
***LE CONTRÔLE DES COMPÉTENCES
LÉGISLATIVES DU POUVOIR EXÉCUTIF
EN FRANCE***

***Par Tarek Fathi ABO EL Wafa
Université de AL Azhar***

**LE CONTRÔLE DES COMPÉTENCES
LÉGISLATIVES DU POUVOIR
EXÉCUTIF
EN FRANCE**

**Par Tarek Fathi ABO EL Wafa
Université de AL Azhar**

INTRODUCTION

L'exécutif dispose de certaines prérogatives le conduisant à participer à l'action du législateur et notamment par celle de l'initiative des projets de lois, procédé qui existe en France et qui a une importance essentielle car constituant aux dépens des propositions d'origine parlementaire la majeure partie des textes soumis au vote du Parlement.

Pour ces raisons, on serait enclin à penser que les compétences législatives du pouvoir exécutif¹, auxquelles il est fait référence dans l'intitulé, renvoient au mécanisme traditionnel du « dépôt des lois » à

1 Voir sur les actes législatifs du pouvoir exécutif Livio PALADIN, « Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs : Aspects de droit comparé », RFDC, 32-1997, pp. 677-691.

l'acception classique de participation au processus d'élaboration législative. Mais il ne s'agit que d'une compétence « accessoire », alors que par le processus de la délégation législative et par l'existence de certaines compétences d'exception, les compétences de l'exécutif le font participer directement à l'édiction de normes à valeur législative dont le juge constitutionnel aura à connaître¹.

A ce titre, il convient de s'interroger sur le contrôle des actes législatifs ne renvoie-t-il pas au contrôle de la constitutionnalité des lois?

Une réponse affirmative à cette question conduirait à établir une assimilation entre les termes d'« acte législatif » et de « loi ». Or, si la loi est *stricto sensu* un acte législatif, la réciproque est-elle pour autant valable? En d'autres termes, tous les actes législatifs sont-ils toujours des lois?

L'attribution d'une définition distincte aux deux termes est difficile tant les deux notions semblent voisines et imbriquées. Cette difficulté est aggravée par ailleurs par la multiplicité des définitions possibles selon le critère pris en compte : organique, fonctionnel ou hiérarchique.

1 Voir sur la justice constitutionnelle des pouvoirs, Louis FAVOREU et autres, « Droit constitutionnel », Dalloz, 12e éd, 2009, p. 264.

Cependant, par une combinaison des trois critères, l'on peut tenter de définir *la loi* comme étant la norme édictée par le Parlement, expression de la volonté générale et dont le niveau hiérarchique est *supra* réglementaire et *infra* constitutionnel. Si cette définition a le mérite de pallier les insuffisances qui auraient résulté d'une définition fondée sur un critère unique, elle a également l'inconvénient d'introduire une difficulté car certains « textes » ne correspondent pas exactement à la définition énoncée malgré le qualificatif. En effet, certains textes qualifiés de « lois » par la Constitution française font preuve d'une marginalité intéressante à maints égards : il s'agit des *ordonnances*.

Qu'elles soient édictées en temps de crise ou par une délégation législative, ces ordonnances ont effectivement la particularité de détenir une force ou une valeur de « loi », après une procédure spéciale, bien que n'ayant été édictées que par le pouvoir exécutif et n'exprimant initialement que la volonté unilatérale de ce dernier.

Notons que ces ordonnances ont une nature *protéiforme*. En effet, selon un procédé adopté, elles n'acquièrent la valeur de « loi » qu'après l'intervention d'une procédure de ratification. Ainsi, il est manifeste qu'au stade précédant la ratification, ces ordonnances ne sont que des lois en devenir et ne peuvent recevoir

d'emblée la qualification de « lois ». Cependant, bien qu'issues du pouvoir exécutif, il nous apparaît inopportun de les qualifier de « réglementaires » à cause de leur destination législative. Nous les qualifierons donc d'« actes législatifs ».

L'acte législatif se présente donc comme une loi dans une conception *lato sensu* pour laquelle il convient de s'intéresser aux modalités de contrôle. Cette problématique du contrôle est d'autant plus pertinente que la nature ambivalente de l'ordonnance va mettre en concours différents organes, selon le stade de son processus de maturation.

Dans la perspective de ce contrôle, la situation des juges constitutionnels est particulièrement délicate. Instaurés pour contrôler la conformité de la loi à la Constitution, les juges constitutionnels ne peuvent ainsi que contrôler indirectement le pouvoir législatif. Or, en contrôlant l'ordonnance édictée par l'exécutif, ratifiée par le Parlement, les juges suprêmes ne se réserveraient-ils pas le pouvoir de contrôler également indirectement le pouvoir exécutif ?

Ainsi sont mises en exergue les difficultés que suscite le contrôle des actes législatifs. Nous verrons donc, dans cette étude, la nature du contrôle du pouvoir exécutif, s'agissant des décisions prises par une délégation législative (Section I) et de celles prises dans le cadre des compétences d'exception (Section II).

SECTION I

LE CONTROLE DES DECISIONS PRISES A LA SUITE D'UNE DELEGATION LEGISLATIVE¹

L'article 38 de la Constitution française dispose que « *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.*

- 1 Voir sur la distinction entre le terme « délégation » et « habilitation », M. Hauriou, « Précis de droit constitutionnel », Recueil Sirey, 1929, réél. CNRS, p. 265, note 13. Il préfère le terme « habilitation » quand il estime que « Les discussions qui ont eu lieu sur la possibilité de la délégation législative... ne se seraient pas élevées si l'on avait eu une bonne distinction des pouvoirs publics et des fonctions. Mais faute de cette distinction, on a confondu continuellement les deux notions et, pratiquement, on a raisonné uniquement sur la délégation du pouvoir législatif, locution équivoque, parce que la délégation n'est qu'une fonction, ou sur la délégation des compétences, autre locution équivoque, qui peut s'entendre également du pouvoir et de la fonction » ; Voir aussi Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Economica*, PUAM, 1996, p. 11.

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. A 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 »¹.

Cet article instaure le principe d'une compétence législative attribuée au pouvoir exécutif² par le biais d'une délégation encadrée dans des conditions strictes liées à la durée, au domaine d'intervention et au mode procédural adopté.

