



Les normes législatives et administratives

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Les normes législatives et administratives. P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.),
Traité de Droit Administratif, Dalloz, pp.491-528, 2011. halshs-00661298

HAL Id: halshs-00661298

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00661298>

Submitted on 19 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR CNRS 7074

CHAPITRE 4. Les normes législatives et administratives
(Version non définitive)

in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.),
Traité de Droit Administratif,
Paris, Dalloz, 2011, p. 491-528.

Introduction

§ 1. « *L'ordinaire du droit écrit* »

S'attacher aux sources législatives et réglementaires du droit administratif, c'est s'intéresser à l'« ordinaire du droit écrit » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., 2001, tome 1, § 87). On pourrait ajouter que c'est aussi se confronter à l'affirmation la plus banale qui soit, à savoir que les juges se perçoivent — ou veulent être perçus — comme les « sentinelles de la loi » : elle leur commande et ils doivent l'appliquer à la lettre ou, mieux, ils doivent en faire une application stricte parce qu'elle leur commande.

Il reste que cette affirmation est tout de suite empreinte d'un certain paradoxe lorsqu'il s'agit du droit administratif et du juge chargé de l'appliquer puisque, comme on le sait, le droit administratif reste volontiers défini comme un droit « fondamentalement » jurisprudentiel (R. Chapus) ou encore « prétorien ». Par là, on veut dire que, au pays du Code civil, l'existence d'un droit non codifié ne laisse pas d'étonner et qu'à défaut de Code c'est au juge qu'il revient de fixer les principes généraux susceptibles de délimiter l'action de l'administration et la compétence du juge lui-même.

À dire vrai, l'affirmation semble aujourd'hui un peu désuète et sa pertinence fort contestable tant sont désormais nombreuses les lois qui encadrent l'activité de l'administration, lois que le juge administratif applique avec la même rigueur que n'importe quel juge dans un système de droit codifié.

C'est que, précisément, le mouvement de codification — ou de simplification — a fini par atteindre aussi le droit administratif (encore qu'il ne soit pas neuf, v. M. Letourneur,

« Quelques réflexions sur la codification du droit administratif », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277 et G.-J. Guglielmi, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, vol. 8, 1996, p. 109).

Par codification, cependant, il ne faut pas entendre la constitution d'un système de règles, rationnel et déductif, comme on a pu penser le Code civil en 1804. Il n'est question que de codification thématique et formelle « à droit constant », c'est-à-dire du rassemblement de textes existants, mais épars et dont la mise en forme apparaît comme un facteur de « sécurité juridique » propre à satisfaire l'objectif constitutionnel « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136 ; v. en ce sens, N. Molfessis, « Les “avancées” de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2000, p. 660 ; A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, 2005). Elle ne concerne d'ailleurs pas les grands principes du droit administratif d'origine jurisprudentielle.

Cette codification a d'abord été mise en œuvre par la « commission supérieure » créée par le décret du 10 mai 1948, conformément à des orientations définies par le Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics — preuve, s'il en était besoin, que les préoccupations d'efficacité économique de l'action publique ne sont pas une découverte récente.

Un nouvel essor de la codification est intervenu en 1989, avec la mise en place d'une nouvelle Commission supérieure de codification, dotée d'une autorité renforcée et de moyens accrus en vertu du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 et qui fut longtemps dirigée par Guy Braibant.

Elle a abouti à la production d'une cinquantaine de codes concernant l'action de l'administration. À compter de l'année 1995, le gouvernement a pris la décision d'achever ce programme de codification pour l'année 2000, répondant ainsi à une demande qu'exprimait le Conseil d'État lui-même qui jugeait que « la mise à disposition et la diffusion de textes [...] constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller » (CE 17 déc. 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, *AJDA* 1998. 362, concl. Combrexelle).

C'est ce qui explique que le processus de codification ait connu une accélération brutale à la fin de l'année 1999. En effet, pour la période 1996-2000, on prévoyait l'élaboration de vingt-deux nouveaux codes et la refonte de dix-huit codes existants. Or, les nombreux codes qui furent élaborés par les administrations concernées, approuvés par la commission supérieure de codification, examinés par le Conseil d'État et entérinés par le Conseil des ministres, n'ont pu aboutir devant le Parlement, faute de temps pour les examiner. Le gouvernement a ainsi décidé d'emprunter la voie des ordonnances pour procéder à l'adoption de plusieurs codes, ce qui n'a pas manqué d'irriter certains parlementaires. Saisi, le Conseil constitutionnel a jugé la loi d'habilitation conforme en tout point à la Constitution (Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136).

Cette codification n'a cependant nullement découragé les ardeurs législatives des différents gouvernements. C'est peut-être là que se situe une autre explication à l'affaiblissement de la créativité du juge administratif.

On ne peut manquer de relever que le juge administratif a, par le passé, fait preuve d'une audace remarquable et remarquable — en consacrant des droits nouveaux et en créant des normes susceptibles de protéger efficacement les administrés d'éventuels excès de l'administration. Il a en revanche attendu, parfois fort longtemps, que le législateur intervienne et lui donne par écrit les moyens de certaines « avancées » qui paraissaient, sinon naturelles, du moins fort peu coûteuses, compte tenu de la « demande sociale » pressante qu'elles pouvaient aisément prétendre satisfaire. On pense ici au pouvoir de prononcer des astreintes (loi du 16 juill. 1980) ou d'adresser des injonctions à l'administration (loi du 8 févr. 1995). Il en fut de même pour les procédures de référé (loi du 30 juin 2000). On objectera aussitôt que ces lois, comme toutes celles qui le concernent (à l'exception de la réforme de 1963) ont été élaborées au sein et par le Conseil d'État. Mais la question demeure de savoir si la loi était à ce point nécessaire. Inversement, s'il a certes pris l'initiative de moduler les effets de l'annulation contentieuse, le Conseil d'État l'a fait sans manifester le moindre empressement, dans un domaine où il n'a cependant jamais eu à craindre la concurrence du législateur.

On peut toutefois se demander si ce que d'aucuns perçoivent comme un manque de créativité du juge au profit de la loi ne résulte pas d'une inversion de la causalité. En effet, nombre de lois ne sont bien souvent que la reprise, et donc la formalisation, de la jurisprudence (v. S. Théron, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, 230 et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2001, tome 1, n° 8). Ainsi, par exemple, la loi MURCEF du 11 décembre 2001 (art. 3), qui modifie l'article 38 de la loi de 1993, ne fait-elle que reprendre à la lettre la construction jurisprudentielle posée par l'arrêt *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc* (CE 15 avr. 1996, *Lebon* 274).

Cela étant, la multiplication de ces lois n'a nullement permis d'atteindre l'idéal de simplification ou d'accessibilité du droit administratif auquel aspiraient ceux qui, un temps, déploraient les difficultés d'accès et doutaient que le droit administratif pût rester jurisprudentiel (G. Vedel, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31 s.).

On mesure donc combien la loi est une source du droit administratif quand bien même elle n'en serait pas la source exclusive. Il y a certes la jurisprudence. Il y a aussi les normes que l'administration pose elle-même.

On n'étudiera ici ces normes qu'au titre des sources du droit administratif sans s'attacher au régime juridique auquel elles sont soumises, car cet aspect relève de l'étude de l'acte administratif unilatéral, dont l'identification suppose qu'on le distingue de certaines décisions humaines auxquelles le juge administratif ne reconnaît aucune signification juridique.

§ 2. La loi : un instrument normatif contesté

Les normes législatives et administratives représentent le lot commun des sources du droit administratif. Leur nombre est considérable et leur longueur semble excéder les limites du raisonnable. Or, précisément, la loi si longtemps placée sur un piédestal est désormais fortement contestée. On ne cesse en effet de constater ou déplorer, c'est selon, le déclin d'autorité qu'elle subit au sein de l'ordre juridique, soit parce qu'elle est

mise en concurrence avec d'autres sources formelles, notamment celle constitutionnelle mais aussi celles européennes et internationales, soit parce qu'elle souffre d'être mal rédigée ou utilisée à des fins qui ne seraient pas les siennes.

Les griefs sont multiples qu'une seule expression réunit : « inflation législative » (v. G. Hispalis « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, 3/2005, n° 114, p. 101-115 qui remarque que le volume des lois nouvelles augmente alors même que leur nombre diminue : « 74 lois ont été promulguées en 1970, 48 en 1980, 68 en 1990, 44 en 2000 (hors celles autorisant la ratification d'un traité ou l'approbation d'une convention internationale) ; leur nombre n'était que de 42 en 2004. L'inflation législative n'est donc pas l'augmentation du nombre des lois nouvelles, mais celle de leur taille »). On lui reproche d'être obscure, mais aussi instable, proliférante et enfin difficilement accessible (v. Conseil d'État, *EDCE*, 1991). Cette inflation législative conduirait à « une dévalorisation de la norme » qui, comme d'autres objets de consommation courante, serait devenue tout simplement « jetable » (B. Mathieu, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 81 et Michel Couderc « Coma législatif et délibération parlementaire », *Pouvoirs*, 2/2008, n° 125, p. 135-142, p. 135).

Le paradoxe est à cet égard singulier : plus les gouvernements y ont recours et plus la loi semble perdre de sa valeur. L'adoption de la loi serait devenue une opération de marketing : « La loi est aujourd'hui essentiellement un acte d'affichage politique, une opération de communication » (F. Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005. 637 s.). Pour ceux qui l'élaborent ou la votent, la loi semble perçue comme le seul remède aux maux dont souffre la société — un médicament pour faire passer la douleur.

L'obscurité dénoncée tient d'abord à ce que les textes sont difficiles d'accès comme le sont également les régimes juridiques qu'ils instaurent, tant est grande la quantité de textes régissant un même objet. L'obscurité tient ensuite au fait que la loi ne serait pas toujours « normative », ce qui revient à faire grief au législateur de se complaire dans une forme d'incantation ou de bavardage qui ne correspond guère à l'idée que l'on se fait de l'efficacité du droit. Certains textes relèveraient d'un discours plus proche du catéchisme, fût-il républicain, que du droit.

Les griefs ne sont pas seulement d'origine doctrinale. Ainsi, le Rapport annuel 2010 du Médiateur de la République dit regretter « des politiques publiques brouillées par l'empilement législatif » créateur de « jungle normative » et dénonce le fait que « la superposition de textes » condamne la loi à être « un véritable facteur d'instabilité » (p. 11). Le Conseil constitutionnel a lui-même tenté de contrer cette tendance en posant en principe que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (Cons. const., n° 2004-500 DC du 29 juill. 2004, p. 116 et n° 2005-512 DC du 21 avr. 2005, *Rec. Cons. const.* 72).

