

Contrôle des ordonnances de l'article 38 de la Constitution : quelles articulations entre les garants des droits fondamentaux ?

Emma RABITA
Doctorante contractuelle en droit public
Université de Lille (CRDP)

La restructuration du contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, impulsée par la désormais célèbre décision *Force 5* du Conseil constitutionnel¹, a soulevé de nombreuses questions ayant trait à la valeur juridique des ordonnances et à l'équilibre des pouvoirs². Mais elle a surtout illustré la volonté, de la part des deux ailes du Palais Royal, de garder la main sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

Le Conseil constitutionnel, déjà juge des ordonnances ratifiées³, s'est en effet estimé compétent pour contrôler, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les dispositions d'ordonnances non ratifiées dès lors que le délai d'habilitation a expiré et qu'elles appartiennent au domaine législatif⁴. Ce faisant, il empiétait sur le domaine du Conseil d'État, jusqu'alors seul compétent pour contrôler par voie d'action les ordonnances non ratifiées⁵. Ce dernier a fini par réceptionner le revirement du Conseil constitutionnel, dans la décision d'Assemblée *CFDT des Finances* du 16 décembre 2020⁶. Toutefois, il l'a fait avec la portée la plus restreinte possible puisqu'il a préservé son contrôle de légalité à l'égard des ordonnances non ratifiées, tout en exfiltrant⁷ de son office leur contestation au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, qui devra désormais faire l'objet d'une QPC⁸.

Il résulte de cette nouvelle organisation contentieuse une situation inédite. Là où en principe, la QPC est conçue comme une exception d'inconstitutionnalité soulevée à l'occasion d'un litige, elle est dans cette configuration dirigée contre le litige lui-même⁹. En d'autres termes, l'ordonnance objet du recours pour excès de pouvoir est en même temps l'acte qui fait

¹ Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, *Force 5*.

² V. par exemple, J. PADOVANI, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : quelle nature juridique ? », RFDA, 2021, n°3, p. 559 ; P. AVRIL et *alii*, « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées. Réflexion sur une chauve-souris juridique », *JCP* n° 46, 9 nov. 2020, pp. 2005-2013.

³ CE, 19 févr. 2010, n° 322407, Rec. 20; Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC.

⁴ Cons. const., 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC, *Sofiane A*, § 11.

⁵ CE, Ass., 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, n° 52262, Rec. p. 658.

⁶ CE, Ass., 16 déc. 2020, *Fédération CFDT des Finances et autres*, n° 440258 et a., Rec. p. 467.

⁷ Selon l'expression de V. VILLETTE dans ses concl. sur CE, Ass., 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres.

⁸ CE, Ass. 16 déc. 2020 précitée, point 7.

⁹ V. Villette indique à ce titre que « les dispositions contestées sont le litige » (V. VILLETTE, concl. précitées).

l'objet de la QPC : on touche ici « à la singularité née de l'extension de la QPC aux ordonnances, alors qu'elle n'a pas été pensée pour elles »¹⁰.

Ce partage de compétence allait, indéniablement, poser des questions d'articulation entre ces deux types de contrôles, en particulier lorsqu'ils s'exercent au regard des droits fondamentaux. Aucun des deux juges n'a en effet renoncé à contrôler la conformité des ordonnances à ces derniers ; ils semblent au contraire vouloir réaffirmer leur rôle de garant de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux en la matière. Après plus de deux ans d'application de ce nouveau régime contentieux, il semble ainsi intéressant d'analyser la manière dont le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel s'accordent et prennent leur place dans ce paysage complexe. Le souci d'une meilleure protection juridictionnelle, qui a justifié pour une grande part la complexité des solutions retenues¹¹, est-il pris en compte dans cette articulation ? La nouvelle architecture a-t-elle effectivement permis de renforcer la protection des droits fondamentaux ?

L'analyse des décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel rendues à l'encontre d'ordonnances non ratifiées depuis cette restructuration fait apparaître un double mouvement. D'un côté, on observe une forte dispersion des compétences, qui résulte de la dissociation formelle des sources des principes invoqués par le requérant (I). De l'autre, apparaît au contraire une association des juges dans la détermination des effets à tirer du non-respect des droits fondamentaux par l'ordonnance (II). En tout état de cause, il semble que ces deux mouvements reflètent une volonté du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel de maîtriser le contentieux des droits fondamentaux des ordonnances non ratifiées, qui ne s'accompagne pas particulièrement d'une meilleure garantie de ces derniers.

I – Une dispersion des compétences liée à la source du principe invoqué

L'une des spécificités du nouveau régime contentieux réside en ce que la compétence du juge à l'encontre de l'ordonnance non ratifiée est dépendante du moyen invoqué par le requérant¹². En premier lieu, cela a pour conséquence de répartir le contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel (A). En

¹⁰ L. CYTERMANN, concl. sur CE, Sect., 26 juillet 2022, *UNSA Fonction publique*, n° 449040.

¹¹ V. le point 8 de la décision *CFDT des Finances* (précitée) et les conclusions de V. VILLETTE.

