

Le contentieux des ordonnances de l'article 38 : vers la stabilisation

Mathieu Carpentier

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2025/2 n° 142 , PAGES 469 À 485
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

DOI 10.3917/rfdc.142.0469

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2025-2-page-469?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le contentieux des ordonnances de l'article 38 : vers la stabilisation

MATHIEU CARPENTIER

Tout semble avoir été dit sur le nouveau régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, issu en 2020 des décisions *Sofiane A.*¹ du Conseil constitutionnel et *Fédération CFDT des Finances et autres* (ci-après *CFDT Finances II*) du Conseil d'État². Fraîchement accueilli tant par la doctrine³ que par la classe politique⁴, ce *modus vivendi* entre les deux ailes du Palais-Royal a considérablement complexifié un régime contentieux déjà piégeux, ce qui n'a pas été sans susciter de malentendus. On sait désormais qu'en dépit de la qualification, en réalité purement fonctionnelle, de « disposition législative », l'ordonnance non ratifiée demeure, même après l'échéance du délai d'habilitation, un acte administratif dont il revient au premier chef à la juridiction administrative de connaître.

Mathieu Carpentier, Université Toulouse Capitole, Institut Maurice Hauriou.

1. CC, Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre*. On a coutume de faire référence, pour dater ce nouveau régime, à la jurisprudence *Force 5* (CC, Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*) qui a certes reconnu le caractère de disposition législative de l'ordonnance non ratifiée une fois échu le délai d'habilitation mais c'est impropre. La notion de « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution est autonome. La décision *Force 5* permet qu'une ordonnance non ratifiée puisse être considérée comme une disposition législative définissant les conditions et limites de participation et d'information du public en matière environnementale de manière satisfaire les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Elle est sans incidence sur la qualification de « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, qui est uniquement acquise avec la décision *Sofiane A.* (V. sur ce point M. Carpentier, « Le Sénat et les ordonnances », *AJDA*, 2021, n° 41, p. 2384).

2. CE, Ass., 16 décembre 2020, n° 440258, *Fédération CFDT des Finances et autres*. Le Conseil d'État avait accepté de renvoyer une QPC dirigée contre une disposition d'une ordonnance non ratifiée dès le 28 septembre (CE, 28 septembre 2020, n°s 441059, 442045, *Tutugoro*), mais ce n'est qu'avec la décision d'Assemblée du 16 décembre que le nouveau régime contentieux est fixé.

3. Voyez notamment G. Éveillard, « Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des "dispositions législatives" dépourvues de valeur législative », *Droit administratif*, 2020, n° 11, p. 48-55 ; P. Deumier, « Les ordonnances non ratifiées ou la pyramide baroque », *RTDciv*, 2020, n° 3, p. 596-601 ; M. Carpentier, « Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances », *RDP*, 2021, n° 6, p. 1555-1584 ; P. Delvolvé, « Du contentieux des ordonnances non ratifiées – Pour l'unité de la justice et du droit », *RFDA*, 2022, n° 02, p. 339-350.

4. Les Sénateurs ont ainsi adopté le 4 novembre 2021 une proposition de loi constitutionnelle « garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de

Il faut donc distinguer, pour une ordonnance donnée, trois périodes. 1/ Avant l'échéance du délai d'habilitation, l'ordonnance non ratifiée est un acte administratif presque comme les autres (même si le contrôle de la légalité, notamment interne, a toujours été aménagé pour tenir compte de la nature spécifique de cet acte. 2/ Après l'échéance du délai d'habilitation, il faut distinguer selon que les dispositions de l'ordonnance non ratifiée appartiennent ou non au domaine de la loi (le législateur n'étant habilité par l'article 38 à modifier que les dispositions matériellement législatives). Pour les dispositions matériellement réglementaires de l'ordonnance non ratifiée, leur contentieux n'a pas été affecté par les revirements de l'année 2020. Quant aux dispositions matériellement législatives, elles continuent de voir leur légalité appréciée par le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité, au regard des divers moyens invocables devant lui : moyens d'illégalité externe classiques, méconnaissance du champ de l'habilitation consentie par le législateur, inconventionnalité, non-respect des principes généraux du droit, moyens d'inconstitutionnalité divers non invocables en QPC. En revanche, lorsqu'un moyen, dirigé contre une disposition matériellement législative d'une ordonnance non ratifiée une fois passé le délai d'habilitation, est tiré de l'atteinte portée par cette disposition aux droits et libertés que la Constitution garantit, il ne peut prendre la forme que d'une QPC, présenté dans un mémoire distinct et motivé, et ce devant les juridictions administratives comme judiciaires. Le Conseil constitutionnel, si la QPC lui est renvoyé, statuera à son endroit comme s'il s'agissait d'une disposition législative ordinaire (pourvu qu'elle soit bien matériellement législative). 3/ Enfin, lorsque l'ordonnance est ratifiée (fait de plus en plus rare), elle acquiert force de loi et seul le Conseil constitutionnel est compétent pour connaître de la contestation de l'ensemble de ses dispositions, soit directement via une QPC directement dirigée contre l'ordonnance, soit indirectement via un recours DC ou QPC dirigé contre la loi de ratification.

C'est évidemment la seconde période (celle qui fait aujourd'hui l'objet du contentieux le plus important, surtout en excès de pouvoir), qui a cristallisé le débat en 2020. Il faut d'ailleurs ajouter que, dans sa décision *CFDT Finances II*, le Conseil d'État avait tenté de restreindre l'éventualité du renvoi de QPC par deux techniques qui avaient fait couler beaucoup d'encre. En premier lieu, le Conseil d'État semblait inviter les requérants à ne pas « sourcer » les moyens, lorsque les normes invoquées peuvent se rattacher à plusieurs sources (bloc de constitutionnalité, conventions internationales, principes généraux du droit), le juge administratif faisant son affaire de les rattacher aux sources les plus adé-

droit en cas de législation par ordonnance » tendant à faire lit de justice de la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel.

quates à la résolution du litige. En second lieu, lorsque le Conseil d'État est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance, et qu'une QPC est soulevée par le requérant, il peut sans examiner cette dernière annuler directement les dispositions litigieuses si « un motif autre que la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution ou les engagements internationaux de la France⁵ est de nature à fonder cette annulation et que l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il ne soit pas sursis à statuer ».