La loi est en effet désormais susceptible d'être jugée contraire à la Constitution, s'il apparaît que le législateur n'a pas défini « de façon suffisamment claire et précise » certaines des mesures qu'elle contient ou ne s'est pas doté des moyens de satisfaire à « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ».

La doctrine tend à voir dans cette absence de clarté et de précision la violation d'un principe de sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel ne se prévaut cependant pas (encore) expressément d'un tel principe, lequel ne figure d'ailleurs pas explicitement

dans le texte de la Constitution. Il rattache ce motif d'inconstitutionnalité à la satisfaction des « exigences découlant de l'article 34 de la Constitution » (Cons. const., n° 1998-401 DC du 10 juin 1998, *Rec. Cons. const.* 258).

L'intention, en tant que telle, n'est pas tout à fait nouvelle. Il avait auparavant eu l'occasion de vérifier, en matière pénale, que certains faits définis par le législateur constituaient des infractions « suffisamment claires et caractérisées pour satisfaire aux exigences du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines » (Cons. const., n° 984-176 DC du 25 juill. 1984, *Rec. Cons. const.*, p. 55).

Par la suite, le Conseil constitutionnel a jugé que, de l'article 34 de la Constitution, découlait le « principe de clarté de la loi » (Cons. const., n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *Rec. Cons. const.* 49) et que, des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, découlait également « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi » (Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136).

De la combinaison de ce principe et de cet objectif constitutionnels, le Conseil constitutionnel a déduit l'obligation tant de fond que de compétence qui incombe au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (Cons. const., n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Rec. Cons. const.* 143). Ce principe a lui-même été repris par le Conseil d'État qui a reconnu le caractère opérant du moyen tiré de la violation de l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme à l'encontre du décret (CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT*, req. 266900, AJDA 2005 p. 1544).

Il reste que cette exigence d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est elle-même d'application limitée puisque le Conseil constitutionnel juge que « sa méconnaissance ne peut (...) être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution » (Cons. const., n° 2010-4/17 QPC du 22 juill. 2010, *JO* du 23 juill. 2010, p. 13615).

Toutefois, les accusations renouvelées à l'encontre de certaines lois ont incité l'organe législatif — gouvernement et Parlement chacun de leur côté — à prendre certaines mesures ou du moins à en annoncer. Les résultats n'ont guère été probants. On peut d'ailleurs douter qu'il était approprié d'adopter des textes supplémentaires pour écarter les griefs retenus. Si l'on cherche à renouer avec un art de la législation, il ne suffit pas seulement de réformer le produit, il faut commencer par former l'artisan ou du moins l'encadrer un peu...

C'est peut-être pour tenter d'y remédier que l'on a envisagé d'introduire l'obligation de procéder à des études d'impact. Mais cette même obligation a cependant été déclarée contraire à la constitution par le Conseil constitutionnel (v. loi organique du 15 avr. 2009 et Cons. const. n° 2009-579 DC du 9 avr. 2009, *Rec. Cons. const.* 84).

Participe sans doute de cette intention l'introduction par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, à l'article 39 de la Constitution, d'un alinéa 5 aux termes duquel : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre

pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». La loi annoncée par le texte constitutionnel est la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le Code de justice administrative. Son contenu, pour le moins minime, laisse perplexe et il est permis de douter de ce que la solution soit à la mesure du problème identifié. On n'a d'ailleurs pas hésité à la qualifier de « gadget » (P. Gonod, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? », *RFDA* 2009. 890).

D'une part, certains des principaux intéressés ont déjà exprimé leur embarras et reconnu qu'il serait probablement partagé par le Conseil d'État lui-même.

D'autre part, le caractère absolument discrétionnaire du pouvoir conféré au président de l'une des deux assemblées parlementaires rend son exercice particulièrement délicat. La loi ne fournissant aucun moyen de justifier le choix d'une demande d'avis, le président de l'assemblée ne pourra en effet dissimuler le jugement de valeur que sa demande traduira nécessairement. Il se trouvera donc mécaniquement en situation d'exposer la subjectivité de son choix et l'on peut penser qu'il préférera y renoncer.

Enfin, s'il fallait aller jusqu'à saisir systématiquement le Conseil d'État d'une demande d'avis pour toutes les propositions, on ne voit pas comment ce dernier pourrait pratiquement parvenir à satisfaire les demandes.

Pour toutes ces raisons, auxquelles on doit ajouter l'histoire propre des relations entre le Conseil d'État et les assemblées parlementaires depuis 1872, il y a fort à parier que l'introduction de cette faculté d'expertise ne soit, au mieux, qu'une aide ponctuelle, au pire, qu'un coup d'épée dans l'eau dont il ne faut guère attendre qu'il offre le remède au mal dont souffre la législation (v. R. Bouchez, *JCP-A*, n°17, 26 Avril 2011, 2161 et P. Gonod, *JCP-A*, n°19, 9 Mai 2011, 2179).

On peut par ailleurs s'amuser de ces critiques qui ne sont peut-être pas aussi neuves que le croient leurs auteurs. Ainsi, Bentham ironisait sur la confusion de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et agaçait ses contemporains en s'amusant à démontrer le vide ou l'inanité des formules à l'aide desquelles les premiers constituants français entendaient se protéger de la tyrannie tout en annonçant un monde meilleur.

Le Conseil constitutionnel lui-même n'échappe d'ailleurs pas à la critique qui, tout en exigeant de la loi qu'elle soit normative, ou qu'elle ait une portée normative, ne fournit guère d'indication sur ce qu'« avoir une portée normative » veut dire. Au surplus, quand bien même on s'accorderait sur ce point, l'expérience montre que la « portée normative » d'un texte varie au gré des applications que les juges en font. Ainsi, des dispositions de certaines conventions internationales se sont vu reconnaître un jour une portée normative qu'on leur refusait la veille.

Mieux encore, on a pu s'étonner de ce que le Conseil constitutionnel s'autorisait à poser en principe que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » en appuyant ce principe, d'une part, sur la première phrase de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« La loi est l'expression de la volonté générale... ») laquelle apparaît pour le moins peu explicite quant au contenu de la loi elle-même et, d'autre part, sur « l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi » que le Conseil

constitutionnel se garde toutefois d'identifier clairement. Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs une utilisation très prudente de cet objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Ainsi, saisi de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit qui contient nombre d'articles visant à améliorer « la qualité des normes et des relations des citoyens avec les administrations » (cf. les articles 1er à 57) – améliorations qui sont elles-mêmes des fragments d'autres lois – le Conseil constitutionnel a toutefois jugé que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposait pas « que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de loi présentent un objet analogue ». Dans le même sens, le Conseil constitutionnel juge que « la complexité de la loi et l'hétérogénéité » des dispositions contenues dans une loi ne sauraient, à elles seules, porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (Cons. const. n°2011-629 DC du 12 mai 2011, Journal officiel du 18 mai 2011, p. 8571). Si le législateur est donc seulement tenu d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, à ses lecteurs de reconstituer le puzzle... (sur le sujet, v. Y. Jégouzo, « Vous avez aimé les lois de simplification I et II... », *AJDA* 2009. 1737).

§ 3. *Le règlement : un instrument normatif nécessaire*

Si l'expression de « pouvoir réglementaire » n'est employée par aucun texte constitutionnel avant 1958, il n'en demeure pas moins que le concept même de règlement au sens d'acte ou instrument normatif permettant l'application de la loi lui est bien antérieur.

On ne saurait certes l'imputer aux premiers constituants de 1791 qui étaient incontestablement plus préoccupés de donner à la loi faite par la représentation nationale, la souveraineté que cette dernière était censée exercer au nom de la Nation. Reste que la nécessité l'a très vite emporté sur les idéaux et dès 1793, tant dans le projet de constitution girondin que dans la Constitution montagnarde de 1793 — qui ne sera certes pas appliquée — on opère une distinction entre les lois et les décrets que l'on justifie ainsi : « Les lois sont susceptibles d'une obéissance provisoire, comme elles le sont d'être abrogées, il est de leur nature de durer jusqu'à ce qu'elles aient été révoquées par une autorité légitime ; et elles n'ont pas besoin d'être renouvelées à des époques marquées. Les actes d'administration, au contraire, n'ont qu'une exécution momentanée, ou une durée déterminée. Fixer la nature d'un impôt, établir sur quelles bases il sera réparti ou tarifé, déterminer le mode de le percevoir, sont de véritables lois ; mais déclarer quel sera le montant de cet impôt, appliquer les principes du tarif, de manière à former un tel produit, sont des actes d'administration générale » (Condorcet, *Séance du 15 févr. 1793, Archives parlementaires*, tome 58, p. 588). La formalisation de cette distinction dans le corps du projet mérite également l'attention : « Les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinie ; les caractères qui distinguent les décrets sont leur application locale ou particulière, et la nécessité de leur renouvellement à une époque déterminée » (Titre VII, Section 2, art. 4). Pour autant, le lien n'est pas établi entre les lois et les décrets : les seconds sont pensés comme des normes de même valeur juridique que les premières ; leur édicition est confiée à des représentants élus et non au pouvoir exécutif, même si certains esquisaient de futurs développements. Ainsi Daunou expliquait : « J'observe d'abord que le comité de constitution nous a présenté une distinction infiniment lumineuse lorsque dans (...) son projet il a déterminé les caractères des lois proprement dites et des simples décrets

d'administration. Ces derniers échappent nécessairement à la sanction du peuple, soit parce que leur exécution est ordinairement urgente, soit parce que leurs objets étant particuliers, locaux ou temporaires, ils ne sont pas véritablement des actes du pouvoir souverain. *Je crois même que dans une République bien solidement affermie, ce serait peut-être à la puissance exécutrice qu'il conviendrait d'attribuer l'entière confection de ce genre de décrets* » (*Vues rapides sur l'organisation de la République française*, Annexe à la séance du 17 avr. 1793, *Archives parlementaires*, tome 62, p. 352. Nous soulignons). Mais Daunou ne tirait pas les conséquences de son observation.

La Constitution de l'An III ne reprendra pas cette distinction et il faudra attendre la Constitution de l'An VIII pour voir figurer à l'article 44 : « Le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ». Mais entre-temps, la loi est passée du législatif à l'exécutif... Reste que le mot est lâché : les règlements assurant l'exécution des lois apparaissent « nécessaires ». Par la suite, tous les textes constitutionnels utiliseront la technique du règlement. Ce dernier est alors pensé comme un règlement d'application des lois et non comme un règlement autonome (J.-C. Venezia, « Les règlements d'application », in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 673).