¹² V. pour une critique, P. DELVOLVÉ, « Du contentieux des ordonnances non ratifiées : pour l'unité de la justice et du droit », *RFDA*, 2022 p. 339.

second lieu, en dehors du strict terrain constitutionnel, cela mène à un dédoublement du contrôle des droits fondamentaux (B).

A – L'éclatement du contrôle de constitutionnalité

La pluralité des contrôles de constitutionnalité des ordonnances pouvait déjà se constater avant la récente restructuration contentieuse. En effet, le contrôle de constitutionnalité des ordonnances a toujours été réparti entre les deux ailes du Palais Royal : à la compétence exclusive du Conseil d'État avant la ratification¹³, succédait celle du Conseil constitutionnel après la ratification¹⁴. Si la question du double contrôle de constitutionnalité pouvait donc se poser en cas de ratification d'une ordonnance ayant déjà été soumise au Conseil d'État¹⁵, la répartition des offices demeurait étanche.

Toutefois, le revirement issu des décisions de 2020 est revenu sur ce dernier point en ajoutant une sous-répartition dans le contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance non ratifiée, à échéance du délai d'habilitation. Il ressort de la décision *CFDT des Finances*¹⁶ une situation inédite où un même acte peut être contrôlé, au regard de la Constitution, à la fois par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, en fonction de la *nature* de la disposition constitutionnelle invoquée.

S'il s'agit d'un droit ou liberté que la Constitution garantit, le contrôle de l'ordonnance reviendra au Conseil constitutionnel par le biais de la QPC. C'est le principe issu de la décision *Sofiane A*¹⁷ qui a eu l'occasion de recevoir diverses applications. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il pu contrôler des dispositions issues d'ordonnances non ratifiées au regard des droits de la défense et du procès équitable¹⁸, du droit au respect de la vie privée¹⁹, de la liberté individuelle²⁰, des libertés contractuelle et d'entreprendre²¹, du principe d'égalité devant

¹³ CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, n° 177162, Rec. p. 427 ; CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, n° 179049, Rec. p. 114.

¹⁴ À l'occasion du contrôle de la loi de ratification, pour le contrôle *a priori* (Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC) et *via* une QPC dirigée contre l'ordonnance, pour le contrôle *a posteriori* (Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC).

¹⁵ A. JENNEQUIN, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA*, 2010, p. 2300.

¹⁶ CE, Ass., 16 déc. 2020, précitée.

¹⁷ Cons. const., 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC, *Sofiane A*, § 11.

¹⁸ Cons. const., 19 nov. 2020, n° 2020-866 QPC ; 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC ; 4 juin 2021, n° 2021-911/919 QPC.

¹⁹ Cons. const., 11 juin 2021, n° 2021-917 QPC.

²⁰ Cons. const., 29 janv. 2021, n° 2020-878/879 QPC ; 31 mars 2023, n° 2023-1042 QPC.

²¹ Cons. const., 6 oct. 2022, n° 2022-1011 QPC.

la loi²² ou encore du principe de légalité des délits et des peines²³. Désormais, le respect par les ordonnances non ratifiées du « bloc droits fondamentaux » au sein du bloc de constitutionnalité est donc confié exclusivement au Conseil constitutionnel. Le requérant devra alors formuler le moyen dans un mémoire QPC distinct, au risque de se voir opposer l'irrecevabilité²⁴.

En revanche, le Conseil d'État demeure compétent pour contrôler l'ordonnance non ratifiée et le cas échéant l'annuler « y compris du fait de sa contrariété avec *d'autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit* »²⁵. Le Conseil d'État n'a donc pas abandonné tout contrôle de constitutionnalité à l'égard de ces actes. En toute logique, il demeure compétent pour examiner les moyens classiquement exclus du champ de la QPC. En dehors des règles constitutionnelles de procédure législative qui n'ont pas vocation à être invoquées à l'encontre d'une ordonnance²⁶, sont donc principalement concernés les moyens tirés de l'incompétence négative et de la méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle (OVC) d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, dès lors toutefois qu'ils sont invoqués de manière « sèche » – c'est-à-dire sans affecter un droit ou liberté que la Constitution garantit²⁷. Cette dernière précision a toute son importance : dans le cas où l'incompétence négative ou l'OVC emporte également violation d'un droit ou liberté garanti par la Constitution, le Conseil constitutionnel récupère sa compétence. S'il n'est pas invoqué dans un mémoire distinct, un tel moyen sera donc irrecevable²⁸.

Le contentieux de l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État²⁹ témoigne du manque de clarté dans cette répartition des compétences. Cette ordonnance a fait l'objet de divers recours en annulation, à l'appui desquels des QPC ont été soulevées. Il était notamment fait grief à de nombreuses dispositions de l'ordonnance d'être entachées d'incompétence négative. Certains requérants ont bien soutenu, dans le mémoire QPC, que les dispositions contestées étaient entachées

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ V. par exemple CE, 12 mai 2022, n° 444994, (aux tables) ; CE, 6 avril 2022, n° 440715 (inédit) ; CE, 24 février 2022, n° 450285 (aux tables) ; CE, 24 nov. 2021, n° 455155 (inédit).

