

N° 440258 – Fédération CFDT Finances et autres

N° 440289 – Confédération générale du travail et autres

N° 440457 – Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière

Assemblée du contentieux

Séance du 4 décembre 2020

Lecture du 16 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Dans son roman *Les animaux dénaturés*, Vercors imagine **la découverte sur une île isolée d'une nouvelle espèce** – les Tropis – dont les autorités comme les anthropologues n'arrivent pas à déterminer s'ils relèvent de l'homme ou de l'animal, situation qui génère une incertitude inextricable quant aux règles de droit à leur appliquer. Ne supportant plus cette indétermination, le personnage principal finit par tuer¹ l'un de ces Tropis, afin que le juge soit contraint de trancher – au travers de la qualification pénale retenue – cette question qui le torture.

A l'image des Tropis, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution ont fait l'objet de débats houleux quant à leur véritable nature – réglementaire ou législative – débats que ni le constituant, ni la doctrine ne sont parvenus à trancher de façon définitive. Comme dans le roman, **c'est donc finalement au juge qu'il est revenu de déterminer le régime juridique applicable à ces actes hybrides.**

Mais là où le droit apporte une nouvelle preuve de ce qu'il peut **dépasser les meilleures fictions**, c'est que la question du sort contentieux des ordonnances – que tout un chacun croyait réglée – a été relancée avec fracas par le Conseil constitutionnel au travers de deux décisions rendues en mai et juillet derniers. Ces décisions ont en effet fragilisé la vision traditionnelle selon laquelle « *le destin des ordonnances était d'acquiescer, par la ratification, une valeur [législative] conforme à leur contenu et de perdre ainsi [la valeur réglementaire] résultant de l'organe qui les avait édictées* »². Leur retentissement – au-delà même de la communauté juridique³ – s'explique par leur caractère inattendu et par l'ampleur du

¹ Plus exactement, Douglas Templemore tue l'enfant qu'il a eu avec l'une des Tropis

² *La ratification des ordonnances*, D. Costa, AJDA 2003.27

³ Par exemple : <https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/06/05/le-conseil-constitutionnel-consacre-aux-ordonnances-une-valeur->

revirement, qui est venu mettre fin à une jurisprudence **ancienne et convergente** des deux ailes du Palais Royal, dont la stabilité était encore louée en 2018 par le président Genevois⁴. Dans ces conditions, l'inscription de la présente affaire au rôle de votre formation de jugement vise à déterminer les conséquences de ces décisions sur votre propre office. Cette question théorique affleure à l'occasion de trois recours formés par plusieurs syndicats contre une ordonnance prise dans le cadre de la crise sanitaire, recours que nous examinerons dans un second temps.

Avant d'en envisager les répercussions sur votre propre office, il nous faut d'abord revenir sur ce qu'a véritablement jugé le Conseil constitutionnel. Dans cette optique, il convient d'évoquer ses deux décisions successives, **la seconde ayant sensiblement clarifié la portée très incertaine de la première.**

Tout est parti d'une argumentation contestant la constitutionnalité du cadre applicable aux autorisations d'exploiter une installation de production d'électricité. Les requérants soutenaient que ce cadre n'assurait pas la mise en œuvre du principe de participation du public, en méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Cet article, vous le savez, impose que les conditions et limites de ce principe de participation soient définies « par la loi ». Pour écarter ce grief, le juge constitutionnel a relevé que des dispositions d'une ordonnance non ratifiée avaient introduit ces conditions et limites, en jugeant que de telles dispositions devaient être regardées comme des dispositions législatives à compter de l'expiration du délai d'habilitation, ce qui permettait dès lors de satisfaire l'exigence posée par la Charte. Cette décision⁵ assimilant, sans véritable réserve, **dispositions législatives et dispositions d'une ordonnance non ratifiée** a suscité un vif émoi, encore accentué par un communiqué de presse qui, en insistant sur ce point, révélait une intention délibérée.

Pour couper court aux spéculations qu'avait suscitées une rédaction aussi large, le Conseil constitutionnel a rapidement précisé sa pensée par une décision lue le 3 juillet⁶. A cette occasion, saisi par la Cour de cassation d'une QPC contre un article d'habilitation, le Conseil constitutionnel⁷ **a systématisé le cadre de son contrôle sur les textes adoptés sur le fondement de l'article 38.** En particulier, tout en confirmant le revirement amorcé un mois plus tôt, il en a affiné les contours en jugeant – nous citons – que si « *les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions*

[legislative_6041857_3224.html](#)

⁴ *L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque*, B. Genevois, RFDA 2018.755

⁵ Décision n° 2020-843 QPC du 28-05-2020

⁶ N° 2020-851/852 QPC

⁷ Par un *obiter dictum* de 5 paragraphes

législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ». Il en a déduit que leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne pouvait alors plus être contestée que par une QPC. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a rompu avec une jurisprudence convergente des trois cours suprêmes nationales, qui estimait jusqu'alors irrecevables les QPC dirigées contre de telles dispositions⁸ au motif que les ordonnances conservaient le caractère d'un acte administratif jusqu'à leur ratification.

Ce revirement en deux temps⁹, éclairé par les commentaires aux cahiers¹⁰, apparaît reposer sur des considérations de droit, d'opportunité juridictionnelle et d'opportunité tout court.

Des considérations de droit, d'abord. D'une part, le Conseil constitutionnel est reparti du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, qui prévoit qu'à l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions d'une ordonnance ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif¹¹. En d'autres termes, pour déterminer la valeur de l'ordonnance non ratifiée, il a fait primer **le critère tenant aux conditions de mutabilité de l'acte** en estimant qu'un « *acte apte à modifier ou abroger une loi, et ne pouvant être modifié ou abrogé que par elle, possède la valeur d'une loi* »¹². D'autre part, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur **l'autonomie de la notion de « dispositions législatives »** au sens de l'article 61-1 de la Constitution, autonomie qui l'avait déjà conduit à exercer son contrôle *a posteriori* au-delà des seules lois adoptées par le Parlement¹³.

Des considérations d'opportunité juridictionnelle, ensuite. Celles-ci sont de trois ordres. Premièrement le Conseil constitutionnel, pour s'assurer du respect d'un droit ou d'une liberté, est fréquemment conduit à vérifier l'existence de garanties légales. A ses yeux, sa nouvelle jurisprudence lui permet ainsi de regarder cette exigence comme satisfaite, alors même que les garanties en cause figureraient dans une ordonnance non encore ratifiée. Deuxièmement, cette évolution semble aussi guidée par la volonté qu'un seul et même juge se prononce sur la constitutionnalité des dispositions intervenant dans le domaine de la loi, et notamment sur l'ensemble des textes pris sur le fondement de l'article 38. Troisièmement, le Conseil constitutionnel a justifié son revirement par le fait qu'il n'est pas soumis à la théorie de la « loi-écran » qui interdit au juge ordinaire de sanctionner l'inconstitutionnalité de l'ordonnance lorsque celle-ci trouve son origine dans la loi d'habilitation.

⁸CC, 23-01-1987, n° 86-224 DC ; CC, 10-02-2012, n° 2011-219 QPC ; CC, 05-07-2013, n° 2013-331 QPC ; CE, 11-03-2011, *Benzoni*, n° 341658, A ; CE, 15-02-2016, *Charon*, n° 392083, B ; CE, 13-07-2016, *SNELM et autres*, n° 396170, B ; Cass. Crim., 08-01-2013, n° 12-86.537 ; Cass. Crim., 07-08-2013, n° 13-90016

⁹ et encore tout récemment réaffirmé : décision n° 2020-808 DC du 13-11-2020 et décision n° 2020-866 QPC du 19-11-2020

¹⁰ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020851_852qpc/2020851_852qpc_ccc.pdf

¹¹ CC, 16-12-1999, n° 99-421 DC ; CE, assemblée, 11-12-2006, *CNOM*, n° 279517, A

¹² *La vraie nature des ordonnances*, D. De Béchillon, in *Le dialogue des juges – mélanges en l'honneur du président Genevois*, Dalloz, 2009, p. 215

¹³ Par exemple sur des ordonnances royales – v. décision n° 2017-633 QPC du 02-06-2017

Des considérations d’opportunité, enfin. Cette dimension n’est pas assumée en tant que telle par le Conseil constitutionnel mais nous pensons qu’elle a été décisive. Nombre de commentateurs ont ainsi pu relever que ce changement de pied intervenait dans un contexte où le recours aux ordonnances s’est accru dans des proportions inédites à la faveur d’une extension non maîtrisée du domaine de la loi, tandis que leur ratification reste rare¹⁴ et aléatoire. Cet accroissement est tout d’abord quantitatif. Sans multiplier les statistiques, il suffit de rappeler qu’en moyenne **5** ordonnances étaient prises chaque année sur la période courant de 1960 à 1990, alors qu’au cours de la décennie écoulée, on dénombre en moyenne **54** ordonnances par an. A cet égard, la récente crise sanitaire a encore amplifié cette tendance puisque la loi du 23 mars 2020 d’urgence pour faire face à l’épidémie de covid-19 comportait, à elle seule, plus d’habilitations que le Parlement n’en a voté pendant **42 ans**, de 1958 à 2000¹⁵. Cet accroissement concerne également l’étendue des sujets traités. Depuis dix ans, les ordonnances se sont largement émancipées de leurs domaines de prédilection, techniques, qu’étaient la législation outre-mer, la transposition de directives et la codification. Elles traitent désormais de sujets sensibles – comme le droit de la filiation ou le droit du travail¹⁶.

Bref, en réaction à un maniement de l’article 38 de plus en plus éloigné de l’intention originelle du Constituant, lequel l’envisageait davantage comme **un outil exceptionnel de rationalisation du parlementarisme**¹⁷, il est vraisemblable que le juge constitutionnel ait souhaité mettre fin à une jurisprudence qui l’empêchait – au moins temporairement – de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions souvent au cœur des débats de société.

Reste que ces motifs n’ont pas forcément convaincu **au-delà de la rue de Montpensier**. Nous n’allons pas revenir ici, pied à pied, sur chacun d’eux pour en exposer les limites. Nous nous bornerons à évoquer les deux principales critiques formées contre ce revirement – notamment en doctrine¹⁸.

