

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées

Mathieu Carpentier

Professeur de droit public, Institut Maurice Hauriou (IMH)

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Du système au bric-à-brac ?

Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées

Mathieu Carpentier

I. Une répartition du contentieux complexe

A. Des revirements en cascade

1. *Un revirement en deux temps à la justification incertaine*

2. *La réponse du Conseil d'Etat*

B. L'éclatement du contentieux

1. *Une répartition par types de moyens*

2. *L'invitation voilée à ne pas « sourcer » les normes de référence*

3. *Les spécificités du recours pour excès de pouvoir*

II. Des interrogations persistantes

A. La coexistence du recours pour excès de pouvoir et de la QPC

1. *Une actio popularis ?*

2. *La cruauté du temps qui passe et la requalification des moyens*

3. *La coexistence des effets*

B. Un double contrôle de constitutionnalité des ordonnances

C. Le cas des dispositions matériellement réglementaires de l'ordonnance

D. Le devenir de la question préjudicielle sur l'ordonnance non ratifiée

Le régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution a subi récemment d'importantes modifications, sous l'effet conjugué de revirements de jurisprudence tout d'abord du Conseil constitutionnel, puis, relativement discrètement de la Cour de Cassation et enfin, dans la grande pompe d'une décision d'assemblée, par le Conseil d'Etat. Cette évolution vient mettre fin à une répartition des compétences et des offices qui revêtait un certain systématisme¹, en dépit des incertitudes susceptibles de naître de la nature hybride de l'acte.

L'existence d'une ordonnance de l'article 38 au sein de l'ordre juridique connaît trois étapes principales. La première étape est celle de la *jeunesse*, qui voit naître l'ordonnance, acte administratif pris dans le domaine de la loi sur habilitation législative, et qui court de la prise

¹ B. Genevois, « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », RFDA, 2018, p. 766-768.

de l'ordonnance jusqu'à l'échéance du délai d'habilitation. La seconde étape est celle du *purgatoire*, qui court de l'échéance du délai d'habilitation jusqu'à la ratification effective et qui maintient l'ordonnance dans l'ordre juridique sans que son auteur ne puisse la modifier ou l'abroger, du moins en ce qui concerne ses dispositions matériellement législatives. Cette étape est susceptible de s'interrompre et de déboucher sur la mort brutale de l'ordonnance lorsque le projet de loi de ratification n'a pas été déposé à l'intérieur du délai de ratification fixé par la loi d'habilitation, ce qui entraîne la caducité de l'ordonnance². Si, comme c'est pratiquement à peu près toujours le cas, un tel projet de loi est bien déposé à l'intérieur du délai, l'ordonnance continue d'exister sous une forme ontologiquement incertaine : elle reste un acte administratif mais ne peut plus être modifiée, pour ses dispositions législatives, que par le législateur. La dernière étape est celle de la *transfiguration* : la ratification effective de l'ordonnance (qui, depuis la révision du 23 juillet 2008 ne peut plus être qu'expresse³) qui a pour objet de lui donner rétroactivement force de loi à compter de sa signature⁴. Les dispositions de l'ordonnance sont alors réputées avoir été formellement législatives dès le début, y compris d'ailleurs ses dispositions matériellement réglementaires qui ne peuvent plus être modifiées par le gouvernement qu'au moyen de la procédure de déclassement de l'article 37 al. 2.

Jusqu'à présent, le régime contentieux des ordonnances, en dépit d'une complexité déjà poussée, épousait à peu près à la perfection ces trois étapes de la vie de l'ordonnance : il y avait donc une connexion, somme toute logique, entre la nature juridique de l'ordonnance⁵ – acte

² On sait que l'expression « délai de ratification » ne désigne pas le délai à l'intérieur duquel l'ordonnance doit être effectivement ratifiée par le Parlement, mais celui à l'intérieur duquel le projet de loi de ratification doit, à peine de caducité, être déposé sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée. Le juge administratif a pu reconnaître une telle caducité (v. par ex. CE, 10/9 SSR, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, n° 246748 ; voir récemment, s'agissant d'un projet de loi de ratification partielle, CE, ord., 12 février 2021, n° 448981). Il a par ailleurs jugé que le retrait par le gouvernement du projet de loi de ratification déposé dans les temps (et son dépôt subséquent sur le bureau de l'autre assemblée) n'avait pas pour effet de frapper l'ordonnance de caducité (CE, 10/9 SSR, 27 avril 2011, *Association La Demeure historique*, n° 309709). Enfin, il convient de noter que le Conseil d'Etat a pu juger que d'autres raisons que le défaut de présentation de projet de loi de ratification pouvaient entraîner la caducité de l'ordonnance (v. par exemple, CE 2/7 CHR, 1^{er} juillet 2020, n° 428134).

³ La pratique antérieure admettait une ratification implicite des ordonnances ou de certaines de leurs dispositions : le Conseil d'Etat dès un arrêt de 1957 (CE, 25 janvier 1957, *Société des établissements charlionais*) avait admis qu'un décret-loi pût être implicitement ratifié par le seul effet d'une modification introduite par le législateur, et il avait logiquement étendu cette jurisprudence aux ordonnances de l'article 38 (v. par exemple CE, 4 / 1 SSR, 7 février 1994, n° 84933, *M. Guez*). Le Conseil constitutionnel avait un temps exigé une « manifestation de volonté clairement exprimée » (CC, Décision n° 72-73 L du 29 février 1972), s'était rangé à une interprétation plus souple reconnaissant que la ratification puisse « résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement » (CC, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* et surtout CC, Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*). De telles ratifications implicites sont aujourd'hui prohibées.

⁴ CC, Décision n° 66-36 L du 10 mars 1966; CE, 10 / 9 SSR, 8 décembre 2000, n°s 199072 199135 199761, *Hoffer*. Notons que rien ne s'oppose à ce qu'une loi ratifie une ordonnance caduque.

⁵ Telle que généralement conçue par la jurisprudence et en doctrine. On reviendra cependant un peu plus bas sur les controverses doctrinales relatives à la nature des ordonnances.

administratif au moment de la jeunesse et du purgatoire, acte législatif à compter de la transfiguration – et l'identité du juge susceptible de la contrôler : pour les étapes 1 et 2, c'était le juge administratif qui était compétent, occasionnellement le juge judiciaire saisi d'une exception d'illégalité, sous réserve des cas dans lesquels la jurisprudence *SCEA du Chêneau* exige une question préjudicielle ; pour l'étape 3, la nature législative de l'acte entraînait la compétence de principe du juge constitutionnel.

A vrai dire ce régime contentieux n'est pas remis en cause en ce qui concerne les étapes extrêmes : pour ce qui concerne la période précédant l'échéance du délai d'habilitation, l'ordonnance demeure bien un acte administratif « classique », auquel le juge administratif applique néanmoins des techniques de contrôle adaptées à sa spécificité ; quant à la période qui suit la transfiguration, elle entraîne logiquement, comme c'est le cas dans d'autres domaines (par exemple celui de la prorogation, qui vaut ratification, du décret proclamant l'état d'urgence⁶), le dessaisissement du juge administratif, y compris lorsque la ratification intervient en cours d'instance. C'est alors le juge constitutionnel qui est compétent tant *a priori* à l'occasion d'une saisine contre la loi de ratification soit *a posteriori* par le biais d'une QPC soulevée contre l'ordonnance elle-même. Le juge administratif – comme le juge judiciaire – demeurent seulement compétents lorsque, saisis par voie d'exception, il leur est demandé d'apprécier la conformité de l'ordonnance aux engagements internationaux de la France.

En revanche, l'étape intermédiaire (le purgatoire) a toujours été marquée par un équilibre subtil, que les récents revirements de jurisprudence sont venus remettre en cause. De manière générale la jurisprudence antérieure, s'appuyant sur le caractère administratif de l'acte, adoptait une attitude analogue à celle qui était la sienne au sujet de la première étape⁷ : elle admettait la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir – introduit avant comme après l'échéance du délai d'habilitation – ainsi que la possibilité pour les justiciables d'exciper de l'illégalité de l'ordonnance au moins jusqu'à la ratification, et même après en ce qui concerne les seuls moyens d'inconventionnalité. Il n'y avait donc pas de solution majeure de continuité au sein de l'office du juge selon qu'il soit saisi et/ou soit amené à statuer au cours de l'étape 1 ou de l'étape 2. La seule conséquence, sur le plan contentieux, de l'échéance du délai d'habilitation était la fermeture d'une voie de recours spécifique : en raison de l'impossibilité pour le pouvoir réglementaire d'abroger les dispositions matériellement législatives des ordonnances, le refus d'abroger une ordonnance illégale,

⁶ CE, Ass., 24 mars 2006, n° 286834, *Rolin*.

⁷ CE, sect., 3 nov. 1961, *Damiani*.

lorsqu'il intervenait postérieurement⁸ à l'échéance du délai d'habilitation, n'était pas susceptible de recours contentieux⁹.

Le Conseil constitutionnel, tout comme d'ailleurs la Cour de cassation¹⁰, s'était très tôt rangé à cette analyse, alors que l'entrée en vigueur de la QPC avait pu faire naître un doute sur la nature des ordonnances non ratifiées au regard de la notion de « disposition législative » comprise à l'article 61-1 de la Constitution ; en ce qui concerne la procédure DC, la question ne se posait guère dès lors que l'article 61 (ainsi que l'article 54) de la Constitution énumère de manière limitative les types de textes dont le Conseil constitutionnel peut être saisi. Cependant, le Conseil constitutionnel avait choisi de faire sien le raisonnement du conseil d'Etat : saisi par la Cour de cassation d'une QPC relative aux dispositions d'une ordonnance non ratifiée, il avait, dès 2011, affirmé que cette dernière n'avait pas le caractère de disposition législative et n'était donc pas susceptible d'être contestée par le biais d'une QPC¹¹.

C'est cet équilibre fragile qui est aujourd'hui remis en question. Les ordonnances non ratifiées sont désormais considérées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il en résulte que le Conseil constitutionnel est seul compétent pour apprécier de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cependant, toute disposition législative « au sens de » l'article 61-1 qu'elle soit, l'ordonnance non ratifiée n'en demeure pas moins un acte administratif : le découplage du régime contentieux et de la nature de l'acte ne saurait donc être total. C'est pourquoi le juge administratif conserve une partie du contentieux relatif aux ordonnances non ratifiées. Il en résulte un régime d'une grande complexité et d'une très faible lisibilité au regard de celui qui le précédait.