²⁵ Point 8 de la décision *CFDT des Finances* précitée. Nous soulignons.

²⁶ L'article 38 permettant, par définition, de contourner la procédure législative ordinaire.

²⁷ V. pour l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : CE, 30 déc. 2020, n° 440286 (inédit) ; et pour l'incompétence négative : CE, 19 juillet 2022, n° 453971 (inédit). Ces décisions agissent en quelque sorte en « miroir » des décisions du Conseil constitutionnel Kimberly Clark (n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010) et Alain C. (2010-4/17 du 22 juillet 2010).

²⁸ V. par exemple CE, 2 mars 2022, n° 439830 (inédit) ; CE, 24 nov. 2021, n° 455155 (inédit).

²⁹ V. pour une présentation générale de ce contentieux : F. MELLERAY, « La réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État franchit l'obstacle juridictionnel - Bilan d'une trilogie contentieuse », *AJDA*, 2022, p. 1886.

d'incompétence négative de nature à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), notamment les principes d'indépendance et d'impartialité. Le Conseil d'État a accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel une partie seulement des dispositions contestées³⁰, qui les a déclarées conformes à la Constitution³¹. De retour au principal, le Conseil d'État examine le recours en annulation, où l'incompétence négative est de nouveau invoquée à l'encontre de cette ordonnance³². Certains de ces moyens ont prospéré dans la mesure où ils étaient invoqués de manière autonome. Toutefois, nombre d'entre eux ont été rejetés car les requérants n'avaient pas pensé à modifier leur argumentation – concrètement, à supprimer l'argument de l'atteinte aux droits fondamentaux. La Haute juridiction administrative n'a donc eu d'autre choix que de les écarter : « il n'y a pas lieu de se prononcer sur les moyens, non invoqués par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, tirés (...) de ce qu'elles seraient entachées d'incompétence négative dans des conditions de nature à affecter des droits et libertés garantis par la Constitution »³³.

Il en résulte donc une situation particulièrement complexe où le requérant, en plus d'alterner pour un même acte entre deux types de recours, doit, pour certains moyens constitutionnels, adapter son argumentation pour le voir prospérer. Du point de vue du justiciable, cette articulation ne semble pas encore tout à fait maîtrisée, même pour des requérants pourtant « expérimentés et bien conseillés »³⁴ comme c'était le cas en l'espèce. Du point de vue du juge, elle conduit à faire dépendre sa compétence, non seulement du type de norme invoquée mais également, dans ce cas précis, de l'argumentation du requérant.

En tout état de cause, le Conseil d'État ne fait que suivre la logique induite par les décisions de 2020. S'il a ainsi accepté de confier au Conseil constitutionnel le contrôle du respect des droits fondamentaux constitutionnels, il n'a pas pour autant abandonné son rôle de garant des droits fondamentaux de manière générale.

³⁰ CE, 12 oct. 2021, n° 454719 (inédit).

³¹ Cons. const., 14 janv. 2022, n° 2021-961 QPC.

³² CE, 19 juillet 2022, n° 453971 et a. (inédit).

³³ *Ibid.* points 51 et 56.

³⁴ F. MELLERAY, *op. cit.* Les requêtes étaient portées par l'association des anciens élèves de l'École nationale d'administration, par les deux syndicats de magistrats administratifs (syndicat de la juridiction administrative et union syndicale des magistrats administratifs), par l'association des magistrats de la Cour des comptes et par le syndicat des juridictions financières.

B - Le dédoublement du contrôle des droits fondamentaux

Dans sa décision du 16 décembre 2020, le Conseil d'État a admis que le « requérant a le choix des moyens qu'il entend soulever, en particulier lorsque des principes voisins peuvent trouver leur source dans la Constitution, dans des engagements internationaux ou dans des principes généraux du droit »³⁵. Le contrôle de l'ordonnance non ratifiée par rapport aux droits fondamentaux pourra donc incomber au Conseil d'État, y compris après l'expiration du délai d'habilitation, si le requérant invoque un moyen relevant de sa compétence, à savoir un principe général du droit (PGD) ou un engagement international. Le Conseil d'État s'est en outre laissé une marge de manœuvre dans la détermination de sa compétence en indiquant qu'« à défaut de précision quant à la source du principe invoqué, il appartient au juge d'opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de sa présentation »³⁶. Si cette liberté dans le choix des moyens peut être favorable au requérant en ce qu'elle lui permet d'élaborer une « stratégie contentieuse »³⁷, elle a également pu être interprétée par certains auteurs comme une invitation implicite « à ne pas se placer sur le terrain des droits et libertés constitutionnellement garantis »³⁸.