La première critique consiste à reprocher au juge constitutionnel d’avoir **sur-interprété la portée du dernier alinéa de l’article 38**. En effet, le fait que l’expiration du délai d’habilitation empêche le pouvoir exécutif de modifier son ordonnance ne révèle pas que, passé cette date, les dispositions de cette ordonnance acquièrent valeur législative ; cela révèle seulement que le Gouvernement n’est plus en mesure d’intervenir dans le domaine matériel de la loi¹⁹. Sur cette question, il est d’ailleurs permis de penser que si le constituant a jugé utile

¹⁴ Inférieure à 50 % sur la période 2016-2019

¹⁵ 43 contre 35

¹⁶ http://marseille.tribunaladministratif.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-legislation-deleguee#_ftnref2 ; v. aussi en ce sens : *L’été des ordonnances*, P. Delvolvé, RFDA 2005.909

¹⁷ *Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l’ordonnance*, J. Gicquel, in *Mélanges Morand-Deville*, p. 340

¹⁸ *Conseil constitutionnel et ordonnances : l’invraisemblable revirement*, SJEG, n° 26, 29-06-2020, 779 ; pour une analyse aussi complète que stimulante, v. *Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi*, C. Barthélemy, RFDA 2020. 887. Pour un (rare) commentaire positif : *Les ordonnances à l’épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel*, LS. Ramdani, LPA n° 215, p. 9

de préciser explicitement « *que, passé le délai d’habilitation, une ordonnance non ratifiée ne [pouvait] être modifiée que par la loi, c’est que, précisément, une ordonnance non ratifiée n’est pas une loi. [Autrement], le texte constitutionnel énoncerait un truisme, ce qu’il ne saurait faire* »²⁰. En outre, on pourra également relever que lorsque le constituant a entendu conférer une valeur législative à des ordonnances, il l’a fait explicitement – ainsi de l’ancien article 92, qui prévoyait que les ordonnances prises sur ce fondement avaient force de loi²¹.

La seconde critique, corrélative, pointe l’incohérence de cette solution **au regard de la révision constitutionnelle de 2008, à deux titres**. D’une part, à cette occasion, le constituant a fait le choix d’abandonner la possibilité des ratifications implicites, jusqu’alors admises en jurisprudence²², en exigeant une ratification expresse des ordonnances. L’ambition de cette évolution était d’inciter le Parlement à se saisir de la loi de ratification pour « *refermer la parenthèse et rétablir l’ordre des compétences* »²³ en opérant un contrôle vigilant sur le travail réalisé en son nom par le pouvoir exécutif. Aussi, en reconnaissant la valeur législative de ces dispositions – fût-ce au seul sens de la QPC – le Conseil constitutionnel s’est vu reprocher d’avoir dévitalisé le rôle symbolique de la ratification²⁴. D’autre part, **l’introduction de la QPC avait pour but de combler un angle mort**, qui empêchait de contrôler la constitutionnalité des lois une fois passée leur promulgation. Or, en l’occurrence, s’agissant des ordonnances non ratifiées, un tel contrôle au regard de la norme suprême était déjà opéré par le juge ordinaire, administratif ou pénal, de sorte que cette extension du champ de la QPC n’apparaît pas cohérente par rapport à la préoccupation ayant présidé à son instauration.

En résumé, les décisions du Conseil constitutionnel peuvent se comprendre en opportunité dans un contexte où, désormais, plus de la moitié de la production normative dans le domaine de la loi passe par ordonnances – y compris sur des sujets sensibles. En revanche, ce revirement induit une indéniable complexification du régime contentieux des ordonnances et, surtout, il nous paraît en délicatesse avec la lettre de la Constitution.

¹⁹ V. aussi *Institutions politiques et droit constitutionnel*, M. Duverger, p. 558 ; *Droit administratif*, G. Vedel, 2^e édition, p. 171

²⁰ *Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexion sur une chauve-souris juridique*, P. Avril et autres, SJEJ, n° 46, 09-11-2020, doct. 1267

²¹ Même si certains auteurs voient dans le recours à ce vocabulaire « quelque chose de plus que la seule valeur législative » (v. *Les ordonnances – La confusion des pouvoirs en droit public français*, AM Le Pourhiet, LGDJ, 2011, p. 30)

²² CC, 29-02-1972, n° 72-72 L ; CC, 23-01-1987, n° 86-224 DC ; CE, 25-01-1957, *Sté des établissements charlonnais*, p. 54

²³ *Sur l’abus ou sur quelques abus de la législation déléguée*, Y. Gaudemet in *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs – Mélanges P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617

²⁴ V. sur ce point les intéressants développements de J. Padovani : <https://blogdroitadministratif.net/2020/06/02/ordre-ou-desordre-dans-la-nature-juridique-des-ordonnances-de-l'article-38-de-la-constitution-a-propos-de-la-decision-2020-843-qpc-du-conseil-constitutionnel-du-28-mai-2020/>

A dire vrai, ce n'est pas la première fois que le Conseil constitutionnel est accusé de retenir **une lecture trop constructive, voire *contra constitutionem*, de l'article 38**²⁵. Des reproches analogues lui avaient déjà été adressés lorsqu'il avait toléré des délais d'habilitation très longs²⁶ ou privilégié une conception autonome de la notion de « programme » au sens de cet article²⁷. Du reste, s'agissant des ordonnances, **le Conseil constitutionnel avait déjà pu marquer sa volonté de ne pas être « *court-circuité* »**. C'est dans cet esprit qu'il avait cherché à « *contrôler par anticipation le contenu des futures ordonnances* »²⁸ en émettant des réserves d'interprétation très précises au stade de la loi d'habilitation. C'est dans cet esprit, encore, qu'il avait jugé qu'il lui appartenait de se prononcer en QPC sur les modifications apportées par une ordonnance non ratifiée lorsque celles-ci n'étaient pas séparables des dispositions législatives contestées devant lui²⁹. C'est dans cet esprit, enfin, que le Conseil constitutionnel avait pu saisir l'occasion de la loi de ratification pour exercer un contrôle sur l'ordonnance elle-même³⁰, en anticipant en quelque sorte la qualité législative de ce qui n'est pourtant encore qu'un acte réglementaire³¹.

Mais, nous l'évoquions en introduction, la singularité du présent revirement vient de ce qu'elle paraît fragiliser **votre perception séculaire**, que votre voisin avait jusqu'alors épousée, consistant à regarder un acte pris par le pouvoir exécutif dans le domaine législatif **comme un acte administratif soumis à ce titre à votre contrôle**³².

Sur ce point, il faut toutefois relever que ce revirement ne crée pas **un débat inédit**. Il ravive plutôt une controverse doctrinale ancienne, tenant au point de savoir si de tels actes hybrides procèdent d'une délégation³³ – auquel cas l'acte fait par l'autorité déléguée devrait avoir le même caractère que s'il émanait de l'autorité délégante elle-même – ou s'ils procèdent d'une habilitation³⁴ – auquel cas l'acte conserve le caractère de celui qui l'a édicté. Dit autrement, il s'agit de déterminer si, dans de tels cas, le gouvernement légifère par ordonnance, ou s'il régleme exceptionnellement en matière législative³⁵.

²⁵ *Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ?*, JC Colliard in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Y. Jegouzo*, Dalloz, 2009, p. 121

²⁶ V. par exemple : *L'été des ordonnances*, P. Delvolvé, RFDA 2008.909

²⁷ En la déconnectant du programme au sens de l'article 49 – c'est-à-dire celui pour l'exécution duquel le Premier ministre engage sa responsabilité devant l'Assemblée nationale (CC n°76-72 DC du 12-01-1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Açores et des Açores*)

²⁸ *Les ordonnances – La confusion des pouvoirs en droit public français* (précité)

²⁹ Décision n° 2013-331 QPC du 05-07-2013 ; CE, 16-01-2018, *Union des ostéopathes animaliers et Lecuyer*, n° 415043, B

³⁰ Pour des exemples : CC, 28-05-1983, n° 83-156 DC ; CC, 21-03-2018, n° 2018-761 DC

³¹ *Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38*, J. Boudon, AJDA 2019.1492

³² A la notable exception des ordonnances prises sur le fondement de l'ancien article 92 et des décisions présidentielles prises dans le cadre de l'article 16 de la Constitution (assemblée, 02-03-1962, *Rubin de Servens et autres*, p. 143). Cette singularité s'expliquant par le fait que, dans « ces deux cas, en raison de circonstances exceptionnelles qui conduisent à la confusion des pouvoirs, l'exécutif devient l'organe constitutionnel exerçant le pouvoir législatif » (*Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi* (précité))

³³ Thèse défendue par M. W... : v. notamment *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, RDP 1959, p. 1059 et s.

³⁴ V. sur cette question : *Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38*, J. Boudon, AJDA 2019.1492

³⁵ *Droit administratif général*, B. Plessix, p. 728

Malgré quelques hésitations sémantiques³⁶, **c'est la seconde approche que vous avez résolument embrassée à compter de votre décision *Compagnie des chemins de fer de l'est*³⁷ de 1907, en faisant primer le critère organique tenant à l'auteur de l'acte.** Par cette décision, vous avez ainsi admis la recevabilité d'un recours formé contre un règlement d'administration publique (RAP) pris sur injonction du législateur³⁸, dont vous estimiez auparavant qu'il participait de la nature de la loi et avait de ce fait force de loi comme les lois parlementaires. Ce premier mouvement s'est confirmé dans le cadre du contentieux contre les décrets coloniaux³⁹ et les décrets-lois, autorisés par des lois alors qualifiées de « pleins pouvoirs » ou de « pouvoirs spéciaux », dont vous acceptiez de connaître au contentieux⁴⁰ sauf à ce qu'ils aient été ratifiés par le Parlement⁴¹. Cette jurisprudence a encore été confortée sous la IV^e République⁴². Certes, l'article 13 de la Constitution de 1946 interdisait à l'Assemblée nationale de « déléguer le vote de la loi »⁴³. Mais cet interdit⁴⁴ a été contourné lorsque vos formations consultatives ont admis, par l'avis du 6 février 1953, que cet article 13 ne faisait pas obstacle à **l'élargissement temporaire**⁴⁵ du pouvoir réglementaire à des matières jusqu'alors couvertes par la loi, sous réserve que l'habilitation parlementaire soit suffisamment précise et qu'elle ne porte pas sur des matières que la tradition républicaine réserve à la loi. C'est dans ce cadre que vous avez eu à connaître au contentieux des décrets « pris en vertu d'une loi d'habilitation »⁴⁶.

Cette jurisprudence part de l'idée que la loi en tant qu'expression de la volonté générale « *ne se dévoile qu'à travers un processus de nature organique* »⁴⁷ supposant la délibération des

³⁶ V. la première décision statuant sur un décret-loi de 1926 qui emploie le terme délégation : CE, 30-05-1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail*, p. 583 / *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, M. Hauriou, Sirey 1929, p. 25

³⁷ CE, 06-12-1907, n° 04244, A

³⁸ *Contentieux administratif – tome I*, R. Odent, Dalloz, pp. 281-282

³⁹ CE, Section, 22-12-1933, *Maurel*, p. 1226.