Le caractère dérogatoire de ces articles à la traditionnelle *séparation des pouvoirs* pousse à la

1 Dans la Constitution française de 1958, il y a trois sortes « d'ordonnance » : celles de l'article 92 Permettant au Gouvernement dans les quatre mois suivant la promulgation de la Constitution, de mettre en place les institutions de la 5e République ; celles de l'article 47 permettant, le cas échéant, au Gouvernement de mettre en œuvre la loi de finances si celle-ci n'a pas été votée dans les délais prévus par la Constitution ; celles de cet article 38.

2 Par cet article, le constituant de 1958 revient sur l'interdiction de déléguer l'exercice du pouvoir législatif de la IVe République en vertu de l'article 13 de la Constitution de 1946 qui prévoyait : « L'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce pouvoir », interdiction contournée dans la pratique.

circonspection et incite à s'interroger sur les garanties existantes quant aux immixtions éventuelles au-delà du cadre pré établi. En l'espèce, le fait de hisser ces ordonnances issues de l'article 38 français au rang de loi suite à la ratification, impose d'écarter d'emblée la compétence du juge ordinaire et de rechercher les remparts du côté du juge constitutionnel.

Entre l'édiction de l'ordonnance et sa ratification s'ouvre une période qui se situe à un stade intermédiaire du processus de maturation de l'ordonnance. Loi en devenir, cette dernière n'est au moment de son édiction qu'un *acte administratif*. Ainsi, est mise en évidence, l'importance de la loi de ratification dont l'intervention sera déterminante quant aux acteurs susceptibles d'opérer le contrôle. L'analyse de ces acteurs s'effectuera donc avant (§I) et après (§II) la loi de ratification.

§I. LE CONTROLE DE L'ORDONNANCE AVANT LA LOI DE RATIFICATION PAR LE CONSEIL D'ETAT

La nature juridique de l'ordonnance avant l'intervention de la loi de ratification s'avère déterminante quant à l'identification des acteurs du contrôle. En effet, en France, la nature réglementaire de l'ordonnance non ratifiée écarte le recours aux mécanismes traditionnels du contrôle de

constitutionnalité au profit du contrôle du Conseil d'État.

En effet, le juge administratif a admis le 3 novembre 1961¹, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée. Le Conseil constitutionnel a par la suite confirmé cette compétence du juge administratif dans une décision du 8 août 1985² en ces termes: « *le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel ne peut porter que sur les lois, et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution, celles-ci n'en sont pas moins soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* ».

Mais quelle est la *nature* de ce contrôle exercé par le Conseil d'État?

- 1 CE, le 3 novembre 1961, *Sieur Damiani*, Rec. 607 ; voir aussi CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, p. 658 ; note J. THERY, AJDA, 1962, p. 114. Il faut souligner que, depuis l'arrêt *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est* du 6 décembre 1907, le juge administratif a estimé que le critère organique détermine à lui seul la recevabilité dudit recours : tout acte émanant d'une autorité administrative est un acte administratif.
- 2 CC, le 8 août 1985, n° 85-196 DC ; GDCC, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie*, 12 éd, 2003, p. 633 et suiv; voir aussi note L. HAMON , GDCC, 7e éd, 1993, n° 39, p. 609 ; aussi note François Luchaire, AJDA, 1985, p. 45.

Pour Catherine BOYER-MERENTIER¹, le Conseil d'État exerce à cette occasion un contrôle de constitutionnalité analogue à celui que le Conseil constitutionnel fait sur les lois². Elle se fonde sur la jurisprudence du Conseil d'État lui-même qui dans l'arrêt *Fédération Nationale des Syndicats de Police* du 24 novembre 1961³, a censuré l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 août 1960, au motif « *qu'ayant pour effet de transférer au Gouvernement d'une manière permanente le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées au personnel de police (...) ledit article viole l'article 34 de la Constitution* ».

Explicitement, le Conseil d'État s'est ainsi érigé en gardien de la constitutionnalité de l'ordonnance qui, jusqu'à ce qu'elle soit ratifiée, reste un acte

-
- 1 Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale), RFDA, 1998, pp. 924-941, notamment p. 925.
 - 2 Pour un développement sur cette question voir : David Dokhan, « Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs », LGDJ, 2001, p. 93 et suiv ; Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », Economica, PUAM, 1996, 155 et suiv.
 - 3 Rec. P, 658 ; AJDA, 1962, p. 312.

administratif réglementaire¹. Pour retenir une telle qualification, il a fallu au préalable considérer que les ordonnances sont « le fruit d'une extension de la compétence réglementaire et non d'une délégation de la compétence législative »². Cet argument est renforcé par le Conseil d'État lui-même qui dans l'espèce des ordonnances prises sur le fondement de la loi référendaire du 13 avril 1962, a fait une application implicite du raisonnement par analogie se heurtant pourtant aux dispositions expresses de l'article 38 évoquant une délégation législative.

Ces débats autour de la nature du contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance n'ont pas freiné le Conseil d'État dans sa détermination à effectuer un contrôle de constitutionnalité sur ces mêmes ordonnances. Ainsi, dans l'arrêt *Fédération des Mutuelles de France et autres* du 12 février 1997, le Conseil d'État contrôlant une ordonnance a invoqué « l'exigence constitutionnelle de respect du pluralisme

-
- 1 Pour le contrôle par le juge administratif des ordonnances non ratifiées, conc. Maugite sous CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des Stés de course des Hippodromes de Province*, RFDA, 1996, p. 1099 ; CE, 30 juin 2003, *Fédération Régionale Ovine du sud-Est*, RFDA, 2003, 830 ;
 - 2 Christophe GUETTIER, « Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République », RDP 5/6, 1998, p. 1731.

des courants d'expression socio culturels qui découle de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen »¹.

De même, dans l'arrêt *Association de Défense des Sociétés de Courses des hippodromes de province et autres* du 4 novembre 1996, le Conseil d'État indique que la création par ordonnances d'impositions nouvelles ne peut se faire « *que dans le respect des règles et principes à valeur constitutionnelle* »². De même dans l'arrêt du 28 mars 1997, le Conseil d'État a fait application du principe constitutionnel d'égalité en matière fiscale en indiquant : « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la fixation des trois contributions aboutisse à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »³.

-
- 1 CE, 12 février 1997, Arrêt *Fédérations mutuelles de France et autres*, conclusion Christine Maugué, RFDA, 1997, p. 470.
 - 2 CE, 4 novembre 1996, *Association de Défense des sociétés de courses des hippodromes de province et autres*, conclusion Christine Maugué, RFDA, 1996, p. 1110 ; voir sur ce point David Dokhan, « Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs », LGDJ, 2001, p.98.
 - 3 CE, Ass. 28 mars 1997, *Société. Baxter et autres*, RFD adm., 1997, p. 458, concl. J-Ci. BONICHOT, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN.

