lieu, pendant longtemps, dans la littérature juridique la nature des ordonnances a été débattue, en particulier lorsqu'elles n'étaient pas ratifiées. La jurisprudence les a reconnues comme des actes de nature hybride, auxquels s'applique un contrôle juridictionnel particulier et différent à chaque étape (habilitation, ordonnance ou ratification). Mais le revirement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel relatif au contrôle des ordonnances non ratifiées bouleverse l'équilibre déterminé par la jurisprudence et n'est pas exempt de risques.

En second lieu, à l'origine, les ordonnances étaient perçues comme un acte exceptionnel permettant au gouvernement de prendre des mesures d'urgence ou de mettre en œuvre des mesures véritablement prioritaires. Toutefois, face à l'inflation du nombre d'ordonnances depuis les années 2000, elles deviennent *de facto* un mode d'édiction quasi-normal. Ce phénomène de banalisation comporte plusieurs risques : dessaisissement du Parlement de ses prérogatives et bouleversement de l'équilibre des pouvoirs voulu par la Constitution du 3 octobre 1958. Dans ce cadre, l'évolution du contrôle juridictionnel et le recours banalisé aux ordonnances de l'article 38 ne risquent-ils pas d'entraîner un bouleversement de l'équilibre normatif de la Constitution ?

Encre

2 enjeux bien identifiés

- I- Les ordonnances constituent des actes de nature hydrique auxquels s'applique un régime particulier de contrôle juridictionnel
- A) L'article 38 de la Constitution habilite le gouvernement à intervenir exceptionnellement dans le domaine législatif dans le cadre du parlementarisme rationalisé.

OK

Sous la III^{ème} et la IV^{ème} République, la tradition était légicentriste, la compétence du législateur n'était aucunement bornée même si une place grandissante est accordée au pouvoir exécutif. Sous la III^{ème} République, la notion même de domaine de la loi n'existe pas. Toutefois, par sa jurisprudence, le Conseil d'État reconnaît progressivement un pouvoir réglementaire autonome (CE, 1906, Babin) pour les matières non traitées par le législateur, un pouvoir général de police au chef de l'État (CE, 1919, Labonne) ainsi qu'un pouvoir réglementaire d'organisation des services (CE, 1936, Jamart). Par ailleurs, la pratique des décrets-lois ou délégations législatives (IV^{ème} République) permettaient au parlement de déléguer au pouvoir exécutif de légiférer à sa place. Si la Constitution de 1946 avait tenté d'interdire ces pratiques, la jurisprudence (notamment l'avis du CE du 6 février 1953) a assoupli et nuancé cette interdiction, le gouvernement pouvait agir par décret en certaines matières. Mais la délimitation trop stricte de la compétence législative nuisait à l'efficacité de l'action publique.

oui

Sous la V^{ème} République, si la Constitution détermine un domaine de la loi (article 34), elle organise des dérogations, les ordonnances (article 38), permettant d'habiliter le gouvernement à intervenir dans le domaine législatif. Afin d'éviter les dérives nées sous la IV^{ème} République, l'article 38 organise une extension exceptionnelle, temporaire (délai limité) et encadrée (domaine déterminé) de la compétence du pouvoir exécutif qui doit être autorisée au préalable par le vote d'une loi d'habilitation par le Parlement.-

Parfait

Adoptées en conseil des ministres après avis du Conseil d'État, les ordonnances doivent ensuite être soumises à la ratification du Parlement dans un délai prévu par cette loi. Si la jurisprudence admettait auparavant que ces textes pouvaient faire l'objet d'une simple ratification implicite (CE, 1972, Compagnie Air inter ; CC, 1987, Conseil de la concurrence), leur ratification ne peut désormais être qu'expresse, depuis la révision constitutionnelle de 2008. Pour cela, le gouvernement dépose devant le Parlement, avant l'expiration du délai déterminé par la loi d'habilitation, un projet de loi de ratification des ordonnances, que les assemblées doivent voter.

Trois clair

Pour Jean-Marc Sauvé, les ordonnances constituent un outil primordial du parlementarisme rationalisé, sur lequel le juge a développé un régime particulier de contrôle.

- B) De nature hybride, les ordonnances font l'objet d'un régime particulier de contrôle

OK

Si la littérature juridique a débattu pendant longtemps de la nature juridique des ordonnances, on considère désormais qu'elles sont de nature hybride auquel s'applique un régime particulier de contrôle juridictionnel. Premièrement, jusqu'à récemment, la jurisprudence considérait que tant qu'elles n'avaient pas été ratifiées, elles constituaient des actes administratifs susceptibles d'un recours devant le juge administratif (CE, 1961, Fédération nationale des syndicats de police). Par son arrêt Canal du 19 octobre 1962, le Conseil d'État considère que les ordonnances prises sur la base d'une loi d'habilitation référendaire sont également susceptibles de recours, contrairement à ce que prévoyait originellement l'ordonnance prise par le président de la République. Il admet, la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre ce type d'ordonnance (en vertu du PGD de l'arrêt du

CE, 1950, Dame Lamotte) et annule l'ordonnance en l'espèce comme étant contraire au PGD du recours en cassation (CE, 1947, D'Aillières).

Réciproquement l'effet de la ratification confère, dès sa signature, valeur législative à l'ordonnance. Le juge constitutionnel avait, par sa décision DC des 25 et 26 juin 1986, repris ces acquis jurisprudentiels. Le conseil constitutionnel était chargé de vérifier que la **loi d'habilitation** respecte les règles et principes de valeur constitutionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel peut encore être amené à contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance s'il est saisi de la loi de ratification (avant sa promulgation), ou, depuis la loi organique du 9 décembre 2009, dans le cadre d'une QPC rechercher si elle ne méconnaît pas les droits et libertés constitutionnels garantis.