⁴⁰ Toutefois, dans la mesure où les lois d'habilitation étaient rédigées en termes très généraux, votre contrôle juridictionnel restait tenu (V. par exemple : CE, Section, 11-02-1938, *Syndicat national du commerce en gros des vins, cidres et spiritueux*, p. 145)

⁴¹ CE, Section, 06-02-1931, *Tardif*, p. 152 ; CE, assemblée, 25-06-1937, *Union des véhicules industriels*, p. 619 ; CE, assemblée, 13-05-1940, *Sieurs C... et a.*, n°s 67520-521-550, p. 215 ; CE, 01-10-1969, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Grenoble et Barreau départemental du département des Hautes-Alpes*, n° 74321, B

⁴² « *Sa Constitution, si elle s'opposait à ce que l'Assemblée nationale habilite l'exécutif à régir le domaine législatif par nature, c'est-à-dire le domaine de la loi résultant de la Constitution elle-même et de la tradition républicaine, ne faisait pas obstacle à l'intervention de l'exécutif dans une matière qui ne relevait du domaine de la loi que par la volonté du législateur. Il y avait en ce cas restitution au pouvoir réglementaire de sa sphère normale de compétence. Se trouvait par la même confortée la reconnaissance du caractère administratif des actes pris à ce titre* » (in *L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque*, B. Genevois, RFDA 2018.755)

⁴³ V. sur ce point : *Droit constitutionnel*, L. Favoreu et a., Dalloz, 23^e édition, 2021, n°s 1183 et s.

⁴⁴ Déjà circonscrit par une définition matérielle du domaine réglementaire via la loi André Marie du 17 août 1948 (qui revenait à délégaliser certaines matières) et par la pratique de la loi-cadre (Qui peut exiger une ratification par le Parlement des décrets d'application pris sur ce fondement. Auquel cas, après ratification, ces décrets ne pouvaient logiquement plus être contestés devant le juge administratif : CE, assemblée, 02-05-1958, *Gaillard*, p. 258)

⁴⁵ Même si, sur ce point, c'est la pratique plus que la lettre de l'avis qui révèle le caractère temporaire : v. sur ce point *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Y. Gaudemet et a., 3^e édition, 2008, p. 83 et s.

⁴⁶ CE, Assemblée, 16-03-1956, *Garrigou*, p. 121 ; Laquelle exigeait en principe une ratification par le Parlement. V. *Contentieux administratif – tome I* (précité), p. 292

⁴⁷ *Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert*, V. Lamy, AJDA 2020.2266

élus de la nation. Symétriquement, il s'en déduisait que des actes qui, pour matériellement législatifs qu'ils fussent, **n'avaient pas reçu l'onction démocratique de la représentation nationale**⁴⁸ restaient l'œuvre d'une autorité administrative, de sorte que vous étiez compétents pour en connaître⁴⁹. Cette approche organique rejoignait aussi un souci de permettre la contestation de ces actes en les qualifiant d'administratifs – autrement dit, vous faisiez comme Gorenflot, ce moine d'Alexandre Dumas qui « *baptisait carpes les lapins pour pouvoir les manger en toute tranquillité d'esprit les jours d'abstinence* »⁵⁰.

Le passage à la Ve République aurait pu conduire à interroger cette vénérable jurisprudence. En effet, d'une part, la Constitution du 4 octobre 1958 ne tranche pas véritablement cette controverse théorique⁵¹. Si le mot « délégation » a été sciemment⁵² gommé de l'article 38 au profit du mot « habilitation », **ce terme se retrouve en revanche à l'article 41**, lequel permet au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires qui s'avéreraient contraires à « *une délégation accordée en vertu de l'article 38* ». D'autre part, la révolution copernicienne consistant à **définir le domaine de la loi** aurait pu inviter à changer d'approche, en faisant primer le critère matériel sur le critère organique. Mais vous n'avez pas été arrêtés par ces deux considérations et votre jurisprudence a en substance estimé que « *les ordonnances de l'article 38 de la Constitution n'étaient rien d'autre que les anciens décrets-lois, mais consacrées par la Constitution et non plus vécues en marge de celle-ci* »⁵³, ce qui vous a conduit à prolonger votre solution déjà cinquantenaire⁵⁴. Ce faisant, pour reprendre le mot du doyen Vedel, vous avez assuré une continuité du droit administratif en opposant « une inertie délibérée aux mirages des innovations constitutionnelles »⁵⁵. Là encore, **le souci de préserver une protection juridictionnelle a été votre boussole** : vous ne vouliez pas que le Gouvernement puisse outrepasser en toute impunité la loi d'habilitation, et vous étiez attachés à permettre un contrôle de constitutionnalité d'un texte matériellement législatif mais qui, soit faute de ratification⁵⁶, soit du fait d'une ratification implicite⁵⁷, pouvait échapper au regard du Conseil constitutionnel dont le contrôle s'exerçait alors seulement *a priori*.

⁴⁸ En revanche, en cas de ratification, vous prononciez évidemment le non-lieu : CE, Section, 25-01-1957, *Société Etablissements Charlionais et Cie*, n° 30726, p. 54

⁴⁹ *Le recours aux ordonnances (en vertu de l'article 38 de la Constitution)*, J. Fourré, LPA, 10-11-1986, n° 135, p. 10

⁵⁰ Pour reprendre la jolie citation de M. W... dans son article : *Les rapports entre la loi et le règlement*, RDP 1959, p. 705

⁵¹ Pour un exemple d'interprétation dans le sens d'une absence de contrôle au motif que l'ordonnance devrait suivre le régime de la loi : v. *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, J. de Soto, RDP 1959 p. 240

⁵² Et à votre instigation : v. *Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38* (précité)

⁵³ *Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée* (précité) – v. aussi *Contentieux administratif – tome I* (précité, p. 290)

⁵⁴ CE, Section, 03-11-1961, *D...*, p. 607 ; CE, assemblée, 24-11-1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, p. 658

⁵⁵ *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*, G. Vedel, in *Le juge et le droit public - Mélanges M. W...*, LGDJ, 1974, t. II, pp. 787-788

⁵⁶ Moins de 20 % des ordonnances prises entre 1960 et 1990 ont été expressément ratifiées (*Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?*, M. Guillaume, Pouvoirs, 2005/3, n° 114)

⁵⁷ V. sur ce point : *La loi administrative*, Y. Gaudemet, RDP 2006, p. 65

C'est seulement **au bénéfice des années** que « *la perplexité initiale* [d'une partie de la doctrine face à cette construction juridique] *s'est estompée pour faire place à l'évidence* »⁵⁸. Votre approche est ainsi devenue, à force, l'un de ces réflexes élémentaires que les présentations traditionnelles savent faire acquérir⁵⁹. Seule une poignée d'irréductibles⁶⁰ persistait à la critiquer, à l'instar du doyen Favoreu qui avait même été jusqu'à la comparer à une « *énorme baudruche* »⁶¹.

Sans aller jusqu'à de telles extrémités, il reste vrai qu'un tel fondement finaliste s'expose davantage à la remise en cause qu'une solution **directement ancrée dans les textes**. Par ailleurs, il y a lieu de penser que si le Conseil constitutionnel s'est autorisé à réinterroger cette jurisprudence regardant l'ordonnance non ratifiée comme un pur acte administratif, c'est aussi parce que votre souci louable de permettre sa contestation **avait quelque peu perdu de son acuité avec l'essor du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité a posteriori**. En effet, ces deux mouvements ont conduit à ce que la loi soit plus aisément contestable à tout moment, de sorte qu'ils ont par ricochet relativisé l'enjeu protecteur traditionnellement associé à la qualification de l'ordonnance comme acte de forme réglementaire plutôt que comme acte de forme législative⁶².

Le constat étant ainsi dressé, reste alors à définir **les conséquences que vous devez en tirer sur votre propre office lorsqu'est soulevé – par voie d'action ou par voie d'exception – un moyen tiré de l'inconstitutionnalité de dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi**⁶³.

Précisons d'emblée – et c'est d'ailleurs ce qui en fait le sel – que les décisions du Conseil constitutionnel n'épuisent pas cette question⁶⁴ puisqu'elles sont silencieuses quant aux

⁵⁸ Conclusions de G. Lethuillier du colloque consacré à la législation déléguée organisé par la Société de législation comparée

⁵⁹ Pour plagier la jolie expression citée, à propos de l'annulation en excès de pouvoir, dans : *La responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles*, C. Malverti et C. Beauvils, AJDA 2020.509

⁶⁰ Et non des moindres : v. *Ordonnances ou RAP (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution)*, L. Favoreu, RFDA 1987 p. 687

⁶¹ *Ordonnances ou RAP (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution)* (précitée)

⁶² En pratique, désormais, cette différence de qualification n'emporte plus que quatre conséquences plus limitées. Si elle est regardée comme un acte de valeur réglementaire, l'ordonnance non ratifiée peut ainsi être contestée i) pour méconnaissance de l'article d'habilitation, ii) au regard des principes généraux du droit (PGD) et iii) ses dispositions relevant du domaine du règlement prêtent le flanc à un contentieux de refus d'abroger (V. CE, 30-06-2003, *Fédération régionale ovine du sud-est et autres*, n° 236571, A - sous l'empire des décrets-lois : CE, Section, 25-11-1938, *Chambre de commerce de Pointe-à-Pitre et de Basse-Terre*, p. 880) là où, si elles acquièrent valeur législative, elles deviennent seulement susceptibles d'un recours en refus de délégalisation, à l'occasion duquel votre contrôle se fait beaucoup plus tenu (CE, Section, 03-12-1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et autres*, n°s 164789 165122, A) iv) les moyens d'irrégularités, mais uniquement dans le cadre du recours par voie d'action depuis la jurisprudence *CFDT Finances* (comp. auparavant : CE, 07-12-1990, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 55362, p. 353)

⁶³ Etant ici précisé que si le recours est jugé avant l'expiration du délai d'habilitation, en tout état de cause, rien ne change

⁶⁴ « En tout état de cause » car vous savez que l'autorité de chose jugée découlant de l'article 62 de la Constitution s'attache à la norme contrôlée. Aussi, s'agissant de l'application d'un autre texte, les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel a donné « *sens et portée aux dispositions de la Constitution (...) ne présentent tout au plus qu'une « autorité persuasive » (Autorité de chose jugée ou Autorité de la Constitution ? – A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel*, T. S. Renoux, *L'esprit des institutions. L'équilibre des pouvoirs – Mélanges P. Pactet*, p. 835)

répercussions de ce revirement sur votre contrôle. Or, **c'est là où cesse l'obligation juridique que commence le dialogue des juges**⁶⁵ : il s'agit donc pour vous d'élaborer votre propre interprétation en tenant compte, « *parmi les divers arguments juridiques recevables, de ceux qui ont pu conduire le Conseil constitutionnel* »⁶⁶ à retenir une telle solution.

