

## IGPDE – Préparation au concours de l'INSP – Droit public

### Séance 3

## Pouvoir législatif et pouvoir réglementaire (II) : les domaines de compétence et les contrôles

Contact par mail : [valentin.melot@igf.finances.gouv.fr](mailto:valentin.melot@igf.finances.gouv.fr). Merci de faire figurer en début d'objet la mention : **[Préparation INSP]**. Relances bienvenues à partir de sept jours sans réponse.

### I. Le contrôle de légalité des règlements et le contrôle de constitutionnalité des lois : une progressive extension du corpus de contrôle et des possibilités de saisine

#### I.A. Le contrôle du règlement par le Conseil d'État est réalisé prioritairement au regard de la loi, et subsidiairement au regard de la Constitution

##### I.A.1. Le principe : un contrôle de légalité des décrets par rapport à la loi et la Constitution

- ◆ **Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État<sup>1</sup>, article 9**

*Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives.*

- ◆ **Article L. 111-1 du code de justice administrative (CJA)<sup>2</sup>**

*Le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel.*

- ◆ **CÉ, 13 mai 1872, *Brac de la Perrière***

- ◆ **CÉ, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est***

---

<sup>1</sup> Remarque : la loi a vu son intitulé modifié en 2015 et s'appelle désormais « loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits ».

<sup>2</sup> La différence entre cette rédaction et celle de la loi du 24 mai 1872 est que le Conseil d'État a cessé d'être, depuis 1948, juge de droit commun en premier ressort. Nous reviendrons sur cette évolution au cours de la séance n° 6.

- ◆ **CÉ, 1959, Syndicat général des ingénieurs conseil**
- ◆ Art. R. 311-1 CJA

*Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :  
1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets (...)*

### **Le contrôle du Conseil d'État ne porte pas sur les actes de nature législative**

- ◆ **CÉ, 6 novembre 1936, Arrighi**

I.A.2◆ CÉ, 1998, Quintin

I.B. **Le contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, nouveauté de la constitution de 1958, n'est possible sur recours a posteriori des administrés que depuis 2010**

- ◆ **Article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC)**
- ◆ Constitution du 27 avril 1946 (constitution de la IV<sup>e</sup> République), notamment son titre XI

*Art. 91 – (...) Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution.*

*Art. 93 – La loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération.*

*Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'article 90. (...)*

- ◆ **Constitution du 4 octobre 1958, article 61 et 62**

*Art. 61 – [Afin que le Conseil constitutionnel se prononce sur leur conformité à la Constitution], les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. (...)*

*Art. 62 – Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. (...)*

- ◆ CC, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27

*27. Considérant donc que la procédure législative utilisée [...] a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin ;*
- ◆ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.
- ◆ CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*
- ◆ **Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, créant un article 61-1 C**

*Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. (...)*

### I.C. **Le contrôle de la loi et du règlement au regard des droits et libertés fondamentaux a progressivement été étendu au cours du XX<sup>e</sup> siècle**

- ◆ **CÉ, 1944, Dame Veuve Trompier Gravier**
- ◆ **CÉ, 1950, Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte**
- ◆ **CÉ, 1951, Société des concerts du conservatoire**
- ◆ **CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association**
- ◆ **CÉ, 20 octobre 1989, Nicolo.**
- ◆ **Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, dite « convention européenne des droits de l'homme » (CEDH).**

## II. Le domaine de la loi et le domaine du règlement : une révolution constitutionnelle qui n'a pas eu lieu

**La Constitution de 1958 fixe une compétence de principe au pouvoir réglementaire, et une compétence d'exception au pouvoir législatif**

II.A. **Le constituant de 1958 a souhaité encadrer le pouvoir du Parlement au bénéfice du pouvoir réglementaire**

II.A.1. **Le régime du « parlementarisme rationalisé » limite en principe fortement l'action du législateur**

II.A.2. **Art. 34 C<sup>3</sup>**

*(...) La loi fixe les règles concernant :*

*– les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;*

*– la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;*

*– la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;*

*– l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.*

*La loi fixe également les règles concernant :*

*– le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;*

*– la création de catégories d'établissements publics ;*

*– les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;*

*– les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.*

*La loi détermine les principes fondamentaux :*

*– de l'organisation générale de la défense nationale ;*

---

<sup>3</sup> Remarque : le texte cité est la version initiale de l'article 34, tel qu'issu de la loi promulguée le 4 octobre 1958. Outre des toilettes et modernisations ponctuelles du texte, divers ajouts ont été effectués par des révisions constitutionnelles en 1996 (création des lois de financement de la Sécurité sociale, mentionnées à l'art. 34), 2005 (mention des principes fondamentaux de la préservation de l'environnement) et 2008 (règles concernant la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les conditions d'exercice des mandats parlementaires).

- de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l’enseignement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

(...)

*Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.*

◆ **Préambule de la Constitution du 27 avril 1946**

*(...) Le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. (...)*

◆ **Article 37 C**

***Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.***

*Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d’État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l’entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu’ils ont un caractère réglementaire en vertu de l’alinéa précédent.*

◆ **Article 41 C**

*S’il apparaît au cours de la procédure législative qu’une proposition ou un amendement n’est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l’article 38, le Gouvernement ou le président de l’assemblée saisie peut opposer l’irrecevabilité.*

*En cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l’assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l’un ou de l’autre, statue dans un délai de huit jours.*

II.B.

II.B.1. **La jurisprudence du Conseil constitutionnel et la pratique politique ont obscurci les lignes de partage entre pouvoirs législatif et réglementaire**

**« La révolution n’a pas eu lieu » (J. Rivero)<sup>4</sup> : la compétence du législateur est restée pleine et entière**

◆ **CÉ, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils**

---

<sup>4</sup> Formule prononcée dans le cadre d’une intervention de clôture d’un colloque animé par Louis Favoreu. Texte publié dans les actes du colloque : Rivero (J.), *Le domaine de la loi et du règlement*, p. 263 in Favoreu (L.) et al., *Vingt ans d’application de la constitution de 1958 : actes du colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique d’Aix-Marseille*, PUAM, 1978. Remarque : je ne suis pas parvenu à

- ◆ CC, n° 143-DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*
- ◆ Théorie de l'incompétence négative (rechercher par vous-mêmes)

---

*Travail personnel : qu'est-ce que la théorie de l'incompétence négative<sup>5</sup> ?*

---

**La pratique des ordonnances complique enfin la répartition des compétences, en autorisant le Gouvernement à prendre des mesures qui relèvent du domaine de la loi**

II.B.2.

### **II.B.2.a. Les ordonnances : le principe**

- ◆ **Article 38 C**

*Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*

*Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.*

*À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.*

- ◆ Tableau de bord de suivi des ordonnances par le Sénat à l'adresse : <https://www.senat.fr/travaux-parlementaires/contrôle-et-évaluation/suivi-des-ordonnances.html>
- ◆ Exemple de codification par une ordonnance suivie d'un décret : ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

---

trouver un exemplaire des actes du colloque ; ma plus vive reconnaissance à toute personne qui acceptera de me communiquer le texte.

<sup>5</sup> Vous pouvez notamment vous intéresser aux décisions suivantes du Conseil constitutionnel : n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique relative au statut de la magistrature* et n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark SNC*.

---

*Travail personnel : répondre aux questions ouvertes suivantes :*

- 1) *Quels sont les motifs d'habilitation possible, et quelle doit être leur précision ?*
  - 2) *Le Président de la République peut-il s'opposer à la signature d'une ordonnance ?*
  - 3) *Que signifie « les ordonnances ne peuvent être ratifiées que de manière expresse » ?*
- 

### **II.B.2.b. Où une ordonnance s'insère-t-elle dans la hiérarchie des normes ? Les cas simples**

- ◆ **CÉ, 29 octobre 2004, Sueur.**
- ◆ **CÉ, 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police.**
- ◆ **CÉ, 1962, Canal, Robin et Godot**

### **II.B.2.c. Le cas complexe : les ordonnances ni ratifiées, ni caduques**

- ◆ Exemple de proposition de loi tendant à permettre la ratification d'une ordonnance et rejetée par le Sénat : *Proposition de loi tendant à permettre l'examen par le Parlement de la ratification de l'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État* (texte n° 807, enregistré à la présidence du Sénat le 2 août 2021).

### **II.B.2.d. Les évolutions de la répartition des compétences entre CÉ et CC en 2020**

- ◆ **CC, n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, M. Patrick É.**  
*3. Considérant, en premier lieu, qu'à ce jour, l'ordonnance du 28 octobre 2010 n'a pas été ratifiée ; que, par suite, les dispositions du code des transports rappelées ci-dessus ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ; qu'il n'y a donc pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'en connaître ;*

- ◆ Art. 7 de la charte de l'environnement

*Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement*

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

*11. (...) D'autre part, si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient 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. Ainsi, les conditions et les limites de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1-1 sont « définies par la loi » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement.*

- ◆ **Commentaire autorisé<sup>6</sup> de la décision n° 2020-Q843 QPC :**

*Le régime juridique des ordonnances non ratifiées – c'est-à-dire celles sur lesquelles le Parlement ne s'est pas prononcé, et non celles dont il aurait rejeté le projet de ratification – se singularise par son caractère mixte. [...]*

*De façon inédite, le Conseil constitutionnel en a déduit qu'à compter de cette date, correspondant à l'expiration du délai d'habilitation, ces dispositions « doivent être regardées comme des dispositions législatives » (même paragr.). Cette mention fait écho à la notion de « disposition législative » qui figure à l'article 61-1 de la Constitution, relatif à la question prioritaire de constitutionnalité.*

