

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

Réponses aux questions

Question : existe-t-il une voie de recours pour les parlementaires contre une ordonnance qui ne respecterait pas le champ d'une habilitation ?

Au cours de la séance du 11 septembre, j'ai été interrogé sur le fait de savoir si les parlementaires disposaient d'une voie de droit qui leur permettrait de contester une ordonnance, par exemple dans le cas où celle-ci ne respecterait pas le champ de l'habilitation accordée ou plus généralement, s'ils jugeaient celle-ci inopportune.

En premier lieu, précisons qu'il n'existe aucune voie pour un tel recours des parlementaires devant le Conseil constitutionnel, ni *ex ante*, ni *ex post*. En effet, la Constitution ne prévoit pas de tel recours et le Conseil constitutionnel interprète de façon stricte sa propre compétence (voir par exemple CC, n° 2024-58/59 ELEC du 31 juillet 2024, *M^{me} Mathilde Panot et autres* : en l'absence de dispositions explicites de la Constitution en ce sens, le Conseil constitutionnel ne peut connaître d'un recours dirigé contre l'élection de la présidente de l'Assemblée nationale). Seules, la loi d'habilitation et l'éventuelle loi de ratification peuvent être attaquées.

Plus complexe est la question d'un recours devant le juge administratif. Un tel recours est plus naturel, les ordonnances de l'article 38 étant, nous l'avons vu, reconnu comme des actes administratifs et donc attaquables devant le Conseil d'État. *A priori*, rien n'interdit à un parlementaire d'attaquer pour excès de pouvoir une ordonnance, et de se prévaloir entre autres du fait que le Gouvernement excéderait le champ de l'habilitation. Il ne peut alors qu'argumenter en droit, et non en opportunité. Cependant, comme nous le verrons lors des séances ultérieures, il n'est pas loisible à tout un chacun d'attaquer tout acte devant le juge administratif : ce dernier apprécie *l'intérêt à agir* du requérant, ou autrement dit si le requérant est bien suffisamment concerné par la mesure de façon personnelle pour en tirer le droit de le saisir.

Un parlementaire a-t-il, *en cette qualité*, intérêt à agir contre une ordonnance ? La réponse est négative (voir par exemple CÉ, 31 décembre 2020, n° 430925). Plus généralement, le juge administratif refuse de reconnaître un intérêt à agir à un parlementaire au seul motif qu'est en jeu l'application d'une disposition dont il est l'auteur (pour une illustration très récente, voir CÉ, 8 juillet 2024, n° 492382 : sur une prise de positions du ministre de l'économie et des finances neutralisant une disposition fiscale de la loi de finances pour 2024).

Cette position constante du Conseil d'État s'explique par le fait qu'il refuse de s'ériger en arbitre des désaccords entre le Parlement et le Gouvernement, rôle qui appartient, sous la Cinquième République, au Conseil constitutionnel¹. Par ailleurs, les parlementaires ne sont pas privés de tout moyen d'action. En effet, ils peuvent :

- ◆ sur le terrain du droit, créer une association dont l'objet est de défendre l'intérêt auquel l'ordonnance querellée contrevient. Cette association disposera elle-même de l'intérêt à agir contre l'ordonnance ;
- ◆ sur un terrain politique :
 - soit, s'agissant d'un député, interpellier le Gouvernement (à l'oral, par une question écrite, par le vote d'une résolution) ou le censurer. Tel est le mode *normal* de règlement des conflits entre Parlement et Gouvernement que prévoit la Constitution ;
 - soit s'opposer à la ratification de l'ordonnance ou déposer une proposition de loi visant à l'abroger. Une telle manœuvre a cependant peu de chances d'aboutir, compte tenu de la maîtrise de l'essentiel de l'ordre du jour parlementaire par le Gouvernement.

En 2021, le Sénat a adopté une proposition de loi tendant à reconnaître un intérêt à agir des parlementaires contre les ordonnances lorsqu'est invoquée la méconnaissance du champ de l'habilitation. Le texte transmis à l'Assemblée nationale n'a, depuis cette date, jamais été examiné.

Pour plus de détails sur cette question, lire l'excellent blog d'Éric Landot : <https://blog.landot-avocats.net/2021/10/12/quand-un-parlementaire-peut-il-agir-devant-le-conseil-detat-cela-va-t-il-changer-mise-a-jour/>.

Travail personnel : qu'est-ce que la théorie de l'incompétence négative ?