Ce n'est qu'au début du XX^e siècle que l'on envisagera cette catégorie de normes réglementaires prises par une autorité administrative « en vertu de ses pouvoirs propres » et que l'on pensera « l'exécution de la loi » non plus comme une action mécanique, voire passive, mais comme une fonction d'anticipation et d'initiative.

Ainsi, le Conseil d'État juge que « le président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois : qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics, institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ». Sur le fondement de cette norme générale, « il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité » (CE 28 juin 1918, *Heyriès, Lebon 651*). De même, le Conseil d'État reconnaît-il « au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres », le pouvoir de « déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire » (CE 8 août 1919, *Labonne, Lebon 737*).

On mesure ainsi qu'en reconnaissant comme elle le fait un pouvoir réglementaire propre au gouvernement, qui ne dépende donc pas de la simple « application » de la loi, la Constitution de 1958 innove, certes, mais n'invente rien qui n'ait déjà été envisagé.

Quant aux modalités d'examen des sources législatives et administratives du droit administratif, on peut en envisager deux : ou bien réunir ces sources en se fondant sur le constat empirique que les lois sont — sauf rares exceptions — prolongées par des normes administratives, au moins réglementaires et que, inversement, ces mêmes normes réglementaires trouvent elles aussi leur fondement dans des normes législatives ; ou bien, au contraire, les distinguer en s'appuyant sur le fait empirique qu'il existe en droit deux catégories de normes formellement distinctes et répondant à deux objectifs eux-mêmes distincts. À dire vrai, le choix entre les deux branches de l'alternative est dépourvu du moindre enjeu : la Constitution de 1958 a introduit une distinction qui se voulait à la fois formelle et matérielle entre la loi et le règlement.

Cette distinction s'est quelque peu atténuée sur le plan matériel mais, formellement, il n'est guère difficile de distinguer une loi d'un règlement, et il en est ainsi lorsqu'on se trouve en présence d'un règlement et d'un acte individuel.

Section 1. L'identification des normes par leur forme

En France, et qu'on le veuille ou non, le formalisme l'emporte. La procédure d'adoption des lois est régie par la Constitution. C'est encore la Constitution qui prévoit les modalités auxquelles doivent obéir les principaux règlements.

On trouve là une définition tant de la loi que du règlement, mais elle n'est pas la seule. Les juridictions, y compris la juridiction constitutionnelle, ont parfois besoin de se prononcer sur la nature, législative ou non législative, d'un texte.

Pour ce qui concerne la loi, on connaît la formule qui a servi de titre au livre de Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931). C'était en effet la seule définition que l'on pouvait donner de la loi à l'époque et encore était-elle assez trompeuse car la virgule suscite plusieurs interprétations, les uns voyant dans cet énoncé une description, les autres une prescription.

En effet, une lecture trop rapide pouvait laisser croire qu'une telle définition faisait référence à une volonté substantielle quand, en réalité, compte tenu de l'organisation constitutionnelle mise en place par la Constitution de la troisième République, cette définition recouvrait une pure prescription : la loi comme acte du Parlement était le seul mode par lequel la Nation pouvait exprimer la volonté générale.

On aurait donc pu se contenter de dire que la loi était l'acte du Parlement. La formule adoptée par la Constitution de 1958 — « la loi est votée par le Parlement » — semble se rallier à cette définition.

Mais les choses avaient considérablement évolué entre-temps. Elles ont aussi beaucoup évolué depuis. D'une part, la Constitution confie au Conseil constitutionnel la mission de vérifier la conformité de la loi à la Constitution et, parce qu'il intervient après que le Parlement a voté la loi, il semble difficile de ne pas considérer que le Conseil constitutionnel participe, par son contrôle, à la fonction législative. C'est, à vrai dire, le seul moyen de justifier de façon cohérente son action. D'autre part, la Constitution de 1958 organise une seconde voie à l'expression de la volonté générale — le référendum — et l'on sait que les lois référendaires ne sont pas soumises au contrôle du Conseil constitutionnel (Cons. const., n° 1962-20 DC du 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 oct. 1962*, Rec. Cons. const. 27 et Cons. const., n° 1992-313 DC du 23 sept. 1992, Rec. Cons. const. 94).

Formellement, la loi répond à certaines normes de « présentation » (G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, Sirey, 2010, 12^e éd., § 186) : adoptée par le Parlement, elle est ce à quoi ce dernier donne le nom de loi ; elle est précédée d'un exposé des motifs susceptibles, le cas échéant, d'aider à son application et son interprétation par l'administration et les juridictions. Elle fait l'objet d'une promulgation par le président de la République, puis d'une publication au Journal officiel.

Encore convient-il de préciser que la loi dont il est ici question est celle prévue à l'article 34 de la Constitution et qu'il faut la distinguer des « lois du pays » que les lois organiques n° 99-209 du 19 mars 1999 et n° 2004-192 du 27 février 2004 permettent

aux congrès de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française d'édicter.

La nature des lois est toutefois différente dans ces deux collectivités.

Pour la Nouvelle-Calédonie, la loi du pays prend la forme juridique d'une loi dont la validité est territorialement circonscrite au seul territoire de la Nouvelle-Calédonie et matériellement limitée aux compétences propres du Congrès de Nouvelle Calédonie. Il n'empêche que ces lois du pays sont revêtues d'une valeur législative (Cons. const., n° 1999-410 DC du 15 mars 1999, *Rec. Cons. const.* 51), de sorte qu'elles peuvent être déférées au Conseil constitutionnel par le Haut-Commissaire, le Gouvernement, le Président du Congrès, le Président d'une Assemblée de province ou dix-huit membres du congrès. Elles sont publiées au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

Le cas de la Polynésie française est en revanche différent car la « loi du pays » a la valeur juridique d'un règlement. Elle peut être contestée devant le Conseil d'État par le Haut-Commissaire, le Président de la Polynésie, six représentants à l'Assemblée locale et son président.

Il reste que, selon les circonstances que l'on qualifie alors d'exceptionnelles, des actes pris par l'exécutif peuvent se voir reconnaître une valeur législative. Ainsi, en application de l'article 16 de la Constitution de 1958, le chef de l'État peut prendre « toutes les mesures exigées par les circonstances », que ces mesures relèvent du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire (CE, ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, *Lebon* 143).

De même, les ordonnances prises par le Gouvernement en vertu de l'ancien article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958, ne pouvaient être déférées au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir en tant qu'elles relevaient de l'exercice du pouvoir législatif (CE 12 févr. 1960, *Sté Eky*, *Lebon* 101). Il s'agissait alors de mesures générales prises à titre transitoire afin d'achever la mise en place des nouvelles institutions.

De même, le Conseil d'État a également reconnu une valeur législative aux ordonnances prises par le gouvernement provisoire de la République entre 1944 et 1946 (CE 22 févr. 1946, *Botton*, *Lebon* 58).

Enfin, confronté aux actes dits « lois » du gouvernement de Vichy — dont une partie a été maintenue en vigueur lors du rétablissement de la légalité républicaine —, le Conseil d'État a jugé qu'ils relevaient du pouvoir législatif en vertu de l'ordre juridique propre au gouvernement de Vichy (CE 22 mars 1944, *Vincent*, *Lebon* 417).

§ 1. Les rapports annexés aux lois sont-ils aussi des lois ?

Que dire de la nature juridique des rapports annexés aux lois qui sont, comme cela arrive parfois, rendus obligatoires par la loi elle-même ?

La jurisprudence permet de distinguer quatre hypothèses différentes d'inégale difficulté (v. concl. C. Maugué, *RFDA* 1999. 357 s.).

La première, la plus simple, est celle illustrée par ce que l'on appelle les « documents d'information ». Comme leur nom l'indique, et quand bien même leur production devant le Parlement serait le résultat d'une obligation elle-même légale, ces documents ne sont présentés qu'en vue de fournir une information. Annexés au texte législatif, ils ne font cependant l'objet d'aucun vote et ne sont donc pas susceptibles d'être amendés

par le Parlement lui-même. Et si leur existence, la date de leur dépôt et leur contenu sont susceptibles d'avoir une incidence sur la régularité de la procédure législative (tel est en particulier le cas des annexes d'accompagnement aux lois de finances), ces documents d'information — qui ne sont d'ailleurs pas publiés au Journal officiel — sont considérés par le juge administratif comme dépourvus de toute portée juridique (CE 5 déc. 1984, *Goulet, Lebon* 398).

La deuxième hypothèse est celle des dispositions annexées à une loi et auxquelles la loi renvoie expressément. Le mécanisme de renvoi exprès conduit à faire de ces dispositions annexes des éléments formels du texte : elles sont donc intégrées dans ce texte et la formule la plus courante est que « les dispositions annexées à la présente loi constituent la partie législative du Code... ».

C'est d'ailleurs ce qui explique que le juge constitutionnel puisse être conduit à examiner la constitutionnalité d'un article d'un accord annexé à une loi (v. en ce sens Cons. const., n° 1977-92 DC du 18 janv. 1978, *Rec. Cons. const.* 21 à propos de la loi du 19 janv. 1978 relative à la contre-visite médicale). Cette solution vaut également en matière réglementaire : les dispositions annexées à un décret ou à un arrêté ont elles-mêmes valeur réglementaire.

La troisième hypothèse correspond aux lois dites « d'autorisation » qui ont pour effet d'autoriser l'entrée dans l'ordre juridique positif de dispositions de fond figurant en annexe de la loi. C'est notamment le cas des annexes aux engagements internationaux de la France. Bien qu'elles soient formellement distinctes de la loi d'autorisation, ces annexes leur sont cependant étroitement liées. Il demeure que les annexes n'ont pas de valeur législative : les lois autorisant la ratification de traités ne sont que des lois d'habilitation, elles n'affectent pas la valeur juridique des traités. C'est d'ailleurs pour cette raison que les parlementaires n'ont pas le droit d'amendement.

Enfin, une dernière hypothèse existe : celle de la loi qui renvoie à un rapport, lequel, bien qu'il figure en annexe de la loi, a toutefois fait l'objet d'une « approbation » par le Parlement.

Confronté à une telle situation, peu courante sans être exceptionnelle, le Conseil d'État a, dans un premier temps, jugé qu'« ayant été adopté par le Parlement en même temps que le texte de l'article 35 de la loi », le rapport n'était pas susceptible de recours pour excès de pouvoir, ce qui revenait implicitement mais nécessairement à lui reconnaître une valeur législative (CE 2 mai 1990, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement, Lebon* T. 537).