S'agissant, d'abord, de la préservation du contrôle au regard des principes généraux du droit. Dans la mesure où ces principes ont pour la plupart un équivalent au niveau constitutionnel³⁹, et que l'ordonnance peut être contrôlée par rapport à ces derniers, le maintien de cet office du Conseil d'État appuie l'idée ancienne selon laquelle le contrôle au regard des PGD est superflu⁴⁰ – voire injustifié pour le cas des ordonnances⁴¹. Il témoigne en tout état de cause d'une volonté de garder la main sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. C'est surtout le principe d'égalité qui a pour l'heure permis au Conseil d'État de faire application de ce considérant de principe, et ce dès la décision *CFDT des finances*. Suivant les conclusions du rapporteur public, le Conseil d'État a en effet contrôlé l'ordonnance

³⁵ CE, Ass., 16 décembre 2020, précitée, point 9.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ P. DEUMIER, « Le contrôle des ordonnances confié à la stratégie contentieuse » *RTD Civ.* 2021 p. 94.

³⁸ M. CARPENTIER, « Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées, *RDP*, 2021, p. 1555.

³⁹ Les cas de PGD n'ayant pas d'équivalent au niveau constitutionnel sont assez rares, comme le note Vincent Villette dans ses conclusions sur *CFDT des Finances* (précitée). Il s'agit en particulier du principe de non-rétroactivité des actes administratifs ou à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques.

⁴⁰ V. not. sur cette question, L. FAVOREU, « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 145-190.

⁴¹ V. sur ce point, C. BOYER-MÉRENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », *RFDA*, 1998, p. 924, qui considère que le Conseil d'État devrait abandonner son contrôle des ordonnances au regard des principes généraux du droit.

litigieuse⁴² au regard du principe d'égalité en tant que PGD, alors même qu'il s'agit par ailleurs d'un principe constitutionnel⁴³ que les requérants n'avaient toutefois pas expressément invoqué⁴⁴.

Une telle distinction basée sur la source du principe, en plus de faire fi de la place dans la hiérarchie des normes des règles protégeant les droits fondamentaux⁴⁵, peut paraître superflue en ce qu'elle mène parfois à un dédoublement du contrôle par le Conseil d'État lui-même. Le contentieux de l'ordonnance du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public en fournit un exemple parlant. À l'appui de leur QPC contre cette ordonnance non ratifiée, les requérants invoquaient notamment la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité découlant des articles 1 et 6 de la DDHC. Après une analyse approfondie du dispositif litigieux, le Conseil d'État, juge du filtre, considère que la différence de traitement résulte « de critères objectifs et rationnels en relation directe avec l'objet qui [lui] est assigné » et repose « sur l'appréciation des mérites des candidats et répon[d] à la volonté de diversifier les profils des personnes recrutées dans la fonction publique et partant, à un motif d'intérêt général »⁴⁶. Concluant à l'absence de caractère sérieux ou nouveau, il refuse donc de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État est amené à statuer sur la même ordonnance, cette fois-ci en tant que juge de l'excès de pouvoir. Les requérants invoquaient de nouveau le principe d'égalité. Après avoir rappelé sa décision de non-renvoi par laquelle il a écarté la méconnaissance du principe constitutionnel, le Conseil d'État examine le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité, ici en tant que principe général du droit⁴⁷. Aux termes d'un raisonnement similaire à celui retenu lors de l'examen de la QPC, il en conclut, sans surprise, que la différence de traitement est justifiée et écarte ainsi le moyen. Comment aurait-il pu en être autrement ? Il est en effet peu probable que le Conseil d'État, après avoir considéré que la question de la violation du principe *constitutionnel* d'égalité n'était pas sérieuse, décide en excès de pouvoir contre le même dispositif, de reconnaître la

⁴² Ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'État et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire.

⁴³ Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, *Taxation d'office*. V. sur la diversité des sources constitutionnelles du principe d'égalité : F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010 (en ligne).

⁴⁴ V. VILLETTE, concl. sur CE, Ass., 16 déc. 2020, précité.

⁴⁵ V. les conclusions de S. ROUSSEL sur CE, 23 oct. 2020, 440827 (inédit), qui admet implicitement, pour justifier le contrôle au regard du PGD, qu'il faille faire abstraction de « la place dans la hiérarchie des normes des règles susceptibles de protéger le droit au recours effectif en vue de garantir la sincérité du scrutin ».

⁴⁶ CE, 13 juillet 2021, n° 452060 (inédit), point 8.

⁴⁷ CE, 20 juin 2022, n°s 451852, 452060 (inédit).

violation du *PGD* d'égalité. Le caractère superficiel de ce double contrôle apparaît alors nettement.

S'agissant, ensuite, de la préservation du contrôle de conventionnalité. La question classique de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité s'est trouvée renouvelée à la suite de ce revirement. Ici encore, la plupart des droits fondamentaux étant protégés de manière analogue par la Constitution et les engagements internationaux⁴⁸, un dédoublement des contrôles de conformité aux droits fondamentaux peut apparaître. Le contentieux de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a constitué l'un des premiers cas intéressants de cette nouvelle articulation. Cette ordonnance non ratifiée avait fait l'objet de plusieurs QPC sur renvoi de la Cour de cassation⁴⁹. Par deux décisions de janvier 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré certaines dispositions contraires à la Constitution, et plus précisément aux droits de la défense découlant de l'article 16 de la DDHC⁵⁰ et à la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution⁵¹. Le 5 mars 2021, le Conseil d'État était amené à se prononcer sur les mêmes dispositions de l'ordonnance par le biais d'un recours en annulation dans une autre affaire⁵². Les requérants invoquaient en substance les mêmes droits et libertés, mais sur le fondement de sources conventionnelles, plus précisément les articles 6, 13, et 5 §3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH)⁵³. Sans aucune référence aux décisions du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État s'aligne néanmoins sur ce dernier en constatant effectivement la méconnaissance de ces principes par l'ordonnance, tout en prononçant un sursis à statuer jusqu'aux observations des parties sur les conséquences d'une annulation rétroactive (*v. infra*, II.B).