Quelque quatre années après l'instauration du nouveau régime contentieux des ordonnances, il nous a semblé utile d'en dresser un bilan provisoire⁶, notamment à partir de l'étude de la jurisprudence administrative et constitutionnelle. On tentera de montrer qu'en dépit de sa lisibilité très perfectible, ce contentieux est en voie de stabilisation et de « normalisation ». Il apparaît en effet que les requérants en ont plutôt bien intégré les complexités et que les interrogations sur d'éventuels points aveugles ont reçu, pour certaines, une réponse relativement claire dans le développement ultérieur de la jurisprudence. On constate également qu'après un pic en 2021 et 2022, le volume contentieux des ordonnances non ratifiées est en décline, tant en termes de recours dirigés contre les ordonnances devant la juridiction administrative que de renvois de QPC au Conseil constitutionnel.

I – QUELQUES ÉLÉMENTS STATISTIQUES

Une recherche, hélas non exhaustive, réalisée pour la rédaction de la présente contribution a permis de dégager un certain nombre de tendances. Ces recherches sont à jour au 20 octobre 2024.

A – CONCERNANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Postérieurement à la décision *Sofiane A.*, soit à compter du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel a rendu 61 décisions relatives à des ordonnances :

28 décisions relatives à des ordonnances ratifiées à la date de la décision (46 %)

5. La raison de l'exclusion des moyens d'inconventionnalité s'explique par la priorité établie par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

6. La communication orale présentée au colloque du 6 février 2024 revenait également sur certains aspects du contentieux des ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution, et formulait quelques hypothèses sur le régime contentieux des ordonnances des articles 47 et

26 décisions relatives à des ordonnances non ratifiées à la date de la décision (43 %)

2 décisions contre une loi de ratification (3 %)

5 décisions contre d'autres ordonnances (article 92, ou ordonnances du Gouvernement provisoire de la République française prises entre 1944 et 1946, 8 %)

Si on ne s'en tient qu'aux dispositions des ordonnances de l'article 38, 52 % des recours concernent des ordonnances ratifiées et 48 % des ordonnances non ratifiées à la date de la décision. En à peine quatre ans, donc, le contentieux constitutionnel s'est remarquablement équilibré entre ordonnances ratifiées et non ratifiées, ce qui traduit tout autant l'appétence initiale des requérants pour cette voie de droit nouvelle que la raréfaction des ratifications.

Si on s'en tient aux QPC dirigées contre des dispositions d'ordonnances non ratifiées, 12 renvois proviennent de la Cour de cassation et 15 du Conseil d'État⁷.

Le nombre de QPC tranchées par le Conseil constitutionnel contre des ordonnances non ratifiées est cependant en décline : 3 en 2020, 8 en 2021, 8 en 2022, 3 en 2023 et 4 en 2024. On tentera, dans la troisième partie, d'en expliquer les causes.

B – CONCERNANT LE CONSEIL D'ÉTAT

Devant le Conseil d'État, on peut relever 72 décisions rendues entre le 16 décembre 2020 et le 20 octobre 2024⁸ qui portent sur une ou plusieurs dispositions d'ordonnances non ratifiées à la date de la décision⁹. Ces décisions concernent 59 affaires (puisque sur les affaires ayant donné lieu à renvoi par le CE statuant en premier ressort, on a typiquement deux décisions du Conseil par affaire).

Sur ces 72 décisions, on compte donc 13 décisions de refus de renvoi de QPC (l'affaire étant réglée directement au fond dans 11 décisions), 16 décisions de renvoi, 13 décisions après renvoi. Les 30 décisions restantes concernent donc des affaires où aucune QPC n'a été soulevée (y compris 6 affaires où un moyen d'inconstitutionnalité a été soulevé, mais a été jugé irrecevable n'ayant pas été présenté dans un mémoire distinct).

47-1. Ces éléments ont dû être expurgés de la présente contribution pour des raisons de place, au grand regret de l'auteur.

7. La décision *M. Wattara B. et autres* (CC, décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021) a été rendue sur renvoi des deux hautes juridictions.

8. Il faudrait sans doute y rajouter la décision *Tutugoro* précitée (v. n. 2) où, dès avant l'arrêt d'Assemblée de décembre, le Conseil d'État renvoie la première QPC dirigée contre une ordonnance non ratifiée.

9. En cas de contentieux sériels, seule une affaire a été compatibilisée.

Cela veut donc dire que dans 50 % des affaires, le Conseil d'État n'a pas été saisi d'une QPC, et que dans 66 % des affaires (les 30 décisions sans moyen QPC et les 11 décisions de refus de renvoi où le CE statue au fond) il a tranché directement au fond en statuant sur l'ensemble des moyens hors QPC (quitte à « dé-sourcer » parfois, voir *infra*).

Il est à noter que sur les 29 affaires impliquant un moyen QPC, seules 5 ont été portées à la connaissance du CE sur transmission d'une juridiction inférieure (l'office du CE étant d'être juge du filtre) ; dans les autres affaires la QPC a soit été soulevée pour la première fois devant le Conseil d'État soit à l'occasion de la contestation d'un refus de transmission à l'occasion d'un pourvoi contre la décision de la juridiction du fond.