I. Une répartition du contentieux complexe

A. Des revirements en cascade

⁸ Nous n'avons pas retrouvé de jurisprudence relative à un refus d'abroger intervenu à l'intérieur du délai d'habilitation et attaqué à l'intérieur de ce délai : l'échéance de ce délai en cours d'instance devrait en tout état de cause entraîner une décision de non-lieu à statuer, puisqu'à la date de la décision, l'auteur de l'acte n'est plus compétent pour l'abroger (c'est selon nous une conséquence de la décision du CE, Ass., 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des américains accidentels*).

⁹ CE, Ass, 11 décembre 2016 n° 279517, *Conseil national de l'ordre des médecins*. Pour les conséquences sur l'irrecevabilité des QPC en matière d'ordonnance non ratifiée, CE, 2/7 CHR, 12 octobre 2016, n° 396170, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*. Voir toutefois l'étonnante décision CE, 4/6 SSR, du 25 mars 2002, n° 224221 où, saisi tout à la fois d'un recours contre l'ordonnance et d'un recours contre le refus d'abroger, le Conseil d'Etat écarte les moyens relatifs au refus d'abroger pour des motifs de fond (les mêmes que ceux pour lesquels il écarte les moyens tendant à l'annulation de l'ordonnance), sans opposer à la requérante l'impossibilité pour le pouvoir réglementaire d'abroger l'ordonnance.

¹⁰ V. par ex Cass, civ. 1ère, 10 janvier 2018, n° 17-19.751

¹¹ CC, Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É.*

1. Un revirement en deux temps à la justification incertaine

La saga contentieuse s'ouvre en mai 2020 avec la décision *Force 5* du Conseil constitutionnel¹² ; ce dernier y affirme qu'une ordonnance non ratifiée est une « disposition législative » et à ce titre devait être comprise comme satisfaisant les exigences de l'article 7 de la charte de l'environnement qui confie à la « loi » (et à elle seule) le soin de définir les limites et conditions de la participation et de l'information du public relativement aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. Le choix de l'expression « disposition législative » n'était pas anodin. On pouvait certes penser qu'il s'agissait d'un euphémisme choisi pour le Conseil constitutionnel afin d'éviter de qualifier de « loi » une ordonnance non ratifiée ; cependant les commentateurs ont immédiatement fait le lien avec l'article 61-1 de la Constitution¹³. Il convient de souligner qu'à aucun moment dans la décision le Conseil constitutionnel n'évoque les conséquences contentieuses de cette qualification, et ce d'autant que l'ordonnance n'était pas l'acte dont la constitutionnalité était contestée par la QPC ; au contraire l'ordonnance était invoquée *au soutien* de la constitutionnalité (à compter de la date d'échéance du délai d'habilitation) de la disposition législative attaquée.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat, faisant son affaire de ces ambiguïtés, a tout d'abord semblé refuser de s'engager dans la brèche ouverte par la décision *Force 5*. Dans un arrêt de chambre seule du 11 juin (inédit, et donc à ne pas surinterpréter)¹⁴, il maintient fermement sa jurisprudence et refuse de renvoyer une QPC portant sur une ordonnance non ratifiée, au demeurant non applicable au litige. Dans une décision¹⁵ du 1^{er} juillet *Conseil national de l'Ordre des architectes*¹⁶, il accepte de connaître d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance et introduit dans le délai d'habilitation, sans juger que l'échéance de ce délai doive mettre fin à l'instance. Le rapporteur public Guillaume Odinet envisage cependant un système où « la possibilité de faire une QPC contre telle ou telle disposition d'une ordonnance applicable à un litige pourrait en effet s'articuler avec celle de former, dans le délai de recours, un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance elle-même », mais ne semble

¹² CC, Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*

¹³ V. par exemple A. Levade, « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *JCP G*, 2020. 1185 ; J.-P. Camby et J.-E. Schoettl, « Ordonnances: une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

¹⁴ CE, 7 CHJS, 11 juin 2020, n° 437851.

¹⁵ Sur laquelle on renvoie à l'éclairant commentaire de V. Lamy, « Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert », *AJDA*, 2020. 2266

¹⁶ CE, 2/7 CHR, 1^{er} juillet 2020, n° 429132.

pas envisager le cas de figure où une QPC serait soulevée dans le cadre de ce recours pour excès de pouvoir lui-même. Autrement dit, à supposer même que le Conseil constitutionnel puisse être saisi d'une QPC dirigée contre une ordonnance non ratifiée, cela n'entraînerait pas un alignement du régime contentieux de cette dernière avec celui de l'ordonnance ratifiée, puisque la ratification de l'ordonnance entraîne le dessaisissement du juge administratif saisi d'un recours en excès de pouvoir contre une ordonnance.

Dans une décision du 3 juillet, le Conseil constitutionnel saute sur l'occasion qui lui est offerte par une QPC dirigée contre une loi d'habilitation pour se livrer à un long *obiter dictum* relatif au contentieux des ordonnances non ratifiées : tirant les conséquences de la qualification de disposition législative mise en œuvre dans sa décision *Force 5*, il affirme que la conformité de ces ordonnances aux droits et libertés que la constitution garantit ne peut être contestée que par une QPC.

A vrai dire les justifications apportées, notamment par le Commentaire officiel, n'emportent guère l'adhésion. Le Secrétaire général tire en particulier de l'impossibilité faite au gouvernement de modifier les ordonnances après l'échéance du délai un argument quant à la nature législative de l'acte. Ce faisant il tente de se placer sur le terrain d'un débat doctrinal quasi-ontologique relatif à la « véritable »¹⁷ nature des ordonnances, opposant ceux qui y voient un instrument de législation déléguée¹⁸ et ceux qui y n'y voient qu'une extension temporaire de la compétence *ratione materiae* du pouvoir réglementaire. S'affrontent ici en réalité deux conceptions, l'une organique, l'autre matérielle, de la nature des ordonnances. On ne s'aventurera pas ici dans ce débat, pour la simple raison qu'en dépit du dogme de la liaison de la compétence et du fond, la nature véritable d'un acte est indifférente à l'organisation de son contentieux. On verra d'ailleurs que la notion de « disposition législative » doit s'entendre comme une notion purement fonctionnelle qui ne se fonde nullement sur la nature de *loi* de l'acte envisagé.

Tout au plus se contentera-t-on de remarquer en forme *d'obiter dictum* doctrinal que la conception matérielle adoptée semble-t-il par le Conseil constitutionnel se heurte à plusieurs obstacles. Si, de ce que l'ordonnance a pour fonction de modifier la loi, on conclut à sa valeur législative, alors il faut affirmer qu'elle, est en ce sens, « législative » dès sa signature ;

¹⁷ La possibilité d'une détermination de cette « véritable » nature suscite le scepticisme d'une partie de la doctrine ; voir notamment D. de Béchillon, « La vraie nature des ordonnances », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Dalloz, 2009

¹⁸ Thèse soutenue notamment par L. Favoreu, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RFDA*, 1987. 698 ; et D. de Béchillon, « La vraie nature des ordonnances », article précité.

l'échéance du délai d'habilitation a en effet pour seule fonction de dessaisir ce « législateur » temporaire. Le fait que seul le législateur puisse modifier l'ordonnance n'emporte pas, en tant que tel, la reconnaissance d'un caractère « législatif » dont cet acte serait dépourvu avant l'échéance du délai. Dès lors que le Conseil constitutionnel admet – dans une décision connue pour d'autres raisons¹⁹ – que le législateur puisse modifier, sans encourir la censure, une ordonnance avant l'échéance du délai d'habilitation, pourvu que le gouvernement n'ait pas opposé pas l'irrecevabilité, il apparaît que la seule différence, en réalité, entre la période précédant et celle suivant l'expiration du délai est que, dans la première période, la compétence de modification des ordonnances est *partagée*, avec un possible droit de veto du gouvernement (via l'article 41 de la Constitution), alors que dans la seconde période, la compétence de modification est exclusivement attribuée au Parlement. Il est difficile de tirer de ce seul fait des considérations définitives quant à la nature des ordonnances.

De surcroît, il est tout à fait possible – comme l'a montré, à la suite d'une lignée doctrinale prestigieuse, Julien Padovani dans un article récent – de retourner la thèse matérielle sur son fondement et de soutenir qu'une ordonnance a pour effet de délégaliser²⁰ les dispositions législatives qu'elle modifie²¹. Dans cette hypothèse, l'intervention du Parlement que ce soit par la modification (y compris, donc, avant l'échéance du délai d'habilitation) ou par la ratification a pour effet de re-légaliser ce que le gouvernement a délégalisé²².

En tout état de cause, il importe de souligner que quand bien même la thèse matérielle serait exacte, il serait sans incidence sur la solution jurisprudentielle adoptée par le Conseil constitutionnel, et elle ne saurait la justifier pleinement. Les raisons véritables qui ont guidé le revirement de jurisprudence sont sans doute différentes : le recours aux ordonnances est en croissance constante. Cette tendance a culminé en 2020, année il est vrai exceptionnelle, avec 125 ordonnances contre 46 lois promulguées. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que le Conseil constitutionnel soit réticent à voir un nombre important de mesures normalement

¹⁹ CC, Décision *Conseil de la Concurrence* précitée. Pour un exemple récent d'interférence entre ordonnance et législation primaire, voir J. Boisson, « La difficile détermination de la date de la loi », *RTD civ.* 2019. 243

²⁰ Tout en les maintenant à un niveau supra-décrétal, ce qui permet d'expliquer dans cette perspective, que la prohibition de l'incompétence négative s'impose également aux ordonnances (voir notamment CE, Ass., 28 mars 1997, n^{os} 179049, 179050, 179054, *Société Baxter*).

²¹ J. Padovani, « Les ordonnances de l'article 38 de la constitution : quelle nature juridique ? », *RFDA*, 2021, p. 568-569.

²² Cette position a cependant l'inconvénient de faire de confier à la modification d'une disposition d'une ordonnance par le législateur la même fonction que la ratification, ce qui concourt à faire de la modification une ratification implicite des dispositions précitées. D'un point de vue purement logique, cette conclusion nous semble inévitable, de sorte que pour se conformer aux nouvelles prescriptions de ratification expresse, il conviendrait que la première modification intervienne dans la loi de ratification...

réservées au législateur échapper à son contrôle. Ce faisant il prend le pari de marcher sur les plates-bandes du Conseil d'Etat, pourtant peu susceptible de lui réserver un accueil favorable.