Pour appréhender ce débat, nous serons guidés par deux principes cardinaux : la **simplicité pour le justiciable** et le souci que ce revirement n'entraîne pas un **rétrécissement du champ de la contestation**.

A la réflexion, il nous semble que **quatre voies** sont envisageables.

Les deux premières sont **les plus logiques mais aussi les plus extrêmes**.

La première voie, d'apparence la plus cohérente au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, serait d'aller jusqu'au bout de la logique en assimilant l'ordonnance à une loi passé le délai d'habilitation. A compter de cette date, saisi par voie d'action, vous prononceriez un non-lieu⁶⁷ tandis que seuls les moyens susceptibles d'être soulevés contre une loi resteraient invocables par voie d'exception. En d'autres termes, vous avanceriez à la date d'expiration de l'habilitation la solution que vous retenez déjà lorsque l'ordonnance contestée acquiert rétroactivement valeur législative du fait de sa ratification⁶⁸. Mais, selon nous, cette perspective doit être écartée. Au-delà même du fait que vous avez confirmé votre compétence passé l'expiration du délai d'habilitation en juillet dernier⁶⁹, **une telle solution sur-interpréterait les décisions du Conseil constitutionnel** qui, de son propre aveu, s'est borné à regarder les dispositions d'une ordonnance non ratifiée comme des dispositions législatives au sens de la QPC, et qui n'a pas entendu obérer les autres formes de contestation contre une ordonnance non ratifiée. Surtout, cette logique conduirait à une fermeture du prétoire, notamment par voie d'action, fermeture d'autant plus inexplicable que c'est précisément pour éviter cette impasse qu'est née votre jurisprudence.

La seconde voie extrême vous conduirait à **confirmer en tout point votre jurisprudence traditionnelle** au motif qu'elle est la plus conforme à la lettre comme à l'esprit de la Constitution, et qu'elle permet déjà d'offrir un recours effectif aux justiciables. Sur ce dernier point⁷⁰, il convient en effet de relativiser l'argument de la loi-écran avancé par le Conseil constitutionnel : en pratique, un tel écran ne fait que très rarement obstacle à l'exercice de

⁶⁵ *Le dialogue au lieu de la guerre*, P. Wachsmann, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Genevois* (précité), p. 1121

⁶⁶ *Le dialogue au lieu de la guerre* (précité). V. aussi en ce sens : *Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion*, B. Genevois, RFDA 2000. 1207

⁶⁷ Partiel, le cas échéant, si l'ordonnance contient des dispositions relevant du domaine réglementaire

⁶⁸ CC, 10-03-1966, décision n° 66-36 L ; CE, 08-12-2000, *H...*, A

⁶⁹ CE, 01-07-2020, *Conseil national de l'Ordre des architectes*, n° 429132, B

⁷⁰ CE, assemblée, 24-11-1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, n° 52262, p. 658 ; CE, 04-11-1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, n° 177162, A ; CE, Section, 19-10-2005, *CGT*, n°s 283471 et a., A

votre contrôle de constitutionnalité « *puisque [par principe] la loi d'habilitation se contente de fixer les limites matérielles et temporelles de la compétence du gouvernement et laisse à ce dernier le soin de déterminer lui-même le contenu de l'ordonnance* »⁷¹. Et, en tout état de cause, à supposer qu'elle fasse écran, la loi d'habilitation est alors, dans cette mesure, déjà contestable par la QPC⁷².

Il nous semble toutefois exclu d'emprunter cette voie. Celle-ci vous ferait basculer **dans une logique de confrontation directe** avec le Conseil constitutionnel, position inconfortable si ce n'est inopportune. En ce sens, nous relèverons que vous vous êtes déjà refusés, par le passé, à succomber à une telle logique d'affrontement. Par votre décision d'Assemblée *Larrouturrou et autres*⁷³, vous vous êtes en effet inspirés de la théorie de l'exception de recours parallèle pour rejeter comme irrecevables des recours contre les décrets portant organisation d'un référendum, en prenant acte de ce que le Conseil constitutionnel – déjà facétieux – avait maintenu une voie de recours exceptionnelle devant lui contre ces actes administratifs⁷⁴. A cette occasion, pour reprendre les mots du président Arrighi de Casanova, vous aviez refusé de « *déclencher une guerre de tranchée, en laissant au Conseil constitutionnel le champ d'action que celui-ci avait décidé de se reconnaître* »⁷⁵. Il nous semble que cette inspiration irénique doit perdurer aujourd'hui.

Par ailleurs, une telle solution créerait une **dissonance malvenue** entre les ordres de juridiction dans la mesure où la Cour de cassation a, pour sa part, déjà réceptionné ce revirement⁷⁶.

Enfin, soulignons aussi qu'il est probable que l'œil extérieur, au moment d'analyser votre décision, s'arrêterait sur sa conséquence – à savoir le maintien de votre plénitude juridictionnelle – plutôt que de remonter jusqu'à sa cause – la volonté d'interpréter fidèlement la Constitution – de sorte qu'en définitive cette solution serait lue comme traduisant votre volonté de **préserver un pré carré**.

Vous pourriez alors être tentés de tempérer cette option radicale en la cantonnant aux cas où vous êtes saisis d'un moyen de constitutionnalité à l'occasion d'un recours **par voie d'action** contre une ordonnance.

S'agissant de l'hypothèse où la constitutionnalité d'une ordonnance est contestée par voie d'exception en effet, vous avez déjà admis, par une décision rendue en septembre⁷⁷, qu'une

⁷¹ *La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances*, A. Jennequin, AJDA 2010. 2300

⁷² Cf., en creux, CE, 23-01-2015, *M. T...*, n° 380339, B

⁷³ CE, assemblée, 01-09-2000, n°s 223890 et s., A

⁷⁴ CC, 25-07-2000, *M. H...*, n° 2000-21 REF

⁷⁵ *Un exemple de dialogue des juges inabouti – Le contentieux des actes préliminaires aux scrutins politiques nationaux*, J. Arrighi de Casanova, in *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Genevois* (précité), p. 29

⁷⁶ Cass. Crim. 16-06-2020, n° 20-81.985, inédit et Cass. Civ. 2ème, 24-09-2020, 20-40.056

telle contestation devait désormais emprunter la voie de la QPC. Et si vous avez franchi ce pas, c'est parce qu'une telle solution permet une efficacité plus grande du contrôle de constitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel est en mesure d'abroger les dispositions en cause là où, par voie d'exception, **le juge ordinaire doit se contenter de les écarter pour le règlement de son litige** – étant ici rappelé que les implications de l'illégalité décelée par le juge sont alors d'autant plus faibles que le gouvernement n'est plus compétent pour en tirer les conséquences en abrogeant les dispositions litigieuses⁷⁸.

En revanche, s'agissant d'un recours par voie d'action, la question se pose en des termes différents. **Trois arguments spécifiques** pourraient conduire à penser que, dans cette mesure, votre approche traditionnelle n'a pas à être remise en cause

Premièrement, 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 litige⁷⁹.

Deuxièmement, ouvrir la QPC par voie d'action **serait piégeux pour le requérant**, car celui-ci devrait anticiper la date à laquelle le juge va statuer – avant ou après l'expiration du délai d'habilitation – pour déterminer si ses moyens de constitutionnalité doivent ou non prendre la forme d'une QPC.

Troisièmement, l'argument de la valeur ajoutée en termes d'effectivité du recours compte tenu du pouvoir abrogatif du Conseil constitutionnel, **ne se retrouve pas dans le cadre d'une contestation par voie d'action** dès lors que le juge de l'excès de pouvoir dispose pour sa part d'un pouvoir d'annulation.

Mais, à la réflexion, **aucun de ces trois arguments ne nous convainc pleinement**.

S'agissant tout d'abord de la condition d'applicabilité au litige, vous le savez, celle-ci 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

⁷⁷ CE, 28-09-2020, *M. X... et autres*, n°s 441059 442045, B... et après une période d'atermoiements : CE, 11-06-2020, *M. Richard Patry et autres*, n°s 437851 et s., C

⁷⁸ CE, Assemblée, 11-12-2006, *CNOM*, n°s 279517-283983, A

⁷⁹ Du reste, dans un telle configuration, le conseil constitutionnel serait conduit à opérer un contrôle constitutionnel abstrait, alors même que cette exigence d'applicabilité au litige visait en principe à permettre « *un contrôle de constitutionnalité concret (...) portant aussi bien sur la constitutionnalité de la loi en tant que telle que sur les conditions de sa mise en œuvre* » (*L'exception d'inconstitutionnalité*, R. Badinter, in *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Genevois* (précité), p. 29)

ici en cause. Dans ces conditions, il serait à nos yeux artificiel de faire de ce critère un obstacle rédhibitoire à l'application de la logique QPC par voie d'action⁸⁰.

Par ailleurs, l'argument tiré de ce que **le requérant risquerait d'être piégé n'emporte pas davantage notre conviction**. D'une part, 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. D'autre part, s'il est vrai que vous n'êtes pas tenus d'inviter le requérant à régulariser son argumentation avant de lui opposer une irrecevabilité tirée du défaut de mémoire distinct⁸¹, cette approche expédiente est facultative. Or, il est évident à nos yeux qu'elle 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.

Enfin, s'il est vrai que votre pouvoir d'annulation est plus puissant que le pouvoir abrogatif du Conseil constitutionnel, il nous semble qu'un tel **différentiel doit être relativisé**. D'une part, si l'article 62 de la Constitution prévoit que la déclaration d'inconstitutionnalité a en principe un effet abrogatif, il permet aussi au Conseil constitutionnel de « *moduler au petit point* »⁸² les effets de ses décisions, et notamment de « *prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* »⁸³. Aussi, entre votre annulation – qui ne remet pas en cause *ipso facto* les décisions prises sur le fondement de l'acte annulé⁸⁴ – et une déclaration d'inconstitutionnalité invocable dans toutes les affaires « *non jugées définitivement à la date de publication de la décision* »⁸⁵, la différence est en pratique plus mince qu'il n'y paraît. D'autre part, à supposer même que le Conseil constitutionnel se borne à prononcer une abrogation tournée vers l'avenir, le moyen de constitutionnalité victorieux sera le plus souvent repris sous le timbre de la conventionnalité, et rien ne vous empêcherait alors de faire complètement droit à la demande d'annulation.