Sur les 59 affaires, 34 consistent en un recours pour excès de pouvoir directement porté devant le Conseil d'État, soit 54 % des affaires – ce à quoi il faut ajouter un référé-liberté directement dirigé contre une ordonnance non ratifiée¹⁰. Dans 16 autres affaires, le moyen dirigé contre l'ordonnance a été soulevé par voie d'exception (y compris sous la forme d'un moyen QPC dirigé contre une ordonnance à l'occasion d'un recours contre un acte d'application de cette dernière). Cinq affaires ont par ailleurs été tranchées par le Conseil d'État dans son office de filtre en QPC. Les 3 dernières affaires proviennent de questions préjudicielles posées par le juge judiciaire.

On notera enfin que la jurisprudence *Sofiane A* et *CFDT Finances II* n'a pas mis fin à la vitalité du contentieux « classique » des ordonnances non ratifiées devant le Conseil d'État : une QPC n'a été renvoyée que dans seulement 25 % des affaires ; dans les autres le CE a répondu directement aux autres moyens (sauf dans les rares cas où, lorsqu'il agissait comme filtre, il a renvoyé l'affaire à la juridiction *a quo*). Un rapide recensement des moyens hors QPC montre la vitalité des moyens d'inconstitutionnalité autre que les droits et libertés, d'inconstitutionnalité et tirés de la méconnaissance du champ de l'habilitation. D'ailleurs, deux mois à peine après la décision *CFDT Finances II*, le Conseil d'État annulait certaines dispositions d'une ordonnance excédant le champ de l'habilitation impartie par le législateur¹¹.

On assiste cependant à un reflux partiel du contentieux dans la période récente, dont on tentera de dégager les raisons dans la troisième partie de cette contribution. Si on prend l'ensemble des décisions rendues entre le 16 décembre 2020 et le 20 octobre 2024, on s'aperçoit que 5 ont été rendues en décembre 2020, 21 en 2021, 23 en 2022, 16 en 2023 et 8 en 2024.

10. CE, ord., 12 février 2021, n° 448972, *Syndicat des avocats de France et autres*.

11. CE, 24 février 2021, n° 430261, *Association Coop de France*.

Par ailleurs, s'il semble que le recours pour excès de pouvoir dirigé directement contre l'ordonnance demeure la voie de droit privilégiée par les requérants, on constate cependant un reflux important des recours pour excès de pouvoir ces dernières années : entre le 16 décembre et le 31 décembre 2020, pas moins de 5 décisions étaient rendues en REP ; en 2021, 13 affaires, ayant donné lieu à 14 décisions, étaient rendues en REP ; en 2022, 12 décisions (dans 9 affaires) étaient concernées, et le nombre d'affaires retombait à 6 en 2023 (pour 7 décisions). En 2024 seule une décision a été rendue à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance non ratifiée.

II – UN BILAN PARTIEL

Certains des aspects les plus discutés du nouveau régime contentieux des ordonnances n'ont pas trouvé d'illustration majeure dans le développement ultérieur de la jurisprudence. Ainsi nous n'avons pas trouvé d'occurrences de décisions où le juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance non ratifiée, « neutralise » une QPC en annulant directement l'ordonnance dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». On ne saurait dire si l'occasion s'est ou non présentée au Conseil d'État, mais le fait que celui-ci n'y ait pas eu recours traduit sans doute un apaisement des relations entre les deux ailes du Palais-Royal.

En revanche, plusieurs interrogations soulevées par le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées, ont reçu une réponse plus ou moins définitive et claire dans le développement ultérieur de la jurisprudence. On peut relever en particulier trois aspects.

A – L'EFFET DE LA DÉCISION QPC SUR L'OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF

La première incertitude, au lendemain de l'arrêt *CFDT Finances*, provenait de la coexistence de deux recours, l'un en annulation¹² et l'autre en abrogation, avec, à chaque fois, des pouvoirs propres de modulation. On pouvait craindre des interférences entre ces deux recours portant l'un comme l'autre sur le même acte. L'étude de la jurisprudence du Conseil d'État *après renvoi* montre que ces craintes étaient en partie infondées. Il faut ici envisager plusieurs hypothèses.

12. Ces interrogations concernent également l'office du juge en exception d'illégalité, mais elles sont d'une particulière acuité s'agissant du REP, eu égard aux effets de ce dernier.

La première hypothèse est la plus simple, celle d'une déclaration d'inconstitutionnalité à effet immédiat avec effet utile, c'est-à-dire invocable dans ou applicable à l'instance *a quo* qui a donné lieu à la QPC. Lorsque cette instance a pour objet un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance, le Conseil d'État statuant au fond après la décision du Conseil constitutionnel, annule purement et simplement les dispositions litigieuses de l'ordonnance¹³. Cette solution a le mérite de la simplicité et de la clarté. On peut néanmoins la juger critiquable. De fait, lorsque le Conseil constitutionnel juge que la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à toutes les affaires non définitivement jugées à cette date, il entend en principe uniquement les affaires dans lesquelles l'ordonnance est l'objet d'un recours à la date de la décision – dont par hypothèse l'affaire pendante devant le Conseil d'État et qui a donné lieu à la QPC – mais non l'ensemble des affaires nées de l'application de l'ordonnance. La formulation retenue par le Conseil constitutionnel exclut les « affaires nouvelles¹⁴ », c'est-à-dire les instances nées de l'application de la disposition législative abrogée par le Conseil constitutionnel mais introduites après sa décision. La décision du Conseil constitutionnel revêt donc une forme limitée de rétroactivité procédurale, restreinte aux instances introduites avant sa décision, dont celle ayant donné lieu à la QPC. En revanche l'annulation prononcée par le juge administratif a un effet rétroactif quasi absolu et pourrait donc créer un effet d'aubaine en permettant d'introduire des recours postérieurs à la décision du Conseil constitutionnel contre l'ensemble des actes pris en application de l'ordonnance annulée et privés de base légale par la décision d'annulation du Conseil d'État. Cependant, il faut bien reconnaître que la solution adoptée par le Conseil d'État dans l'affaire *UNSA Fonction publique* a le mérite de la simplicité ; elle a d'ailleurs été étendue aux instances portant sur les actes d'application de l'ordonnance (QPC soulevée dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevée contre l'ordonnance, voire directement comme seul moyen dirigé contre l'ordonnance, à l'appui du recours contre les actes d'application) : le juge administratif annule ces actes lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré l'ordonnance sur la base de laquelle ils ont été pris contraire à la Constitution, avec effet immédiat et application aux affaires non définitivement jugées¹⁵.