Le Conseil d'État est ensuite revenu sur sa jurisprudence et a refusé d'assimiler à la loi elle-même un rapport ayant pourtant fait l'objet d'une approbation par le Parlement.

Cette solution a été retenue à propos du rapport parlementaire annexé à la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, en vertu de l'article LO 111-4 du Code de la Sécurité sociale (CE, ass., 5 mars 1999, Rouquette, *Lebon* 37, *RFDA* 1999. 357, concl. contr. C. Maugué ; v. aussi CE, ass., 5 mars 1999, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, Lebon* 39, à propos du rapport annexé à loi sur l'éducation du 10 juill. 1989 ; v. aussi N. Molfessis, *RTD civ.* 1999. 729.)

Cette solution fut fortement critiquée, une grande partie des commentateurs se ralliant aux conclusions contraires prononcées par Christine Maugué, commissaire du gouvernement dans l'affaire. D'une part, a-t-on fait remarquer, la loi organique du

22 juillet 1996 fait du rapport qui lui est annexé un élément de la loi elle-même. D'autre part, si l'on définit la loi à l'aide d'un critère organique et procédural que fournissent tant la Constitution que l'interprétation de son article 34 par le Conseil constitutionnel, il apparaît qu'en l'espèce le rapport était bien une loi en tant qu'il avait été approuvé par le Parlement au terme d'une procédure elle-même parlementaire. Quant au contenu même du rapport, il apparaissait encore qu'il contenait des dispositions elles-mêmes normatives, en tant qu'elles imposaient un certain comportement (le respect d'un seuil).

§ 2. Les lois qui approuvent des conventions sont-elles nécessairement des lois ?

Il arrive également qu'une loi intervienne pour approuver une convention passée entre une personne publique et une personne privée et le juge administratif peut être conduit à connaître d'une telle loi à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir exercé contre une décision implicite de refus de déclasser la loi en question que le Premier ministre pourrait lui-même prendre sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution

On pourrait s'attendre à ce que, confronté à une telle loi, le juge administratif la qualifie d'acte réglementaire au seul motif que l'objet de la loi — l'approbation d'une convention — ne figure pas au nombre des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution. Mais plutôt que de choisir une telle solution de principe, le juge s'attache à examiner la portée réelle de la loi au regard de la convention qu'elle approuve. Il s'interroge alors sur l'objectif recherché par le législateur lors de l'approbation, ou encore, s'intéresse à la fonction que cette loi d'approbation remplit eu égard au contenu même de l'acte conventionnel approuvé. S'il apparaît que ce dernier contient une disposition illicite qui n'a été rendue licite que par la loi elle-même, cette dernière est reconnue comme étant de nature législative (v. CE 27 juill. 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 295637, *RFDA* 2009. 1263 concl. Boulouis).

Section 2. L'identification des normes par leur matière

La loi est définie matériellement par la Constitution de 1958, en ce sens que certaines matières lui sont réservées ; le législateur aurait donc une compétence d'attribution et non plus de principe. Ces matières réservées à la loi sont déterminées par les dispositions du Préambule et celles de l'article 34 de la Constitution. Inversement, l'article 37 de la Constitution disposant que « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », le pouvoir réglementaire semble disposer d'une compétence de principe. Le fait est que les deux domaines communiquent et qu'accroître l'un revient mécaniquement à appauvrir l'autre.

§ 1. Le texte de la Constitution

Toutes les matières figurant aux deuxième et troisième alinéas de l'article 34 ne concernent certes pas l'action de l'administration, mais c'est le cas de la majorité d'entre elles. Ainsi, il revient à la loi de fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ; le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du

secteur public au secteur privé.

Par ailleurs, en vertu du quatrième alinéa de l'article 34, la loi doit aussi intervenir pour déterminer les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale et de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. D'autres matières figurant au même alinéa ne concernent pas l'action administrative, mais il convient aussi de mentionner le droit syndical — car, sauf exception, les fonctionnaires ont le droit d'adhérer à un syndicat —, et la sécurité sociale — car les caisses de sécurité sociale sont des personnes privées investies d'une mission de service public. Enfin, le droit administratif n'est pas indifférent à des matières telles que l'enseignement et la préservation de l'environnement.

Il reste que la distinction formellement inscrite à l'article 34 de la Constitution entre « règles » et « principes » n'a jamais reçu de valeur autre que didactique et le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que l'intervention de la loi ne dispensait pas le pouvoir réglementaire d'intervenir en vue de son application, précisant que « si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la fixation des règles concernant l'exercice des droits civiques, il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles » (CE 3 juill. 1996, *Meyet, Lebon 257*).

On a donc eu raison de conclure que sous l'apparence d'un dualisme, « la réalité juridique de l'article 34 est celle son unité » (R. Chapus).

§ 2. L'interprétation du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État

Cette liste de matières, qui résulte d'une lecture statique de la Constitution, a été enrichie par l'interprétation dynamique du texte produite par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a combiné l'article 34 avec d'autres dispositions de la Constitution et de son Préambule et permis d'étendre assez considérablement le domaine de la loi.

Ainsi, de ce que le texte de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 pose en principe que les bornes de la liberté ne peuvent être déterminées que par la loi, il lui est apparu logique d'affirmer que c'est à la loi qu'il revient de dire ce que sont ces limites en matière de liberté individuelle (art. 7), de liberté d'opinion (art. 10), de liberté d'expression et de presse (art. 11) et de droit de propriété (art. 17). À quoi on peut ajouter la liberté d'association, reconnue au titre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », ainsi que l'égalité entre hommes et femmes, tout comme la réglementation du droit de grève en vertu des « principes particulièrement nécessaires à notre temps ».

Enfin, il ressort de la lettre même de la Constitution que l'existence de certaines normes, ou du moins leur entrée en vigueur, dépend de l'intervention d'une loi. Ainsi, l'article 72 alinéa 1 dispose que « Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées » ; de même, c'est la loi qui peut seule déterminer leur « libre administration » ; et c'est par elle, encore - et par elle seulement - que les traités et conventions internationales peuvent être ratifiés ou approuvés (art. 53).

En dehors de toute disposition expresse, le Conseil constitutionnel a aussi organisé les rapports entre la loi et les normes jurisprudentielles.

Il a ainsi jugé qu'« il ne peut être dérogé à un principe général du droit que par une

disposition législative » (Cons. const., n° 1969-55 L du 26 juin 1969, *Rec. Cons. const.* 27 : à propos du principe selon lequel le silence gardé par l'administration vaut rejet). Le Conseil constitutionnel a aussi reconnu à la loi seule compétence pour concilier une liberté fondamentale avec des objectifs et droits constitutionnels susceptibles d'entrer en opposition (Cons. const., n° 1984-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, *Rec. Cons. const.* 78). Or, il ne fait guère de doute que les rédacteurs de la Constitution n'avaient pas du tout pris en compte ces normes jurisprudentielles que constituent tant les principes généraux que les objectifs à valeur constitutionnelle dont la production contribue à l'extension du domaine législatif et, par conséquent, à la réduction de celui du règlement.

En réalité, cette évolution n'a rien de très étonnant. Elle ne révèle nullement une quelconque contrariété ou contradiction entre le texte et sa pratique. Le fait est admis par tous : l'esprit, tout comme le contexte normatif qui a présidé à l'élaboration de la Constitution, ont profondément changé. Les facteurs de changement sont nombreux, mais on peut ici en retenir au moins deux. D'une part, l'enracinement du régime politique et des rapports entre les pouvoirs publics mis en place par le texte de 1958 écarte tout risque de voir le Parlement recouvrer la souveraineté qu'il a pu avoir dans le passé. Cela conduit le gouvernement à « laisser faire » le Parlement. Cette liberté peut s'expliquer par des raisons stratégiques : un texte législatif n'est pas susceptible de recours devant la juridiction administrative et il bénéficie donc d'une sorte d'immunité — peut-être l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité conduira-t-elle à modifier cette stratégie. Cela peut aussi s'expliquer par des raisons axiologiques ou politiques : il peut arriver que le gouvernement juge préférable de laisser le Parlement intervenir sur certains sujets, compte tenu de l'importance des mesures à prendre (on peut citer, par ex., la loi d'orientation sur l'organisation de la République du 6 févr. 1992 qui, dans son art. 2, définit les compétences respectives de l'administration centrale de l'État et des services déconcentrés ; et ce, alors que tout laisse penser que cette répartition devrait relever du domaine réglementaire). Enfin, on peut évoquer des raisons proprement juridiques qui ont conduit à appréhender sous un nouveau jour la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Ainsi, par exemple, les normes organisant la procédure administrative, que celle-ci soit contentieuse ou non d'ailleurs, relevaient initialement de la compétence du pouvoir réglementaire. On ne compte pas le nombre de décrets qui en sont à l'origine, non plus que le nombre d'annulations dont ils ont fait l'objet de la part du Conseil d'État. Or, compte tenu du fait que ces normes sont susceptibles de mettre en cause les droits et libertés dits fondamentaux, eux-mêmes protégés par des normes supra législatives — constitutionnelles ou conventionnelles —, elles apparaissent comme relevant non plus du domaine réglementaire, mais du domaine législatif.

Il reste que la modification voire, selon certains, l'inversion des priorités entre loi et règlement n'a pas fait disparaître les pouvoirs conférés au gouvernement pour empêcher le Parlement de sortir de son domaine.

§ 3. *Les pouvoirs du gouvernement*

La Constitution met à la disposition du gouvernement deux moyens de reprendre la main sur le domaine réglementaire, moyens dont la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fortement limité l'efficacité. Le Conseil constitutionnel a même contribué, par sa jurisprudence dite de l'incompétence négative, à étendre ou du moins

renforcer le domaine de la loi.

A. L'article 41 de la Constitution

Ainsi, l'article 41 de la Constitution peut toujours être invoqué par le gouvernement pour opposer l'irrecevabilité, au cours de la procédure législative, à une proposition de loi ou un amendement qui ne serait pas du domaine de la loi.