Or, si nous n'identifions aucun argument décisif au soutien d'une approche propre à la voie d'action, **deux séries de considérations** nous semblent plaider en sens inverse.

En premier lieu, le raisonnement ayant conduit le Conseil constitutionnel à assimiler les dispositions relevant du domaine de la loi d'une ordonnance non ratifiée à des dispositions

⁸⁰ D'ailleurs, la doctrine y voyait plutôt un *a fortiori* : *Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert* (précité)

⁸¹ Art. R. 771-4 du CJA

⁸² *Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle ?*, D. de Béchillon, SJEG n° 9, 1-3-2010, 237.

⁸³ CC, 25-03-2011, *Marie-Christine D.*, n° 2010-108 QPC

⁸⁴ Il faut que le juge soit saisi de conclusions recevables pour prononcer l'annulation par voie de conséquence des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé : v. CE, Section, 30-12-2013, *Mme O...*, n° 367615, A

⁸⁵ Décision n° 2014-375 QPC du 21-03-2014

législatives au sens de l'article 61-1 nous paraît **transversal**. Aussi, nous ne voyons pas pourquoi il y aurait matière à retenir des solutions différentes selon la voie de contestation.

En second lieu, et corrélativement, introduire **un double standard serait une source de confusion**. En effet, vous seriez pris dans une situation schizophrénique où vous pourriez être amenés à statuer directement sur la constitutionnalité d'une ordonnance par voie d'action et, en même temps, à statuer dans vos habits de juge du filtre sur une QPC dirigée contre cette même ordonnance et soulevée à l'occasion d'un recours contre les mesures prises pour son application. Il est vrai que, dans les faits, **le risque subséquent d'incohérence resterait faible** si ces deux contestations relevaient de la juridiction administrative. Mais tel ne serait pas le cas si la QPC était soulevée devant l'ordre judiciaire, dans la mesure où la Cour de cassation retiendrait une approche autonome du caractère sérieux de la question, sans se sentir liée par votre analyse.

Au surplus, nous ajouterons qu'au cours de la décennie écoulée, nous avons identifié seulement 36 décisions par lesquelles vous avez eu à connaître d'un recours par voie d'action contre une ordonnance de l'article 38, soit moins de 4 ans par an. Et, seul un tiers de ces décisions – **soit 12 affaires en dix ans** – vous ont conduits à examiner un moyen de constitutionnalité. Ces éléments quantitatifs nous confortent dans l'idée que l'impact réel de ce revirement sur votre office ne justifie pas une solution différenciée.

Ces deux premières voies extrêmes étant écartées, demeurent alors deux voies intermédiaires, **moins cohérentes mais plus praticables**.

La première voie intermédiaire consisterait à s'émanciper de la lettre des décisions du Conseil constitutionnel tout en restant fidèle à leur esprit. Dans cette optique, vous repartiriez de l'ambition affichée par votre voisin, **à savoir garantir un contrôle de constitutionnalité efficace**. Pour atteindre cet objectif, au-delà du critère tenant à l'expiration du délai d'habilitation, vous introduiriez un critère supplémentaire, tenant au caractère définitif de l'ordonnance.

Ainsi, tant que **l'ordonnance ne serait pas définitive**, c'est-à-dire tant qu'elle resterait susceptible de faire l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir, vous connaîtriez des moyens de constitutionnalité et rejeteriez les QPC comme irrecevables. Cette persistance de votre propre contrôle au regard de la Constitution se justifierait par **la singularité de votre pouvoir d'annulation rétroactive** qui, malgré les nuances déjà évoquées, reste en principe plus fort que le pouvoir abrogatif de votre voisin. En revanche, une fois l'ordonnance devenue définitive, vous prendriez acte du revirement constitutionnel en jugeant que ses dispositions relevant du domaine de la loi doivent être regardées comme des **dispositions législatives au**

sens de l'article 61-1, ce qui a l'avantage, nous l'avons dit, de rendre possible leur abrogation en cas d'inconstitutionnalité.

En quelque sorte, à l'instar de la distinction voie d'action / voie d'exception, vous post-rationaliserez les décisions du Conseil constitutionnel en faisant varier le juge en charge de l'examen des moyens de constitutionnalité selon une **clé de lecture plus pertinente** – à savoir l'effet utile de son contrôle. Une telle solution aurait aussi l'avantage propre d'éviter que vous puissiez être amenés à statuer en tant que juge du filtre dans le cadre d'une QPC soulevée par voie d'exception, alors même qu'un recours par voie d'action serait pendant. Cette lecture conduirait enfin à éviter l'écueil de **l'acte dit « chauve-souris »**, c'est-à-dire de l'acte qui serait, du point de vue contentieux, concomitamment réglementaire et législatif « au sens de ». En effet, pour être pleinement logique, cette approche par le caractère définitif devrait vous conduire à faire varier l'étendue des moyens invocables au fil du temps. En quelque sorte, tant que l'acte serait susceptible d'annulation, c'est le **critère organique** qui l'emporterait, de sorte que seraient invocables à son encontre la méconnaissance de l'article d'habilitation et des PGD, l'erreur d'appréciation et, au moins par voie d'action, les vices de procédure. A l'inverse, une fois que l'ordonnance, devenue définitive, ne serait plus susceptible d'être annulée ni de donner prise à un contentieux de refus d'abroger, vous tireriez alors les conséquences de son assimilation matérielle à une loi, en jugeant que seuls sont invocables contre elle les moyens tirés de la méconnaissance de la Constitution et des engagements internationaux de la France. Plutôt que la « chauve-souris », vous consacreriez ce faisant **une solution séquencée que l'on pourrait qualifier de « papillon »**, qui verrait la chrysalide réglementaire devenir un lépidoptère quasi-législatif.

Malgré cette indéniable montée en gamme animalière, cette voie nous semble également devoir être écartée. En effet, en ce qu'elle conduit – en pratique sinon en droit – à distinguer entre voie d'action et voie d'exception, **une telle solution se heurte aux objections déjà évoquées**. Mais, en outre, trois motifs supplémentaires s'opposent à nos yeux à ce qu'elle soit retenue.

Premièrement, **elle s'avérerait difficilement praticable**. D'une part, même si cet inconvénient n'est pas inédit, il serait difficile aux juges du fond de savoir si l'ordonnance contestée devant eux par voie d'exception est ou non définitive, faute d'être informés de l'existence d'un recours gracieux ou d'un recours recevable formé à son encontre devant vous – sans même évoquer le fait qu'un tel recours peut ne cibler que certaines dispositions du texte⁸⁶. D'autre part, nous avons les plus grands doutes quant au fait que la Cour de cassation se rallierait à cette interprétation⁸⁷ alors qu'elle a déjà fait sienne celle du Conseil

⁸⁶ Situation d'autant plus délicate qu'il vous arrive fréquemment de requalifier une demande d'annulation totale en demande d'annulation partielle à la lumière des écritures

constitutionnel, de sorte que suivre cette voie conduirait encore à des solutions différenciées selon l'ordre de juridiction saisi. Outre qu'elle serait très difficile à comprendre pour le justiciable, une telle dualité pourrait donc, nous l'évoquions, **induire des télescopages** qui verraient la Cour de cassation se prononcer comme juge du filtre, voire le Conseil constitutionnel comme juge de la QPC, tandis que vous vous prononcerez parallèlement, par voie d'action, sur le même moyen de constitutionnalité.

Deuxièmement, **cette solution réduirait les droits des justiciables**. En effet, au nom de la cohérence et sans véritable ancrage textuel, vous consacreriez une solution qui aurait pour effet collatéral de réduire l'étendue des moyens utilement invocables contre une ordonnance non ratifiée devenue définitive, réduction d'autant moins facilement explicable qu'elle dépendrait le plus souvent de votre célérité à juger le litige par voie d'action et qu'elle ne porterait que sur les dispositions de l'ordonnance relevant du domaine de la loi. Certes, le rétrécissement ici en cause resterait marginal puisqu'il concernerait des moyens moins fréquemment invoqués par voie d'exception⁸⁸. Mais, dans un contexte où votre décision *CFDT Finances*⁸⁹ a déjà été sévèrement⁹⁰ critiquée pour avoir circonscrit l'étendue des moyens opérants contre un acte réglementaire contesté par voie d'exception ou dans le cadre d'un refus d'abroger, il nous semblerait très inopportun de récidiver sans que le revirement du Conseil constitutionnel vous y ait nullement contraints.

Troisièmement, une telle solution renforcerait l'approche *contra constitutionem* induite par le revirement de votre voisin. En réduisant l'étendue des moyens invocables contre une ordonnance non ratifiée devenue définitive, **vous renforceriez son assimilation à une loi alors pourtant que le Parlement ne l'aurait toujours pas ratifiée**. Vous iriez ainsi à rebours de l'ambition portée par la révision de 2008. Aussi, bien qu'animés des meilleures intentions, vous vous retrouveriez accusés d'avoir approfondi une erreur en voulant lui donner du sens.

Par élimination plus que par adhésion, **c'est donc la seconde voie intermédiaire que nous nous résolvons à emprunter**. Cette voie consiste à tirer toutes les conséquences, mais rien que les conséquences du revirement de votre voisin, en jugeant – par voie d'action comme par voie d'exception – que les moyens de constitutionnalité peuvent uniquement être soulevés par

⁸⁷ S'agissant du juge civil, le revirement en cause conduit simplement à changer le destinataire de la question préjudicielle – du juge administratif (en ce sens : Cass. soc., 10-06-2003, n° 01-41.051, 01-41.189, publié au Bulletin) vers le juge constitutionnel (sachant que la Cour de cassation se retrouve plus rapidement saisie du fait de ce revirement, même si c'est dans les habits étroits de juge du filtre) tandis que, s'agissant du juge pénal, les décisions du Conseil constitutionnel peuvent induire une dépossession compte tenu de la compétence qui leur est reconnue à l'article 111-5 du code pénal, mais celle-ci demeure néanmoins très marginale

⁸⁸ Quoique l'on trouve trace de décisions accueillant de tels moyens par voie d'exception : TC, 20-10-1997, *Albert c/ CPAM de l'Aude*, n° 03032, A

⁸⁹ CE, assemblée, 18-05-2018, n° 414583, A

⁹⁰ *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – des arguments pour ?*, P. Delvolvé, RFDA n° 4, juillet-août 2018, pp. 665-667

la voie de la QPC après l'expiration du délai d'habilitation, tandis que le juge ordinaire peut encore connaître des autres motifs de contestation.