En droit, la **compétence** désigne le fait d'avoir le droit, d'après les règles du droit, de prendre une certaine décision. Une personne est **incompétente** lorsqu'elle prend une décision qui ne lui appartient pas : ce n'est pas le fond de la décision qui pose problème, mais son auteur. Par exemple, le Premier ministre est **incompétent** pour prendre, par décret, une mesure qui relève du domaine de la loi : on parle d'incompétence positive. De même, le juge judiciaire est **incompétent** pour annuler ou réformer un acte administratif, son raisonnement fût-il fondé.

¹ Par contraste, le Conseil d'État reconnaît un intérêt à agir des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales contre certaines décisions de celle-ci, par exemple les contrats qu'elles signent. La différence réside dans le fait que Parlement n'est pas un simple organe administratif comme l'est un conseil municipal, mais bien un pouvoir public à part entière.

L'**incompétence négative** est une notion forgée par le Conseil constitutionnel pour protéger le législateur d'un dessaisissement trop important de sa propre compétence. En principe, le législateur peut renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de préciser certaines mesures d'application de la loi. Cependant, si le législateur ne fait pas preuve de suffisamment de précision, il existe un risque que le pouvoir réglementaire ne se contente pas de fixer les modalités d'application de la loi, mais empiète excessivement sur les prérogatives du législateur. On dit alors que le législateur **n'a pas exercé la plénitude de sa compétence** ou qu'il **a méconnu l'étendue de sa compétence**.

Le Conseil constitutionnel censure, de jurisprudence constante, la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence lorsqu'elle prive les citoyens de garanties quant à leurs droits et libertés. Ainsi, par la **décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, Loi organique relative au statut de la magistrature**, le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la Constitution des dispositions renvoyant à un décret en Conseil d'État (à l'époque, règlement d'administration publique) le soin de fixer les modalités d'affectation de magistrats du siège détachés mais qui n'encadraient pas le pouvoir ainsi confié au Gouvernement. En effet, puisque la Constitution dispose en son article 64 que les magistrats du siège sont inamovibles, le législateur ne peut laisser au Gouvernement la possibilité de prendre des mesures qui pourraient en pratique revenir à des mutations forcées des magistrats. Le Parlement aurait donc dû, dans la loi organique, encadrer les règles d'affectation afin de garantir l'effectivité du principe d'inamovibilité, et ne laisser au Gouvernement le soin de les préciser que dans la limite qu'il aurait précédemment fixée.

Par la **décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, Kimberly Clark SNC**, le Conseil constitutionnel a dit pour droit que la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence pouvait être invoquée si et seulement si celle-ci avait porté atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Ainsi, ne prive d'aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, et en particulier ne porte pas atteinte au droit de propriété la disposition législative qui renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les délais dans lesquels doivent être opérées les déductions auxquelles ont droit les personnes assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée.

Dans la mesure où le Gouvernement jouit de prérogatives importantes dans la procédure parlementaire, le risque était réel, sous les débuts de la Cinquième République, que le Parlement se dessaisisse ainsi de larges pans de sa compétence que le Constituant avait pourtant inclus dans le domaine de la loi. Par cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a ainsi permis d'assurer que les restrictions à certaines garanties fondamentales ne pouvaient intervenir qu'à l'issue d'un débat devant le Parlement — ou à défaut, suivant la procédure contraignante des ordonnances. Le risque de censure a ainsi conduit le Gouvernement à préciser les règles du droit au niveau de la loi, ce qui a contribué à limiter l'ampleur de la « révolution » opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution.

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 » ?*
-

- 1) Le texte de la Constitution ne précise pas quels sont les motifs d'habilitation possibles pour l'adoption d'ordonnances. Le Conseil constitutionnel a dit pour droit que le Gouvernement doit « *indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre* » (n° 76-72 DC). Des dispositions permettant au Gouvernement de « redéfinir » une politique (n° 2018-769 DC) sans plus de précision, ou une habilitation potentiellement infinie en raison de l'usage du mot « notamment » (n° 2021-817 DC) sont donc censurées.

En revanche, le Gouvernement n'a pas l'obligation de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (n° 2009-579 DC). Le grief d'incompétence négative est inopérant contre une loi d'habilitation (n° 2019-778 DC), mais le Conseil constitutionnel contrôle la suffisante précision du champ de l'habilitation, en particulier lorsqu'elle permet au pouvoir réglementaire de porter des atteintes excessives à une liberté fondamentale (p. ex. n° 2016-745 DC). Par ailleurs, le Parlement ne peut déléguer au Gouvernement le pouvoir de décider des suites à donner à une expérimentation, et notamment de la généraliser (n° 2019-794 DC).