2. La réponse du Conseil d'Etat

Les décisions du 28 mai et 3 juillet 2020 ont fait naître la perspective d'une guerre des juges, chacun revendiquant pour lui-même le droit exclusif de contrôler les ordonnances non ratifiées. Afin d'éviter cette guerre des juges, le Conseil d'Etat a choisi de renoncer à une approche par blocs contentieux. Il renonce à l'équation « un seul acte = un seul juge », et, au contraire, va accepter de fragmenter le contentieux relatif à un même acte en fonction du type de moyens susceptibles d'être soulevés devant le juge administratif ou constitutionnel. Le Conseil d'Etat va, pour ce faire, prendre appui sur la limitation que l'article 61-1 de la Constitution impartit au champ des normes de référence invocables en QPC : au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis, l'ordonnance non ratifiée est bien une « disposition législative »²³ ; au regard des autres moyens il s'agit toujours d'un acte administratif. La notion de « disposition législative » s'entend alors comme une notion fonctionnelle²⁴, sans incidence sur la « nature véritable » – à supposer que cette expression fasse sens – de l'acte. Autrement dit, contrairement à ce qu'ont pu croire les premiers commentateurs²⁵, la qualification de disposition législative n'a pas conduit conférer à l'échéance du délai d'habilitation un effet identique à celui de la ratification, à savoir l'attribution de force de loi à l'ordonnance, qui rend caduque l'instance devant le juge administratif. Dans cette perspective, une répartition du contentieux est possible, même si elle fait perdre au régime contentieux des ordonnances sa lisibilité et sa systématicité antérieures.

C'est pourquoi dès un arrêt du 28 septembre, le Conseil d'Etat, emboîtant le pas à la Cour de cassation quatre jours plus tôt²⁶, accepte de renvoyer au Conseil constitutionnel une

²³ G. Eveillard note à juste titre que cette qualification n'intéresse que le statut de l'ordonnance au regard de la QPC, ainsi qu'au regard des conditions d'application de l'article 7 de la Charte de l'Environnement (G. Eveillard, « Le contrôle du juge administratif sur les ordonnances de l'article 38 », *Droit administratif*, mars 2021, p. 28.)

²⁴ On pourrait dire qu'est une disposition législative toute disposition que le Conseil constitutionnel accepte (ou exige) de contrôler en QPC. Ainsi une loi référendaire est un « texte législatif » ; mais les normes qu'elle contient ne sont pas des « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1, pour la seule raison que le Conseil constitutionnel n'accepte pas de les contrôler en QPC (CC, Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*). La subtilité de la distinction entre « texte législatif » et « disposition législative » n'aurait pas déplu aux plus obscurs scolastiques byzantins.

²⁵ V. notamment Ch. Bathélémy, « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA*, 2020, p. 898-899.

²⁶ Cass., civ. 2e, 24 septembre 2020, n° 19-40.056, *Sté Gerb*. L'arrêt de la Cour cite expressément la décision du 3 juillet du Conseil constitutionnel, tout comme la décision du 16 décembre 2020 du Conseil d'Etat.

QPC dirigée contre une ordonnance non ratifiée²⁷ à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte d'application de cette dernière. Les conclusions très intéressantes du rapporteur public Alexandre Lallet traduisent bien les considérations de politique juridictionnelle qui ont guidé le Conseil d'Etat : « nous ne voyons pas comment vous pourriez, face à une QPC visant une disposition issue d'une ordonnance intervenue dans une matière législative, comme c'est à l'évidence le cas ici, et qui n'est plus modifiable, lui dénier le caractère législatif "au sens de" qui découle mécaniquement de la jurisprudence constitutionnelle, sans introduire un grand désordre et d'inutiles tensions ».

Enfin, dans un arrêt d'assemblée du 16 décembre 2020²⁸, *CFDT Finances II*, le Conseil d'Etat a définitivement réglé le régime contentieux des ordonnances non ratifiées, en venant préciser les règles applicables non seulement dans le cas de l'exception d'illégalité, qui était largement prévu par la décision du 28 septembre, mais également dans le cas, laissé en suspens depuis l'arrêt du 1^{er} juillet 2020, du recours direct contre l'ordonnance par le biais du REP. Il est alors clair que le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas eu pour effet de reconnaître la valeur législative de l'ordonnance non ratifiée à l'instar de celle qui aurait été ratifiée et par conséquent dessaisir le juge administratif : dans cette perspective, comme l'avait perçu Pascale Deumier dès avant la décision du 16 décembre 2020, la décision du 1^{er} juillet « n'est plus un acte de résistance mais tout à l'inverse une confirmation de la portée constitutionnellement limitée de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel »²⁹.

B. L'éclatement du contentieux

Il en résulte un régime contentieux éclaté à l'extrême³⁰.

1. Une répartition par types de moyens

Que ce soit au cours de la période de jeunesse ou à celle du purgatoire, le contentieux des ordonnances devant le juge administratif connaît un certain nombre d'aménagements ; il en va ainsi principalement en ce qui concerne les moyens susceptibles d'être soulevés à leur encontre. Il faut reconnaître à ce sujet un effort de pédagogie effectué par le Conseil d'Etat qui

²⁷ CE, 10/9 CHR, 28 septembre 2020, n^{os} 441059 442045, *Tutugoro*.

²⁸ CE, Ass., 16 décembre 2020, n^o 440258, *Fédération CFDT des Finances et autres*

²⁹ P. Deumier, « Les ordonnances non ratifiées ou la pyramide baroque », *RTD Civ*, 2020, p. 600.

³⁰ V. notamment pour un regard critique X. Prétot, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... » *JCP G* 2021. 338.

dégage (cons. 5 et 8) six grands types de moyens : 1/ Les vices de forme, procédure et compétence « classiques » de tout acte administratif ; 2/ Le non-respect des limites de l'habilitation ; 3/ La non-respect des principes généraux du droit ; 4/ la violation des engagements internationaux ; 5/ la violation de règles et principes constitutionnels autres que ceux garantissant des droits et libertés ; 6/ l'atteinte portée aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Concernant la 6^e catégorie de moyens, les choses sont claires : une fois passé le délai d'habilitation, ils ne peuvent plus être invoqués que par le biais d'une QPC, à peine d'irrecevabilité. (On reviendra dans la prochaine partie sur la question des conséquences de l'échéance du délai d'habilitation en cours d'instance). Concernant les autres moyens ils peuvent toujours être soulevés devant le juge administratif, que ce soit dans le contentieux de l'annulation ou bien par la voie de l'exception. La seule différence entre ces deux contentieux, du point de vue du type de moyens invocables, réside dans la neutralisation des vices de formes et de procédure dans le cadre de l'exception d'illégalité, qui résulte de l'arrêt *CFDT Finances I* de 2018³¹. Cependant les moyens « propres » aux ordonnances, à commencer par le non-respect des limites de l'habilitation, qui s'apparente à un vice d'incompétence, sont identiques aux deux types de contentieux. C'est pourquoi, dans les deux cas, le Conseil d'Etat maintient la possibilité d'invoquer l'ensemble de ces moyens devant le juge administratif.

Voilà qui, à première vue, semble de nature à assurer à la fois une nette distinction et une saine coexistence des moyens susceptibles d'être soulevés par QPC et ceux auxquels le juge administratif peut répondre lui-même de manière à faire régner entre les deux ailes du Palais-Royal une harmonie pleinement retrouvée. Cependant, l'arrêt du 16 décembre 2020 comprend plusieurs audaces, qui confirment que le Conseil d'Etat considère que l'interprétation de la Constitution opérée par le Conseil constitutionnel ne revêt qu'une autorité persuasive³², dont il accepte certes de tirer les conséquences sans pour autant se sentir obligé de lui conférer l'effectivité la plus étendue.

2. *L'invitation voilée à ne pas « sourcer » les normes de référence*

³¹ CE, Ass. 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT et autres* (qu'il convient désormais d'appeler *CFDT Finances I*)

³² Cette conception est rappelée par les deux rapporteurs publics sur les arrêts du 28 septembre et du 16 avril 2020 ainsi que par les chroniqueurs à l'*AJDA* : C. Malverti et C. Beaufils, « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 262.

Ainsi, le Conseil d'Etat affirme que l'ensemble des moyens relatifs à aux droits et libertés sont pour ainsi dire fongibles. Un seul et même principe (par exemple le principe d'égalité) peut se rattacher à trois types différents de normes : une norme constitutionnelle garantissant des droits et libertés, une norme conventionnelle et un principe général du droit³³. Cette fongibilité est cependant limitée : ces trois types de normes n'ont pas toujours la même étendue, voire, parfois, différent dans leur nature même selon qu'elles soient applicables aux actes administratifs (d'après la jurisprudence administrative) ou aux dispositions législatives (d'après la jurisprudence constitutionnelle)³⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le requérant peut avoir intérêt à invoquer, par exemple, un principe général du droit plutôt que son « équivalent » constitutionnel ou conventionnel.

Or de manière surprenante, plutôt que d'exiger, à peine d'irrecevabilité, que le requérant explicite sa stratégie contentieuse et indique à quel type de norme il rattache le principe qu'il invoque, le Conseil d'Etat prend appui sur cette fongibilité – pourtant relative – des moyens pour admettre que le requérant puisse s'abstenir de préciser quelle est la source du principe qu'il invoque. Dans cette hypothèse, le juge administratif doit « opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de sa présentation ». Autrement dit si, s'agissant d'un droit ou d'une liberté, la norme invoquée n'est pas présentée dans un mémoire QPC distinct, le juge devra en déduire qu'il ne s'agit pas d'une norme constitutionnelle, plutôt que d'opposer l'irrecevabilité au moyen. Cela veut dire que le requérant est pour ainsi dire incité à ne pas préciser la source du principe qu'il invoque, ce qui,

³³ Ainsi, ces normes ne reçoivent ni la même étendue ni la même interprétation selon leur système juridique de rattachement et l'identité du juge amené à les interpréter. Par exemple, dans l'arrêt *Arcelor* (CE, Ass, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*), le juge administratif a ainsi écarté un moyen tiré de la contrariété au principe constitutionnel d'égalité d'un dispositif qui selon les requérants traitait de manière identique des situations différentes, et il a renvoyé à la Cour de justice une question préjudicielle portant sur l'autre versant du principe d'égalité (traitement différent de situations identiques). La Cour de justice qui, contrairement au droit français, reconnaît les deux versants du principe d'égalité, a donc tranché sur les deux moyens, y compris celui écarté par le Conseil d'Etat. Conséquence cocasse du dispositif *Arcelor* : si la Cour de justice avait déclaré la directive litigieuse contraire au droit de l'Union en raison de l'attribution d'un traitement identique à deux situations différentes, le juge administratif aurait été contraint d'annuler le décret attaqué au motif de la violation du principe constitutionnel d'égalité !