Le Conseil d'État dissocie donc formellement les deux types de contrôles, dissociation qui selon les termes mêmes du rapporteur public dans cette affaire « se conçoit bien abstraitement mais qui, en pratique, n'est que toute relative car (...) si les sources juridiques

⁴⁸ À l'exception des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », tels que l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits (Cons. const., 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC).

⁴⁹ Cass. Crim., 3 novembre 2020, n° 20-83.457 et 20-83.189. Antérieurement à ces renvois, la Cour de cassation avait de son côté retenu une interprétation conforme de l'article 16 de l'ordonnance à l'article 5 de la Conv. EDH (Cass. Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971).

⁵⁰ Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC (concernant l'article 5 de l'ordonnance).

⁵¹ Cons. const., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC (concernant l'article 16 de l'ordonnance).

⁵² CE, 5 mars 2021, n° 440037 (aux tables).

⁵³ Les requérants s'étant entre temps désistés des moyens d'inconstitutionnalité (*v. les concl. d'O. FUCHS sur CE*, 5 mars 2021, précitée).

diffèrent, elles sont matériellement très proches et tendent à toujours plus d'hybridation »⁵⁴. Certes, le problème n'est pas à imputer au seul Conseil d'État qui n'a fait que préserver son office face à une incursion du Conseil constitutionnel dans le contentieux des ordonnances non ratifiées, et qui veille « à ne pas dévitaliser la source conventionnelle par rapport à la source constitutionnelle »⁵⁵. Néanmoins, le manque de transparence de cette décision du Conseil d'État en particulier sur l'influence qu'a pu avoir la décision du Conseil constitutionnel dans cette affaire est plus regrettable. Le Conseil d'État maintient la fiction selon laquelle les différents contrôles n'ont pas la même substance, et « rompt par une construction artificielle l'unité du droit public dont les jurisprudences récentes avaient assuré la réunification »⁵⁶.

L'articulation des contrôles des ordonnances non ratifiées ne peut s'analyser en dehors de la question des effets de ces contrôles. Une telle dissociation des sources et des compétences pourrait en effet se justifier si des conséquences propres à chacune en découlaient, ce qui ne semble pas se confirmer.

II – Une association des juges dans la détermination des effets du contrôle

Lorsque le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité de l'ordonnance qui fait également l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, se pose la question de l'articulation des effets du contrôle sur les différents terrains contentieux. La dispersion des compétences aurait pu mener à une discordance dans les effets à tirer de l'illégalité – au sens large – de l'ordonnance. En réalité, on aboutit plutôt à une association – plus ou moins volontaire – des juges dans la détermination des effets du contrôle, soit parce qu'ils se complètent (A), soit parce qu'ils s'influencent (B).

A – La complémentarité des offices sur le terrain constitutionnel

La décision *CFDT des Finances* n'est pas particulièrement éclairante sur les effets à tirer, par le Conseil d'État saisi par voie d'action d'une ordonnance non ratifiée, d'une déclaration d'inconstitutionnalité de cette même ordonnance par le Conseil constitutionnel. La

⁵⁴ O. FUCHS, concl. sur CE, 5 mars 2021, précitée.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ P. DELVOLVÉ, « Du contentieux des ordonnances non ratifiées : pour l'unité de la justice et du droit », *RFDA*, 2022 p. 339.

décision d'Assemblée indique seulement qu'il appartient au Conseil d'État « de tirer les conséquences, sur les conclusions de la requête, de la décision du Conseil constitutionnel »⁵⁷.

Ces conséquences à tirer dépendent en réalité de la manière dont le Conseil constitutionnel a fixé les conditions de remise en cause des effets de la censure, en vertu de l'article 62 de la Constitution. En principe, une décision d'inconstitutionnalité dans le cadre de la QPC conduit à une abrogation avec « rétroactivité procédurale »⁵⁸. La disposition déclarée inconstitutionnelle disparaît de l'ordre juridique à compter de la décision ou d'une date ultérieure⁵⁹, et ne peut être appliquée dans les instances en cours (en vertu de l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel)⁶⁰. Toutefois, ce dernier peut décider d'exclure cette rétroactivité procédurale en interdisant la remise en cause des effets que la disposition inconstitutionnelle a produits dans le passé⁶¹. Dans tous les cas, la portée d'une censure par le Conseil constitutionnel est donc plus restreinte qu'une annulation en excès de pouvoir par le Conseil d'État, qui par définition est rétroactive.