13. CE, Sect., 26 juil. 2022, n° 449040, *UNSA Fonction publique*.

14. V. à ce sujet, S. Benzina, *L'Effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2017, p. 269 ; L. Daydie, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », *RFDC*, 2018, n° 113, p. 40). Il convient de noter cependant que les « affaires nouvelles » ne sont que rarement couvertes par les effets de la décision d'abrogation, sauf en matière fiscale (CE, avis, 6 février 2019, n° 425509, avec la très éclairante note de S. Benzina, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2019, n° 21, 1226-1231). Dans certains cas l'extension aux affaires nouvelles de l'applicabilité de la décision d'inconstitutionnalité est expressément prévue par le Conseil constitutionnel.

15. CE, 4 avril 2023, n° 460759, *Synd. nat. de l'enseignement Action et démocratie*

La seconde hypothèse, plus complexe, est celle d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet différé, ou à tout le moins non applicable à l'instance dont est issue la QPC¹⁶. C'est celle qui a été envisagée le plus tôt par le Conseil d'État, dans une décision *Syndicat des avocats de France et autres*¹⁷ : dans ce cas le Conseil d'État (ou le juge administratif *a quo* lorsque la QPC ne provient pas d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance ou contre un acte d'application de cette dernière pour lequel le Conseil d'État a compétence de premier ressort) écarte purement et simplement le moyen d'inconstitutionnalité, au visa de l'article 62 de la Constitution. Cependant dans l'affaire *Syndicat des avocats de France*, le Conseil d'État annulé les dispositions litigieuses de l'ordonnance sur le fondement de leur inconventionnalité (en l'espèce l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme). Ce choix pourrait faire penser à la célèbre décision *Red Bull*¹⁸, où le Conseil d'État avait écarté pour inconventionnalité une disposition législative déclarée contraire à la Constitution, mais avec effet différé, par le Conseil constitutionnel. Cependant il faut noter deux particularités : la première est que la motivation sur l'inconventionnalité est un copier-coller... de la décision du Conseil constitutionnel ; la seconde est que le Conseil d'État choisit de moduler la décision d'annulation et, comme le Conseil constitutionnel, de rendre définitifs les effets de la disposition annulée, dès lors qu'une annulation rétroactive « aurait des conséquences manifestement excessives, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 juin 2021 ». On pourra trouver cette construction un peu baroque.

La troisième hypothèse, encore plus complexe, concerne le cas où le Conseil d'État doit tirer les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une *autre* instance : il en va ainsi notamment lorsque le juge judiciaire a renvoyé une QPC contre une ou plusieurs disposition d'une ordonnance non ratifiée alors qu'un recours pour excès de pouvoir contre cette ordonnance est pendant devant le Conseil d'État – sans qu'une QPC ne soit soulevée à cette instance. Une telle hypothèse est évidemment spécifique au contentieux des ordonnances non ratifiées. N'étant pas à l'origine de la QPC, le Conseil d'État n'a en principe pas à statuer sur les effets de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant il fait peu de doute qu'en cas d'abrogation avec effet immédiat prononcée par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État annulerait les dispositions litigieuses ordon-

16. C'est-à-dire, schématiquement, l'hypothèse où soit l'effet est immédiat (s'agissant, par exemple, de dispositions n'étant plus en vigueur) sans pourtant que la déclaration d'inconstitutionnalité ne soit applicable (ou invocable) aux instances en cours, soit l'effet est différé mais sans qu'une réserve transitoire ne vienne rendre applicable (ou invocable) aux instances en cours la déclaration d'inconstitutionnalité.

17. CE, 4 août 2021, n° 447916, *Syndicat des avocats de France et autres*.

18. CE, 10 avril 2015, n° 377207, *Red Bull on Promise et autre*.

nance au visa de la décision du Conseil constitutionnel¹⁹. En revanche, lorsque le Conseil constitutionnel a souhaité priver d'effet sa décision pour les instances en cours, ou a souhaité rendre incontestables les mesures prises sur le fondement de l'ordonnance, le Conseil d'État examine les moyens dont il a à connaître, sans viser la décision du Conseil constitutionnel. L'hypothèse s'est présentée dès mars 2021 dans l'affaire *Ordre des avocats aux Conseils*²⁰, à la suite de deux décisions QPC²¹ rendues sur renvoi de la Cour de cassation. Si le Conseil d'État prononce l'annulation sur un motif, par exemple, d'inconventionnalité, alors, le cas échéant après avoir sursis à statuer pour recueillir l'avis des parties, il module l'annulation pour la calquer sur celle du Conseil constitutionnel (c'est ce qu'il fit dans la seconde décision *Ordre des avocats aux Conseils*²²). Il faut noter que dans cette hypothèse (tout comme dans la deuxième hypothèse analysée plus haut), la modulation parallèle décidée par le Conseil d'État ne résulte pas d'une obligation juridique, puisque l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel n'a pas d'effet sur l'office du juge administratif opérant un contrôle de conventionnalité ; il s'agit bien davantage de ce que le rapporteur public Olivier Fuchs, dans ses conclusions sur la deuxième décision *Ordre des avocats aux Conseils* a appelé « une bonne pratique ».