³⁴ La CAA de Paris a ainsi pu récemment écarter l'application d'une disposition d'une ordonnance non ratifiée au motif de sa contrariété avec le principe général du droit de non-rétroactivité des actes réglementaires (CAA de PARIS, 18 mars 2021, n° 20PA00241, *Société Orange*). Or ce principe est d'application beaucoup plus stricte que le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en rigueur, ne s'étend qu'aux lois répressives, sous réserve des limitations que le Conseil pose, notamment en matière fiscale, à la rétroactivité des lois non répressives. Dans cette hypothèse, le requérant était bien avisé d'invoquer un PGD, plutôt que de soulever une QPC (ce choix stratégique pouvant, en l'espèce, être fortuit, le jugement attaqué et l'introduction de l'appel devant la Cour administrative d'appel étant antérieurs aux revirements de jurisprudence évoqués dans la présente étude).

s'il n'a pas déposé de mémoire QPC, permettra au juge de « repêcher » son moyen en transformant un moyen d'inconstitutionnalité irrecevable en moyen d'inconventionnalité. (On reviendra sur ce point dans la deuxième partie). On le voit, le Conseil d'Etat invite les requérants à ajuster leur stratégie contentieuse et à ne pas se placer sur le terrain des droits et libertés constitutionnellement garantis : le Conseil constitutionnel a certes créé un nouveau robinet à QPC, mais il revient quand même au juge administratif de l'ouvrir et de le fermer à sa guise. Selon la formule empreinte d'euphémisme de Bertrand Seiller, « le Conseil d'État donne au juge administratif saisi de la contestation directe ou indirecte d'une ordonnance non ratifiée, quelques moyens pour se soustraire à l'obligation de renvoyer au Conseil constitutionnel la contestation de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. »³⁵

3. Les spécificités du recours pour excès de pouvoir

Par ailleurs, le Conseil d'Etat réserve un sort particulier au contentieux de l'excès de pouvoir qui, concernant les ordonnances, est confié en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat lui-même. Concernant l'exception d'illégalité, le régime est en effet relativement simple : sauf dans les hypothèses prévues par l'ordonnance du 7 novembre 1958 où le juge peut ne pas surseoir à statuer, le juge administratif examine en priorité la QPC et s'il la transmet (ou s'agissant du Conseil d'Etat, la renvoie au Conseil constitutionnel) il n'examinera les autres moyens qu'à la reprise de l'instance, après que la décision du Conseil d'Etat, juge du filtre, et, le cas échéant, celle du Conseil constitutionnel sont intervenues. Concernant le recours pour excès de pouvoir, le régime élaboré par le Conseil d'Etat est bien plus complexe. Certes, les hypothèses que l'on vient d'envisager pour l'exception d'illégalité s'appliquent ici également : renvoi de QPC, sursis à statuer, et décision sur les autres moyens prise au fond après la décision du Conseil constitutionnel. Cependant le Conseil d'Etat crée de toute pièce une exception à la règle de la priorité qui doit – sous réserve des aménagements que requiert le droit de l'Union européenne³⁶ – en principe guider l'ordre d'examen des moyens. Il affirme en effet que lorsqu'une bonne administration de la justice l'exige, il lui revient, alors même qu'une QPC aurait été soulevée devant lui, d'annuler l'ordonnance qui serait illégale pour d'autres motifs que ceux tirés de la violation des droits et libertés constitutionnellement garantis ainsi que ceux tirés de la violation des engagements internationaux. Ceci suppose qu'il statue dans le délai de

³⁵ B. Seiller, « Vade-mecum de la contestation de l'ordonnance non ratifiée », *Gazette du Palais*, 2021, n°4, p. 33.

³⁶ CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*; CE, 10/0 SSR, 14 mai 2010, n° 312305, *Rujovic*.

3 mois, puisque l'article 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit qu'en cas d'absence de réponse du Conseil d'Etat de ce délai, la QPC est directement renvoyée au Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat s'autorise donc à « couper l'herbe sous le pied » du Conseil constitutionnel en ne renvoyant pas une QPC et en annulant l'ordonnance pour d'autres motifs. Certes la lettre de l'article 23-5 de l'ordonnance est respectée : celle-ci ne prévoit de priorité qu'entre le traitement la QPC et celui du moyen d'inconventionnalité ; c'est pourquoi le Conseil d'Etat s'interdit d'annuler une ordonnance au motif de sa contrariété avec les engagements internationaux dès lors qu'une QPC a été déposée. Cependant il apparaît clairement que le Conseil d'Etat pourra utiliser les quatre autres types motifs à sa disposition (notamment le non-respect du champ de l'habilitation³⁷ et bien entendu des principes généraux du droit, parfois similaires aux normes constitutionnelles ou conventionnelles sur le terrain desquelles il ne peut se placer) pour annuler une ordonnance, et ce alors même qu'une QPC aurait été déposée, privant le Conseil constitutionnel de la possibilité de se saisir de l'ordonnance litigieuse. Le critère de la « bonne administration de la justice » est suffisamment plastique et malléable pour qu'on puisse gager que la Haute juridiction ne se refusera guère ce plaisir lorsque cela sera possible.

Enfin, si le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a déclaré tout ou partie des dispositions litigieuses de l'ordonnance non ratifiées contrairement à la Constitution, le Conseil d'Etat entend, là aussi, se réserver une certaine marge de manœuvre, puisque s'il doit tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, il lui reviendra d'accueillir ou de rejeter le surplus des conclusions en répondant aux autres moyens.

Ainsi, il est désormais acquis, depuis une décision du 4 août 2021³⁸ sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, que, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel a reporté l'entrée en vigueur de l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle d'une ordonnance ou bien a privé sa décision d'effet utile de quelque autre manière, que le Conseil d'Etat *annule* l'ordonnance au motif de sa contrariété avec la CEDH ou le droit de l'UE, et – le cas échéant, non réalisé dans la décision du 4 août 2021 – fasse profiter le requérant de cette annulation. Il l'a déjà fait certes, dans le cadre de l'exception d'inconventionnalité³⁹ dirigée contre la loi déclarée inconstitutionnelle ; mais ici le Conseil d'Etat, puisqu'il est saisi d'un recours pour

³⁷ Pour un exemple récent (mais les requérants n'avaient pas soulevé de QPC...) CE, 9/10 CHR, 24 février 2021, n° 430261, *Association Coop de France*. Voir également CE, 4/1 CHR, 19 mai 2021, n° 44103, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*.

³⁸ CE, 6/5 CHR, 4 août 2021, n° 447916, *Syndicat des avocats de France et autres*.

³⁹ CE, 8/3 SSR, 10 avril 2015, n° 377207, *Sté Red Bull on Premise*.

excès de pouvoir, ne se contente pas d'écarter l'ordonnance inconstitutionnelle, il l'annule purement et simplement.

II. Des interrogations persistantes

Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées, passablement complexe, vient rompre la belle systématicité du système précédent. C'est pourquoi certains points ne paraissent résolus ni par la décision du 3 juillet 2020 du Conseil constitutionnel, ni par la décision *CFDT Finances II* du Conseil d'Etat.

A. La coexistence du REP et de la QPC

1. *Une actio popularis* ?

En principe une QPC ne peut être soulevée que de manière incidente à l'occasion d'une instance qui a un autre objet : il faut que la disposition législative attaquée soit « applicable » à un litige qui dispose d'une existence et d'une autonomie propres. Certes, il arrive fréquemment qu'un recours dirigé contre le décret d'application ou la circulaire relative à telle ou telle loi ne soit que le paravent du véritable objet de l'action, à savoir la QPC dirigée contre la loi elle-même. C'est ainsi qu'on a pu voir des QPC s'étendant par ce biais à l'entièreté d'une loi, ou presque⁴⁰, plutôt qu'à telle ou telle de ses dispositions, puisque c'est bien l'ensemble des dispositions de la loi qui sont appliquées ou interprétées par le décret ou la circulaire qui se retrouvent, de ce fait, « applicables au litige ». Cependant ici le Conseil d'Etat admet qu'un recours pour excès de pouvoir soit formé contre une ordonnance, recours dont le seul objet pourrait être le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC. Cela suppose soit que le recours soit introduit après l'expiration du délai d'habilitation (puisque auparavant, nulle QPC n'est recevable, sauf le cas échéant si elle forme un ensemble inséparable avec une disposition législative⁴¹), soit qu'il ait été introduit préalablement mais que le requérant, n'ayant développé que des moyens tirés de la violation des droits et libertés constitutionnellement garantis, réitère sa démarche dans un mémoire QPC déposé le jour de l'échéance du délai d'habilitation (v. *infra*

⁴⁰ CC, Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre*

⁴¹ Voyez CC, Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre*. De fait, la décision du Conseil constitutionnel va permettre de simplifier considérablement cet épineux problème de la séparabilité d'une ordonnance non ratifiée vis-à-vis d'une disposition législative qu'elle modifie.

sur les problèmes que cela pose par ailleurs). Dans ce cas la QPC devient une action en inconstitutionnalité *médiée* par un recours pour excès de pouvoir : cela tient précisément au fait que le recours pour excès de pouvoir est, pour le dire rapidement, une *actio popularis* contre un acte administratif.

Le rapporteur du gouvernement Vincent Vilette, dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT Finances II*, a pleinement perçu ce problème :

La transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel suppose que les dispositions contestées soient applicables au litige. Or, il est vrai que le maniement de cette condition est pour le moins troublante dans le cadre d'un recours contre une ordonnance puisqu'alors, précisément, les dispositions contestées *sont* le litige (...) S'agissant tout d'abord de la condition d'applicabilité au litige, vous le savez, [la QPC] a été pensée comme un verrou permettant d'éviter l'*actio popularis* contre la loi en exigeant du requérant qu'il démontre que la norme l'affecte. Mais dans la mesure où vous admettez le recours direct contre les ordonnances, c'est bien que vous admettez contre ces actes une forme d'*actio popularis* seulement tempérée par l'intérêt pour agir, de sorte que ce n'est plus l'existence même d'un contrôle mais seulement l'identité du juge chargé de l'exercer qui est ici en cause.