Mais ce pouvoir a lui-même fait l'objet d'un sérieux tempérament. D'abord, parce qu'il est devenu difficile de distinguer clairement ce qui relève de chacun des domaines. Ensuite, parce que le Conseil constitutionnel a reconnu « qu'une loi qui empiète sur le domaine du règlement n'en est pas pour autant inconstitutionnelle » (Cons. const., n° 1982-143 DC du 30 juill. 1982, dite *Blocage des prix et des revenus*, Rec. Cons. const. 57). Ce faisant, il a transformé en faculté ce qui apparaissait ou avait pu apparaître comme une obligation. Si cette décision peut largement se justifier pour des raisons d'ordre pratique, sa portée politique n'en demeure pas moins considérable.

Cet article 41 a subi une modification importante avec la révision de 2008 (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2009) qui a étendu aux présidents des assemblées la faculté, jusqu'alors reconnue au seul Gouvernement, d'opposer l'irrecevabilité. On a interprété cette disposition non comme le prolongement de la rationalisation du parlementarisme mais comme un moyen de permettre au législatif et à l'exécutif d'améliorer la qualité de la loi « dans une logique de coopération » (B. Quiriny, « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, 2010/2 n° 82, p. 313-328, ici p. 318). L'avenir dira si le moyen est adapté à la fin – mais encore faudrait-il que celle-ci soit aisément identifiable...

B. L'article 37 alinéa 2 de la Constitution

Le gouvernement dispose d'un second moyen de reprendre la main sur un domaine qui lui aurait échappé par le biais du « déclassé » prévu à l'article 37 alinéa 2. Ce dernier dispose que les textes de forme législative intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 peuvent être modifiés par décret à la condition que le Conseil constitutionnel ait déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire.

Toutefois, là encore, le pouvoir du gouvernement a subi un tempérament. En effet, si le gouvernement peut prendre l'initiative d'un déclassé, il peut aussi être saisi d'une demande en ce sens, demande que rien ne l'oblige à satisfaire. Il reste que le Conseil d'État a rattaché cette faculté de saisir le Conseil constitutionnel à « l'exercice du pouvoir réglementaire » — et non aux actes de gouvernement, comme on aurait pu *a priori* le penser — et s'est donc donné les moyens de le contrôler. Ainsi, le refus du Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel est-il désormais susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, sect., 3 déc. 1999, *Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Lebon 379). Les fort nombreux commentaires que cette décision a suscités ont pris la mesure de son importance politique, non sans parfois relever combien elle demeurerait d'application difficile. En effet, compte tenu de ce qu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire, seule une erreur manifeste d'appréciation pourrait être opposée au Premier ministre. Or, précisément, s'il est vrai que la distinction matérielle entre le domaine réglementaire et législatif est devenue plus confuse, comment reprocher au Premier ministre de ne pas parvenir à les

distinguer ? Et quand bien même on y parviendrait mieux que lui, comment justifier que le Premier ministre se voie imposer de saisir le Conseil constitutionnel alors que, d'une part, la lettre du texte constitutionnel lui confère clairement une faculté et non un devoir et que, d'autre part, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui-même que le respect de la distinction entre les domaines de la loi et du règlement relève là encore d'une faculté et non d'une obligation ?

Il convient ici d'ajouter que, postérieurement à cette décision du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, jugé que « si le deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution ouvre au Gouvernement la possibilité (*sic*) de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de déclarer que des textes de forme législative, intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, ont un caractère réglementaire et peuvent donc être modifiés par décret, il est loisible au législateur d'abroger lui-même des dispositions de nature réglementaire figurant dans des textes législatifs » (Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136). Cette affirmation mérite l'attention en ce que, d'une part, elle rappelle que la mise en œuvre de la technique dite du déclassement est une faculté et non une obligation et, d'autre part, elle reconnaît au législateur une faculté équivalente, distribuant également ou équitablement entre le Parlement et le Gouvernement le pouvoir d'organiser la répartition des matières relevant de leur compétence. On pourrait enfin ajouter que si elle ne contredit pas ouvertement la décision du Conseil d'État qui la précède de quelques jours, elle la prive de toute nécessité pratique.

C. La jurisprudence de l'incompétence négative

Enfin, la jurisprudence dite de « l'incompétence négative » que Conseil constitutionnel a développée tend évidemment à favoriser l'extension du domaine de la loi en dehors du strict cadre imaginé — sinon fantasmé — par le Constituant.

De plus en plus fréquemment invoqué, et contrôlé, ce vice de constitutionnalité est désormais susceptible d'être soulevé d'office par le Conseil constitutionnel (Cons. const., n° 1983-165 DC du 20 janv. 1984, *Rec. Cons. const.* 38). Ce cas d'inconstitutionnalité constitue un moyen de sanctionner la délégation, implicite et *de facto* plus qu'explicite et *de jure*, à d'autres autorités, administratives ou non, du pouvoir d'édicter les règles qui relèvent de la compétence du Parlement. Il s'analyse comme un « appel au Parlement » (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^e éd., 2010, § 134) pour qu'il assume ses responsabilités politiques.

Si ce moyen n'est opérant qu'à la condition que la Constitution ait elle-même prévu l'intervention du législateur, ce dernier est tenu, le cas échéant, de ne pas céder son pouvoir et ainsi de déterminer « précisément » les règles relevant de sa compétence, afin de ne pas laisser aux autorités chargées de la mise en œuvre de la loi un pouvoir d'appréciation qui, pour les administrés, confinerait à l'arbitraire. Le Conseil constitutionnel vérifie donc que, en confiant à un décret le soin de déterminer ses conditions d'application, la loi n'a pas conféré au pouvoir réglementaire « le pouvoir de fixer des règles ou des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi » (Cons. const., n° 1980-115 DC du 1^{er} juill. 1980, *Rec. Cons. const.* 67). Autrement dit, la délégation ne peut aller jusqu'à autoriser un empiétement sur le domaine de la loi lui-même. On mesure ici que cette jurisprudence rejoint celle relative à la clarté et l'intelligibilité de la loi.

La portée de cette jurisprudence est toutefois limitée par le juge administratif, qui, à l'occasion du contrôle des actes pris sur habilitation législative, se borne à vérifier qu'ils ne dépassent pas le cadre de la délégation, sans remettre celle-ci en cause. En effet, même si le Conseil d'État tend aujourd'hui à prendre en compte l'impact des règles constitutionnelles sur les lois antérieures (par ex. en constatant l'abrogation implicite d'une loi contraire à une disposition constitutionnelle postérieure ; CE, ass., 16 déc. 2005, *Ministre du travail, du travail et de la solidarité et syndicat national des huissiers de justice*, RFDA 2006. 41, concl. Stahl ; CE, ord. 21 nov. 2005, *J-C. Boisvert*, RFDA 2006. 41, concl. Stahl ; CE, sect., 23 nov. 2005, *Mme Baux*, RFDA 2006. 32, concl. Keller), ou en vérifiant la compatibilité d'une loi antérieure avec la Charte de l'environnement, désormais mentionnée dans le Préambule de la Constitution, il n'en maintient pas moins son refus de principe d'apprécier la constitutionnalité des lois (CE, sect., 6 nov. 1936, *Arrighi, Lebon* 966).

Ainsi, avec le concours du juge administratif, des lois non soumises à la censure du Conseil constitutionnel peuvent étendre la compétence du pouvoir réglementaire au domaine de l'article 34 : le Conseil d'État a par exemple jugé qu'un décret « qui fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des redevances perçues par les agences de bassins trouve son fondement dans les dispositions de la loi, dont il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier la conformité à la Constitution » (CE, sect., 17 févr. 1989, *Assoc. syndicale des arrosants du Canal du Béal*, RFDA 1990. 279, concl. Martin-Laprade). L'écran législatif peut donc justifier les empiètements sur les matières de l'article 34.

Cette norme constitutionnelle de compétence que constitue l'incompétence négative peut, en outre, être soulevée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité à la condition toutefois que soit affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cette dernière condition résulte du texte même de l'article 61-1 de la Constitution, lequel ne semble pas *a priori* viser les normes constitutionnelles de compétence, mais seulement celles qui tendent à protéger « les droits et libertés que la Constitution garantit ».

Reste que, si le Conseil constitutionnel a admis ce moyen, sa mise en œuvre s'avère pour le moins délicate. Il ne semble guère aisé de démontrer non seulement que le législateur a méconnu la compétence en renvoyant à un décret le soin de définir certaines règles, mais encore que cette méconnaissance porte atteinte à un droit ou liberté que la Constitution garantit — car, au risque de le répéter, la seule méconnaissance de sa compétence par le législateur ne saurait être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (v. décisis. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, JO du 19 juin 2010, p. 11149, et décisis. n° 2010-95 QPC du 28 janv. 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autres*, JO du 29 janv. 2011, p. 1896, dans lesquelles le Conseil constitutionnel juge cependant que « la disposition contestée n'est contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit »). On se doit pourtant pas de relever que, en ce qui concerne la première affaire, la société requérante se fondait sur l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, lequel consacre explicitement le « droit » de tous les citoyens « de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique... ». Cela n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de juger que « les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et « n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être

invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. » Faudra-t-il à l'avenir distinguer entre deux catégories de « droits » : les nominaux qui figurent dans le texte et les réels qui peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ?

Ajoutons enfin que le Conseil d'État refuse d'apprécier si une loi est entachée d'incompétence négative, car cela le conduirait à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, ce qu'il s'interdit toujours de faire (CE 21 mars 2007, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 277892).

§ 4. *L'autonomie relative des règlements autonomes*

La distinction des matières législatives et réglementaires avait originellement vocation à permettre le développement, voire l'émancipation, d'un pouvoir réglementaire « autonome » vis-à-vis de la loi et lui-même distinct du pouvoir réglementaire d'application ou d'exécution des lois. Dans la mise en œuvre de ce pouvoir, le gouvernement était censé disposer d'une liberté d'action équivalente à celle du Parlement.

De là, on a cru pouvoir déduire *a priori* que le gouvernement était une sorte de « législateur de droit commun » et que, tenant lieu de lois dans les matières réglementaires, les règlements autonomes en avaient aussi le rang.