La dernière hypothèse concerne les effets d'une décision de conformité rendue par le Conseil constitutionnel sur les dispositions d'une ordonnance non ratifiée. Comme on le sait le Conseil n'hésite pas à statuer sur les autres moyens soulevés par les requérants²³. Il n'a cependant à ce jour jamais annulé ou écarté les dispositions d'une ordonnance non ratifiée déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

B – LE TEMPÉRAMENT DE L'IRRECEVABILITÉ POUR DÉFAUT DE MÉMOIRE DISTINCT TEMPÉRÉ PAR LE « DÉ-SOURÇAGE » DES MOYENS

Une conséquence potentiellement fâcheuse du nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées était l'irrecevabilité opposée aux moyens d'inconstitutionnalité (tirés de l'atteinte aux droits et libertés) non exposés dans un mémoire distinct²⁴. Ainsi dans six affaires, un

19. Ce cas de figure ne s'est, à notre connaissance, pas produit jusqu'à présent.

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

21. CC, décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, *M. Krzysztof B.* ; CC, décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre*.

22. CE, 23 septembre 2021, n° 440037, *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et autres*.

23. V. par ex. CE, 19 juillet 2022, n° 453971, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine et autres*.

24. Art. 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; art. R* 771-13 et R* 771-14 du Code de justice administrative.

moyen d'inconstitutionnalité dirigé contre disposition d'une ordonnance non ratifiée a été jugé irrecevable faute de mémoire distinct par le Conseil d'État. Cette solution est particulièrement problématique lorsqu'elle est retenue concernant des instances introduites avant la décision d'Assemblée *CFDT Finances II* et jugées après, ce qui s'est produit à deux reprises²⁵, et pose un vrai problème de sécurité juridique²⁶. Pour le reste, on compte trois affaires en 2022²⁷, et une en 2024²⁸, où une telle irrecevabilité a été opposée, ce qui traduit une certaine acclimatation des parties au nouveau régime contentieux.

Un effet pervers potentiel est néanmoins le suivant : un moyen d'inconstitutionnalité non compris dans un mémoire distinct est irrecevable lorsqu'il est dirigé contre une disposition matériellement législative de l'ordonnance – mais un mémoire QPC est irrecevable si la disposition qu'il conteste est matériellement réglementaire²⁹. En cas de doute sur le caractère réglementaire ou législatif de la disposition contestée, le requérant peut être confronté à un dilemme cornélien. Ce problème – qui est, ici encore, spécifique au contentieux des ordonnances³⁰ – a pu être constaté dès après la décision *CFDT Finances* dans une affaire *Syndicat de la justice administrative*³¹. Il est renforcé par le fait que le Conseil constitutionnel contrôle le caractère matériellement législatif des dispositions de l'ordonnance sur lesquelles porte la QPC³² : ainsi si le Conseil constitutionnel rend une décision de non-lieu à statuer, la disposition litigieuse de l'ordonnance étant matériellement réglementaire³³,

25. Voir CE, 31 décembre 2020, n° 440814 ou encore CE, 22 juillet 2021, n° 441352, *Syndicat national unitaire travail, emploi, formation, insertion*. Ce choix apparaît d'autant plus contestable que dans l'affaire *CFDT Finances II* le CE avait accepté de requalifier le moyen d'inconstitutionnalité en « grief QPC » ; on ne comprend pas pourquoi il n'a pas eu la même mansuétude dans les deux autres instances introduites avant son revirement de jurisprudence.

26. Voir par analogie sur l'entrée en vigueur rétroactive d'un revirement de jurisprudence, CEDH, 9 novembre 2023, *Legros et autres c/France*, n° 72173/17.

27. CE, 2 mars 2022, n° 439830 ; CE, 6 avril 2022, n° 440715, *Association Elena et autres* ; et CE, 12 mai 2022, n° 444994.

28. CE, 1^{er} mars 2024, n° 472888, *Compagnie des experts en assurance*.

29. Il est cependant arrivé au Conseil d'État de refuser de renvoyer une QPC sur une ordonnance non ratifiée en statuant directement sur le caractère sérieux, alors même qu'un doute était permis sur le caractère matériellement réglementaire des dispositions contestées par la QPC (« à supposer que ces dispositions relèvent toutes du domaine de compétence que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi ») : v. par exemple CE, 24 novembre 2021, n° 455155, *Syndicat des juridictions financières*.

30. En effet, dans le cadre d'une disposition législative « ordinaire », le caractère matériellement réglementaire de la disposition ne fait pas obstacle au renvoi d'une QPC, le critère de détermination de la disposition législative étant normalement organique.

31. CE, 21 décembre 2020, n° 441399, *Syndicat de la justice administrative*.

32. CC, décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France*.

33. Cette hypothèse ne s'est jamais produite à notre connaissance. Pour un exemple proche cependant (concernant les dispositions d'une ordonnance de 1817), voir, récemment, CC, décision n° 2024-1104 QPC du 26 septembre 2024, *M. Bertrand L.*

l'auteur de la QPC, s'il n'a soulevé contre l'ordonnance en sus de sa QPC que des moyens d'illégalité externe, ne pourra en principe pas invoquer de moyen d'inconstitutionnalité « classique » contre la disposition en question, étant donné que le délai de recours aura été épuisé depuis longtemps³⁴.

Un tempérament apporté à l'irrecevabilité pour défaut de mémoire distinct peut être trouvé dans l'invitation faite par le Conseil d'État aux requérants à ne pas « sourcer » les moyens, afin qu'un moyen pouvant trouver un appui non seulement dans une norme constitutionnelle mais également dans une norme provenant d'une autre source (norme conventionnelle, PGD), ne soit pas jugé irrecevable : il revient alors au juge de rattacher le moyen à la source qu'il juge la plus adéquate à la résolution du litige.