Cette explication n'est pas dénuée de bon sens. Cependant on peut se demander alors ce qui reste de la condition de l'applicabilité au litige dans ces conditions, ainsi que de l'exigence constitutionnelle selon laquelle la QPC doit être déposée « à l'occasion d'une instance en cours ». On concèdera qu'il s'agit d'un problème d'ordre théorique plus que juridique : c'est davantage « l'esprit » la QPC, conçue pour être un recours essentiellement incident, qui est mis à mal que la lettre claire et explicite des textes qui s'en trouve violée. Du reste, il n'apparaît guère choquant qu'un recours pour excès de pouvoir ait pour seule fonction de susciter une question préjudicielle posée à la Cour de justice au sujet de la conformité de l'acte attaqué au droit de l'Union. La QPC a par ailleurs su faire preuve d'une certaine plasticité au cours de sa jeune histoire. De question préjudicielle posée à titre incident, elle a su se faire exception d'inconstitutionnalité « à l'américaine », lorsque le Conseil constitutionnel lui-même a accepté de connaître, dans le contentieux électoral, de QPC soulevées directement devant lui (et pour cause il est le seul juge compétent à trancher le litige principal)⁴². Sa mue en *actio popularis* « à la hongroise pré-2011 » à la faveur d'un recours de pouvoir dirigé contre une ordonnance non ratifiée chagrinerait sans doute les faiseurs de systèmes, auxquels l'auteur de ces lignes avoue bien volontiers appartenir, mais prêtera à peu de conséquences au plan pratique.

Il n'en va cependant ainsi d'autres aspects de cette collision autour d'un même acte du recours pour excès de pouvoir et de la QPC.

⁴² CC, Décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*

2. La cruauté du temps qui passe et la requalification des moyens.

Avant l'échéance du délai d'habilitation, une QPC est irrecevable ; après l'échéance, un moyen d'inconstitutionnalité est irrecevable et seul un mémoire QPC est recevable – on sait que la loi organique exige un « écrit *distinct* et motivé ». Cela pose naturellement la question du devenir des moyens d'inconstitutionnalité soulevés à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir introduit *avant* l'échéance du délai d'habilitation mais toujours pendant lorsque le délai d'habilitation expire. Il faut voir que contrairement à l'hypothèse d'une ratification qui fait perdre son objet au recours pour excès de pouvoir dans son ensemble – et entraîne l'incompétence du juge administratif, y compris en ce qui concerne les dispositions matériellement réglementaires de l'ordonnance –, ce n'est pas l'intervention d'un *acte*, mais simplement l'effet du temps qui passe qui entraîne potentiellement une irrecevabilité d'autant plus dommageable que le requérant peut fort bien n'avoir soulevé qu'un seul moyen contre l'ordonnance, tiré de la contrariété de cette dernière aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Certes, un mémoire QPC peut être déposé à tout moment de l'instance, y compris après le prononcé des conclusions du rapporteur public⁴³. Mais il demeure contestable, au plan des principes, qu'un moyen devienne irrecevable par le seul effet du passage du temps, et ce d'autant plus dans un contentieux dispensé du ministère d'avocat. Le juge n'étant, en vertu de l'article R*771-14 du Code de justice administrative, pas tenu d'inviter le requérant à régulariser sa demande, se profile la perspective d'un pur et simple déni de justice pour des raisons de pure forme. Il en allait ainsi au premier chef de l'instance même qui a donné lieu à la décision du 16 décembre, puisque cette décision n'étant par définition pas encore rendue, et le revirement de jurisprudence pas encore effectué, les requérants n'avaient pu, par hypothèse, déposer de mémoire QPC.

La réponse apportée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 16 décembre 2020, suivant en cela les recommandations de son rapporteur public, relève un peu du bricolage. En premier lieu, il requalifie « pour cette fois seulement » (selon les mots de M. Villette) le moyen d'inconstitutionnalité classique soulevé par les requérants de la décision du 16 décembre en « grief QPC » au mépris de l'exigence claire et précise de présentation dans un écrit *distinct* formulée l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. On peut se demander alors à partir de quand court le délai de trois mois entraînant la saisine automatique du Conseil constitutionnel : à partir du moment où le moyen d'inconstitutionnalité a été soulevé (le 25 avril

⁴³ CE, 3/8 SSR, 28 janvier 2011, n° 338199, *Huchon*

2020) ? à partir de l'échéance du délai d'habilitation (le 23 juin 2020) ? à partir de la décision du 16 décembre qui tranche précisément la QPC et refuse de la renvoyer ? On imagine les paradoxes temporels que cette solution, certes confinée au cas d'espèce, pourrait faire naître dans le cerveau de certains amateurs de science-fiction.

En second lieu, le Conseil d'Etat ne répond pas à la question de la conduite que le juge doit adopter lorsque fort d'un moyen d'inconstitutionnalité déposé avant l'échéance du délai d'habilitation le requérant omet de déposer un mémoire QPC après la date fatidique. Cela n'inquiète guère le rapporteur public, au motif qu'« en pratique, les ordonnances sont très souvent prises à la limite du délai d'habilitation, de sorte que les recours – dans leur grande majorité – sont formés lorsque ce délai est expiré, ce qui dissipe toute incertitude ». On se demande sur quelles statistiques se fonde ce jugement, qui est infirmé par le cas d'espèce : l'ordonnance litigieuse avait été prise le 15 avril 2020, soit plus de deux mois avant l'expiration du très bref (trois mois) délai d'habilitation ; l'expiration du délai de recours intervenait d'ailleurs avant l'échéance du délai d'habilitation... De surcroît M. Villette reconnaît que le juge peut ne pas inviter le requérant à régulariser, mais que « cette approche expédiente » « ne saurait trouver à s'appliquer dans une configuration où l'irrecevabilité naîtrait de ce que le juge statue après l'expiration du délai d'habilitation ». « Ne saurait trouver » : la formule n'exprime pas une règle, mais une simple recommandation, le rapporteur public se faisant ici source de *soft law* : on compte sur le bon cœur du juge pour éviter un déni de justice.

L'attitude du Conseil d'Etat depuis l'arrêt du 16 décembre 2020 ne porte guère à croire que cette recommandation ait été suivie. Ainsi dans la décision du 4 août 2021 précitée, le Conseil d'Etat déclare, à deux reprises⁴⁴, irrecevable des moyens d'inconstitutionnalité soulevés par certains des requérants faute de mémoire distinct et motivé. Il le fait alors même que les requêtes dont les moyens étaient ainsi neutralisés avaient été introduites avant l'expiration du délai d'habilitation. Certes, n'ayant pas accès au dossier contentieux, l'auteur de ces lignes ignore si une invitation à régularisée a été effectuée par le juge et ignorée par les parties ; il demeure qu'à ses yeux, une modification de l'article R*771-14 du Code de justice administrative (ou une interprétation neutralisante du Conseil d'Etat) réinstaurant, pour le cas des ordonnances non ratifiées, l'obligation d'invitation à régulariser, s'impose *a minima*.

⁴⁴ Dans le premier cas (relatif à l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020), le moyen d'inconstitutionnalité faisait, il est vrai, doublon avec une QPC soulevée par d'autres requérants qui avait en tout état de cause déjà tranchée par le Conseil constitutionnel (v. *infra*). Par ailleurs, les requérants avaient, pour les deux articles de l'ordonnance attaqués, invoqué des moyens d'inconventionnalité tout autant que d'inconstitutionnalité (v. *infra*), ce qui limite les effets problématiques de l'irrecevabilité opposé aux seconds.

3. *La coexistence des effets*

Une décision QPC du Conseil constitutionnel et une décision rendue dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir produisent des effets distincts qui peuvent entrer en interférence.

Ce sont principalement les effets d'une décision d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel qui peuvent susciter de telles interférences. Supposons que le Conseil constitutionnel abroge la disposition litigieuse de l'ordonnance, sans reporter cette abrogation à une date ultérieure ni priver sa décision d'effet utile pour le requérant et les autres instances en cours. Supposons également que seul un moyen d'inconstitutionnalité (tiré de la violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit) ait été soulevé devant le Conseil d'Etat. Dans un contentieux « classique » devant le juge administratif, une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel est – à supposer que la décision soit invocable ou applicable par le juge *a quo*, c'est-à-dire dotée d'effet utile – simplement écartée par le juge, et les actes administratifs pris sur son fondement annulés s'il y a lieu. Dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre la « disposition législative » elle-même, que veut dire « tirer les conséquences » d'une décision du Conseil constitutionnel ? Le Conseil d'Etat doit-il annuler l'ordonnance, pourtant déjà abrogée, au motif de sa contrariété avec la Constitution ou bien écarter le moyen, qui bien qu'étant identique à celui ayant donné lieu à la QPC, doit néanmoins recevoir une réponse du juge ?

Certes, le juge administratif peut toujours annuler un acte administratif déjà abrogé par son auteur, en raison du caractère rétroactif de l'annulation⁴⁵ ; mais ici il s'agit d'une abrogation juridictionnelle (puisque par définition l'auteur de l'acte n'est plus compétent pour l'abroger) qui de surcroît contient déjà par hypothèse une dose de rétroaction procédurale, puisqu'elle s'applique à l'instance en cours devant le Conseil d'Etat, qui est à l'origine de la QPC, à ainsi qu'à l'ensemble des autres instances en cours. Or cette rétroaction procédurale entre ici en interférence avec les effets d'une décision d'annulation prononcée par le juge administrative ; sauf modulation, l'annulation emporte une rétroactivité *substantielle* qui annihile l'ensemble des effets produits par l'acte annulé – que ceux-ci aient ou non fait l'objet d'une instance juridictionnelle.

⁴⁵ Le Conseil d'Etat admet néanmoins classiquement que l'abrogation de l'acte attaqué entraîne un non-lieu à statuer « à la double condition que cet acte n'ait reçu aucune exécution pendant la période où il était en vigueur et que la décision procédant à son abrogation soit devenue définitive » (CE, 2/1 SSR, 19 avril 2000, n° 207469)

Rien, en principe, ne s'oppose à ce que le Conseil d'Etat annule une ordonnance déjà abrogée par le Conseil constitutionnel. Cette solution présente néanmoins d'importants inconvénients. En premier lieu, l'annulation aurait pour conséquence d'étendre les effets de la décision du Conseil constitutionnel, puisque ce serait l'ensemble des effets produits par l'ordonnance qui seraient ainsi annihilés, et non seuls ceux ayant donné lieu à une instance en cours à la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel. Il n'est donc pas certain que l'annulation soit compatible avec l'autorité qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, aux décisions du Conseil constitutionnel.