Vous l'avez compris, cette solution pose un indéniable problème de cohérence puisqu'elle suppose de regarder l'ordonnance comme **concomitamment** réglementaire et législative « au sens de », là où, auparavant, l'hybridité de cet acte résultait de **séquences successives**. Mais cette coexistence des états, pour intellectuellement perturbante qu'elle soit, n'est pas en elle-même rédhibitoire. En effet, si vous restez en mesure de connaître de tous les autres moyens, **c'est nécessairement que l'ordonnance non ratifiée demeure un acte administratif**, même si elle se retrouve aussi à entrer par exception – ou plutôt par effraction – dans les prévisions de l'article 61-1. Autrement dit, dans cette logique, « *l'expiration du délai d'habilitation ne modifie pas la nature (...) de l'ordonnance, mais uniquement les voies de droit susceptibles d'être mobilisées à [son] encontre* »⁹¹, le moyen de constitutionnalité relevant désormais d'un autre juge. Dès lors, votre approche traditionnelle ne nous semble pas remise en cause outre mesure. Par ailleurs, cette solution n'introduit pas de véritable recul dans l'état de droit – y compris en référé puisque vous savez que le juge de l'urgence qui renvoie une QPC peut suspendre à titre provisoire l'acte attaqué⁹². Elle ne s'avère pas non plus d'une complexité piègeuse pour le justiciable comme pour les juges, les deux étant désormais acculturés à la pratique de la QPC. Précisons enfin que cette solution préserve l'importance de la ratification par le Parlement, qui reste la seule manière pour le gouvernement d'éviter que son texte puisse être à tout moment contesté pour une méconnaissance du champ de l'habilitation ou au regard des PGD.

Aussi, dans un contexte où les inconvénients associés aux autres options envisageables sont, à nos yeux, plus lourds, **nous privilégions une relative incohérence théorique à un désordre**, avec d'autant plus de facilité que cette incohérence ne vous est pas imputable⁹³.

Si vous nous suivez, vous aurez alors à définir plus finement **les conséquences de cette exfiltration du débat constitutionnel** sur les autres motifs de contestation. Celles-ci sont de deux types.

Vous devez d'abord envisager les conséquences sur la procédure. Une fois que vous admettez de greffer la logique QPC, il s'ensuit à nos yeux que vous devez lui appliquer le même cadre procédural en exigeant que la contestation de constitutionnalité prenne la forme

⁹¹ *Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel*, A. Roblot-Troizier et G. Tusseau, RFDA 11-12 2020

⁹² JRCE, 22-07-2016, S..., n° 400913, B

⁹³ Au surplus, il nous semble que ce nouvel équilibre peut davantage se comprendre si l'on envisage le juge constitutionnel moins comme un censeur que comme un aiguilleur, dont la mission consisterait aussi à « *orienter les réformes vers la voie normative adéquate – loi ou Constitution* » (*Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : suite et fin*, H. Moutouh, D. 2003. 1099). En effet, à la lumière de ce rôle préventif, force est d'admettre qu'il devient plus sensé que le Conseil constitutionnel puisse contrôler une ordonnance non ratifiée en vue de baliser l'action future du législateur, redevenu par hypothèse seul compétent pour traiter la matière en cause.

d'un mémoire distinct⁹⁴, et en statuant dans le délai de trois mois. Vous pourriez en revanche vous interroger sur le point de savoir si, au moins par voie d'action⁹⁵, il y a lieu d'aménager le caractère prioritaire de la QPC. Cette interrogation constitue la **rémanence du paradoxe déjà évoqué**, paradoxe qui consiste à traiter en priorité un moyen en réalité « moins puissant » car insusceptible de conduire à l'annulation totale de l'acte. Pour notre part, nous pensons que vous pourriez envisager cette voie, mais en vous y engageant avec prudence. S'agissant des moyens tirés de la méconnaissance des engagements internationaux de la France, l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 y fait obstacle lorsqu'il prévoit expressément que ceux-ci doivent être examinés après la QPC⁹⁶. En revanche, s'agissant des moyens de droit interne, le texte organique ne dit rien⁹⁷ – et pour cause puisqu'en principe, contre une loi, seule l'inconstitutionnalité est invocable... Pour autant, vous devrez à nos yeux faire preuve d'une certaine retenue au moment d'exploiter ce silence. En effet, accueillir l'un de ces moyens de droit interne plutôt que de statuer sur la QPC suppose que **vous puissiez juger en trois mois une ordonnance**, puisqu'autrement la question serait automatiquement transmise à votre voisin. Or, il est rare⁹⁸ que vous statuiez aussi rapidement sur une ordonnance, ce qui s'explique largement par les contraintes du contradictoire. Dans ces conditions, même si cela n'est pas impossible en droit, il serait à nos yeux délicat que vous commenciez à systématiquement compresser l'instruction pour pouvoir vous prononcer en temps utile, alors même que les moyens que vous seriez susceptibles d'accueillir dans ce cadre se rapportent pour la plupart⁹⁹ à la légalité externe¹⁰⁰ de l'acte et sont, à ce titre, moins éclairants qu'un moyen de fond tel que la QPC¹⁰¹. Aussi, selon nous, ce n'est que dans les cas¹⁰² où le moyen de droit interne s'avérerait manifestement fondé ou bien lorsque la QPC serait soulevée après le reste de l'argumentation que vous pourriez envisager une telle approche expédiente¹⁰³, qui répondrait alors à un souci légitime de bonne administration de la justice. Dans ce cadre, cette célérité accrue constituerait en définitive une façon de sortir par le haut de la confusion née de ce revirement.

⁹⁴ En revanche, si d'aventure le requérant contestait par voie de QPC des dispositions relevant en réalité du domaine du règlement, vous devriez de vous-mêmes requalifier cette argumentation pour la regarder comme un moyen d'inconstitutionnalité qu'il vous reviendrait d'examiner.

⁹⁵ Par voie d'exception, le pouvoir d'abrogation du CC rendrait très inopportune une telle logique, car mieux vaut, en cas d'illégalité, toiletter l'ordre juridique

⁹⁶ V. sur ces questions : *La question prioritaire de constitutionnalité*, C. Maugué et JH Stahl, Dalloz, p. 240

⁹⁷ Même si nous relèverons que vous avez retenu une lecture large de cet article 23-5 : v. CE, assemblée, 31-05-2016, *M. Jacob*, n° 393881, A

⁹⁸ Nous n'avons à dire vrai identifié qu'un seul exemple : CE, Section, 19-10-2005, *CGT et autres*, n°s 283471 et a, A

⁹⁹ A l'exception des PGD et de l'erreur d'appréciation

¹⁰⁰ Etant rappelé que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article d'habilitation relève bien de cette cause juridique : v. TC, *Albert c/ CPAM de l'Aude* (déjà citée et fichée au Recueil sur ce point)

¹⁰¹ Votre jurisprudence récente – que l'on songe, par exemple, à votre jurisprudence *CFDT Finances* (Pour des développements sur ce point, v. *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, A. Bretonneau, RFDA 2018.649) – est à cet égard révélatrice de ce que vous considérez que « toutes les illégalités ne se valent pas »

¹⁰² Et sous réserve que le requérant ne hiérarchise pas ses prétentions en privilégiant la légalité interne sur la légalité externe (v. sur cette possibilité nouvelle reconnue aux justiciables : CE, Section, 21-12-2018, *Société Eden*, n° 409678, A)

¹⁰³ Et sous réserve qu'elle conduise à l'annulation totale sans faire jouer votre jurisprudence *AC !* ; autrement, la QPC nous semblerait devoir être privilégiée en ce qu'elle peut conduire à une remise en cause plus substantielle des effets déjà produits par l'acte

La procédure étant traitée, vous devrez ensuite cerner les implications de cette solution sur la consistance de votre contrôle.

Précisons à titre liminaire que – quelle que soit la solution retenue par le Conseil constitutionnel sur la QPC – **vous aurez à vous prononcer sur les autres moyens soulevés**. En effet, si votre voisin juge les dispositions en cause conformes à la Constitution, vous devrez examiner si le reste de l’argumentation justifie l’annulation¹⁰⁴. Si à l’inverse le Conseil constitutionnel prononce une censure, alors vous devrez constater **le non-lieu à concurrence de l’abrogation décidée** ; mais il vous faudra quand même examiner les autres moyens, pour déterminer si ceux-ci permettent de faire droit au surplus des conclusions en annulant complètement l’acte.

Cette prémisse étant posée, si l’on cherche à **identifier plus finement** les répercussions de cette solution sur l’examen des autres moyens, il nous semble qu’il y a lieu d’identifier deux blocs distincts.

Le premier bloc couvre les moyens dont **l’appréhension n’a pas vocation à évoluer suite à ce revirement de jurisprudence**. En relèvent à nos yeux les moyens tirés de la méconnaissance par l’ordonnance des engagements internationaux de la France¹⁰⁵ et le moyen tiré de la méconnaissance du champ de l’habilitation¹⁰⁶.

Le second bloc rassemble les moyens susceptibles **d’être touchés par ce revirement**. Il se décompense lui-même en deux sous-ensembles.

D’un côté, on trouve les **moyens de constitutionnalité qui ne se rattachent pas aux droits et libertés garantis par la Constitution** – c’est-à-dire, avant tout, l’incompétence négative « sèche »¹⁰⁷ et l’objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d’intelligibilité de la norme. Pour ces deux moyens, dans la mesure où il nous semblerait inconcevable que le revirement constitutionnel conduise à réduire le champ des moyens invocables, vous pourrez encore vous prononcer vous-mêmes.