L'arrêt du 30 avril 1997, « *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale et autres* », rendu à propos de l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, met en évidence également le contrôle de constitutionnalité des ordonnances¹. Dans cet arrêt, le Conseil d'État déclare notamment que l'objectif prévisionnel des dépenses et des recettes de santé que prévoit l'ordonnance n'est pas contraire au principe de protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, dès lors qu'il est fixé à un niveau compatible avec la couverture des besoins sanitaires de la population.

Toutefois le Conseil d'État ne contrôle ces ordonnances que lorsque celles-ci ne sont pas ratifiées par le Parlement, ce qui laisse à penser que le contrôle du Conseil d'État se fonde sur le fait de considérer ces ordonnances non ratifiés comme une extension du pouvoir réglementaire et non comme une délégation du

1 CE, 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale et autres*, RFD adm., 1997, p. 480 ; voir aussi sur ces décisions Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale), art. préc., pp. 924-941, not. 925, 927 et 929.

pouvoir législatif. S'il lui appartient de censurer la violation directe de la Constitution ou des principes généraux du droit par une ordonnance, il ne peut par contre prendre en compte l'inconstitutionnalité qui n'affecte l'ordonnance qu'à travers la loi qui la fonde¹

En se référant expressément au texte constitutionnel lors du contrôle de la constitutionnalité des ordonnances non ratifiées, le Conseil d'État à l'instar du Conseil constitutionnel, *mutatis mutandis*, dévoile immanquablement une dose de pouvoir politique qui pourrait être riche en enseignements mais dont le développement est inopportun ici car il conduirait à désaxer la discussion du cadre préétabli centré sur le Conseil constitutionnel. En effet, ces arrêts du Conseil d'État ont l'avantage d'avoir définitivement fixé la nature juridique de l'ordonnance non ratifiée.

§II. LE CONTROLE APRES DE LA RATIFICATION

Prévue dans la Constitution française, la ratification est le processus censé conférer une valeur

1 Voir sur le régime juridique de ces ordonnances Jean RIVERO et Jean WALINE, « Droit administratif », Dalloz, 20e éd., 2004, p. 257.

législative à l'ordonnance édictée¹. Cependant, une fois dite, cette affirmation mérite d'être nuancée.

L'article 38 de la Constitution française ne fait référence, à peine de caducité de l'ordonnance, qu'au dépôt du projet de loi de ratification. Ainsi, dans une appréciation stricte des termes de la loi, la ratification, dans son acception renvoyant au vote d'une loi distincte, semble ne pas être exigée pour la validité de l'ordonnance.

Mais allant encore plus loin dans cette optique libérale, le Conseil constitutionnel semble avoir écarté le vote d'une loi de ratification *stricto sensu*² pour permettre l'élévation au rang de texte législatif de l'ordonnance puisqu'en 1972³ il a adopté le principe

- 1 Logiquement, à partir de la ratification, l'ordonnance est soustraite au contrôle du Conseil d'Etat avec un effet rétroactif jusqu'à la création du texte : CE, 19 décembre 1969, Dame Piard. Cette décision fait suite à la décision du Conseil constitutionnel de 1966 « Considérant que cette ratification lui a conféré forme législative à compter de la date à laquelle elle est intervenue,... », CC, 10 mars 1966, n°66-36, Rec, p. 23 ; RJC, p. II-23 - JO du 20 mars 1966.
- 2 Voir sur ce point Frédérique RUEDA, « Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel - Les exemples français, allemand et espagnol », LGDJ, 2000, p. 141.
- 3 CC, le 29 février 1972, n° 72-73L, Rec. p. 31 ; RJC, p. II-48 - JO. du 18 mars 1972, p. 2849 ; voir sur ce sujet B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs », STH, Paris, 1988, p. 80-81.

d'une *ratification implicite* pouvant résulter d'une manifestation de volonté « *implicitement mais clairement exprimée par le Parlement* »¹.

Suite aux reproches liés à la suprématie de la subjectivité dans cette définition de la ratification implicite, le Conseil constitutionnel a évolué en 1987², sans abroger sa définition de 1972, en indiquant : « *qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement* ». Si cette nouvelle définition a le mérite de l'objectivité, comme la précédente, elle place le Conseil constitutionnel dans une position centrale, inédite, de « *ratificateur* ».

En effet, par ces deux définitions, seul le Conseil constitutionnel saisi selon les modalités de l'article

1 Cette jurisprudence a été reprise par le Conseil d'État la même année, voir CE, 10 juillet 1972, Compagnie « Air Inter ». Voir sur la reconnaissance de la ratification implicite dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel : Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, p. 205 et suiv.

2 CC, le 23 janvier 1987, n° 86-224 DC. Rec., p. 8 ; RJC, p. I-303 ; JO du 25 janvier 1987, p. 924 ; GDCC, n° 41.

37/2 de la Constitution¹, pourra dire si telle ordonnance est ou n'est pas implicitement ratifiée². Or, ce pouvoir de dévoilement de la ratification est éminemment *politique* puisqu'il est traditionnellement confié au législateur. En reconnaissant la possibilité de ratifications implicites, le Conseil constitutionnel *renforce* son pouvoir d'interprétation de la volonté du législateur.

Pour notre part, il nous semble que ce pouvoir du Conseil Constitutionnel est justifié. En effet, la pratique du régime politique en France³ a démontré que la connivence entre la majorité du Parlement et le pouvoir exécutif est presque toujours la règle, le chef

-
- 1 Selon cet alinéa « 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 ».
 - 2 Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *op.cit.*, p. 203.
 - 3 Voir sur ce point, Maurice DUVERGER, « Institutions politiques et Droit constitutionnel – les grandes régimes politiques », Traduit par Georges SAAD, institut universitaire des études et la publication, Beyrouth, 2e éd, 2014 ? P. 229.

du Gouvernement étant toujours en vertu d'une coutume bien établi le chef du parti majoritaire à l'Assemblée. Il ressort de cette constatation une atténuation de la capacité du Parlement à jouer un rôle politique véritable et une propension à la validation des décisions de l'exécutif. Ainsi, en ces circonstances, seul l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité devient l'autorité détentrice des pouvoirs nécessaires pour exercer un rôle de *contrepoids* au pouvoir exécutif.