En second lieu, une telle annulation serait nécessairement la résultante d'un examen au fond du moyen d'inconstitutionnalité tiré de la non-conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit – ce que, précisément, le nouveau régime contentieux a pour objet de rendre impossible, quand bien même cet examen épouserait de manière mimétique celui effectué précédemment par le Conseil constitutionnel.

Enfin, la disposition législative abrogée par le Conseil n'est, par hypothèse, plus « applicable au litige » au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Or le litige s'épuise dans la contestation de cette même disposition : à moins d'affirmer que l'abrogation de l'ordonnance-disposition législative prive de base légale l'ordonnance-acte administratif (ce qui serait pour le moins audacieux, s'agissant d'un même et unique acte), on peut se demander ce qui reste du litige. L'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel produit en effet des effets bien plus importants que l'abrogation, par son auteur, d'un acte administratif en cours d'instance – en ce que, par exemple, elle rend, par défaut, la disposition abrogée de l'ordonnance inapplicable aux instances en cours nées de ses effets. On serait alors en droit d'affirmer que cette abrogation constitue, pour le requérant, une satisfaction équitable.

On pourrait envisager alors, plutôt qu'une annulation, que le Conseil d'Etat ou bien prononce un non-lieu à statuer, ou bien – solution qui a notre préférence – écarte le moyen comme inopérant, avec le cas échéant condamnation de l'Etat aux frais irrépétibles. Cela permettrait au Conseil d'Etat d'assumer pleinement cette conception du recours pour excès de pouvoir comme simple vecteur d'une QPC en forme d'*actio popularis* contre l'ordonnance, conception qu'il semble épouser depuis son arrêt du 16 décembre 2020. Quant aux autres « instances en cours » nées, contrairement au recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance, de l'application de cette dernière, il reviendrait au juge administratif d'écarter (d'office ou à la demande des parties selon que la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel est « applicable à », ou « invocable dans », les instances en cours) les

dispositions de l'ordonnance sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel⁴⁶, et, le cas échéant, d'annuler les actes pris sur son fondement.

Cette question de la coexistence des effets demeure en grande partie irrésolue, et il en va de même de celle de savoir quelle est l'attitude du juge de l'excès de pouvoir lorsque le Conseil constitutionnel, auquel ce dernier a renvoyé une QPC contre une ordonnance non ratifiée, décide de priver sa décision de non-conformité d'effet pour les instances en cours, soit par le biais d'une abrogation différée sans régime transitoire, soit par le déni « sec » d'effet utile, voire décide de maintenir vivace l'ensemble des effets produits par la disposition législative. Sur ce point, cependant, le Conseil d'Etat a apporté un début de réponse dans sa décision du 4 août 2021, *Syndicat des avocats de France et autres*, précitée. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 généralisant l'usage de la visioconférence devant les juridictions pénales en raison de l'épidémie de Covid-19, avait renvoyé⁴⁷ une QPC relative à cette disposition. Dans une décision du 4 juin 2021⁴⁸, le Conseil constitutionnel avait logiquement⁴⁹ déclaré cet article contraire à la Constitution. Cependant, il avait privé cette décision de tout effet, en précisant que les mesures prises sur le fondement de cet article ne pouvaient pas être remises en cause. Nous avons donc une disposition d'une ordonnance déclaré contraire à la Constitution (en l'espèce, contraire aux droits de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789) dont les effets ne peuvent pas être remis en cause. La disposition ayant entretemps été abrogée par le législateur, la décision du Conseil constitutionnel ne produit donc aucun effet, ni pour l'avenir, ni pour le passé.

L'instance reprend devant le Conseil d'Etat. Celui se penche tout d'abord sur le moyen d'inconstitutionnalité, tiré de la contrariété à l'article 16 de la Déclaration. Il pend alors appui sur la décision du Conseil constitutionnel, en ce qu'elle rend incontestables les mesures prises sur le fondement de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 – et cristallise donc

⁴⁶ Une telle solution ne règle certes pas la question des effets produits avant l'abrogation mais n'ayant pas donné lieu à une instance en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel – ce qu'il est désormais convenu d'appeler les « affaires nouvelles » (CC, Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. 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*, n° 113, 2018, 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. 1226).

⁴⁷ CE, 6/5 CHR, 12 avril 2021, n° 447916.

⁴⁸ CC, Décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021, *M. Wattara B. et autres*.

⁴⁹ Logiquement, car le Conseil constitutionnel avait déjà déclaré contraires à la Constitution des dispositions similaires dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, *M. Krzysztof B.*

l'intégralité des effets que cette disposition a produits –, pour écarter le moyen. Il est notable qu'il le fasse au visa de l'article 62 de la Constitution : dès lors que l'annulation aurait pour effet d'annihiler des effets que le Conseil constitutionnel a souhaité maintenir vivace, il semble logique que l'autorité qui s'attache à ses décisions s'oppose à l'annulation.

Le problème avec ce raisonnement est qu'il est quelque peu démenti par l'examen par le Conseil d'Etat, du moyen d'inconventionnalité soulevé par les requérants, tiré de la contrariété des dispositions litigieuses avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat accueille le moyen, et annule donc l'article 2 de l'ordonnance. Cependant il choisit, comme le Conseil constitutionnel, de rendre définitifs les effets de cette disposition, 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 ». A une abrogation platonique succède donc une annulation platonique, qui a droit aux honneurs, comme la première, d'une publication au Journal officiel⁵⁰.

Pour résumer : l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel empêche l'annulation sur le fondement d'une inconstitutionnalité pourtant reconnue par celui-ci, mais n'empêche pas une annulation sur le fondement d'un autre moyen, l'autorité du Conseil constitutionnel devenant alors purement persuasive (voire donnant lieu à un pur *obiter dictum*) lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de l'annulation ainsi décidée.

Cette solution quelque peu baroque présente certains inconvénients. Ainsi, l'autorité d'une décision d'inconstitutionnalité du Conseil d'Etat oblige ici le Conseil d'Etat à écarter *au fond* un moyen tiré de la contrariété à la Constitution de la disposition litigieuse – ce qui ne laisse pas d'apparaître paradoxal. De surcroît, on ne comprend pas ce qui empêchait le Conseil d'Etat d'annuler purement et simplement l'ordonnance au moment de l'examen du moyen d'inconstitutionnalité tout en modulant les effets de cette annulation en les modelant sur ceux décidés par le Conseil constitutionnel – puisque c'est précisément ce que le Conseil d'Etat choisit de faire lors de l'examen du moyen d'inconventionnalité. Il y a quelque chose d'inutilement compliqué dans la solution choisie par le Conseil d'Etat⁵¹ qui n'a, on l'aura compris, d'autre finalité que de rappeler à qui l'aurait oublié qu'il est toujours maître en son logis lorsqu'il s'agit d'annuler une ordonnance contraire à un engagement international de la France.

⁵⁰ *JORF*, 12 août 2021, texte n° 73.

⁵¹ Et ce d'autant plus que les motifs avancés par le Conseil d'Etat pour déclarer l'ordonnance contraire à la Conv. EDH sont un pur et simple copier-coller de ceux qui ont justifié, dans la décision du Conseil constitutionnel, la décision de non-conformité à la Constitution !

On peine, au surplus, à distinguer la solution qui s'impose, *a contrario*, lorsque l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel est immédiate et dotée d'une rétroactivité procédurale limitée aux instances en cours : il résulte de l'argumentation du Conseil d'Etat dans l'arrêt du 4 août 2021, que c'est parce que le Conseil constitutionnel a privé sa décision de tout effet que le Conseil d'Etat a décidé d'écarter le moyen d'inconstitutionnalité. Doit-on en conclure qu'en cas d'abrogation partiellement rétroactive (le cas « standard » de décision d'inconstitutionnalité en QPC) prononcée par le Conseil constitutionnel le Conseil d'Etat, *a contrario*, accueillerait le moyen ?

Enfin, lorsque le requérant a soulevé plusieurs moyens, l'examen des autres moyens que celui d'inconstitutionnalité n'est pas guidé par l'autorité de la chose décidée par le Conseil constitutionnel. Au cas d'espèce, le Conseil d'Etat a choisi, comme celui-ci, de reconnaître les conséquences manifestement excessives susceptibles d'être attachées à une destruction rétroactive des effets produits par la disposition litigieuse de l'ordonnance ; mais s'agissant ici d'une autorité persuasive ne découlant pas de l'article 62 de la Constitution, le Conseil d'Etat pourrait à l'avenir avoir une appréciation différente de son voisin, comme cela a déjà été le cas par le passé. On peut alors supposer que lorsqu'il se prononce sur le surplus des conclusions du requérant le Conseil d'Etat puisse conférer à la suppression des effets passés de l'ordonnance une étendue plus grande – ou plus étroite – que celle qui résulte de la décision de non-conformité du Conseil constitutionnel.

B. Un double contrôle de constitutionnalité des ordonnances.

Ce nouveau régime contentieux risque également de faire apparaître un double contrôle de constitutionnalité, opéré l'un par le juge administratif (éventuellement le judiciaire, cf. *infra* D) et l'autre part le juge constitutionnel, et susceptible de se manifester de plusieurs manières.

Ainsi, le juge administratif peut être amené à se prononcer sur la constitutionnalité d'une ordonnance *après* que le Conseil constitutionnel l'a pourtant déclarée conforme à la Constitution. On sait que dans jurisprudence du 16 décembre 2020, le Conseil d'Etat maintient la possibilité de soulever, par la voie du recours pour excès de pouvoir comme de l'exception d'illégalité, un moyen tiré de la violation d'une norme constitutionnelle ne garantissant pas un droit ou une liberté. Or le dispositif d'une décision QPC de conformité comporte bien la mention selon laquelle la disposition législative en cause est conforme à *la Constitution* et non au droit ou à la liberté qui a servi de norme de référence dans les motifs. Cela pose la question de savoir si l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel est de nature à faire

obstacle à ce que le Conseil d'Etat, statuant après la décision QPC, annule l'ordonnance au motif de sa contrariété avec une norme constitutionnelle autre que les droits et libertés.