Force est de constater cependant que cette faculté a été peu exploitée par les requérants. On peut relever une poignée d'exemples, encore que la position du Conseil d'État ne soit parfois pas exempte d'ambiguïté. L'exemple le plus frappant peut être trouvé dans deux décisions récentes du 26 juin et du 23 juillet 2024 rendues sur question préjudicielle de la juridiction judiciaire³⁵, où le Conseil d'État choisit, suivant les recommandations du rapporteur public Thomas Janicot³⁶, de sourcer le principe d'égalité invoqué par les requérants comme principe général de droit.

Pour le reste, les contours de la jurisprudence demeurent assez indécis, tout comme les stratégies contentieuses des requérants. Il arrive ainsi que les requérants mobilisent pour un même principe (par exemple l'égalité) à la fois le principe constitutionnel et le PGD³⁷. Par ailleurs le juge administratif a donné l'impression, dans plusieurs décisions, de mobiliser des principes flottants sans véritablement indiquer à quelle source normative ils se rattachent. Ainsi, dans l'affaire *Association des responsables de copropriétés*³⁸, mentionne-t-il « le droit de propriété » et le « principe d'égalité », écartant, assez sommairement du reste, les moyens

34. Application de la célèbre jurisprudence *Intercopie* (CE, Sect., 20 janvier 1953, *Sté Intercopie*).

35. CE, 26 juin 2024, n° 473854 et autres, *Mme Le Moal et autres* ; CE, 23 juillet 2024, n° 494489, *M. Carpentier*.

36. « Nous lisons ses écritures comme critiquant la contrariété de l'ordonnance au principe général d'égalité (...) Ce n'est donc pas le principe constitutionnel d'égalité devant la loi qui est invoqué devant vous, ce qui vous aurait conduit, en application de votre décision d'Assemblée CFDT Finances du 16 décembre 2020, à décliner votre compétence pour statuer sur la légalité de l'ordonnance, dont le délai d'habilitation est expiré. » (conclusions Janicot sur l'affaire *Mme Le Moal et autres*).

37. V. CE, 20 juin 2022, n°s 451852, 452060, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine* : le CE, ayant refusé de renvoyer une QPC tirée de l'atteinte au principe constitutionnel d'égalité, accepte néanmoins d'examiner le moyen tiré du principe général d'égalité.

38. CE, 14 octobre 2022, n° 445614, *Association des responsables de copropriétés*.

tirés de leur violation par les dispositions litigieuses de l'ordonnance. Il en va de même dans l'ensemble contentieux relatif à l'ordonnance n° 2019-1015 du 2 octobre 2019 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard³⁹. Si les moyens tirés du droit de l'Union européenne dirigés contre l'ordonnance (soit aux fins d'annulation, soit par voie d'exception) sont prédominants et mobilisent l'essentiel de l'argumentation du Conseil d'État, celui écarte « en tout état de cause » deux moyens. Le premier, non sourcé, est tiré de la violation de liberté d'entreprendre, dont on ne sait si le Conseil le rattache à une source constitutionnelle (l'article 4 de la Déclaration de 1789⁴⁰) ou bien conventionnelle (article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) – dans la première hypothèse, le moyen n'étant en principe recevable que sous la forme d'une mémoire distincte. De manière encore plus étonnante, le second moyen est explicitement sourcé dans la décision, puisqu'il s'agit d'un moyen invoquant « le droit à la santé protégé par le onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 », lui aussi écarté « en tout état de cause » – alors qu'en principe le Conseil aurait dû déclarer un tel moyen irrecevable⁴¹. Cet ensemble contentieux ne laisse donc pas de susciter une certaine perplexité...

C – LE DEVENIR DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE SUR LES ORDONNANCES NON RATIFIÉES

On pouvait, à l'issue des mouvements de jurisprudence de 2020, notamment marqués par un zèle certain de la Cour de cassation à suivre la nouvelle direction imprimée par le Conseil constitutionnel, douter du devenir de la question préjudicielle posée par le juge judiciaire au juge administratif sur les ordonnances non ratifiées.

Les données du problème étaient les suivantes. La Cour de cassation ayant accepté dès septembre 2020 de reconnaître le caractère de « disposition législative » de l'ordonnance⁴², elle n'avait pas jugé que la QPC sur cette dernière soit l'accessoire nécessaire d'une exception d'illégalité. C'est pourquoi le juge judiciaire transmet, puis renvoie, les QPC sur les ordonnances non ratifiées directement au Conseil constitutionnel, sans

39. Quatre arrêts : CE, 14 avril 2023, n° 436434, *European gaming and betting association* ; CE, 14 avril 2023, n° 436439, *Société The betting and gaming council* ; CE, 14 avril 2023, n° 448445, *Société Betclik entreprises limited* ; CE, 12 juillet 2023, n° 436864, *Société SPS Betting France limited*.

40. CC, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

41. C'est d'ailleurs ce à quoi l'invitait à mi-mots le rapporteur public Maxime Boutron dans ses conclusions communes aux différents arrêts du 14 avril 2023 : « Vous retrouverez ensuite un moyen tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre ou du droit à la santé par l'ordonnance. Un tel moyen pourrait n'être recevable qu'en QPC en application de votre jurisprudence [*CFDT Finances II*] ».