Lorsque le Conseil constitutionnel a interdit la remise en cause des effets des dispositions inconstitutionnelles, le Conseil d'État n'a d'autre choix que d'écarter le moyen qui se prévaut de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance⁶² – en dépit de l'incohérence tenant au fait que l'ordonnance ne soit pas ici un acte d'application, mais la disposition inconstitutionnelle elle-même. En effet, si le Conseil d'État décidait d'accueillir le moyen et d'annuler rétroactivement l'ordonnance, cela violerait l'autorité de la chose jugée du Conseil constitutionnel en « annihil[ant] des effets que le Conseil constitutionnel a souhaité maintenir vivaces »⁶³.

En revanche, lorsque le Conseil constitutionnel a procédé à une abrogation de l'ordonnance avec application de la déclaration d'inconstitutionnalité aux affaires non jugées définitivement (rétroactivité procédurale), les conséquences à tirer par le Conseil d'État sont moins évidentes. Peut-il faire droit à l'annulation de l'ordonnance sur le motif de l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel, quitte à élargir la portée de la rétroactivité ? Doit-il, au contraire, se limiter à l'abrogation décidée par ce dernier et prononcer

⁵⁷ CE, Ass., 16 déc. 2020, précitée, point 11.

⁵⁸ Selon l'expression utilisée par T. DI MANNO à propos de la Cour constitutionnelle italienne : « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, 2004, p. 700.

⁵⁹ Art. 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁶⁰ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC (cons. 5) et n° 2010-110 QPC (cons. 8).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CE, 4 août 2021, n° 447916 (inédit).

⁶³ M. CARPENTIER, « Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées », *op. cit.*

en conséquence un non-lieu à hauteur de cette abrogation ?⁶⁴ La contestation de l'ordonnance du 25 novembre 2020 portant diverses mesures en matière de santé et de famille dans la fonction publique a fourni une occasion de trancher le débat. À l'appui de leur recours pour excès de pouvoir contre l'article 7 de cette ordonnance non ratifiée, après expiration du délai d'habilitation, les requérants avaient soulevé une QPC en invoquant la méconnaissance du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la DDHC⁶⁵. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 11 juin 2021, avait abrogé cet article en précisant que la déclaration d'inconstitutionnalité était « applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date »⁶⁶. Statuant en retour de QPC, le Conseil d'État devait donc, pour la première fois, préciser les conséquences à tirer sur les conclusions d'annulation.

Dans l'arrêt *UNSA Fonction publique*, la Section du contentieux, suivant les conclusions du rapporteur public, considère que dans une telle situation, le Conseil d'État doit « fai[re] droit aux conclusions tendant à l'annulation rétroactive de ces dispositions, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens soulevés par le requérant »⁶⁷. À première vue, il peut donc sembler le Conseil d'État prenne quelques libertés avec l'autorité de la chose jugée du Conseil constitutionnel, en étendant les effets que produit l'inconstitutionnalité constatée par celui-ci. Le Professeur Carpentier avait soulevé ce point avant même que le Conseil d'État se prononce, en relevant le fait que « ce serait l'ensemble des effets produits par l'ordonnance qui seraient ainsi annihilés, et non seuls ceux ayant donné lieu à une instance en cours à la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel »⁶⁸.

Toutefois, une autre analyse peut conduire à considérer que la solution retenue par le Conseil d'État permet, au contraire, de respecter le choix du Conseil constitutionnel de conférer un effet utile à la déclaration d'inconstitutionnalité. Dans une configuration classique, le juge *a quo* doit dans cette situation écarter la disposition litigieuse pour pouvoir, ensuite, annuler l'acte pris pour son application : la rétroactivité de l'inconstitutionnalité ne s'applique donc qu'*inter partes*. Mais dans le cas où la disposition objet du recours pour excès de pouvoir est également celle qui a fait l'objet de l'abrogation, la seule manière d'appliquer la déclaration d'inconstitutionnalité aux instances en cours est de l'annuler, quand bien même cela emporterait

⁶⁴ Conformément à ce que préconisait V. VILLETTE dans ses concl. sur CE, Ass., 16 déc. 2020, *CFDT des finances*, précitée.

⁶⁵ CE, 6 avril 2021, n° 449040 (inédit).

⁶⁶ Cons. const., 11 juin 2021, n° 2021-917 QPC, § 13.

⁶⁷ CE, Sect., 26 juillet 2022, *UNSA Fonction publique*, n° 449040, Rec. p. 257, point 5.

⁶⁸ M. CARPENTIER, *op. cit.*

des effets *erga omnes*⁶⁹. L'autorité de la chose jugée est donc respectée. Le surplus n'est que l'exercice par le Conseil d'État de son office. Le fait qu'il dépasse la portée décidée par le Conseil constitutionnel n'est que la résultante de l'anomalie qui résulte du nouveau régime contentieux des ordonnances, à savoir l'identité d'objet du contrôle de la QPC et du recours pour excès de pouvoir. Chacune des juridictions amenées à se prononcer statue à hauteur de ses outils et « la circonstance que [le Conseil constitutionnel] ne puisse pas annuler le texte rétroactivement n'implique pas que le Conseil d'État soit empêché d'accueillir les conclusions en ce sens dont il est saisi et qui sont, au regard de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée, manifestement fondées »⁷⁰.