En vertu de l'article 61 de la Constitution française, le Conseil constitutionnel est seul habilité, mais strictement habilité, à contrôler la constitutionnalité des lois. Or, les ordonnances n'acquérant la qualité de « loi » que postérieurement à la ratification, l'impossibilité de les assujettir à un quelconque contrôle de la part du Conseil semble constituer une difficulté insurmontable. Seul le contrôle politique opéré par le Parlement lors de la ratification, semble être apte à intervenir.

Et pourtant, le Conseil constitutionnel dans la décision du 28 mai 1983¹, saisi d'une loi de ratification

1 CC, 28 mai 1983, n° 83-156 DC, Rec. p. 41 ; RJC, p. I-152 - JO. du 1er juin 1983, p. 1646. Voir sur cette décision notes : Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Pouvoirs*, n° 26, 1983, p. 178 et 184; R.-F. LEBRIS, *AJDA*, 1983, p. 619; Louis FAVOREU, *RDP*, 1986, p. 395.

a examiné la constitutionnalité de ce texte en se référant tantôt à la loi, tantôt à l'ordonnance ratifiée. De même, dans une décision du 4 juin 1984¹, le Conseil a apprécié au travers de la loi de ratification la constitutionnalité d'une ordonnance². Dans cette décision, les auteurs de la saisine soulevaient l'inconstitutionnalité de la loi de ratification de l'ordonnance du 18 mai 1983 au motif qu'elle modifiait les ressources de l'État alors que cette modification ne pouvait intervenir que par une loi de finances rectificative. Bien que dans le dispositif, seule la loi de ratification ait été déclarée conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a également indiqué dans sa décision que « *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ordonnance du 18 mai 1983 et, donc, la disposition législative qui la ratifie sont conformes à la Constitution* ».

Ainsi, il apparaît que par le biais du contrôle de la loi de ratification, le Conseil constitutionnel peut

1 CC, 4 juin 1984, n° 84-170 DC, Rec. p. 45 ; RJC, p. I-183 – JO. du 5 juin 1984, p. 1744. Voir sur cette décision note : Louis FAVOREU, RDP, 1986, p. 395 et suiv.

2 Voir sur ce point, Bertrand MATHIEU, « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38 », RFDA, sept-oct. 1987, p. 722.

procéder à un *contrôle indirect de l'ordonnance*.
Comment qualifier ce contrôle ?

La difficulté de qualification de ce contrôle de l'ordonnance est suscitée par le fait que cette ordonnance n'est susceptible que de deux contrôles : un contrôle *juridique* de la part du Conseil d'État par le biais d'un recours pour excès de pouvoir¹, et un contrôle *politique* opéré par les parlementaires au moyen de la loi de ratification. Ainsi le contrôle indirect de l'ordonnance effectué par le Conseil constitutionnel semble être un contrôle *sui generis* ou un contrôle *politico - juridique* inédit dans lequel le Conseil exerce une *fonction juridique*² et d'une

- 1 Le Conseil d'État peut également contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance. Voir, CE, 17 décembre 1969, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, Rec. 584 ; voir sur ce point : Siegfried DICKSCHAT, « L'article 38 de la Constitution et la loi d'habilitation du 22 juin 1967 », RDP, chron, 1968, p. 870. Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Economica*, PUAM, 1996, pp. 169-170.
- 2 Voir André de LAUBADERE, « Traité de droit administratif », LGDJ, Paris, 1990, p. 517. Selon l'analyse de ce professeur « ...ici le juge déduit ou non de l'attitude du législateur, à l'occasion de textes ultérieurs, la volonté de celui-ci de reprendre à son compte le texte de l'ordonnance pour lui conférer une valeur législative » ; c'est dans ce sens que, Bertrand MATHIEU a pu souligner « le développement du=

certaine manière exerce un *contrôle politique*, manifestation sans conteste du rôle important que peut détenir le juge constitutionnel, par le biais de cette ratification.

Notons par ailleurs que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987¹ s'est estimé compétent pour contrôler la constitutionnalité des *ordonnances ratifiées implicitement*. Cette décision qui ne repose sur aucun fondement juridique semble résulter du *vide juridique* entourant le contrôle de ces ordonnances particulières. En effet, même si elles sont ratifiées implicitement, le Conseil d'État se trouve incompétent pour exercer le moindre contrôle. Dans la mesure où aucune loi de ratification n'est intervenue, le *contrôle indirect* du Conseil constitutionnel par le biais de cette loi est également à exclure.

Si la démarche du Conseil constitutionnel consistant à s'autoproclamer compétent pour contrôler ces

=contrôle juridictionnel et la faiblesse du contrôle politique», voir « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38 », art. préc., p. 719.

1 CC, 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec., p. 8 ; RJC, p. 1-303 ; JO. du 25 janvier 1987, p. 924.

ordonnances, est louable à cause du risque de déni de justice immanent à l'incompétence primaire du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, cette démarche reste cependant propre au Conseil constitutionnel et ne repose sur aucune base légale, traduisant ainsi le pouvoir du Conseil constitutionnel.

SECTION II

LE CONTROLE DES COMPETENCES D'EXCEPTION

Les compétences d'exception renvoient à des compétences qui ne seraient pas, dans l'hypothèse d'un déroulement normal de la vie politique, susceptibles d'être exercées par le Président de la République.

Nécessités la plupart du temps par des circonstances exceptionnelles graves, les compétences exceptionnelles permettent au Président de la République de réunir l'ensemble des pouvoirs en ses mains. Ainsi, le caractère grave des circonstances cumulé au caractère exceptionnel des compétences ne permettent pas d'entrevoir la possibilité d'un quelconque contrôle.

Et pourtant, la démonstration de ce contrôle va être apportée tant s'agissant des compétences en temps de crise (§I) que liées à l'article 92 de la Constitution française (§II).

§I. LE CONTROLE DES COMPETENCES DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE EN TEMPS DE CRISE

En France, le contrôle en temps de crise ou en cas de circonstances exceptionnelles, intervient lors de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution de 1958 par le Président de la République.

Cet article prévoit une concentration des pouvoirs entre les mains du Président de la République, justifiée par une *situation de crise grave ou une guerre imminente*. A ce niveau, il convient de s'interroger sur le rôle du juge constitutionnel, rôle, qui comme il sera démontré, diffère et perd de son intensité selon qu'il s'agisse de la mise en œuvre de l'article 16 (A) ou qu'il s'agisse des mesures prises en vertu de cet article (B)¹.

A. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 16

« Il n'y a pas d'autres précédents aux dispositions de l'article 16 de la Constitution que la dictature entendue au sens romain du mot, c'est-à-dire le pouvoir absolu conféré à un homme pendant un laps de temps déterminé pour sortir d'une crise grave »².

- 1 Cette possibilité de distinction avait été contestée. En ce sens, Georges VEDEL, « Droit administratif », Thémis, Paris, PUF, 12-éd., 1992.
- 2 Georges VEDEL, « Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques », Paris, Les cours de droit, 1968-1969, p. 448.

Ainsi est mise en exergue par le doyen Georges VEDEL l'ampleur des pouvoirs du Président de la République lors de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution française.

Cependant, le Président de la République, avant de mettre en application l'article 16¹ procède à la « consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ». Par cette consultation du Conseil constitutionnel², ce dernier est appelé à rendre un avis

1 Il faut souligner que l'article 16 n'a été exercé qu'une seule fois en 1961 à l'occasion de la rébellion des généraux en Algérie, voir sur cette application Georges BERLIN, « L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement », RDP, 1961, p. 1029 et suiv ; voir aussi un tableau des décisions prises dans cette application Jean BARALE, « Tableau récapitulatif des mesures intervenues en vertu de l'article 16 de la Constitution : 23 avril-30 septembre 1961 », RDP, 1961, pp. 1249-1252.

2 Il faut souligner qu'il n'y a que deux textes qui prévoient la consultation du Conseil constitutionnel : l'article 16 actuel de la Constitution et l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, textes aux termes desquels celui-ci est « consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum » (cf. décision du 23 décembre 1960) ; voir Louis Favoreu et Loïc Philip, « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », 12e édit, 2003, p. 145.

sur la réunion des conditions exigées par l'article 16¹. Or ces conditions, se caractérisent par une imprécision manifeste puisque l'article se contente d'évoquer une *menace grave et imminente* d'une part, et une *interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* d'autre part.

Donc une certaine marge de manœuvre est conférée au Conseil constitutionnel dans l'appréciation de la réunion des conditions de mise en œuvre de l'article 16. A titre d'exemple, la condition de l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics est-elle remplie, lorsque cette interruption n'est que partielle ? A cette question, seules les lumières du Conseil constitutionnel pourront apporter une réponse, mais quoi qu'il en soit, il faut indiquer, que cet avis du Conseil constitutionnel « n'est pas un avis conforme. Le Président de la République, en droit, peut passer outre »².

Mais cette précision qui semble atténuer les effets de l'intervention du juge constitutionnel en droit, mérite d'être atténuée d'un point de vue pragmatique. En effet, toute la légitimité du recours à l'article 16 reposant sur la finalité du rétablissement de la légalité

1 Voir l'avis du Conseil constitutionnel du 23 Avril 1961, Rec., p. 69 ; RJC, p. V-1 – JO. du 24 avril 1961, p. 3876.

2 Bernard Poullain, « La pratique française de la justice constitutionnelle », *Economica*, PUAM, 1990, p. 133.

républicaine, quelle autorité le Président de la République aurait-il pour y parvenir si le Conseil constitutionnel estimait que les circonstances ne justifiaient pas ces pouvoirs exorbitants?¹ Ainsi, il semble en fait difficile de passer outre l'avis du Conseil constitutionnel. Cet avis se présente donc comme *l'unique contrôle* susceptible d'intervenir à ce stade de la mise en oeuvre de l'article 16, idée confirmée par le Conseil d'État², dans un arrêt du 2 mars 1962 où ce dernier a estimé que la décision du recours à l'article 16 « *présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application* »³.

Toutefois, le terme de « contrôle » peut paraître inapproprié dans la mesure où la décision de recourir à l'article 16 est un pouvoir propre du Président de la République qui n'est pas soumis au *contreseing*. A

-
- 1 Bernard Poullain estime, dans ce cas, que « il semble, en fait, impossible de passer outre »; voir son ouvrage précédent, p. 133.
 - 2 Voir Georges BERLIA, « Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application », RDP, 1962, pp. 288-293.
 - 3 CE, Ass., 2 Mars 1962, Rubin de Servens, Rec., 143 ; GAJA, n° 96. ; voir infra.

ce propos, plusieurs auteurs¹ ont émis des doutes sérieux quant à l'assimilation de l'*avis* du Conseil constitutionnel à un authentique contrôle, du fait principalement de l'impossible qualification de ce contrôle : est-ce un contrôle politique, juridictionnel ou politico-juridique ?

Michèle VOISSET, quant à elle, dans sa thèse datant de 1969, dénie l'appellation de contrôle à l'*avis* du Conseil constitutionnel² en arguant du fait que le Gouvernement est également consulté mais ce n'est pas pour autant que son avis est constitutif

1 Voir André HOURIOU, « Droit constitutionnel et Institutions politiques », 1966, p. 765 ; Roger PINTO, « Commentaires de la Constitution de la Vme République », in *Études juridiques*, n° 23, novembre 1959, p. 30 ; de son côté, Guillaume DRAGO a estimé que « le Conseil constitutionnel ne pourrait, en l'absence de compétence donnée par la Constitution, régler ce conflit de nature politique », mais il estime aussi que l'*avis consultatif* du Conseil constitutionnel peut être considéré comme une fonction d'arbitrage entre les pouvoirs publics si « ces pouvoirs se servent de cet avis pour s'opposer entre eux », voir son ouvrage « Contentieux constitutionnel français », PUF, 1998, p. 80.

2 « La consultation du Conseil constitutionnel pendant la mise en œuvre de l'article 16 ne peut être considérée comme un moyen de contrôle » Michèle Voisset, « L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 », Thèse, Paris, 1969, pp. 225 et suiv.

d'un contrôle. Cependant, au-delà de la qualification de ce contrôle que rien n'empêche d'ailleurs de qualifier de « *sui generis* », il faut souligner que la dimension du Conseil constitutionnel n'est pas identique à celle du Gouvernement.