42. Cass., civ. 2^e, 24 septembre 2020, n° 19-40.056, *Sté Gerb*.

en passer par une question préjudicielle posée à la juridiction administrative. Cette solution ne manque pas de logique, en ce qu'elle évite des questions préjudicielles emboîtées. Elle correspond en ce sens aux objectifs de la décision du Tribunal des Conflits *SCEA du Chéneau*⁴³ visant à mettre fin aux questions préjudicielles emboîtées, le juge judiciaire pouvant saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur un acte administratif sans en passer d'abord par une question préjudicielle posée au juge administratif. En ce sens, la Cour de cassation ne fait que transposer à la QPC ce qui vaut déjà pour le renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

Cependant il faut noter que le juge judiciaire contrôle – sous l'effet d'une jurisprudence absurde de la Cour de cassation⁴⁴ – la conventionnalité des actes administratifs, y compris des ordonnances non ratifiées, sur le fondement d'une distinction – absurde, répétons-le – entre contrôle de légalité et de conventionnalité, et ce alors même que la jurisprudence *SCEA du Chéneau* a restreint l'hypothèse d'un tel contrôle au seul droit de l'Union européenne. Postérieurement à cette décision, la Cour de cassation n'avait pas cessé de contrôler la conventionnalité (par exemple la conformité à la Conv. EDH) d'actes réglementaires⁴⁵.

On pouvait donc craindre que, concernant les ordonnances non ratifiées, cette tendance se poursuivît⁴⁶ mais que de surcroît la Cour de cassation perde de vue le caractère d'acte administratif de l'ordonnance non ratifiée, et la traite comme une disposition législative « ordinaire », écartant de ce fait tout moyen d'illégalité – y compris hors inconstitutionnalité et inconventionnalité – dirigé contre l'ordonnance non ratifiée.

Il apparaît que ces inquiétudes n'étaient pas fondées. Le nouveau régime contentieux n'a pas mis fin aux questions préjudicielles posées par le juge judiciaire à la juridiction administrative relatives à la légalité de dispositions d'une ordonnance non ratifiée. On peut en prendre plusieurs exemples.

Ainsi, par deux décisions du 10 mai 2022 rendues dans la même affaire⁴⁷, le Tribunal de commerce de Paris a à la fois transmis une QPC à la Cour de cassation portant sur les dispositions d'une ordonnance non ratifiée (les dispositions de l'article L. 442-1, 1, 1° du Code de commerce, prises dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019) et renvoyé une question préjudicielle au Conseil d'État portant sur le respect par l'ordonnance du champ de l'habilitation. La

43. TC, 17 octobre 2022, n° C3828, *SCEA du Chéneau et autres*.

44. V. notamment Cass., civ. 1e, 3 avril 2001, n° 00-05.026

45. V. par ex. Cass., civ. 2e, 2 juill. 2020, n° 19-11.624

46. Ce fut le cas. V. par ex. Cass., civ. 2e, 19 mai 2022, n° 21-10.745.

47. Trib. com. Paris, 10 mai 2022, n° 2020032138, *ILEC c/Amazon* ; Trib. com. Paris, 10 mai 2022, n° 2020032138QPC, *ILEC c/Amazon*.

Cour de cassation⁴⁸ a renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel, qui a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution⁴⁹. De son côté, le Conseil d'État a écarté l'exception d'illégalité soulevée par le défendeur⁵⁰, notamment au visa de la décision du Conseil constitutionnel (choix qui s'apparente ici à une forme de courtoisie inter-juridictionnelle, la décision du Conseil étant sans incidence sur la solution). On a là un quatuor juridictionnel dont la partition a été exécutée sans friction ni tension.

Un autre exemple de la vitalité de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* pour l'objet qui nous intéresse peut être tiré de l'affaire *CHSCT de la plate-forme de préparation et de distribution du courrier de Puy-en-Velay et autres*. Dans une décision du 28 septembre 2022⁵¹, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de renvoyer une question préjudicielle au Conseil d'État relative à la légalité de certaines dispositions de l'ordonnance n° 2020-638 du 27 mai 2020. Dans une décision antérieure⁵², le Conseil d'État avait en effet annulé les dispositions de deux ordonnances ayant un objet analogue (réduction des délais d'information et de consultation des Conseil sociaux et économiques d'un côté, du CHSCT de l'autre), et prises sur le fondement des mêmes dispositions d'habilitation. Le Conseil d'État avait jugé que ces dispositions avaient été prises en méconnaissance du champ de l'habilitation déterminé par le législateur. Appliquant donc la théorie de l'illégalité manifeste issue de la jurisprudence de la *SCEA du Chéneau*, la Cour de cassation a donc écarté la demande de question préjudicielle, déclaré les dispositions litigieuses de l'ordonnance (ainsi que du décret en portant application) manifestement illégales et cassé l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il n'avait pas accueilli le moyen.

Enfin, on peut mentionner les deux arrêts précités du Conseil d'État du 26 juin et du 23 juillet 2024, rendus sur 6 questions préjudicielles de plusieurs juridictions judiciaires relatives au « dispositif d'indemnisation de la perte d'activité » mis en place par l'ordonnance n° 2020-505 du 2 mai 2020 et par le décret n° 2020-1807 du 30 décembre 2020, pris sur le fondement de cette ordonnance.

III – PERSPECTIVES

Dans ce nouveau régime contentieux, certaines zones d'ombres demeurent non résolues. Ainsi, l'absence d'obligation faite au juge

48. Cass. com., 7 juillet 2022, n° 22-40.010

49. CC, décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022, *Sté Amazon EU*.

50. CE, 21 décembre 2022, n° 463938, *Sté Amazon EU*.

51. Cass. soc., 28 septembre 2022, n° 21-14.685

52. CE, 19 mai 2021, n° 441031, *CGT-FO et autres*

d'inviter le requérant à régulariser sa requête en consignant les moyens d'inconstitutionnalité (tirés de l'atteinte aux droits et libertés) dans un mémoire distinct, s'avère problématique, notamment lorsque le recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance est intervenu avant l'échéance du délai d'habilitation (à un moment où un mémoire QPC aurait été irrecevable). De la même manière, la possibilité de divergences d'appréciation du caractère matériellement réglementaire d'une disposition d'une ordonnance non ratifiée entre les trois hautes juridictions ne s'est pas réalisée, de sorte qu'on ne sait guère de quelle manière une telle difficulté serait résolue. Pour le reste, il demeure que le contentieux des ordonnances non ratifiées s'est remarquablement stabilisé et que ses subtilités ont globalement été bien intégrées par les requérants.

