

LE CONSEIL D'ÉTAT DÉPOSSÉDÉ

Jean-Philippe Derosier

06/06/2020

Dans sa contribution d'une série réalisée en partenariat avec L'Hétairie, le constitutionnaliste Jean-Philippe Derosier, professeur de droit public à l'université de Lille et auteur du blog La Constitution décodée, revient sur la récente décision du Conseil constitutionnel qui « dépossède » le Conseil d'État du contentieux des ordonnances, dans un contexte d'état d'urgence sanitaire qui a conduit à une explosion du nombre de celles-ci.

Le Conseil d'État devient une victime collatérale de la période exceptionnelle que nous traversons.

Par [une décision du 28 mai 2020](#), qui « ne fera sans doute pas la une du 20 heures », certes, mais qui mérite de faire celle de [La Constitution décodée](#), le Conseil constitutionnel a largement dépossédé le Conseil d'État du contentieux des ordonnances, sans retirer davantage de prérogatives au Parlement que ce dont ce dernier ne s'était déjà amputé lui-même.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel retient désormais que les ordonnances sont assimilées à des « dispositions législatives » dès l'expiration du délai d'habilitation.

« Conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation [...], les dispositions [d'une] ordonnance ne [peuvent] plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives ».

Dans le [communiqué de presse](#) qui accompagne la décision, le Conseil constitutionnel précise qu'il a statué « en des termes inédits », confirmant un revirement de jurisprudence.

Ce n'est pas la « valeur » législative ou réglementaire de l'ordonnance qui est affectée, mais son régime contentieux

On aurait pu être tenté par une lecture « minimaliste », en retenant que cette « cristallisation » législative de l'ordonnance n'a d'autre vocation, en l'espèce, que de justifier l'absence d'incompétence législative au regard de l'article 7 de la Charte de l'environnement (invocé dans l'affaire), qui prévoit « les conditions et les limites définies par la loi ».

Mais une telle lecture n'est guère convaincante, pour plusieurs raisons.

D'une part, le Conseil constitutionnel retient expressément le terme « dispositions législatives » à l'égard des ordonnances qui, une fois passé le délai d'habilitation, ne peuvent plus être modifiées que par la loi. Or il s'agit d'une reprise exacte des termes de l'article 61-1 de la Constitution, ce qui n'est pas anodin. On imagine que le Conseil connaît bien ce dernier article : s'il retient cette terminologie, en particulier dans ce contexte, il y a une raison.

D'autre part, il a pris la peine de publier un **communiqué de presse**, ce qui n'est pas systématiquement le cas, en soulignant les « termes inédits » de la décision. Il ne plaide pas, à lui seul, pour un revirement, mais souligne l'importance certaine de cette décision.

Enfin, si l'idée était d'épuiser le moyen de l'incompétence négative, nul besoin de retenir cette cristallisation : la simple adoption par ordonnance suffit, puisqu'il s'agit bien d'une norme prise dans le domaine de compétence du législateur, temporairement exercé par le gouvernement. Sinon, il y aurait incompétence négative à l'égard de toutes les ordonnances.

Il faut donc bien y voir un revirement. Mais il n'affecte nullement les prérogatives du Parlement, seulement celles du Conseil d'État.

Certains ont pu s'offusquer de ce que **le Parlement serait dépossédé de la compétence de ratifier les ordonnances** car, par cette décision, elles deviendraient automatiquement des lois.

Une ordonnance n'est ni ne devient jamais une loi. Elle est (formellement) une ordonnance toute sa vie, même après ratification. Cette dernière consiste simplement à valider le travail du gouvernement, non à transformer l'ordonnance en loi.

En revanche, le régime contentieux des ordonnances évolue. Autrefois, la contestation d'une ordonnance relevait du Conseil d'État, de son entrée en vigueur à sa ratification (éventuelle, car elle n'est pas indispensable), puis du Conseil constitutionnel, une fois cette ratification opérée. Désormais, elle relèvera du Conseil d'État pendant le délai de l'habilitation, puis du Conseil constitutionnel, une fois ce délai expiré.

La décision n'affecte donc pas la « valeur » (législative ou réglementaire) de l'ordonnance, mais son régime contentieux.

Là où il variait entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel, en fonction d'une ratification ou non, il est désormais aligné sur le régime des ordonnances elles-mêmes, qui peuvent être modifiées par

le gouvernement jusqu'à expiration du délai d'habilitation (et relèvent alors du Conseil d'État), puis seulement par le législateur une fois ce délai expiré (et elle relève alors du Conseil constitutionnel).

Le Parlement, lui, conserve ses prérogatives d'habilitation (dont il use un peu trop) et de ratification (dont il n'use pas assez, de trop nombreuses ordonnances n'étant pas ratifiées).

Il faut ainsi y voir un renforcement des droits des justiciables, pour trois raisons.

C'est d'abord un gage de lisibilité : la ratification est le résultat d'une loi ou d'un article dans une loi et n'est donc pas toujours facilement lisible. Le délai d'habilitation figure quant à lui dans la loi d'habilitation et il est ainsi bien plus accessible.

On évite ensuite que le Conseil d'État ne se prononce à deux reprises, d'abord pour avis (car l'article 38 de la Constitution l'impose sur chaque ordonnance), ensuite au contentieux, alors que l'on sait que ce n'est pas sans soulever des difficultés au regard du droit au procès équitable. Aujourd'hui, une fois le délai d'habilitation expiré, seul le Conseil constitutionnel pourra examiner une ordonnance, par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). À moins que le Conseil d'État ne cherche à l'en empêcher, en refermant le filtre des QPC et en ouvrant une nouvelle guerre des juridictions...

Enfin, le gouvernement – conseillé par le Conseil d'État... – pourrait être désormais bien inspiré de moins recourir aux ordonnances. Car n'oublions pas le contexte dans lequel cette décision intervient : celui d'un état d'urgence sanitaire qui a conduit à une explosion du nombre d'habilitations et, donc, d'ordonnances.

C'est ce qui pourrait bien expliquer que le Conseil d'État soit ainsi dépossédé, au profit d'une compétence qui est recentrée.