De l’autre, et ce point est plus délicat, **vous devez vous interroger sur les cas où l’ordonnance est contestée au regard des PGD**. Vous savez que lorsqu’une ordonnance méconnaît le PGD invoqué, vous recherchez si l’habilitation législative permet ou peut être interprétée comme permettant de déroger à ce principe¹⁰⁸. Si tel est le cas, vous écarterez le moyen ; autrement, vous annulez les dispositions contestées¹⁰⁹. Le contrôle au regard de ces

¹⁰⁴ V. par analogie : CE, 10-04-2015, *Société Red Bull on Premise et autre*, n° 377207, B

¹⁰⁵ JRCE, 07-12-2017, *CGT*, n° 415243, C

¹⁰⁶ CE, 13-07-2006, *FNE*, n° 286711, A

¹⁰⁷ Pour un exemple, v. CE, 10-05-2017, *Fédération des fabricants de cigares et autres*, n° 401536 et a., B,

¹⁰⁸ V. en ce sens les conclusions de JC Bonichot sur CE, assemblée, 03-07-1998, *Syndicat des médecins Aix et région*, n°s 184605 et s., A

principes, infra-législatifs mais supra-décrétaux¹¹⁰, s'explique **par votre approche organique**, qui regarde l'ordonnance non ratifiée comme une simple extension provisoire du champ d'activité du pouvoir réglementaire¹¹¹. De façon encore plus convaincante à nos yeux, cette solution s'explique aussi par le fait que la valeur supra-décrétale des PGD induit, en creux, que les dérogations qui y sont apportées relèvent du domaine de la loi¹¹². En conséquence, si le Parlement n'a pas entendu prévoir la possibilité de déroger à un PGD, il s'en déduit nécessairement que l'exécutif intervient en matière législative sans pour autant y être habilité – ce qui justifie alors l'illégalité¹¹³.

En toute rigueur, **vous pourriez continuer à exercer à l'identique ce contrôle** alors même que les dispositions contestées sont, par ailleurs, des dispositions législatives au sens de la QPC : au regard des justifications que nous venons de rappeler, il n'y a pas de difficultés théoriques à continuer à statuer au regard des PGD – nonobstant l'inconfortable mais inévitable miroitement déjà évoqué.

En pratique toutefois, **le maintien d'un tel contrôle est plus délicat**. Il faut ici distinguer deux hypothèses.

La première hypothèse, assez rare, renvoie aux cas où le principe n'a pas d'équivalent net au niveau constitutionnel, soit que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas dégagé, soit qu'il ait confirmé sa valeur de simple PGD¹¹⁴. L'on peut penser, par exemple, à la non-rétroactivité des actes administratifs¹¹⁵ ou à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques¹¹⁶. Dans ces cas, nous n'identifions pas de raisons – de droit ou d'opportunité – qui justifieraient que vous ne puissiez plus connaître de tels moyens. Vous pourriez donc continuer à exercer votre contrôle traditionnel.

La seconde hypothèse, largement majoritaire, couvre les cas où le PGD invoqué a un équivalent dans les textes constitutionnels (droits de la défense, principe d'égalité, ...). Dans cette hypothèse, lorsque vous étiez l'unique juge de l'acte, vous reconnaissiez une « priorité d'application »¹¹⁷ au principe situé le plus haut dans la hiérarchie des normes, de

¹⁰⁹ CE, Section, 15-10-1965, *Union fédérale des magistrats et Reliquet*, n°s 53727 53728, A; v. CE, 04-11-1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, n°s 177162 et a., A

¹¹⁰ *Droit administratif général – tome 1*, R. Chapus, Montchrestien, 15^e édition, § 140

¹¹¹ V. en ce sens les conclusions de J. Theyry sur la décision *Fédération nationale des syndicats de police* (précitée) : « Sans doute, pendant une durée limitée le gouvernement peut-il réglementer certaines matières énumérées à l'article 34 ; mais c'est le seul effet de la loi d'habilitation : elle étend provisoirement le champ d'activité du pouvoir réglementaire ; elle n'en modifie pas la nature ; le gouvernement ne peut, par une ordonnance de l'article 38 soustraire ses ordonnances au contrôle du juge de l'excès de pouvoir et faire échec au droit de contestation des citoyens ; il ne peut non plus méconnaître le principe de non-rétroactivité et le principe de l'autorité de la chose jugée »

¹¹² *Droit administratif général – tome 1* (précité), § 155

¹¹³ v. *Les ordonnances – La confusion des pouvoirs en droit public français* (précité), p. 93

¹¹⁴ Voire découvert : l'on songe ici au PGD tiré de ce que le silence vaut rejet (décision n° 69-55 L du 26-06-1969)

¹¹⁵ CE, assemblée, 25-06-1948, *Société du journal « l'Aurore »*, p. 289 ; décision n° 69-57 L du 24-10-1969

¹¹⁶ V. avis, assemblée générale, 06-03-1986, avis dit « Eurodisneyland » ; CE, 29-10-2004, *M. Sueur et autres*, n°s 269814 et s., A

¹¹⁷ *L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque* (précité)

sorte que votre contrôle au regard des PGD se retrouvait absorbé dans le débat de constitutionnalité¹¹⁸.

Dans ces conditions, la question est de savoir si l'éclatement de la contestation doit désormais **faire naître un débat autonome** au regard de ces PGD qui ont un jumeau constitutionnel.

Lorsque les deux principes sont invoqués, la réponse doit selon nous être négative. S'agissant de principes purement prétoriens en effet, il serait illusoire d'imaginer que vous puissiez, sur ce terrain, aller plus loin que ce que serait amené à dire le juge constitutionnel sur la base du bloc de constitutionnalité, ce quand bien même le PGD en cause aurait une portée légèrement différente de son pendant constitutionnel. En conséquence, en cas de QPC, vous n'auriez pas à répondre de façon distincte au moyen tiré de la méconnaissance d'un tel PGD.

La logique est en revanche différente lorsque seul le PGD est invoqué au soutien de la requête, ou lorsque le principe est invoqué sans être rattaché à un fondement juridique précis. Dans ces cas, deux solutions sont envisageables : soit vous exercez votre contrôle, soit vous invitez le requérant à régulariser sa contestation en présentant dans un mémoire distinct ce qui doit désormais relever du débat de constitutionnalité. Pour notre part, nous sommes résolument en faveur de la première approche. En effet, à partir du moment où le requérant **fait le choix** de présenter son argumentation au regard d'un référentiel donné, choix qui peut, notamment en référé, répondre au souci que le juge statue immédiatement sans le détour procédural de la QPC, nous ne voyons pas pourquoi vous le forceriez à déporter obligatoirement son argumentation sur le terrain constitutionnel, alors même que votre perception de l'ordonnance non ratifiée en tant qu'acte administratif justifie l'opérance de votre contrôle au regard des PGD. A l'autre extrême, lorsque le requérant n'est pas en capacité juridique d'explicitier son moyen¹¹⁹, de le « sourcer », nous ne voyons pas pourquoi vous lui compliqueriez encore la tâche en exigeant qu'il produise un mémoire distinct.

Certes, dans cette mesure, le revirement du Conseil constitutionnel est susceptible de donner un second souffle à ce type de contestation au regard des PGD, jusqu'alors écrasé par son écho constitutionnel. **Mais cette éventualité n'est finalement que la conséquence de la diversité des normes opposables aux ordonnances, et non la marque d'une mauvaise volonté de votre part**, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'en prémunir.

C'est au bénéfice de cette grille d'analyse que nous vous proposerons examiner les trois requêtes appelées. Celles-ci sont dirigées contre **l'ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020**,

¹¹⁸ Sur cette coexistence, v. *Principes fondamentaux, principes généraux*, F. Moderne, RFDA 1998. 495 et la décision n° 91-167 du 19-12-1991

¹¹⁹ Ce qui n'est pas impossible s'agissant d'une voie de recours où le ministère d'avocat n'est pas obligatoire

prise sur le fondement de l'article 11 de loi du 23 mars 2020. A ce stade déjà avancé de nos conclusions, rassurez-vous, nous ne vous réservons aucun coup de théâtre : le délai d'habilitation est bien expiré et l'ordonnance n'a pas encore été ratifiée malgré le dépôt d'un projet de loi en ce sens.

L'acte en cause a une double portée.

Premièrement, son article 1^{er} **impose** la prise de **10 jours** de réduction de temps de travail (RTT) ou de jours de congés aux agents de l'Etat **placés en autorisation spéciale d'absence (ASA)** entre le 16 mars et le 31 mai 2020¹²⁰. Les agents ainsi visés sont ceux qui étaient dans l'impossibilité de télétravailler ou qui n'avaient pas de solution de garde pour leurs enfants de moins de 16 ans. Plus précisément, cette obligation¹²¹ se concrétise sous deux formes distinctes :

- **A titre rétroactif**, les agents concernés doivent prendre 5 jours de RTT sur la période courant du 16 mars au 16 avril 2020 ;
- **Pour la période courant du 17 avril au 31 mai 2020**¹²², ces agents doivent prendre 5 autres jours de RTT ou de congés annuels.

Deuxièmement, son article 2 prévoit non pas une obligation mais une simple possibilité, pour le chef de service, d'imposer **aux agents en télétravail de prendre 5 jours** sous la forme de RTT ou, à défaut, de congés pour la période courant du 17 avril au 31 mai 2020.

Vous l'aurez compris : l'ordonnance attaquée ne modifie pas le nombre de jours de RTT et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés. **Elle se borne à permettre que leur soit imposé de prendre un congé au cours de la période d'état d'urgence sanitaire.**

En dépit de cette portée somme toute limitée, cette ordonnance a été contestée devant vous dans le cadre de **4 référés-libertés et référés-suspensions**, que votre juge de l'urgence a tous rejetés. Vous avez désormais à en connaître au fond. Les moyens soulevés sont foisonnants et d'inégal intérêt.

Deux moyens touchent à la **légalité externe** de cet acte.

En premier lieu, les syndicats requérants soutiennent que cette ordonnance **méconnaît l'article d'habilitation qui la fonde**, au motif que le gouvernement n'était pas habilité à toucher aux congés annuels des fonctionnaires. Si nous partageons le constat, nous n'en tirons pas les mêmes conséquences. Il est en effet exact que l'article d'habilitation est silencieux sur

¹²⁰ Date qui correspondait au terme de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020

¹²¹ Pour les agents qui ne disposent pas de jours de RTT ou d'un nombre insuffisant, ces jours sont décomptés sur leurs congés annuels, mais dans la limite de six jours maximum.

¹²² Ou, si elle est antérieure, la date de reprise du service dans des conditions normales

ce point. Mais en réalité, ce silence n'est nullement problématique dans la mesure où, **en tant qu'elle impose la prise de jours de congés pour l'avenir**, l'ordonnance attaquée intervient dans le domaine réglementaire. Cette réponse, qui correspond à celle déjà retenue par votre juge des référés, peut se réclamer d'une jurisprudence constante qui fait seulement relever de la loi l'institution des congés, et non le régime qui leur est applicable¹²³.