Cette interprétation a toutefois été très vite battue en brèche par le Conseil d'État. Ce dernier a en effet imposé aux règlements autonomes le respect des « principes généraux du droit » (CE, sect., 26 juin 1959, *Synd. général des ingénieurs conseils, Lebon 394*). Cette jurisprudence a servi à identifier clairement le fait que si les règlements autonomes ne dépendent pas, quant à leur existence, de la loi, ils ne peuvent toutefois être confondus avec elle : quand bien même on leur reconnaît une souveraineté, elle n'est pas absolue, mais relative, et ne vaut que pour le domaine réglementaire. Elle a aussi nourri la thèse selon laquelle la valeur juridique de ces principes dépendait de la place occupée par le juge administratif dans l'ordre juridique interne : juge du décret et non de la loi, la norme qu'il énonce a donc une valeur infra législative et supra décrétole (R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », Dalloz, 1960, chron. p. 119 ; et « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », Dalloz, 1966, chron. p. 99, désormais repris dans *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 93 s. et p. 112 s.). Cette thèse, en apparence convaincante, a connu un très large succès. On peut toutefois remarquer qu'elle repose, d'une part, sur la pétition de principe que le juge administratif est toujours soumis à la loi — ce qui est loin d'être démontré et a même été infirmé par les décisions 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 et 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 (*JO* du 7 oct. 2010, p. 18154, et *JO* du 15 oct. 2010, p. 18540), dans lesquelles le Conseil constitutionnel affirme que l'interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition sa portée effective — et que, d'autre part, cette thèse reconnaît implicitement, mais nécessairement, que l'expression « principes généraux du droit » désigne en réalité des « principes généraux du juge » et contredit ainsi l'idée *a priori* que ces principes s'imposeraient au juge lui-même.

Par ailleurs, l'expérience a montré que le domaine réel d'intervention des règlements autonomes est quantitativement faible. Ainsi, sont concernées l'organisation de

l'administration de l'État et des juridictions, la procédure administrative en matière non contentieuse et en matière juridictionnelle, la procédure civile et les contraventions de police, à quoi on pourrait ajouter le statut des agents publics non titulaires... Quand bien même ces matières seraient qualitativement importantes, on ne peut non plus négliger que la loi reste parfois indispensable dès lors que toute intervention dans ces domaines peut conduire à mettre en cause des règles ou des principes.

À cet égard, le Conseil constitutionnel a tenté de se servir d'un critère de répartition des compétences entre la loi et le règlement au terme duquel quand une disposition « met en cause » des règles ou principes, elle relève du domaine législatif et quand elle « met en œuvre » ces mêmes règles ou principes, elle relève du domaine réglementaire (v. par ex. Cons. const., n° 1988-157, *Loi du 10 mai 1988*, *Rec. Cons. const.* 56 et Cons. const., n° 1994-176 *Loi du 10 mars 1994*, *Rec. Cons. const.* 67). Mais il faut bien convenir que la mise en œuvre de ce critère met elle-même en cause la fonction qu'il est supposé remplir : il ne permet guère de fixer une ligne de conduite aux autorités publiques et apparaît bien davantage comme la justification d'une répartition des compétences qui relève de la seule appréciation casuistique du Conseil constitutionnel lui-même.

Enfin, la question du fondement juridique du pouvoir réglementaire autonome est devenue problématique (v. F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJ* 1979.3 et « Le Conseil d'État et la Constitution », *Rev. adm.* 1979. 141).

De son côté, le juge administratif paraît conférer aux règlements autonomes et aux règlements d'application un statut juridique distinct. Les premiers semblent être fondés sur le seul article 37 de la Constitution et leur validité dépend de leur conformité avec la répartition des compétences opérée par l'article 34 : ils sont valides si leurs dispositions n'empiètent pas sur le domaine de la loi (CE, sect., 8 oct. 1971, *SA Librairie Maspero*, *Lebon* 589).

En revanche, les règlements d'application des lois ne tirent pas leur validité de la conformité à la Constitution, mais de la loi, et s'il fallait leur trouver un fondement juridique ultime, celui-ci se trouverait dans l'article 21 de la Constitution qui prévoit que le Premier ministre « assure l'exécution des lois » et que « sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire ». Dans ces conditions, quand bien même la loi serait intervenue dans le domaine réglementaire, elle ferait « écran » et préserverait ainsi de toute annulation les règlements qui se bornent à en faire application (v. CE 18 nov. 1964, *Martin*, *Lebon* 557 et CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Lebon* 33).

Le Conseil constitutionnel ne semble pas opérer cette même distinction, mais fonde la validité des règlements autonomes et d'application sur le seul article 37 de la Constitution. Reconnaisant que la Constitution « laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires à l'application des lois » (v. Cons. const., n° 1976-94 L du 2 déc. 1976, *Rec. Cons. const.* 67), le Conseil constitutionnel fait ainsi perdre aux règlements autonomes toute la spécificité qu'on pouvait être tenté de leur reconnaître initialement.

De là l'idée défendue avec brio que les règlements autonomes sont toujours *mutatis mutandis* déterminés par la loi et que les règlements authentiquement autonomes « n'existent pas » (L. Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987. 882 et auparavant, du même, « Les règlements autonomes existent-ils ? », in

Mélanges G. Burdeau, LGDJ, 1976, p. 405) : il n'y a que des matières à faible, moyenne ou forte détermination législative ; mais, même autonomes, les règlements sont toujours subordonnés, soit à la loi, soit aux principes généraux que le juge administratif est susceptible de leur opposer.

Il reste que s'il fallait trouver un critère de répartition des compétences entre le législateur et le gouvernement, il serait tiré de « l'état de la législation antérieure ». Appliqué de façon constante par le Conseil constitutionnel depuis une décision de principe du 27 novembre 1959 (Cons. const., n° 1959-1 FNR, *Rec. Cons. const.* 71), il le conduit à prendre en compte la situation de partage *in concreto* et non *in abstracto*. Ainsi, confronté à la question de savoir lequel, de la loi ou du règlement, peut intervenir dans certaines matières, le Conseil constitutionnel s'attache à déterminer si des limitations générales y ont déjà été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires. Ainsi, tant qu'un principe n'a pas fait l'objet de restrictions législatives, seul le législateur est compétent pour les décider. En revanche, une fois le législateur intervenu, le Conseil constitutionnel attribue au pouvoir réglementaire la compétence pour les aménager ou les modifier. Cette ligne de partage a certes incontestablement permis une extension du pouvoir réglementaire au-delà de la lettre de l'article 37. Mais elle n'empêche pas non plus une extension, dans le même temps, du domaine de la loi.

En définitive, on s'accorde à admettre que le contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel a conduit, non pas à renforcer le pouvoir réglementaire, ni non plus le pouvoir du Parlement, mais bien plutôt celui du Conseil constitutionnel lui-même, qui est apparu comme le grand maître de la distribution des compétences entre l'un et l'autre.

Section 3. Le pouvoir réglementaire, un pouvoir partagé

En dépit des apparences que l'expression crée, ce que l'on appelle « pouvoir réglementaire » est partagé entre plusieurs autorités et s'exerce sous des formes et appellations diverses.

Les détenteurs de ce pouvoir sont d'abord le Premier ministre et le chef de l'État, qui détiennent ce pouvoir en vertu de l'article 21 de la Constitution pour le premier, de l'article 13 pour le second. Ce dernier pouvoir s'est ajouté au pouvoir de police du Chef de l'État que le Conseil d'État lui reconnaît en vertu de ses pouvoirs propres (CE 8 août 1919, Labonne, *Lebon* 737).

Les ministres disposent également d'un pouvoir réglementaire la plupart du temps sur délégation de la loi ou du décret, pouvoir qui ne saurait cependant empiéter sur celui du Premier ministre. Par ailleurs, les ministres participent au pouvoir réglementaire général en ce que, sauf exception, ils contresignent les décrets pris par le président de la République et le Premier ministre et manifestent ainsi l'unité de l'action étatique.

On doit ajouter que, lorsqu'il intervient en exécution de la loi, le pouvoir réglementaire général a l'obligation de prendre les règlements nécessaires à l'application des lois. Cela découle d'abord de ce que l'invitation à prendre les règlements est permanente et ne s'épuise pas avec l'édition des premiers règlements. Cela découle ensuite de l'interprétation de l'article 21 de la Constitution proposée par le Conseil d'État depuis une dizaine d'années et selon laquelle : « en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre "assure l'exécution des lois" et "exerce le pouvoir réglementaire" sous

réserve de la compétence conférée au président de la République par l'article 13 de la Constitution ; [...] l'exercice du pouvoir réglementaire comporte, non seulement le droit, *mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi*, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle » (CE 28 juill. 2000, *Assoc. France nature environnement [AFNE]*, RFDA 2000. 1167, v. aussi CE ass. 7 juill. 2004, *Danthony*, AJDA 2004. 1836 et CE Sect. 26 juill. 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, RFDA 1996. 768, concl. C. Maugué). La violation de cette obligation engage la responsabilité de l'Etat pour faute et l'indemnisation des éventuels préjudices est soumise aux conditions ordinaires de ce régime. Mieux encore, en l'absence des décrets d'application, le Conseil d'État a ordonné sous astreinte l'édiction des décrets dans un délai de six mois, ouvrant ainsi aux justiciables une voie de droit sinon assez méconnue du moins peu utilisée (v. D. de Béchillon, « A propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois. Quelques leçons à tirer de l'état du droit », AJDA 2009. 686) et qui reste fermée aux parlementaires auxquels le Conseil d'État oppose le défaut d'intérêt à agir (CE Ass. 2 févr. 1987, *Joxe et Bollon*, *Lebon* 25 ; concl. Massot, RFDA 1987. 176 ; CE 27 févr. 1987, *Noir*, *Lebon* 58 ; concl. C. Vigouroux, *RD publ.* 1987. 1669 et CE 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, RFDA 2004. 1103 concl. Casas). Cette dernière solution est d'ailleurs discutée en doctrine (v. E. Sagalovitch, « Pour la reconnaissance d'un intérêt pour agir du Parlement devant le Conseil d'État », AJDA 2008. 321 et la réponse d'E. Carpentier, « L'intérêt à agir du Parlement et des parlementaires devant le Conseil d'État », AJDA 2008. 777).

Au niveau national, de nombreuses autorités détiennent le pouvoir d'édicter des règles générales et abstraites, tels les préfets et les autorités délibérantes et exécutives des collectivités territoriales, au premier rang desquelles le maire (qui dispose d'un pouvoir de police général exercé par l'édiction de règlements).

Enfin, le pouvoir réglementaire a également été reconnu aux autorités administratives indépendantes, aux directeurs des établissements publics, ainsi qu'à des personnes privées chargées d'une mission de service public (on peut notamment citer les ordres professionnels, les fédérations habilitées ainsi que les sociétés qui gèrent un service public industriel et commercial).

Mais le problème majeur que pose le pouvoir réglementaire est moins celui de ses détenteurs, dont l'identification est assez aisée, que de son fondement juridique : constitution, loi, droit supranational, pouvoir implicite... autant de sources d'un pouvoir qui semble cruellement manquer d'unité.