En plus d'être juridiquement justifiée, cette solution emporte plusieurs avantages, soulevés par le rapporteur public Laurent Cytermann dans cette affaire.

D'abord, elle a le mérite d'apporter un peu de simplicité dans ce panorama complexe. Certes, si le Conseil d'État prononçait un non-lieu à concurrence de l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel, il pourrait toujours, par la suite, examiner les autres moyens lui permettant sans problème de prononcer une annulation. Toutefois, cela ne semble pas favorable au requérant qui devrait alors « s'[astreindre] à développer d'autres moyens, et le juge administratif à les examiner », alors que « le chemin qui conduit de l'inconstitutionnalité à l'annulation est le plus direct »⁷¹. On ajoutera que cette solution évite au Conseil d'État d'avoir à se prononcer sur un autre terrain contentieux et atténue ainsi la critique du dédoublement du contrôle (v. *supra*, I.B). Enfin, cette solution va dans le sens de l'objectif poursuivi par l'Assemblée du contentieux dans la décision *CFDT des Finances*, à savoir éviter « un rétrécissement du champ de la contestation »⁷². Laurent Cytermann relève à ce titre que la solution inverse aurait conduit à affaiblir la portée du contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance, les requérants pouvant être tentés de favoriser les moyens qui leur apportent le plus de bénéfice⁷³. Sur ce point, le Conseil d'État adopte donc une solution susceptible de redonner de l'effectivité à la QPC.

C'est également ce qui découle de l'articulation des effets en dehors du terrain constitutionnel, où l'autorité persuasive du Conseil constitutionnel semble s'imposer.

⁶⁹ V. en ce sens, T. JANICOT et D. PRADINES, « Tirer les conséquences - A la suite de *CFDT des finances* », *AJDA*, 2022, p. 1779.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ L. CYTERMANN, concl. sur CE, Sect., 26 juillet 2022, *UNSA Fonction publique*, précitée.

⁷² V. VILLETTE, concl. sur CE, Ass., 16 déc, 2020, précitée.

⁷³ L. CYTERMANN, concl. sur CE, Sect., 26 juillet 2022, précitée, p. 12.

B - L'influence des effets constitutionnels sur le terrain conventionnel

Dans le cas où le Conseil d'État examine des moyens autres que les droits ou libertés constitutionnels, l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel sur la même ordonnance ne s'impose pas. Autrement dit, il n'est tenu ni de retenir une solution de fond similaire à celle du Conseil constitutionnel, ni dans le cas où le moyen a prospéré, de s'aligner sur les effets retenus par celui-ci. L'arrêt *CFDT des finances* indiquait en ce sens qu'après avoir tiré les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État devait « accueillir ou (...) rejeter le surplus des conclusions, en fonction du bienfondé des moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution »⁷⁴. Le Conseil d'État pourrait donc, en principe, annuler sur le terrain conventionnel une disposition dont les effets passés ont été maintenus par le Conseil constitutionnel.

Cette solution n'est pas propre au contentieux des ordonnances mais résulte de l'indépendance des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité⁷⁵. Dès 2011, la Cour de cassation avait par exemple décidé de faire application immédiate de l'inconventionnalité du régime de la garde à vue, alors que le Conseil constitutionnel avait différé l'abrogation de celui-ci⁷⁶. De même le Conseil d'État avait considéré dans la jurisprudence *M'Rida*⁷⁷ que la circonstance que le Conseil constitutionnel ait modulé les effets d'une déclaration inconstitutionnalité, notamment en différant l'abrogation des dispositions litigieuses, ne l'empêche pas d'opérer son contrôle de conventionnalité à l'égard de ces mêmes dispositions et, le cas échéant, de l'écarter du litige.

Toutefois, la question se pose en termes différents dans le contentieux des ordonnances non ratifiées dans la mesure où le contrôle de conventionnalité pourrait aboutir à l'annulation rétroactive de l'acte par ailleurs déclaré inconstitutionnel avec modulation des effets – là où dans le cas classique, le maintien du contrôle de conventionnalité n'aboutissait qu'à écarter la disposition du litige. L'impact sur la différence d'effectivité des contrôles est donc potentiellement plus important.

Dans la décision du 5 mars 2021 précitée, le Conseil d'État a tout d'abord maintenu l'illusion de cette indépendance. Le Conseil constitutionnel avait, dans ses décisions des 15 et 29 janvier 2021 déclaré que les mesures prises sur le fondement des dispositions

⁷⁴ CE, Ass., 16 déc, 2020, précitée, point 11.

⁷⁵ T. JANICOT et D. PRADINES, *op. cit.*

⁷⁶ Cass. Plén., 15 avril 2011, n° 10-30.313 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, cons. 30.