*Procédant ainsi à un revirement par rapport à la décision n° 2011-219 QPC précitée, le Conseil constitutionnel s'est, pour l'avenir, reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, à la double condition que ces dispositions interviennent dans des matières du domaine législatif et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré.*

*Cette évolution ne remet naturellement pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions, au regard d'autres motifs que leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis.*

---

<sup>6</sup> Pour certaines décisions, le Conseil constitutionnel (plus précisément, son secrétaire général, s'appuyant sur les services du Conseil) publie lui-même un commentaire de la décision. La publication de ce commentaire est quasi-systématique s'agissant des décisions QPC. Ces commentaires, dont la publication n'est prévue par aucun texte, sont parfois qualifiés de « commentaire autorisé ».

- ◆ CÉ, 1<sup>er</sup> juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, conclusions du rapporteur public Guillaume Odinet<sup>7</sup>

*Cela suppose néanmoins que vous [le Conseil d'État] soyez compétents pour statuer sur leur recours en tant qu'il est dirigé contre l'ordonnance, ce qui était évident jusqu'à une date récente, en raison de la nature d'acte administratif de l'ordonnance non ratifiée, mais qui peut paraître remis en cause par une récente décision du Conseil constitutionnel, qui qualifie de législatives (\*) les dispositions d'une ordonnance non ratifiée relevant de la loi une fois passé le terme de l'habilitation, au motif que le Gouvernement ne peut alors plus les modifier – et indépendamment, donc, du sort du projet de loi de ratification, qui se trouve ainsi, en dépit de la modification de l'article 38 de la Constitution par la révision du 23 juillet 2008, privé d'objet.*

*Si elle interroge assurément le sort de QPC dirigées contre des dispositions d'une ordonnance non ratifiée (\*\*), cette décision ne nous paraît cependant pas directement et nécessairement remettre en cause le principe de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les ordonnances non ratifiées, même après expiration du délai d'habilitation. (...)*

*Si la jurisprudence sur ces actes hybrides devra certainement être réordonnée, il nous paraîtrait ainsi hâtif et excessif de déduire dès aujourd'hui de cette unique décision – qui, du reste, ne se prononçait pas directement sur une QPC dirigée contre une ordonnance – qu'une ordonnance ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ou ne le peut plus au-delà du délai d'habilitation.*

***Nous vous invitons donc, en l'état instable de la jurisprudence constitutionnelle, à continuer d'admettre votre compétence pour connaître du recours en annulation dirigé contre une ordonnance.***

*(\*) Au-delà du point de savoir si elles doivent être considérées comme « loi » au sens de l'article 7 de la Charte, seule question qui était posée au Conseil constitutionnel.*

*(\*\*) Que la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation excluait du champ de l'article 61-1*

- ◆ CC, n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, M. Sofiane A. et autre.

*11. 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 législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.*

- ◆ **Article 62 de la Constitution**

---

<sup>7</sup> Le rapporteur public est un magistrat de la juridiction administrative ne participant pas aux délibérations mais chargé de donner un avis public et éclairé (ses « conclusions ») sur les affaires. Son rôle sera précisé au cours de la séance n° 6.

- ◆ CÉ, 28 septembre 2020, n° 441059<sup>8</sup>

*6. (...) Le délai d'habilitation ayant expiré et les dispositions de l'article L. 3841-2 étant intervenues dans des matières qui sont du domaine législatif, la circonstance que l'ordonnance du 22 avril 2020 n'ait pas encore été ratifiée ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre d'un recours dirigé contre un décret pris pour son application, la question de la conformité des dispositions en cause aux droits et libertés garantis par la Constitution soit transmise au Conseil constitutionnel.*

## Bibliographie

- ◆ Avril (P.), *Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ?*, in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 50, p. 39<sup>9</sup>
- ◆ Carrère (T.), *La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020*, sur le blog *Jus Politicum*, 8 juin 2020<sup>10</sup>
- ◆ Long (M.) e.a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, éd. Dalloz, 24<sup>e</sup> éd., 2023 (ISBN : 978-2-2472-2336-7)
  - Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 1906, *Chemins de fer de l'Est*
  - Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseil*

---

<sup>8</sup> En raison de l'anonymisation des décisions de justice, le nom du requérant n'est pas connu. Le numéro du pourvoi vous est donné afin de vous permettre de retrouver la décision au besoin ; il n'est aucunement nécessaire de chercher à l'apprendre

<sup>9</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-est-il-toujours-le-bras-arme-du-gouvernement-dans-le-parlementarisme>

<sup>10</sup> <https://blog.juspoliticum.com/2020/06/08/la-guerre-des-ordonnances-aura-t-elle-lieu%E2%80%89a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-n-2020-843-qpc-du-28-mai-2020-par-thibault-carrere/>