§ 1. Les détenteurs du pouvoir réglementaire en vertu de la Constitution

Le partage du pouvoir réglementaire entre deux autorités constitutionnellement habilitées a conduit à des développements assez complexes, dont les conséquences politiques furent d'autant plus remarquables qu'on se situait en période de cohabitation.

En effet, la Constitution dispose en son article 13 que « Le président de la République signe les ordonnances et *les décrets délibérés en Conseil des ministres* ». Cela représente une cinquantaine de décrets par an.

La délibération d'un décret en Conseil des ministres intervient dans trois hypothèses : a) en application d'une prescription constitutionnelle ou législative (ex. : art. 76 de la

Constitution sur la consultation des populations de Nouvelle-Calédonie) ; b) en application d'une prescription réglementaire, fixée elle-même par décret en Conseil des ministres (décret du 22 janv. 1959 relatif aux attributions des ministres) ; c) en application de la seule volonté du Président, qui est maître de l'ordre du jour du Conseil des ministres et peut donc décider d'inscrire tel ou tel projet de décret ne relevant pas normalement de sa compétence. Bien sûr, un tel cas est assez rare ; surtout, il n'intervient qu'en période d'accord entre le Président et la majorité parlementaire, donc en dehors des périodes de cohabitation (ex. : décret du 24 juill. 1985 fixant la liste des emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement pris en application de l'art. 25 de la loi du 11 janv. 1984 portant des dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, qui renvoie à des décrets en Conseil d'État et non en Conseil des ministres).

Ce dernier cas manifeste la dimension très politique de la signature des décrets et soulève une question plus générale : le Président a-t-il le droit de signer des décrets délibérés en Conseil des ministres, alors qu'aucun texte n'impose cette délibération ? La question est importante car, une fois un décret adopté selon la procédure de la délibération en Conseil des ministres, la question se posera de savoir s'il doit ensuite être modifié selon cette procédure.

Dans un premier temps, le Conseil d'État a considéré qu'un décret réglementaire pris en Conseil des ministres était un acte émanant du Premier ministre et non du Président (CE 19 oct. 1987, *Synd. autonome des enseignants de médecine et autres*, *Lebon* 52). Ainsi, la signature du Président devenait superfétatoire et, en période de cohabitation, le Président se trouvait privé du pouvoir d'étendre son propre pouvoir contre la volonté du gouvernement défendant une ligne politique opposée à la sienne.

Mais le Conseil d'État est par la suite revenu sur cette jurisprudence en considérant que seul un décret délibéré en Conseil des ministres pouvait, en vertu du parallélisme des formes, modifier ou abroger un décret lui-même délibéré en Conseil des ministres, y compris alors même qu'aucun texte ne l'imposait (CE, ass., 10 sept. 1992, *Meyet*, *Lebon* 327 ; concl. D. Kessler, *Lebon* 331, à propos des décrets organisant le référendum de 1992 sur la ratification du traité de Maastricht : « les décrets attaqués ont été délibérés en Conseil des ministres ; [...] par suite, et alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, ils devaient être signés, comme ils l'ont été, par le président de la République »). Cette solution a suscité de nombreuses critiques, faisant valoir qu'elle revenait à attribuer au Président le pouvoir de définir librement sa propre compétence, contrairement à ce qui constitue une sorte de règle fondamentale — bien que non écrite — du droit public, à savoir que la compétence d'une autorité administrative dépend d'un texte et non d'elle-même (v. F. Luchaire, « La matière ou la forme », *RFDC* 1995, n° 21, p. 3).

Dans son rapport (1993), le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, dit Comité Vedel, proposait de modifier la rédaction de l'article 13 de la Constitution en ce sens : « Les décrets délibérés en Conseil des ministres ne peuvent être abrogés ou modifiés que par décret pris dans les mêmes formes lorsque cette délibération est exigée par une disposition constitutionnelle ou législative ». Dès lors, si la modification ou l'abrogation d'un décret réglementaire pris après délibération du Conseil des ministres, sans que cette délibération ait été exigée par un texte, était envisagée, il n'était pas nécessaire de recueillir la signature du Président — à moins que le Gouvernement ne préfère revenir devant le Conseil des ministres. Cette modification ne fut pas retenue par

la loi constitutionnelle du 10 mars 1993.

Par la suite, le Conseil d'État a tenté d'atténuer les effets irréversibles de cette jurisprudence en jugeant que le Président avait la possibilité de donner compétence au Premier ministre, par un décret en Conseil des ministres, afin de modifier certaines dispositions d'un décret délibéré en Conseil des ministres en dehors des cas où la délibération du Conseil des ministres était imposée par la loi ou la Constitution. Si cette solution a pu paraître à certains comme opportune, elle a aussi suscité de vigoureuses critiques, en tant qu'elle maintenait l'essentiel de la solution *Meyet* (CE 9 sept. 1996, *Min Défense c/ Collas et autres*, *Lebon* 347) et constituait le Président en maître quasi absolu de sa propre compétence et, accessoirement, de celle du Premier ministre.

Par ailleurs, aussi étrange que cela puisse paraître, il est arrivé que le Président signe des décrets non délibérés en Conseil des ministres, autrement dit, des décrets qui ne lui avaient pourtant pas été soumis en Conseil des ministres.

Le Conseil d'État est là aussi intervenu et a apporté une réponse des plus simples et pacificatrices : un décret signé par le Président, mais non délibéré en Conseil des ministres, est considéré comme émanant du Premier ministre s'il est signé par ce dernier et par les ministres chargés de son exécution. Autrement dit, la signature du Président est surabondante et le décret pourra donc être modifié par un décret simple du Premier ministre (CE 27 avr. 1962, *Sicard*, *Lebon* 279).

§ 2. Les détenteurs du pouvoir réglementaire sur habilitation législative

Traditionnellement, le chef de l'exécutif dispose d'un pouvoir réglementaire subordonné l'autorisant à prendre par décret les mesures d'application des lois. De longue date, l'utilisation de cette compétence a permis d'attribuer l'essentiel du pouvoir de réglementation à l'administration, jugée généralement plus apte à préparer, avec la rapidité et la discrétion souhaitables, des mesures souvent techniques, urgentes et parfois impopulaires. Ainsi, des lois peuvent poser quelques principes généraux (on les a parfois qualifiées de « lois-cadres ») en habilitant le pouvoir réglementaire à prendre toutes mesures d'application. Par exemple, sous le Second Empire, des lois des 2 juillet 1862 et 28 mars 1885 sur les marchés à terme ont confié à des règlements d'administration publique le soin d'arrêter les dispositions nécessaires au bon déroulement de la négociation et de la transmission des valeurs mobilières : de ce fait, c'est l'administration qui a organisé la profession d'agent de change, ses organes professionnels et son régime disciplinaire. De même, la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, qui, modifiée et intégrée au Code de la Consommation, constitue encore aujourd'hui l'ossature de notre régime de protection des consommateurs, était surtout importante par les compétences qu'elle déléguait au chef du gouvernement et aux ministres.

Avant 1958, le problème de la constitutionnalité de telles pratiques ne se posait pas : le législateur pouvait déterminer souverainement les champs d'application respectifs de la loi et du règlement. Il n'en va plus de même avec la constitution de 1958, qui sépare les deux domaines de manière en principe exclusive. La nouvelle répartition a suscité un enchaînement de questions.

A. La question de la subsistance des habilitations législatives antérieures à 1958

On pouvait considérer que la nouvelle répartition opérée par les articles 34 et 37 rendait automatiquement caduques les habilitations données au pouvoir réglementaire dans des matières relevant désormais de la loi. Cette analyse aurait présenté d'importants inconvénients pratiques, en paralysant l'action gouvernementale jusqu'à l'adoption de nouvelles délégations. C'est sans doute pourquoi le Conseil d'État a adopté la solution contraire : pour lui, « les prescriptions de l'article 34 de la constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au gouvernement par les textes antérieurs, qui sont de nature législative » (CE, ass., 27 mai 1960, *Lagaillarde, Lebon* 369).

Ainsi, « la répartition des matières qui sont du domaine de la loi et de celles qui ont un caractère réglementaire telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 est sans influence sur le pouvoir que le gouvernement tire de l'article 11 de la loi du 1^{er} août 1905 de prendre, pour assurer l'application de cette loi, des règlements » (CE 14 avr. 1967, *Sté des Cafés Excella, Lebon* 159). De même, c'est encore le décret-loi du 12 novembre 1938 pris en application de la loi du 5 octobre 1938 qui habilite valablement le gouvernement à régler par décret le régime des marchés publics des collectivités territoriales, qui devrait normalement relever de la loi (CE, ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Lebon* 90, *concl. Piveteau*).

B. La question de la constitutionnalité des délégations au pouvoir réglementaire dans les matières de l'article 34

Plus que les ordonnances, soumises aux aléas d'une procédure rigide, ou l'usage du pouvoir réglementaire autonome, subordonné au respect des principes généraux du droit, le vote par la majorité gouvernementale d'un projet de loi accordant au gouvernement une vaste habilitation en termes généraux s'avère commode, puisqu'il peut ouvrir des compétences étendues au Premier ministre, et même, sur subdélégation, aux ministres.

Pour autant, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à d'autres autorités que celles constitutionnellement désignées est subordonnée à deux conditions : d'une part, elle ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi, d'autre part, elle doit être de portée limitée. Sur le fondement de l'article 21, le Conseil constitutionnel a jugé que « ces dispositions confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ; que si elles ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (Cons. const., n° 1988-248 DC du 17 janv. 1989, *Rec. Cons. const.* 17).

C'est ainsi qu'un pouvoir d'édicter des règles générales susceptibles d'application particulière dans le domaine de l'article 34 a été reconnu aux autorités administratives indépendantes, bien que sa « légitimité » demeure contestée (A. Haquet, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RD publ.* 2008. 395). Ce n'est pas ici le lieu de proposer une réponse à cette vaste question. Au mieux peut-on se contenter de souligner qu'elle dissimule une foule de préjugés sur ce que devrait être le pouvoir réglementaire, préjugés qui se prévalent du singulier de l'expression. Or, là comme ailleurs, le droit prend bien des libertés avec les apparences grammaticales et il faut convenir que, si l'on peut imaginer

qu'il provient d'une essence juridique commune, l'exercice de ce pouvoir réglementaire est affaire de degrés.

De même, si la loi peut confier au Premier ministre le soin de fixer par décret — le cas échéant en Conseil d'État —, ses conditions d'application, elle peut aussi dans certains cas ne s'adresser qu'à un ministre en particulier en lui conférant un pouvoir réglementaire dans certaines matières relevant de ses attributions.