En effet, autant le Gouvernement est partisan, autant le Conseil constitutionnel se veut impartial et au dessus des partis politiques, d'où l'impact psychologique que revêtent la plupart de ses décisions. Ainsi, l'avis du Conseil constitutionnel est un avis dont la transgression risque d'être perçue comme illégale, malgré le cadre légal l'habillant. Cet impact psychologique, source de l'influence de cet avis, forgé au fur et à mesure des décisions du Conseil constitutionnel, ne saurait quant à lui être dénié sans une remise en cause de la pertinence des décisions du Conseil constitutionnel. Donc, force est de constater qu'au-delà des termes de la loi et au-delà des débats juridiques de qualification qui en découlent, l'avis du Conseil constitutionnel est constitutif d'un *contrôle*, certes restreint car non explicitement posé par la loi, mais réel.

Or, l'intrusion du juge constitutionnel dans la vie politique liée au pouvoir exécutif, ne pouvait recevoir de plus belle illustration que par celle-ci qui a trait à la plus pure expression du pouvoir exécutif : le pouvoir propre du Président de la République. Cette immixtion

du juge dans ce domaine s'inscrit comme le seul *rempart protecteur* de l'arbitraire présidentiel¹, comme le seul *contrepois* existant à ce stade.

Cette affirmation de ce rôle du juge constitutionnel n'a rien de choquant en soi puisque plusieurs auteurs dont Roger PINTO voyaient dès les années soixante, dans le Conseil constitutionnel, « un organe politique quant à son rôle dans la mise en œuvre et l'application de l'article 16 »². En outre, André HAURIOU, quant à lui, avait relevé l'ambiguïté du Conseil constitutionnel³ qui présente un caractère hybride agissant tantôt comme un organe politique, tantôt comme un organe juridictionnel. Ainsi, ce rôle ne serait que le corollaire de cette ambivalence. La rareté d'utilisation de l'article 16 (une seule fois en

1 Il faut souligner que le Conseil d'État a refusé de contrôler la décision de mettre en application l'article 16 car « cette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application »; CE, 2 mars 1962, N° 55049 55055, Sieur Rubin de Servens et autres, Publié au Recueil Lebon, voir aussi sur cette décision « Contrôle juridictionnel des pouvoirs exercés en vertu de l'article 16 » in « Document d'études », n° 1.07, éd 1994, pp. 22-26.

2 Roger PINTO, « L'article 16 et la réforme de la Constitution », Le Monde, 25 mai 1961.

3 André HAURIOU, « Droit constitutionnel et Institutions politiques », op.cit., p. 765.

1961) n'atténue en rien cette potentialité politique qu'il renferme puisque l'article figure toujours dans la Constitution et peut être réutilisé à tout moment en cas de crise.

B. LES MESURES PRISES DANS L'ETAT DE CRISE (une exclusion du contrôle du Conseil constitutionnel)

En France, les mesures de "nature législative" prises par le Président de la République en vertu de l'article 16, en dépit de leur nature, ne sont susceptibles d'aucun contrôle de la part du Conseil constitutionnel. Notons par ailleurs que cette nature n'est pas aussi clairement définie qu'il y paraît de prime abord.

Alors que certains auteurs prônent la valeur législative de ces actes², d'autres en revanche comme J.

-
- 1 Il faut souligner qu'en application de l'article 16 par le Général de Gaulle entre le 23 Avril et le 29 septembre 1961, dix-huit décisions sur les vingt deux décisions prises avaient porté sur une matière législative ; voir sur ce point, David Dokhan, « Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs », LGDJ, 2001, pp. 112-114.
 - 2 Léo HAMON a écrit « Sans doute on ne peut pas dire que le chef de l'État possède ici à proprement parler le pouvoir législatif, mais il possède bien davantage encore, puisqu'il peut modifier la loi, et même parfois la Constitution elle-même », « A propos de l'article 16, quelques questions juridiques », AJDA, 1961-1, pp. 663=-

LEGARET¹ stigmatisent en eux « une classe tout à fait nouvelle d'actes juridiques » revendiquant par là leur nature *sui generis*. René CAPITANT, quant à lui, invoque une nature « quasi-législative » de ces décisions présidentielles².

La jurisprudence a apporté des précisions attendues puisque le Conseil d'État, dans l'important arrêt *Rubin de Servens* a précisé que la décision de recourir à l'article 16, « présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ; que ladite décision a eu pour effet d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire : »³.

=670 et surtout p. 666 ; voir aussi Jean LAMARQUE, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », RDP, mai 1961, p. 558 et suiv.

- 1 « L'article 16 », in *Revue des Deux Mondes*, 1er juin 1961.
- 2 « De la nature des actes de gouvernement », *Etudes juridiques offertes à Léon JULLIOT de LA MORANDière*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, pp. 99-115.
- 3 CE, 2 mars 1962, Rec. 143 ; GAJA, pp. 572-581 ; JCP, 1962. II. 12613 ; Con ; Henry ; RDP, 1962. 294 ; JCP 1962. I. 1711, chr. Lamarque ; RDP 1962, p. 288, not Berlia.

La décision contestée par le sieur *Rubin de Servens* ayant eu pour effet de créer un nouvel ordre de juridiction, soit une matière réservée à la loi par l'article 34 de la Constitution, ne pouvait par conséquent être susceptible d'un recours devant la Haute juridiction administrative, d'où le rejet prononcé du recours.

Cependant, il convient de préciser qu'en clarifiant la nature de la *décision de recourir à l'article 16* et en la qualifiant d'acte de gouvernement, cet arrêt « *Rubin de Servens* » introduit dans le même temps une dichotomie de régime entre la décision présidentielle issue d'un recours à l'article 16, portant sur l'article 34 et celle portant sur l'article 37. Cette dichotomie, liée au « dédoublement fonctionnel » du Président de la République devrait conduire selon le commissaire du gouvernement HENRY à une compétence du juge de l'excès de pouvoir s'agissant du contrôle de la décision prise par le Président de la République suite à un recours à l'article 16 et portant sur la matière réglementaire, afin d'éviter une absence de contrôle total de ces décisions réglementaires. En effet, les décisions prises en vertu de l'article 16 le sont sous réserve expresse de « ce qui pourrait être décidé par la loi ».

L'arrêt *Rubin de Servens* s'est ainsi prononcé définitivement sur la question en permettant un

*contrôle par le Conseil d'État des décisions prises en vertu de l'article 16 et portant sur la matière réglementaire*¹.