En second lieu, les requérants font valoir que **l'ordonnance est entachée d'irrégularité faute d'avoir été précédée des consultations requises**. A nouveau, il est vrai que le texte contesté relève notamment du champ de consultation du Conseil commun de la fonction publique¹²⁴. Mais cette obligation a été levée par l'article d'habilitation qui a prévu que les projets d'ordonnance pris sur son fondement étaient « *dispensés de toute consultation obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire* ». Et, si les syndicats soutiennent que cette dispense ne saurait s'appliquer aux dispositions de l'ordonnance qui relèvent du domaine réglementaire, nous ne saurions souscrire à cette analyse. Juger que le Gouvernement aurait dû **saucissonner** son texte pour procéder à des consultations ciblées nous semblerait, dans le contexte et s'agissant de mesures formant un ensemble cohérent, irréaliste. Surtout, une telle lecture serait contraire à l'intention du Parlement dans la mesure où elle créerait de la confusion et fragiliserait au contentieux les ordonnances en cause. Vous savez en effet, mieux que quiconque, que la distinction entre ce qui relève de la loi et ce qui relève des prérogatives normales de l'exécutif n'est pas toujours évidente à opérer...

S'agissant des moyens de légalité interne de l'ordonnance, **6 d'entre eux** justifient votre attention – les autres ne méritant pas d'être évoqués devant vous.

Un premier moyen reproche à l'exécutif d'avoir commis, au regard des objectifs poursuivis, **une erreur manifeste d'appréciation**¹²⁵ **en imposant la prise de congés pendant le confinement**, plutôt que d'en rester au cadre existant, qui permettait déjà de refuser les demandes individuelles au moment de la reprise d'activité en cas de nécessités de service. Nous n'avons aucun doute à écarter ce moyen. D'une part, ces dispositions visent à atténuer la situation favorable dans laquelle se trouvaient placés les agents en ASA, qui étaient considérés comme en activité et donc rémunérés normalement, alors même qu'ils ne travaillaient pas. L'effort demandé dans ce cadre ne paraît clairement pas excessif puisqu'au maximum, les agents concernés doivent sacrifier 10 jours de RTT ou de congés, à ramener à une période totale d'inactivité intégralement rémunérée de 2 mois et demi. D'autre part, s'agissant des agents placés en télétravail, l'ordonnance nous paraît cohérente au regard du fait que ces agents, dans leur grande majorité, ne pouvaient assurer à distance la totalité de

¹²³ CE, 04-05-1981, *Fédération autonome des syndicats de police*, n° 14456, A ; CE, Section, 29-07-1983, Z..., n° 34767, A

¹²⁴ Tel qu'il résulte de l'article 9 ter de la loi du 13 juillet 1983

¹²⁵ V. pour un exemple de contrôle sur ce terrain, 23-12-2010, *Conseil national de l'ordre des médecins et syndicat national des médecins biologistes*, n°s 337396 337625, B

leurs fonctions, de sorte qu'il n'est pas illogique – pour les besoins du service – de les forcer à prendre des jours de repos durant cette période structurellement moins productive. De façon plus globale, le souci de ne pas entretenir une disparité trop grande par rapport aux salariés du privé et la volonté d'éviter la constitution d'un stock trop important de congés chez les intéressés nous semblent constituer des considérations légitimes, qui excluent toute censure sous cet angle.

Un deuxième moyen reproche à **l'ordonnance de comporter des dispositions rétroactives**. Plus exactement, dans la mesure où l'article d'habilitation prévoyait explicitement que les mesures prises sur son fondement pouvaient « entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020 », ce n'est plus le principe même de la rétroactivité que contestent les requérants, mais seulement sa nécessité. Mais cette référence à la « nécessité » dans la loi n'a pas à nos yeux la portée que vous lui reconnaissez, par exemple, dans le cadre du triple test de proportionnalité, lorsque vous subordonnez la légalité de l'acte à la condition que l'objectif visé ne soit pas atteignable par d'autres voies moins contraignantes. Elle doit davantage être lue comme **ménageant une possibilité**, que le Parlement n'entendait pas imposer coûte que coûte à l'exécutif mais laisser à sa libre appréciation. Or, à cette aune, le choix de conférer une dimension rétroactive à l'ordonnance, justifié par la volonté de pouvoir saisir le mois de confinement déjà écoulé, ne nous paraît pas problématique.

Un troisième moyen confronte ces dispositions aux **exigences conventionnelles**.

D'une part, la contestation est présentée au regard du **droit à la protection des biens protégé par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH**. Nous ne nions certes pas – et votre jurisprudence est en ce sens¹²⁶ – que les jours de congés rémunérés peuvent constituer des biens au sens de ces stipulations. Mais, d'une part, le fait d'imposer pour l'avenir les dates auxquelles certains de ces congés doivent être pris ne saurait être regardé comme méconnaissant une quelconque espérance légitime, le principe étant que les dates de congés sont fixées dans l'intérêt du service¹²⁷. D'autre part, le décompte rétroactif de jours de repos pour les agents en ASA, s'il affecte leur espérance légitime de pouvoir disposer d'un certain nombre de jours de repos rémunérés à la date de l'ordonnance, n'y porte pas une atteinte disproportionnée compte tenu des motifs, déjà évoqués, qui sous-tendent cette mesure.

D'autre part, les requérants soutiennent que cette ordonnance traduirait **une méconnaissance discriminatoire du droit au respect à la vie privée, conventionnellement garanti**. Leur raisonnement consiste à soutenir que les femmes seraient plus nombreuses à avoir été placées en ASA pour garder leurs enfants, de sorte que les mesures contestées s'apparenteraient, dans

¹²⁶ V. à propos de jours de congés inscrits sur un CET : CE, 11-10-2010, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères et autres*, n° 322980, B.

¹²⁷ V. en ce sens CE, 14-10-2015, *Syndicat CGT du ministère des affaires sociales et du travail*, n° 387347, C

les faits, à une discrimination à raison du sexe¹²⁸. Mais outre que cette surreprésentation des femmes est postulée plus que démontrée, nous peinons à identifier une discrimination – même indirecte. Une fois encore, les mesures contestées doivent être remises en perspective puisque si les agents placés en ASA se voient imposer des jours de repos, il n'en demeure pas moins que, pour le reste de la période considérée, ils ont été rémunérés sans travailler. Or, il nous semble que vous ne sauriez faire abstraction de ce cadre plus global, de sorte qu'en réalité il n'y a pas de traitement préjudiciable à l'égard des agents concernés.

Par un quatrième moyen, les syndicats invoquent **une méconnaissance du droit de l'Union européenne et plus précisément de la directive 2003/88/CE garantissant un congé annuel payé d'au moins 4 semaines**, en faisant valoir deux arguments.

D'une part, ils développent une argumentation qui procède d'une **interprétation erronée** de l'ordonnance puisqu'ils soutiennent à tort que celle-ci conduirait à regarder les jours de télétravail comme des jours de repos ; aussi, la contestation sur ce point tombe à plat. De même, si les requérants font valoir que le droit au repos serait méconnu au motif que des jours de congés pourraient être imposés à des agents placés en congés maladie, il se déduit au contraire de l'économie de l'ordonnance, et notamment du I de son article 4, que les journées pendant lesquelles l'intéressé aurait été placé en congé de maladie ne sauraient être prises en compte.

D'autre part, les requérants font valoir que le confinement n'a pas été **une période de détente et de loisirs**, de sorte que les congés imposés au cours de cette période ne satisferaient pas aux exigences de la directive. Là encore, si l'on ne peut que partager la prémisse du raisonnement, force est de constater que la Cour de justice, malgré une jurisprudence audacieuse sur le sujet, n'a pas été jusqu'à exiger que les congés correspondent bel et bien à du repos, ce qui du reste miroiterait sûrement avec le droit de mener une vie familiale normale...

Par un cinquième moyen, les requérants ébauchent une argumentation **au regard du principe d'égalité**. Il nous semble que cette argumentation doit être examinée au regard du PGD, l'une des requêtes y invitant expressément sans invoquer le principe constitutionnel tandis que les deux autres sont silencieuses quant au fondement de leurs prétentions. Mais l'identification de la norme de contrôle est finalement plus délicate que la réponse à réserver à ce moyen. S'agissant du double standard établi entre les agents placés en ASA et les autres, il est en effet évident que cette différence de traitement renvoie à une différence de situation et **qu'elle est en rapport direct et proportionné¹²⁹ avec l'objet de l'ordonnance**, de sorte que le moyen

¹²⁸ V. CEDH, GC, 13-11-2007, *D.H. c/ République Tchèque*, n° 57325/00

¹²⁹ CE, assemblée, 11-04-2012, *GISTI*, n° 322326, A

ne saurait prospérer. Il en va de même de la différence résultant de cette ordonnance entre les agents en télétravail et les agents en présentiel, ces derniers étant, dans la période considérée, seulement ceux dont la présence était indispensable à la continuité de l'activité, et qui ont d'ailleurs souvent vu leur charge de travail augmenter.

Sixièmement, vous aurez pour finir à **vous confronter au moyen de constitutionnalité**.

L'un des syndicats cible les dispositions législatives de l'ordonnance, en soutenant qu'elles portent atteinte **au droit au repos garanti par le 11^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946**¹³⁰. Cette argumentation n'a pas été développée sous la forme d'un mémoire distinct¹³¹ mais, à l'évidence, puisque votre jurisprudence n'était pas encore fixée sur ce point, vous ne sauriez ici l'écarter comme irrecevable pour ce motif. Vous devrez donc, pour cette fois et pour cette fois seulement, faire l'effort de regarder ce moyen comme un grief QPC. Une fois cette requalification opérée, force est alors de constater que **la montagne accouche d'une souris** puisque cette contestation n'est absolument pas sérieuse, ni nouvelle. En effet, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au nombre de jours de congés, mais seulement aux conditions dans lesquelles une partie de ces congés peut être prise, de sorte que le repos auquel ont droit les agents publics ne se trouve pas véritablement affecté par ces mesures. Quant à l'argumentation ébauchée au regard du droit au respect de la vie privée et de la liberté personnelle, elle ne vous retiendra pas davantage.

PCMNC :

- **Au non-renvoi de la QPC soulevée par la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière ;**
- **Au rejet des requêtes.**

¹³⁰ Sur sa valeur constitutionnelle : v. décision 99-423 DC du 13-01-2000, cons. 27 ; sur l'invocabilité de ce 11^e alinéa en QPC : v. décision n° 2016-533 QPC du 14-04-2016

¹³¹ Circonstance qui explique l'inapplicabilité du délai de trois mois laissé au juge du filtre pour statuer