⁷⁷ CE, 29 juill. 2020, n° 432969.

inconstitutionnelles de l'ordonnance ne pouvaient être remises en cause, en ce que cela « méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives »⁷⁸. Le Conseil d'État, après avoir contrôlé les mêmes dispositions sur le fondement de normes conventionnelles – bien que substantiellement identiques⁷⁹ – et en avoir conclu à la violation de celles-ci, se pose à son tour la question de la modulation des effets. Sans s'inspirer à ce stade de l'argumentation de son voisin du Palais Royal, le Conseil d'État décide de surseoir à statuer afin de recueillir les observations des parties sur les conséquences d'une annulation rétroactive⁸⁰. Il semble ainsi se laisser la possibilité de ne pas s'aligner sur la décision du Conseil constitutionnel en ce qui concerne la modulation des effets.

Cette influence dans les effets à tirer de la violation des droits fondamentaux a finalement été largement assumée par le Conseil d'État dans l'arrêt définitif du 23 septembre 2021. Il se réfère cette fois-ci explicitement au raisonnement du Conseil constitutionnel et s'appuie même sur ce dernier pour justifier la limitation dans le temps des effets de l'annulation. Il constate en effet qu'« une annulation rétroactive de ces dispositions méconnaîtrait (...) les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives, *ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 janvier 2021 n° 2020-872 QPC* »⁸¹. La lecture des conclusions dans cette affaire confirme que le Conseil d'État n'était pas lié juridiquement, mais soumis à l'« autorité persuasive »⁸² du Conseil constitutionnel. Rappelant la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes et l'importance du dialogue des juges suprêmes, le rapporteur public Olivier Fuchs estime en ce sens « qu'il demeure toujours un soupçon de gêne, dans ce cadre, à aller plus loin sur le terrain conventionnel alors que la norme matérielle est très similaire voire identique »⁸³. Il en conclut « que seuls des motifs sérieux et avérés devraient vous conduire à vous écarter de la position retenue par le Conseil constitutionnel »⁸⁴.

⁷⁸ Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC ; Cons. const., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

⁷⁹ V. *supra*, I. B.

⁸⁰ CE, 5 mars 2021, n° 440037 (aux tables), point 30.

⁸¹ CE, 23 sept. 2021, n° 440037 (inédit), points 3 et 4. Nous soulignons.

⁸² T. JANICOT et D. PRADINES, *op. cit* ; v. aussi F. BRUNET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité : les droits de l'homme en suspens », *RFDA*, 2022, p. 159.

⁸³ O. FUCHS, concl. sur CE, 23 sept. 2021, n° 440037.

⁸⁴ *Ibid.*

Entre temps, le Conseil d'Etat avait adopté un raisonnement identique à propos du recours à la visioconférence devant les juridictions pénales prévues par l'ordonnance du 18 novembre 2020. Après avoir pris acte de la modulation du Conseil constitutionnel et écarté les griefs sur le terrain constitutionnel (v. *supra*, II.A), il s'était appuyé sur l'autorité persuasive de ce dernier pour interdire également, sur le terrain conventionnel, la remise en cause des effets passés⁸⁵.

L'autorité persuasive du Conseil constitutionnel et le dialogue des juges aboutissent ainsi à réintégrer une forme d'harmonisation dans les effets des différents contrôles des ordonnances, pourtant formellement dissociés. La question de l'utilité initiale de cette dissociation – et plus largement, de cette restructuration contentieuse – se pose alors *a fortiori*.

La différence par rapport à l'ancien régime contentieux des ordonnances réside dans ce que la « qualité et le niveau de protection des droits fondamentaux » semble désormais davantage déterminé par le Conseil constitutionnel, « à charge pour le juge administratif de traduire la solution sur le terrain conventionnel »⁸⁶. Le Conseil d'État a donc perdu une large part de son rôle de garant du respect, par les ordonnances, des droits fondamentaux y compris en dehors du terrain constitutionnel. Certes, par la décision *UNSA Fonction publique*, il a rappelé qu'il ne renoncerait pas à utiliser ses outils de juge de l'excès de pouvoir, plus « puissant[s] »⁸⁷ que ceux du Conseil constitutionnel pour assurer une meilleure protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Mais il ne peut le faire que si le Conseil constitutionnel n'a pas, au préalable, verrouillé la remise en cause des effets passés de l'ordonnance. Le Conseil d'État reste alors dépendant de la décision du Conseil constitutionnel.

S'agissant des droits fondamentaux, ils demeurent protégés, mais il n'est pas certain qu'ils le soient davantage grâce à cette nouvelle organisation du contentieux des ordonnances. L'interrogation de Thomas Janicot et Dorothée Pradines le reflète parfaitement :

« Peut-on dire que la redéfinition de la ligne de partage entre Conseil constitutionnel et Conseil d'État améliore d'une quelconque façon la protection des droits et libertés que la Constitution garantit, ou ne conduit-elle qu'à l'élaboration d'une ingénierie complexe aux seules fins d'éviter que celle-là ne recule ? »⁸⁸.

⁸⁵ CE, 4 août 2021, n° 447916 (inédit), point 13.

⁸⁶ F. BRUNET, *op. cit.*

⁸⁷ V. VILLETTE, concl. sur CE, Ass., 16 déc. 2020, précitée.

⁸⁸ T. JANICOT et D. PRADINES, *op. cit.*