La jurisprudence a donc clarifié la nature hybride des ordonnances et déterminé à chaque étape, le contrôle juridictionnel auquel il est possible de recourir.

II- La banalisation du recours aux ordonnances et le revirement jurisprudentiel relatif à leur contrôle risquent de bouleverser l'équilibre normatif de la Constitution, que le juge et le Parlement doivent protéger.

A) La banalisation du recours aux ordonnances de l'article 38 au risque de bouleverser l'équilibre normatif voulue par le Constitution de 1958.

Le recours aux ordonnances de l'article 38 s'est banalisé. Depuis les années 2000, on constate un phénomène de prolifération des ordonnances. De 1960 à 1990, 158 ordonnances seulement avaient été adoptées, 325 ordonnances ont été prises sur la période de 2004 à 2007. Des circonstances exceptionnelles ont contribué, il est vrai, à cette augmentation exponentielle du recours aux ordonnances. Par exemple, entre mars et mai 2020, 59 ordonnances ont été adoptées pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

La banalisation du recours aux ordonnances constitue un renversement complet de la conception voulue initialement par les rédacteurs de la Constitution du 3 octobre 1958. En effet, ces habilitations devaient présenter, dans leur esprit, un caractère exceptionnel. Elles devaient constituer une réponse à une situation d'urgence ou permettre au gouvernement de mettre en œuvre des politiques prioritaires. Désormais, elle devient un mode d'édition quasi-normal des normes. En pratique, elles sont utilisées pour des raisons souvent techniques comme la transposition de directives ou la codification de pans du droit. Par exemple, la réforme du code du travail en 2017 a été effectuée sur le fondement de l'ordonnance du 25 octobre 2017.

Selon Pierre Delvolvé, **le recours accru aux ordonnances n'est pas sans risques.** Tout d'abord, le Parlement semble se dessaisir du cœur de sa compétence législative. Par ailleurs, puisqu'elles sont souvent prises dans l'urgence, elle risque de contribuer au délitement qualitatif de la loi et au manque croissant de clarté du droit. De plus, selon le rapport sénatorial de 2019 de Valérie Létard, de nombreuses habilitations deviennent caduques puisque le gouvernement n'a pas pris d'ordonnance dans le délai déterminé par la loi d'habilitation. Enfin, il faut relativiser l'argument souvent avancé de la rapidité de cette procédure. Selon le rapport sur l'application des lois du Sénat de 2016-2017, la procédure des ordonnances ne signifie pas nécessairement gain de temps. Parfois, les procédures législatives classiques et *a fortiori*, accélérées sont plus rapides que la procédure suivie par l'ordonnance.

Une des pistes d'amélioration pourrait être que le Parlement et le gouvernement se fixent un plafond limitatif annuel du nombre de recours auxquels ils peuvent avoir recours. Cela permettrait de recentrer le Parlement sur sa compétence législative et éviter les mesures gouvernementales, parfois précipitées.

B) Le revirement récent de jurisprudence du juge constitutionnel pourrait nuire à l'efficacité du contrôle juridictionnel concernant les ordonnances

Le conseil constitutionnel a procédé à un revirement jurisprudentiel concernant les contrôles possibles des ordonnances non ratifiées. Revenant sur sa propre jurisprudence du 29 février 1972, par sa décision QPC du 28 mai 2020, le Conseil Constitutionnel a jugé que dès l'expiration du délai d'habilitation, une ordonnance même non ratifiée pouvait faire l'objet d'une QPC. Il a, en effet, estimé que, sans attendre la ratification, une ordonnance avait le caractère d'un acte législatif pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Cette QPC a posé des difficultés de plusieurs ordres, et notamment, l'articulation avec le recours pour excès de pouvoir ainsi que la conception de nature des ordonnances non ratifiées (à quoi bon ratifier une ordonnance si l'ordonnance a déjà un caractère législatif ?). Par ailleurs, cela questionnait la possibilité pour le justiciable d'écarter une ordonnance non ratifiée au regard des PGD non consacrés par le juge constitutionnel (comme le principe non bis in idem).

Depuis la jurisprudence a été précisée mais le contrôle juridictionnel s'est complexifié et des difficultés demeurent. Dans la lignée de l'inflexion donnée par la QPC du 3 juillet 2020, le CE a pour sa part maintenu sa jurisprudence confirmant que le recours d'excès de pouvoir était ouvert contre les ordonnances jusqu'à leur ratification (CE, 2020, Conseil national de l'ordre des architectes). Les dispositions d'une ordonnance non ratifiée sont désormais susceptibles d'un recours pour excès devant le CE, d'exception d'illégalité devant le juge administrative et le juge judiciaire ainsi que susceptible de faire l'objet d'une QPC si elles affectent des droits et libertés que la constitution garantit. Toutefois, cette nouvelle jurisprudence aurait pour effet de retarder le règlement des recours sur la compatibilité dans le cadre du contrôle de conventionnalité (surseoir à statuer tant que la QPC est pendante). Finalement cette jurisprudence complique le contrôle juridictionnel, ce qui pourrait constituer une difficulté en termes de protection des libertés.

En conclusion, le recours accru ainsi que le revirement jurisprudentiel relatif aux ordonnances ont bouleversé l'équilibre normatif voulu par le législateur en 1958. Si le recours aux ordonnances est sans doute nécessaire, en particulier en période de crise, il faudrait que le législateur recourt moins à cette pratique et que la jurisprudence soit clarifiée.