On aurait pu envisager l'intervention d'un contrôle du Conseil constitutionnel lorsque la décision présidentielle porte sur les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution, le Conseil d'État étant incompétent en l'espèce² mais les modalités du contrôle *a priori* s'avèrent incompatibles avec un tel contrôle de la décision présidentielle. En effet, ce contrôle nécessite un laps de temps entre la prise de la décision et son entrée en vigueur pour pouvoir s'exercer. Or, dans l'hypothèse de la décision présidentielle issue de l'article 16, ce laps de temps est inexistant puisque la décision est motivée par l'urgence.

Cette absence de contrôle n'est pourtant pas une fatalité irrémédiable et plusieurs réformes pourraient être envisagées. Ainsi, la première solution, dans l'optique de l'instauration d'un contrôle de la décision présidentielle prise en vertu de l'article 16, pourrait

-
- 1 Voir conclusion du commissaire du gouvernement (M. Jean-François HENRY) et texte de l'arrêt du Conseil d'État dans RDP, 1962, p. 294 et suiv.
 - 2 «Contrôle juridictionnel des pouvoirs exercés en vertu de l'article 16 » in « Document d'études », n° 1.07, éd 1994, pp. 22-26.

être l'avènement d'un contrôle politique et consistant à exiger une *ratification ultérieure* des parlementaires de la décision présidentielle pour que celle-ci puisse être inséré définitivement dans l'ordonnancement juridique. Le contrôle juridictionnel pourrait également être une solution mais à condition d'intégrer une dose de contrôle *a posteriori*.

S'agissant du contrôle de la *mise en œuvre de l'article 16*, la procédure prévue à l'article 54 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 fait intervenir le Conseil constitutionnel. Cet article dispose que « *le Président de la République avise le Conseil constitutionnel des mesures qu'il se propose de prendre. Le Conseil constitutionnel lui donne son avis sans délai* ». Selon François LUCHAIRE, rien ne s'oppose en droit à ce que le Conseil publie les avis, ce qui leur confère un impact certain¹.

Même si ces avis ne sont pas une « limitation » en amont aux décisions prises en vertu de l'article 16 (une limitation en aval existant avec le contrôle parlementaire)², ils écorcheront sans doute la légitimité de la décision en cas de discordance et ils s'analysent ainsi en un véritable « *pouvoir de limitation* » indirecte

1 François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel », *Economica*, 1980, p. 395 et 396.

2 Voir supra.

de la décision abusive, surtout s'ils venaient à être publiés.

Toutefois ce « pouvoir de limitation » est très relatif dans la mesure où il ne constitue pas une limitation juridique mais une *limitation psychologique*. Or, « ce pouvoir de limitation » d'ordre psychologique exercé en dehors de toute prérogative juridictionnelle ne peut que s'apparenter à un contrôle politique dans la mesure où d'une part, il vise le pouvoir exécutif, et où d'autre part il s'exerce dans des circonstances particulières dans lesquelles tous les autres détenteurs du pouvoir politique, à savoir les membres du Parlement, sont empêchés d'agir.

Ainsi, les *immixtions* du juge constitutionnel dans la sphère d'action du pouvoir exécutif sont réelles et traduisent dans la perspective de l'état de crise, l'émergence d'un contrôle politique, *utile contrepoids*, eu égard aux circonstances. Si le fait que cet article 16 n'a été utilisé qu'une seule fois en cinquante ans, en 1961, peut atténuer la pertinence de ce pouvoir politique s'agissant de la France, il convient de relativiser cette atténuation dans la mesure où, en théorie, l'article 16 figurant toujours dans la Constitution actuelle, il reste par conséquent à la disposition du Président de la République en cas de crise. La rareté d'utilisation de cet article 16 ne préjuge donc en rien de ses incidences politiques potentielles

sous réserve des conditions sus-visées, s'agissant du rôle du Conseil constitutionnel.

§II. LE CONTROLE DES ORDONNANCES DE L'ARTICLE 92

L'habilitation exceptionnelle de l'ancien article 92 de la Constitution française¹ vise à conférer au Président de la République, le pouvoir législatif pour prendre par voie d'ordonnances « *les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions* ».

La nature juridique de ces ordonnances a fait l'objet de vives confrontations d'opinion en doctrine, à l'exception de celles portant loi organique, dont l'insertion dans le *bloc de constitutionnalité* et par là, l'incontestabilité devant les tribunaux ne souffrent d'aucune dissidence.

Les débats ont porté essentiellement sur la portée véritable du terme ayant permis de conclure au pouvoir législatif du Président de la République agissant en vertu de l'article 92. Ce terme, prêtant à équivoque à cause de sa conception générique « force de loi » a généré deux camps contradictoires représentés par le doyen Georges VEDEL et par Louis FAVOREU.

1 Article abrogé récemment en 1995 car prévu pour la mise en place des institutions de la Vème République d'où la désuétude de cet article depuis 1958.

Pour Georges VEDEL, le terme « force de loi » ne souffre d'aucune équivoque, il signifie qu'il « ne s'agit pas d'une simple délégation de matières ni d'une extension du pouvoir réglementaire, il s'agit réellement du pouvoir législatif dans sa plénitude »¹. Cette position soutenue par une majorité d'auteurs dont Achille MESTRE², Danièle LOCHAK³ et Francine BATAILLER⁴, conduit à une assimilation de ces ordonnances à la loi tant s'agissant de son régime que de sa nature, d'où le regret prôné par ces auteurs de tout recours contentieux lié à ces ordonnances devant les juridictions administratives ordinaires.

Cependant, cette position doctrinale, bien qu'étant majoritaire, n'est pas unanime. En effet, Louis FAVOREU introduit une réserve fort intéressante quant à l'assimilation opérée entre les ordonnances de cet article 92 et la loi. Pour L. FAVOREU, la notion de *justiciabilité* n'est nullement incompatible avec celle d'*acte ayant force de loi*, un acte pouvant avoir les

-
- 1 Georges VEdel, Note sous Cass, 28 mai 1959, Crim. Ahmed Bouazza, JCP, 1959. II, n°11152.
 - 2 Achille Mestre, «Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration », LGDJ, 1974, p. 127.
 - 3 Danièle LOCHAK, «Le rôle politique du juge administratif français », LGDJ, 1972, p. 109.
 - 4 Francine Batailler, «Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », LGDJ, 1966, p. 76.

mêmes effets abrogatoires qu'une loi du Parlement, sans posséder nécessairement le même régime contentieux. Louis FAVOREU poursuit en citant deux exemples de non coïncidence entre la force juridique d'un acte et son régime contentieux. : les décrets lois, jusqu'à leur ratification, ont force de loi mais sont susceptibles de recours contentieux, inversement les décrets validés par une loi n'ont pas de force de loi mais bénéficient de l'immunité juridictionnelle.