On peut constater, cependant, une baisse du volume contentieux ces deux dernières années. Il y a à cela une raison simple, qui est la baisse du nombre d'ordonnances, conséquence logique de la baisse du nombre d'habilitations sous la 16^e législature. On est ainsi passé de 125 ordonnances en 2020 et 91 ordonnances en 2021 (années certes exceptionnelles en raison de la crise sanitaire) à 45 ordonnances en 2022, 23 ordonnances en 2023 et 7 ordonnances en 2024⁵³. On remarquera d'ailleurs qu'en 2024 une ordonnance a été frappée de caducité, faute pour le gouvernement d'avoir déposé en temps utile un projet de loi de ratification⁵⁴ – fait assez rare, puisqu'on comptait auparavant seulement 3 occurrences depuis 1984, la dernière datant de 2017. On notera également que dans la période postérieure aux revirements de 2020, un certain nombre d'ordonnances particulièrement emblématiques et/ou controversées avaient naturellement suscité un volume contentieux important. Il en va ainsi, par exemple, des diverses ordonnances COVID⁵⁵, de l'ordonnance du 16 décembre 2020 portant recodification du CESEDA, ou encore de l'ordonnance du 2 juin 2021 relative, encadrement supérieur de la fonction publique d'État. Force est de constater que le recours aux ordonnances de l'article a, ces dernières années, moins agité l'opinion. C'est ce qui permet notamment d'expliquer la baisse relative du nombre de recours pour excès de pouvoir ces deux dernières années : la proximité temporelle entre la prise de l'ordonnance et la décision rendue sur recours pour excès de pouvoir (due notamment aux délais de recours, ainsi qu'au fait que le Conseil d'État statue en premier et dernier ressort) fait de cette voie de droit un bon indicateur du degré de contestation

53. Cette comptabilisation exclut les textes rectificatifs.

54. L'ordonnance n° 2024-562 du 19 juin 2024 portant modification et codification du droit de la publicité foncière est devenue caduque le 19 septembre 2024 – victime collatérale de la période d'expédition des affaires courantes.

55. Notamment l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

que les ordonnances suscitent chez leurs destinataires. De ce point de vue le tassement du volume contentieux, particulièrement en REP, traduit sans doute un délaissement du recours aux ordonnances pour traiter de questions politiquement sensibles. Ceci, est, en retour, la conséquence logique, de la disparition du fait majoritaire absolu à l'Assemblée nationale.

S'il est toujours hasardeux de prédire l'avenir, on peut néanmoins gager que ce tassement (relatif) va se poursuivre et que l'on va assister à une sorte de « normalisation » du contentieux des ordonnances non ratifiées : le nombre de REP continuera sans doute de stagner, et les ordonnances seront vraisemblablement davantage contestées par la voie de l'exception à l'occasion de la contestation des actes pris sur leur fondement. De ce point de vue, la QPC demeurera sans doute une voie très attractive, avec un alignement complet, à cet égard, du traitement de l'ordonnance ratifiée et de l'ordonnance non ratifiée. Tant la Cour de cassation que le Conseil d'État – spécialement lorsqu'ils statuent comme juges de cassation ou juges du filtre – ne font plus que rarement mention du caractère ratifié ou non de l'ordonnance ; il arrive d'ailleurs, lorsque celle-ci codifie tel ou tel pan du droit, que seul l'article du code soit mentionné et non l'ordonnance qui l'a introduite (le Conseil constitutionnel précise en revanche systématiquement « dans sa rédaction issue de l'ordonnance X »). Bref, une fois passé le délai d'habilitation, plus grand-chose ne distingue l'ordonnance non ratifiée de l'ordonnance ratifiée, que ce soit au regard des moyens d'inconstitutionnalité que des moyens d'inconventionnalité, le contrôle de la conventionnalité des ordonnances ayant toujours été attiré, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, dans la sphère du contrôle de conventionnalité des lois. Certes, on y a assez insisté plus haut, les autres moyens demeurent vivaces (notamment ceux tirés de la méconnaissance du champ de l'habilitation et de la violation des principes généraux du droit), et la spécificité du régime des ordonnances non ratifiées est attestée par la vigueur, à l'endroit de ces dernières, du système des questions préjudicielles dans sa configuration issue de la jurisprudence *SCEA du Chêneau*. Cependant, on peut ici penser que le tropisme de la QPC (et sans doute également du contrôle de conventionnalité, particulièrement du respect du droit de l'Union européenne) a vocation à se faire plus important, comme l'atteste la très faible propension des requérants à « dé-sourcer » leurs moyens.

C'est ici peut-être que les inquiétudes d'une partie des parlementaires, à la suite des revirements de 2020, pourraient s'avérer en partie fondées. Certes, on y a assez insisté, la qualification de « disposition législative » par le Conseil constitutionnel n'a en aucun cas pour effet juridique de conférer à l'échéance du délai d'habilitation une fonction de ratification implicite de l'ordonnance. Cependant, cette tendance des

justiciables et des juridictions elles-mêmes à assimiler l'ordonnance non ratifiée à une disposition législative ordinaire, que ce soit en QPC ou dans le contrôle de conventionnalité, est sans doute une conséquence inévitable de ce nouveau régime contentieux : c'en est aussi un facteur de simplification. Cette tendance est également le reflet de la raréfaction des ratifications (seules 20 % des ordonnances prises sous les deux mandats du président Macron ont été ratifiées). L'ordonnance non ratifiée, de l'exception, est devenue la règle : elle est aujourd'hui le principal mode de législation gouvernementale, la ratification n'apparaissant plus essentielle à sa pérennisation. Il est donc assez explicable que son régime contentieux se rapproche en définitive de celui des dispositions législatives ordinaires.