Sur le fond, les motifs de recours à l'habilitation possible sont larges. La notion de « programme » n'est pas définie ; en particulier, il n'est pas nécessaire que l'objet de l'ordonnance se rattache à un « programme » au sens de l'article 49 sur lequel le Gouvernement aurait préalablement engagé sa responsabilité par la procédure du vote de confiance (n° 2017-751 DC). Le Conseil constitutionnel reconnaît que l'urgence fait partie des finalités possibles (n° 99-421 DC), et que l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire caractérise cette urgence (n° 2004-506 DC).

À noter qu'en toute logique, seul le Gouvernement peut demander l'habilitation, que ce soit par un projet de loi ou par amendement (n° 2006-534 DC). Un amendement parlementaire ou une proposition de loi prévoyant une habilitation est donc contraire à la Constitution (n° 2004-510 DC).

- 2) L'article 13 de la Constitution dispose que « *le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres* ». L'usage de l'indicatif est cependant porteur d'ambiguïté. Celui-ci doit-il être interprété comme signifiant « *a la possibilité de signer* » ou « *a l'obligation de signer* » ? En d'autres termes, la compétence du Président de la République est-elle liée ou libre ?

La Constitution n'apporte pas de réponse claire à cette question. La réponse pourrait donc être cherchée dans la pratique. En 1986, durant la première cohabitation, le Président de la République François Mitterrand a en effet refusé de signer plusieurs ordonnances présentées par le Premier ministre Jacques Chirac relatives à la privatisation de certaines entreprises publiques et au découpage des circonscriptions législatives. Dans chaque cas, le Premier ministre a soumis un projet de loi au Parlement permettant l'adoption par voie parlementaire des dispositions rejetées par le Président de la République. Le refus de signature a donc constitué une contrainte procédurale pour le gouvernement de cohabitation.

Ce cas de figure ne s'est toutefois pas reproduit depuis. Quoi qu'il en soit, aucune juridiction n'est susceptible de connaître du refus du Président de la République de signer une ordonnance. La question de savoir si un Président de la République a, ou non, le *droit* de refuser de signer une ordonnance relève donc de la spéculation : si un Président de la République opposait un tel refus à un Gouvernement, le débat se porterait vraisemblablement sur le terrain politique plutôt que juridique.

À noter que l'indicatif est également utilisé à l'article 10 de la Constitution, qui dispose que « *le Président de la République promulgue les lois* ». Le Président de la République François Mitterrand a fait savoir qu'il ne considérait pas l'usage de l'indicatif comme lui octroyant la possibilité de refuser de promulguer une loi.

- 3) La phrase « *Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.* » a été ajoutée au deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette évolution constitutionnelle visait à éviter une pratique jugée néfaste quant à la ratification des ordonnances.

En effet, il peut arriver qu'une loi modifie le texte issu d'une ordonnance. Lorsque le Parlement débat d'une telle modification, il examine par cette occasion le texte issu de l'ordonnance. En particulier, il a tout loisir d'examiner d'éventuels amendements consistant à supprimer les dispositions issues de l'ordonnance. S'il s'abstient de le faire, doit-on considérer qu'il accepte les dispositions de l'ordonnance ?

Le juge administratif a répondu à cette question par l'affirmative. Ainsi, dans un arrêt du 10 juillet 1971, *Air Inter*, le Conseil d'État a considéré que l'article 62 de la loi n° 68-1172 du 27 décembre 1968 de finances pour 1969, en ce qu'il modifiait et complétait l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, en constituait une ratification implicite. Par la décision n° 72-73 L du 29 février 1972, le Conseil constitutionnel a de même jugé qu'« *il résulte clairement des dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1969, en date du 27 décembre 1968, que le législateur a entendu ratifier dans son ensemble l'ordonnance susvisée du 17 août 1967 sous réserve des modifications qu'il y a apportées* ». Les deux juridictions ont ainsi reconnu qu'une ordonnance pouvait être ratifiée *implicitement*, ce qui emportait des conséquences juridiques (possibilité d'une soumission à l'examen du Conseil constitutionnel, incompétence du juge administratif pour l'annuler).

Néanmoins, déterminer dans quelle mesure certaines modifications constituaient ou non des ratifications implicites a pu poser difficulté. Par ailleurs, des ordonnances pouvaient ainsi se voir formellement ratifiées sans débat solennel sur l'acceptation par le Parlement des mesures adoptées par ordonnances. Dans un objectif de rééquilibrage des prérogatives du Parlement et du Gouvernement et d'amélioration du contrôle par le premier des ordonnances, le constituant a souhaité, en 2008, interdire la ratification implicite.

L'objectif de la réforme n'est toutefois que partiellement atteint, puisque subsistent de nombreuses ordonnances ni ratifiées, ni caduques mais dont le projet de loi de ratification a été déposé et qui continuent donc d'exister dans l'ordre juridique.