Face à ces divergences doctrinales, la jurisprudence a dû opérer un choix quant à la nature de ces ordonnances de l'article 92, et le Conseil d'État dans sa décision *EKY* du 12 février 1960¹ a déclaré que ces ordonnances ne constituaient pas des actes de nature à être déférés au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, en optant pour l'assimilation de l'ordonnance à la loi, seul le Conseil constitutionnel subsistait dans la perspective d'un contrôle. Le Conseil constitutionnel, justement, a accentué l'assimilation par delà la nature en déclarant dans sa décision du 27 novembre 1959² que les

-
- 1 CE, 12 février 1960, Société *EKY*, R 102 ;
 - 2 CC, 27 novembre 1959, n° 59-1 FNR « Considérant que les dispositions de l'article 34, 4° alinéa, de la Constitution réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte, qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions et du rapprochement qui doit en être=

ordonnances de l'article 92 font partie des textes de « *forme législative* » visés par l'article 37 de la Constitution.

Si cette qualification peut être sujette à discussion dans la mesure où les ordonnances sont prises en Conseil des ministres et donc selon une procédure différente de la forme d'édition législative, elle a cependant le mérite d'unifier totalement la nature et le régime des ordonnances par une fiction juridique totale, et on pourrait s'attendre dans ces conditions à un contrôle normal du Conseil constitutionnel identique à celui opéré sur toutes les autres lois de manière à en vérifier la conformité à la Constitution.

Cependant dans une décision du 8 juillet 1966¹, le Conseil constitutionnel a indiqué que :

=fait avec ceux des alinéas 2 et 3 du même article que la Constitution n'a pas inclus dans le domaine de la loi la fixation des règles nécessaires à la mise en oeuvre de ces principes fondamentaux dans les matières dont il s'agit, qu'en vertu des dispositions de l'article 37 il appartient à la seule autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter ces règles dans le respect desdits principes fondamentaux.»

1 CC, 8 juillet 1966, n° 66-28 DC, Résolution tendant à modifier les articles 18, 42, 54 et 60 du règlement du Sénat et à compléter celui-ci par l'adjonction d'un article 21 bis, Rec., p. 15 ; RJC, p. I-15 - JO du 24 juillet 1966, p. 6376.

« *Considérant que la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par elle ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1er de l'article 92 de la Constitution* », et il a, de ce fait, jugé contraire à la Constitution un article du règlement du Sénat qui contrevenait à l'article 6 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel indique que la conformité à la Constitution des règlements des assemblées doit s'apprécier « *au regard des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 92 de la Constitution* »¹.

En intégrant des mesures législatives dans la sphère des normes devant servir de référence pour apprécier la constitutionnalité des règlements des assemblées, le Conseil constitutionnel procède à une extension injustifiée des normes de référence. En effet, seule la conformité à la Constitution devrait être recherchée par le Conseil et le particularisme des « *mesures législatives nécessaires à la mise en place*

1 Décision précédente.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، المجلد الثاني، ٢٠١٧، المجلد الخامس (١٣٥١)

des institutions » s'avère insuffisant pour justifier le rang qui leur a été octroyé par le Conseil dans cette décision dans la mesure où le fondement de cette décision ne peut être trouvé dans les textes.

Cependant, un tempérament a été apporté par une décision du 3 novembre 1977¹. En effet, une loi du 19 juillet 1977 ayant modifié l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, le règlement de l'Assemblée Nationale fut révisé en conséquence. Ces nouvelles dispositions ayant été soumises au Conseil, celui-ci a déclaré : « *que les nouvelles dispositions des articles 142 et 143 du Règlement de l'Assemblée Nationale résultant de la résolution du 5 octobre 1977 sont prises pour l'application de la loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 ; que la conformité desdites dispositions à la loi précitée, qui n'a pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, n'implique pas que celles-ci soient conformes à la Constitution ; qu'il y a lieu, en conséquence, pour le Conseil constitutionnel, de les apprécier au regard de la Constitution elle-même* ».

Au regard de cette décision, il semble donc que les « mesures législatives » soient exclues à bon droit, du bloc en vertu duquel le règlement des assemblées doit être conforme. Cependant, en opérant cet

1 CC, 3 novembre 1977, n° 77-86 DC, Rec., p. 18 ; RJC, p. I-52 – JO du 6 novembre 1977, p. 5347.

ajustement louable en soi, le Conseil introduit une fenêtre sur un pouvoir inédit et non prévu par la Constitution ; celui du contrôle indirect de la loi promulguée¹. En effet, si le Conseil avait en l'espèce déclaré le règlement contraire à la Constitution, il aurait par là-même reconnu l'inconstitutionnalité de la loi du 19 juillet 1977, puisque le règlement a été pris pour être conforme à cette même loi.

Ainsi, cette décision aurait pu marquer les prémices d'un pouvoir inédit qui aurait traduit avec beaucoup plus d'éclat le rôle très important du juge constitutionnel, si la loi constitutionnelle de 1995² n'avait pas abrogé cet article 92, qui était au demeurant lié à la mise en place de la Constitution de 1958.

CONCLUSION

Par le contrôle des actes législatifs, le juge constitutionnel français élargit chaque fois un peu plus son champ d'action et la sphère de son rôle politique par des procédés indirects et subtils. Que ce soit par la reconnaissance des ratifications implicites ou par le contrôle des ordonnances et des compétences

1 Voir sur cette question Wanda Yeng SENG, « Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ? », RFDC, n° 61-2005, p. 35 et suiv.

2 Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995.

d'exception, le juge ne manque pas d'intervenir dans le *déroulement de la vie politique*. Cette intervention s'effectue de manière parfois franche, à l'instar du contrôle des ordonnances ratifiées implicitement, ce qui n'est prévu par aucun texte de la Constitution française, qu'il convient de se demander si elle ne dérègle pas totalement les *équilibres politiques* traditionnels.

Cette question de la *dérégulation* est d'autant plus intéressante qu'il a été montré également que le juge constitutionnel apportait des garanties s'agissant du contrôle des compétences d'exception, ce qui revient à dire qu'il servait de *régulateur* lorsque l'organisation traditionnelle de l'État se trouvait dérégulée.