On peut, pour le comprendre, faire une analogie avec les conditions de renvoi des QPC et notamment le critère de l'absence de déclaration de conformité préalable. Le fait que le Conseil constitutionnel n'ait examiné que certains griefs à l'appui d'une décision de conformité en un temps *t1* n'est pas de nature (sauf à invoquer le changement de circonstance) à autoriser le renvoi d'une QPC en un temps *t2* sur la même disposition législative quand bien même d'autres griefs seraient articulés à son encontre⁵² (sauf, certes, si les griefs examinés en *t1* ne portaient que sur la procédure législative⁵³). On en déduit que lorsqu'une disposition législative est déclarée « conforme à la Constitution » dans le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel après avoir été déclarée dans les motifs conforme à telle ou telle norme constitutionnelle, l'autorité de la chose jugée du Conseil constitutionnel exclut qu'un autre grief d'inconstitutionnalité – même non invocable en QPC – puisse être invoqué par le juge administratif pour annuler l'ordonnance.

Par ailleurs, la perspective d'un double contrôle de constitutionnalité des ordonnances risque également de se manifester lorsque le juge administratif statue pour une raison ou une autre *avant* le Conseil constitutionnel : supposons que le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance, se prononce avant l'échéance du délai d'habilitation et déclare l'ordonnance conforme à un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; supposons ensuite qu'après l'échéance du délai d'habilitation, cette ordonnance, toujours non ratifiée, fasse l'objet d'une QPC renvoyée au Conseil Constitutionnel – probablement par la Cour de cassation. On voit bien que le Conseil n'est certes pas lié par la décision du Conseil d'Etat, mais que cette situation est de nature à faire renaître des sujets de frictions entre les deux juridictions.

C. Le cas des dispositions matériellement réglementaires de l'ordonnance

Il n'appartient normalement pas à la juridiction de renvoi, pas plus qu'au Conseil constitutionnel statuant en QPC de s'interroger sur le caractère matériellement réglementaire des dispositions législatives contestées : c'est bien la *forme* de loi qui confère à la disposition son caractère législatif, et rien n'empêche que le Conseil constitutionnel, en QPC, déclare conforme à la Constitution des dispositions qu'il sera par la suite amené à délégaliser.

⁵² CE, 2/7 SSR, 19 mai 2010, n° 330310, *Commune de Buc*.

⁵³ CE, 8/3 CHR, 26 janvier 2018, no 415512, *Sté Consus France*.

Il ne saurait en aller pour ce qui concerne les ordonnances non ratifiées. En effet, c'est le fait que le législateur puisse modifier l'ordonnance qui justifie, selon le Conseil constitutionnel, qu'il faille la qualifier de « disposition législative ». Or s'agissant des dispositions matériellement réglementaires de l'ordonnance, c'est bien le gouvernement qui peut les modifier, comme s'il s'agissait d'actes administratifs classiques ; tout au plus le Conseil d'Etat exige – parallélisme des formes oblige – un décret en Conseil d'Etat et en Conseil des ministres⁵⁴. Par conséquent, il faut en déduire qu'une QPC ne peut être soulevée que contre les dispositions matériellement législatives de l'ordonnances, celles-là mêmes qui peuvent être modifiées par le seul législateur.

C'est d'ailleurs la conclusion qu'en a tiré le Conseil d'Etat lui-même dans une décision postérieure de quelques jours à l'arrêt *CFDT Finances II*⁵⁵. Dans un arrêt du 21 décembre 2020 *Syndicat de la juridiction administrative*, il affirme que « lorsque la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les dispositions d'une ordonnance, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, qui ne relèvent pas du domaine de la loi, ces dispositions, dès lors qu'elles sont réglementaires, ne sont pas au nombre des dispositions législatives susceptibles d'être renvoyées au Conseil constitutionnel en application de l'article 61-1 de la Constitution ». Le juge administratif refuse alors au cas d'espèce de renvoyer une QPC au motif, précisément, que les dispositions litigieuses sont de nature réglementaire. On notera qu'il ne choisit alors pas de requalifier la QPC en moyen d'inconstitutionnalité « classique ».

Le juge administratif, saisi par la voie de l'exception d'illégalité comme par celle du recours pour excès de pouvoir, est donc obligé de se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, alors qu'auparavant il appliquait exactement le même régime aux deux types de dispositions, sauf dans les cas où il était appelé à statuer sur le décret portant modification ou abrogation, auquel cas il devait déterminer au préalable si la disposition avait ou non un caractère réglementaire⁵⁶.

On peut alors se demander ce que fera le Conseil constitutionnel s'il est saisi – par exemple par la Cour de cassation... – d'une QPC portant sur des dispositions matériellement réglementaires d'une ordonnance non ratifiée. Il sera sans doute confronté au dilemme suivant : d'un côté, le contentieux de constitutionnalité (nonobstant l'hapax que représente la décision *Avenir de l'Ecole*⁵⁷) ne se confond pas avec la procédure de délégalisation et il ne revient donc

⁵⁴ CE, 6/4 SSR, 30 juin 2003, n° 236571, *Fédération régionale ovine du sud-est*.

⁵⁵ CE, 4/1 CHR, 21 décembre 2020, n° 441399, *Syndicat de la juridiction administrative*. Voir également plus récemment, CE, 2 avril 2021, n° 447060, *Syndicat des avocats de France*.

⁵⁶ V. par exemple la décision *Fédération ovine du Sud-Est* précitée.

⁵⁷ CC, Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.

pas au juge constitutionnel de se prononcer sur le caractère *matériellement* législatif ou réglementaire des dispositions dont il est saisi⁵⁸ ; de l'autre, le Conseil constitutionnel refuse de déclasser (ou délégaliser) des dispositions d'ordonnances non ratifiées⁵⁹. Pour résoudre ce dilemme, il est probable que, suivant le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel constate le caractère matériellement réglementaire des dispositions de l'ordonnance dont il est saisi, et déclare qu'il n'y a pas lieu à statuer sur la QPC. Mais cela pose alors la question de savoir quelle est la valeur de ce constat. Si l'ordonnance est ratifiée peu après, le gouvernement pourra-t-il faire fond sur le non-lieu à statuer prononcé par le Conseil constitutionnel pour modifier directement les dispositions réglementaires ? ou bien devra-t-il, classiquement⁶⁰, en passer par la procédure de délégalisation, alors même que son issue ne fait aucun doute ?

D. Le devenir de la question préjudicielle sur l'ordonnance non ratifiée

On l'a vu, la qualification de « disposition législative » ne fait pas perdre à l'ordonnance non ratifiée son caractère d'acte administratif. Cela pose la question de l'office du juge judiciaire saisi d'une QPC dirigée contre les dispositions d'une telle ordonnance. En principe, – sauf dans les hypothèses prévues par l'article L111-5 du Code pénal ou celles désormais réservées par la décision *SCEA du Chêneau*⁶¹ par laquelle le Tribunal des conflits a assoupli le régime de la question préjudicielle issu de la décision *Septfonds*⁶² –, le juge judiciaire doit alors poser une question préjudicielle au juge administratif. Concernant les ordonnances non ratifiées, ce principe a été posé par la Cour de cassation en 2003⁶³, et réaffirmé (par une solution *a contrario*) en 2017⁶⁴. Or dans son arrêt du 24 septembre 2020, dans lequel elle accepte pour la première fois de renvoyer une QPC contre une ordonnance non ratifiée, la Cour de cassation n'a pas posé de telle question préjudicielle. Le risque est donc, lorsqu'une telle QPC est soulevée devant le juge judiciaire, que celui-ci traite l'ordonnance comme une disposition législative « comme une autre » et omette purement et simplement de poser une question préjudicielle, y compris lorsque les dispositions contestées sont matériellement réglementaires.

⁵⁸ V. CC, Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, dont le raisonnement et la solution sont transposables à la QPC.

⁵⁹ CC, Décision n° 2017-269 L du 28 février 2017.

⁶⁰ V. CC, Décision n° 72-73 L du 29 février 1972.

⁶¹ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau*

⁶² TC, 16 juin 1923, *Septfonds*.

⁶³ Cass. soc., 10 juin 2003, n°s 01-41.051, 01-41.189.

⁶⁴ Cass. civ. 1, 23 mars 2017, n° 16-10.277.

Une analogie peut alors être trouvée avec le contentieux de la conventionnalité des actes réglementaires. Le juge judiciaire a souvent manifesté sa volonté d'effectuer un tel contrôle de conventionnalité (y compris en dehors du seul droit de l'UE). La Cour de cassation a même pu développer une distinction entre « contrôle de légalité » et « contrôle de conventionnalité »⁶⁵, alors que la conventionnalité entre pleinement dans le bloc de légalité invocable contre les actes administratifs⁶⁶. Cette jurisprudence absurde⁶⁷ avait trouvé une illustration remarquable en matière d'ordonnances non ratifiées en 2006, lorsque la Cour d'appel de Paris⁶⁸ avait affirmé sa compétence pour statuer sur la conformité de l'ordonnance, alors non ratifiée, du 2 août 2005 relative au Contrat « nouvelles embauches » à la convention n°158 de l'OIT – alors même que le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre cette ordonnance, avait, un an plus tôt, conclu à la conformité du dispositif aux exigences conventionnelles⁶⁹. Le préfet de l'Essonne⁷⁰ avait élevé le conflit, mais la ratification était intervenue entretemps et avait donc conféré à l'ordonnance litigieuse valeur législative *ex tunc*. C'est pourquoi le Tribunal des conflits⁷¹ avait confirmé la compétence de la juridiction judiciaire⁷², sans toutefois répondre à la question de savoir si, lorsque l'ordonnance n'était pas ratifiée, et était donc un acte administratif presque classique, le juge judiciaire pouvait trancher le moyen d'inconventionnalité sans poser au préalable de question préjudicielle au juge administratif.

⁶⁵ V. notamment Cass. civ. 1, 3 avril 2001, n° 00-05.026, arrêt extraordinaire où la cour de cassation casse un arrêt de cour d'appel ayant posé une question préjudicielle au motif qu'il n'appartiendrait pas au juge administratif de statuer sur la conventionnalité d'un acte administratif !

⁶⁶ CE, Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*

⁶⁷ Elle avait été dénoncée par X. Dupré de Boulois, « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA*, 2008. 499 (au sujet certes d'arrêts portant sur l'application du droit de l'UE et qui seraient donc aujourd'hui « dans les clous » de la jurisprudence *SCEA du Chéneau*).

⁶⁸ CA Paris, 20 octobre 2006, n° 06/06992.

⁶⁹ CE, Sect., 19 octobre 2005, n° 283471, *Confédération générale du travail*.

⁷⁰ Le raisonnement mis en œuvre par la Cour d'appel pour rejeter le déclinatoire du préfet de l'Essonne tendant à ce qu'une question préjudicielle soit posée au juge administratif ne laisse pas de susciter une certaine perplexité. La Cour argue de ce que lorsque le juge judiciaire statue sur la conventionnalité d'un acte réglementaire, cela n'entraîne guère l'annulation de la disposition réglementaire litigieuse, mais conduit à en écarter l'application : la Cour, s'appuyant sur la décision *Conseil de la concurrence* du Conseil constitutionnel, en conclut que le contrôle de conventionnalité des actes administratifs ne se rattache pas à l'office exclusif de la juridiction administrative, puisqu'il n'entraîne ni l'annulation ni la réformation des actes en question. Or il est évident que l'exception d'illégalité (quels qu'en soient les moyens) ne conduit *jamais* à l'annulation de l'acte et que l'office du juge administratif saisi à titre préjudiciel d'un recours en appréciation de légalité d'un acte administratif n'est pas celui du juge de l'excès de pouvoir : si on suit le raisonnement de la Cour, le juge judiciaire pourrait fort bien ne jamais devoir poser de question préjudicielle au juge administratif ! Par ailleurs la conventionnalité prenant pleinement place au sein du bloc de légalité, l'inconventionnalité d'un acte peut bien entendu entraîner son annulation par le juge de l'excès de pouvoir.

⁷¹ TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*.

⁷² La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs en 2007 conclu à l'inconventionnalité de l'ordonnance (CA Paris, 6 juillet 2007, n° 06/06992), et fut pleinement suivie par la Cour de cassation (Cass. Soc. 1 juillet 2008, n° 07-44.124).

Cependant il importe de souligner que la décision *SCEA du Chéneau* a précisément répondu à cette question, concernant l'ensemble des actes administratifs : « les dispositions de l'article 55 de la Constitution (...) ne prescrivent ni n'impliquent aucune dérogation aux principes (...) régissant la répartition des compétences entre ces juridictions, lorsque est en cause la légalité d'une disposition réglementaire, alors même que la contestation porterait sur la compatibilité d'une telle disposition avec les engagements internationaux ». En principe donc, sauf lorsque le droit de l'Union est en cause, le juge judiciaire doit toujours saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conventionnalité d'un acte administratif. Or le juge judiciaire qui, dès avant l'arrêt *SCEA du Chéneau*, n'hésitait pas à contrôler la conventionnalité d'actes réglementaires en raison de la jurisprudence précitée, n'a pas mis fin à cette pratique⁷³ en dépit des règles claires posées par le Tribunal des conflits.

Il n'est pas étonnant dans ces conditions que le juge judiciaire s'estime compétent pour statuer directement sur une QPC dirigée contre un acte réglementaire tel qu'une ordonnance, *a fortiori* lorsque cet acte est qualifié de « disposition législative » par le Conseil constitutionnel lui-même. Cependant, ce choix peut être contestable. Certes, la jurisprudence *SCEA du Chéneau* a entendu limiter les questions préjudicielles, dans le sens d'une bonne administration de la justice. Et en matière de QPC, l'application stricte du régime de l'exception d'illégalité devant le juge judiciaire aurait pour effet d'emboîter inutilement les renvois préjudiciels (question préjudicielle renvoyée au juge administratif, qui transmettrait lui-même une QPC au Conseil d'Etat ou au Conseil constitutionnel selon les cas), ce que la jurisprudence du Tribunal des Conflits a précisément souhaité éviter en ce qui concerne les questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁴. Cependant la jurisprudence *SCEA du Chéneau* ne règle pas la question de la QPC soulevée contre un acte administratif devant le juge judiciaire, et pour cause : on n'envisageait pas à l'époque qu'une QPC pût être soulevée contre une ordonnance non ratifiée. Or la seule exception que, en dehors de l'application du droit de l'UE, la jurisprudence *SCEA du Chéneau* admet à la logique de la question préjudicielle est celle de l'acte clair, qui permet au juge judiciaire d'accueillir la contestation de l'acte administratif sur la base d'une jurisprudence claire du Conseil d'Etat. Or en matière de QPC, ce n'est pas au juge judiciaire, pas plus qu'au juge administratif, d'« accueillir la contestation » – mais bien au juge constitutionnel, statuant sur la QPC.

⁷³ Voir P. Deumier, « Les ordonnances non ratifiées », art. précité, p. 601.

⁷⁴ Voir sur ce point, B. Seiller, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2012. 1129.

En tout état de cause, la Cour de cassation a fait le choix de la simplification, et de statuer sur le renvoi d'une QPC dirigée contre une ordonnance non ratifiée comme il le ferait de n'importe quelle disposition législative. Cette simplicité pourra cependant à l'avenir se révéler piégeuse. Il en va ainsi lorsque les dispositions litigieuses sont matériellement réglementaires (cf. *supra*). Par ailleurs, et surtout, la question se pose de ce que doit faire le juge judiciaire si des moyens supplémentaires, autres que la QPC, sont dirigés contre l'ordonnance non ratifiée : si l'auteur de la QPC soulève également un moyen tiré du non-respect du champ de l'habilitation, que devra faire le juge judiciaire ? Devra-t-il effectuer deux saisines préjudicielles : une question adressée à la juridiction administrative *et* une QPC transmise à la Cour de cassation (ou si le moyen est directement soulevé devant cette dernière, renvoyée au Conseil constitutionnel)⁷⁵ ? Voilà qui n'apparaît guère de nature à assurer la lisibilité du contentieux.

Pour conclure

Quel jugement d'ensemble porter sur ce nouveau régime contentieux ? Il est difficile ici de ne pas faire preuve d'une relative sévérité. Ce n'est qu'à reculons que le Conseil d'Etat a accepté de tirer les conséquences d'un revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il n'avait nullement souhaité ; cependant c'est cette réticence même qui explique que, désireux de conserver autant que possible une large palette de compétences, le Conseil d'Etat ait été amené à fragmenter le contentieux des ordonnances non ratifiées. La belle systématisme du régime antérieur n'est plus. Face à l'extrême complexité qui en résulte, le Conseil d'Etat invite le requérant à ne pas « sourcer » les griefs invoqués contre l'ordonnance, ce qui laisse songeur. Le juge administratif en fait son affaire, puisqu'en l'absence de mémoire distinct et motivé, il peut directement trancher la question de la légalité de l'ordonnance en allant chercher dans la « *brooding omnipresence in the sky* »⁷⁶ la norme de référence qui lui semble la plus adéquate, sans avoir à se dessaisir au profit du Conseil constitutionnel.

Il convient cependant de ne pas surestimer les conséquences de cette nouvelle conception des ordonnances non ratifiées. Contrairement à ce qu'écrivirent à chaud certains

⁷⁵ On pourrait même imaginer une triple saisine préjudicielle si un moyen tiré de la contrariété au droit de l'Union amène le juge judiciaire à renvoyer une question préjudicielle à la CJUE ! En vertu de la jurisprudence *SCEA du Chêneau* il n'est pas douteux (à la différence des deux autres) que ce renvoi puisse être effectué directement par le juge judiciaire.

⁷⁶ « *The common law is not a brooding omnipresence in the sky* » (Oliver Wendell Holmes, Jr., opinion dissidente sur *Southern Pacific Company v. Jensen* 244 U.S. 205, 222 (1917))

commentateurs, la qualification de « disposition législative » opérée par le Conseil constitutionnel n'a pas pour effet de conférer rétroactivement valeur législative à l'ordonnance. Par conséquent la simple échéance du délai d'habilitation n'a pas pour effet de remplacer la ratification ni de la priver de son sens ou de son objet. Certes, des QPC pourront être déposées contre des ordonnances avant cette ratification, mais pour le reste l'échéance du délai n'emporte aucune des conséquences attachées à la ratification. Ce qui prive en réalité d'intérêt la loi de ratification, c'est davantage une pratique parlementaire qui, depuis longtemps (et sauf exceptions notables, par exemple la réforme du droit des obligations en 2016-2018), conduit à n'y voir qu'une formalité ; dès lors que l'inscription du projet de loi de ratification à l'ordre du jour n'est pas même exigée pour prévenir la caducité de l'ordonnance⁷⁷ et que le gouvernement conserve la haute main sur la procédure législative, les parlementaires ne sont guère incités à utiliser la discussion du projet de loi de ratification pour contrôler de manière approfondie les ordonnances à ratifier (le gouvernement pouvant retirer le projet de loi sans que cela ait d'incidence sur la caducité de l'ordonnance⁷⁸). Ce n'est pas du juge administratif ni du juge constitutionnel qu'il faut attendre une revalorisation du rôle de la ratification, mais bien des parlementaires eux-mêmes. Mais c'est là un autre débat.

Notice bio-bibliographique

Mathieu Carpentier est agrégé des facultés de droit, et professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole. Ancien élève de l'École normale supérieure, agrégé de philosophie, il est l'auteur d'une thèse intitulée *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit* parue en 2014 à l'Institut Universitaire Varenne. Il est l'auteur de nombreux articles portant sur des questions de théorie et de philosophie du droit, de droit constitutionnel interne et comparé et de droit public général. Il est actuellement directeur de l'Institut Maurice Hauriou (équipe d'accueil en droit public de l'Université Toulouse 1 Capitole) et secrétaire général de la Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques.

Résumé

⁷⁷ Le Conseil d'Etat a eu plusieurs fois l'occasion de le rappeler : CE, 1/4 SSR, 17 décembre 1999, n° 208623 ; CE, 1/2 SSR, 16 février 2001, n° 220118, *Centre du château de Gleteins*.

⁷⁸ CE, 10/9 SSR, 27 avril 2011, n° 309709, *Association La demeure historique*.

Sous l'effet d'un revirement de jurisprudence inattendu du Conseil constitutionnel, le régime contentieux des ordonnances non ratifiées a été considérablement bouleversé et complexifié. Cet article tente de faire le point sur les nouvelles règles de répartition du contentieux et de proposer des pistes de réflexion en vue de leur amélioration. On est en effet passé d'un système où le juge administratif conservait l'intégralité du contentieux des ordonnances jusqu'à leur ratification à une situation de partage des compétences entre juge administratif et Conseil constitutionnel au sujet d'un même acte : le type de moyens soulevé par le requérant guidera la détermination du juge compétent. L'article soulève alors quatre points d'interrogation suscités par ce nouveau régime contentieux et non résolus en l'état actuel de la jurisprudence.

Adresse postale

Mathieu Carpentier
Institut Maurice Hauriou
Université Toulouse 1 Capitole
2, rue du doyen-Gabriel-Marty
31042 Toulouse cedex 9

Adresse électronique

mathieu.carpentier@ut-capitole.fr