À cet égard, on doit noter que l'habilitation législative peut aussi dépendre de l'interprétation que le juge fait de la loi. Même si les termes de celle-ci semblent précis et univoques, le juge peut user de son pouvoir d'interprétation pour y découvrir une habilitation implicite. Ainsi, par exemple, puisque la profession de conducteur de taxi a le caractère d'une activité réglementée par la loi du 20 janvier 1995, l'article 37 de la Constitution habilite le gouvernement à imposer des prescriptions complémentaires, et notamment l'exigence d'une carte professionnelle non prévue par la loi (CE, ass., 7 juill. 2004, *Benkerrou*, *RFDA* 2004. 913, concl. Guyomar : « la profession de conducteur de taxi a le caractère d'une activité réglementée (...) ; il était loisible à l'autorité investie du pouvoir réglementaire de fixer, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de l'art. 37 de la Constitution, des prescriptions complémentaires de celles résultant de la loi du 20 janv. 1995 »).

De même, à défaut de la trouver dans les travaux préparatoires, le Conseil d'État n'hésite pas à reconstruire l'intention du législateur (CE 21 mars 2007, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 277892, où le Conseil d'État juge qu'« alors même qu'il n'a pas explicitement mentionné de décret sur ce point, le législateur n'a adopté les dispositions précitées qu'en étant informé qu'un décret fixerait la pondération entre les quatre critères de répartition qu'il a retenus, et doit dès lors être regardé comme ayant habilité le pouvoir réglementaire à préciser le poids respectif de ces quatre critères »).

Pour d'aucuns, ces solutions consacreront l'existence du « règlement autonome complémentaire », qui se distingue des deux catégories classiques constituées par les règlements autonomes et ceux subordonnés (M. Degoffe et A. Haquet, « La compétence du pouvoir réglementaire autonome pour retirer une carte professionnelle à titre de sanction », *RFDA* 2004. 1130). Mais c'est peut-être créer des entités sans nécessité.

Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales soulève encore une autre difficulté.

En vertu de l'article 72 de la Constitution (dans sa rédaction de 2003), elles « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Mais elles n'en disposent que « dans les conditions prévues par la loi ». On voit ainsi la Constitution déléguer à la loi le soin de mettre en œuvre un principe qu'elle pose et qui ne lui coûte rien. On interprète parfois l'existence de ce pouvoir réglementaire comme une forme de consécration d'un pouvoir déjà existant et qui trouverait son fondement dans des pouvoirs implicites que la Constitution n'aurait pas récusés, mais cantonnés à l'extérieur du domaine législatif (B. Faure, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998. 547). De là, l'invocation du pluralisme pour justifier un partage de compétence plus désiré que réel.

Il demeure que ce pouvoir réglementaire a toujours été pensé comme matériellement résiduel car territorialement limité et donc subordonné au pouvoir réglementaire national. Et ce, quand bien même la loi irait jusqu'à « confier à une catégorie de

collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi » ; car, pour autant, « le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République » (Cons. const., n° 2001-454 DC du 17 janv. 2002, *Rec. Cons. const.* 70).

La réforme de 2003 ne modifie pas cette ligne de partage des eaux du pouvoir réglementaire. En effet, l'introduction à l'article 72 alinéa 4, au profit des collectivités territoriales, de la « dérogation à titre expérimental » à des dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences comprend une limite textuelle qui ne remet nullement en cause l'existence d'une hiérarchie entre le pouvoir réglementaire national et celui local ; car c'est encore une loi — qui plus est, organique — qui détermine les conditions de cette dérogation et celle-ci ne peut porter sur « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ».

§ 3. Le pouvoir réglementaire en vertu de la jurisprudence

La jurisprudence administrative a très tôt reconnu un pouvoir réglementaire aux « chefs de service », mais elle a aussi reconnu au Conseil d'État une participation à l'élaboration de certains règlements.

A. Le pouvoir réglementaire des chefs de service

En vertu d'une jurisprudence constante, les ministres détiennent un pouvoir d'organisation du service qui les conduit à prendre, sans habilitation législative expresse, des mesures réglementaires d'application toutefois limitée.

En effet, comme l'a jugé le Conseil d'État : « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité, et s'ils peuvent notamment, dans la mesure où l'exige l'intérêt du service » (CE 7 févr. 1936, *Jamart, Lebon* 172).

Cette qualité de chef de service peut être reconnue à d'autres qu'aux ministres. Quant aux mesures susceptibles d'être édictées, elles doivent tendre au bon fonctionnement de l'administration placée sous l'autorité du chef de service. Elles peuvent donc être très modestes. Ainsi, Jean Rivero - commentant la jurisprudence *Jamart* - expliquait que la nécessité d'une simple indication d'un sens unique devant un guichet manifeste l'exercice d'un pouvoir réglementaire (J. Rivero, note *S.* 1937, p. 113.). Mais elles peuvent aussi avoir une portée plus importante, notamment lorsqu'elles réglementent la situation des agents relevant de l'autorité du chef de service et déterminent les conditions d'exercice du droit de grève au sein de ce service. Le chef de service est alors tenu de distinguer entre les agents qui pourront se mettre en grève et ceux qui ne le pourront pas, eu égard aux exigences minimales du principe de continuité dans les services publics (CE 7 juill. 1950, *Dehaene, Lebon* 426 ; mais aussi CE 14 mars 1956, *Hublin, Lebon* 117). Ainsi, le Conseil d'État a jugé que : « en l'absence de réglementation par le législateur du droit de grève des fonctionnaires, il revient aux

chefs de service de fixer eux-mêmes, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne les services placés sous leur autorité, la nature et l'étendue des limitations à apporter à ce droit en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels de la Nation » (CE 25 sept. 1996, *Mme Emard*, n° 149284, *D.* 1996. Somm. 248).

Il n'est pas rare que les ministres usent, pour exercer leur pouvoir de chefs de service, de circulaires, instructions ou notes de service. Ces dernières sont certes censées n'avoir aucune portée normative et n'être qu'une paraphrase d'un texte législatif. Elles n'en produisent pas moins de temps en temps — volontairement ou involontairement de la part du ministre, directement ou indirectement à l'égard des administrés — des effets normatifs. Compte tenu de la jurisprudence *Jamart*, elles ne sont pas illégales, pour cette seule raison qu'elles contiendraient une règle nouvelle. Mais elles cessent alors de relever de la catégorie des circulaires pour devenir des règlements à proprement parler. Leur légalité dépend, ensuite, de leur conformité à une norme supérieure (v. les contributions de P. Gonod et X. Dupré de Boulois dans ce vol.).

B. Le Conseil d'État, coauteur de certains règlements

Le parallélisme des formes ne crée pas de difficulté que pour les décrets pris en Conseil des ministres. Il est également source de difficulté pour les décrets dits « en Conseil d'État ».

Ces décrets sont spécifiques pour trois raisons. D'une part, le Conseil d'État se considère comme coauteur du texte et, au contentieux, le défaut de consultation est regardé comme une question de compétence qui doit être soulevée d'office par le juge (CE, sect., 28 mai 1971, *Assoc. des directeurs d'instituts et de centres universitaires*, *Lebon* 390 ; CE, sect., 26 avr. 1978, *Comité d'entreprise de la société nationale de télévision en couleur Antenne 2*, *Lebon* 186). D'autre part, lorsqu'il prend un décret « en Conseil d'État », le gouvernement n'est certes pas tenu de suivre l'avis donné par le Conseil d'État, mais il ne peut pas non plus retenir un autre texte que celui adopté par le Conseil d'État ou, à défaut, le texte dont le Conseil d'État avait été saisi. En effet, le Conseil d'État lui-même juge que toute disposition différant de l'une ou l'autre de ces deux versions doit être annulée (CE, sect., 1^{er} juin 1962, *Union générale des syndicats mandataires des halles centrales et autres*, *Lebon* 362). Enfin, comme on peut s'y attendre, un décret en Conseil d'État ne peut être modifié ou abrogé que par décret en Conseil d'État (CE, ass. 9 nov. 1973, *Sieur Siestrunck*, *Lebon* 625). De même, le Conseil d'État a jugé que « lorsqu'un décret comporte la mention "le Conseil d'État entendu" et ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple, il ne peut être modifié que par décret en Conseil d'État » (CE, ass., 3 juill. 1998, *Synd. national de l'environnement, CFDT*, *Lebon* 272).

Cette solution a certes le mérite de la simplicité, notamment pour le gouvernement ; mais elle soulève une difficulté quant à sa compatibilité avec le droit interne (d'une part) et le droit européen (d'autre part).

En effet, la définition formelle retenue par le Conseil d'État revient à admettre que le décret « en Conseil d'État » est source de sa propre compétence, ce qui remet en cause - là encore - une règle tenue pour essentielle en droit administratif, à savoir qu'une autorité administrative ne peut elle-même créer sa propre compétence (critique adressée plus haut à la jurisprudence *Meyet* qui, donnant du décret en Conseil des ministres une

définition purement formelle, permet au chef de l'État de créer sa propre compétence, puisque c'est lui qui arrête l'ordre du jour du Conseil des ministres).

À l'appui de cette jurisprudence, on peut toutefois considérer qu'elle se situe dans le prolongement historique de celle applicable aux règlements d'administration publique, supprimés en 1980 au profit des décrets en Conseil d'État, et qu'elle trouve toutefois sa justification dans la possibilité qu'elle offre à ce dernier, statuant au contentieux, de soulever d'office le défaut de consultation. Ainsi, elle dissuaderait le gouvernement de toute velléité de se dispenser de la consultation du Conseil d'État lorsqu'elle est obligatoire et représenterait, à ce titre, une garantie importante pour les citoyens.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence marquée par une exigence croissante en matière d'impartialité objective du juge (inspirée de l'adage « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* ») qui l'a conduite à adopter, vis-à-vis du Conseil d'État français (CEDH 9 nov. 2006, *Sté Sacilor — Lormines c/ France*, RFDA 2007. 342, obs. J.-L. Autin et F. Sudre), une position pour le moins circonstanciée et bien moins tranchée que celle adoptée à propos du Conseil d'État luxembourgeois (CEDH 28 sept. 1995, *Sté Procola c/ Luxembourg*, RFDA 1996. 777, note J.-L. Autin et F. Sudre : « dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution »).

L'ironie est que l'arrêt de la Cour a certes rendu nécessaires les réformes à apporter à la dualité fonctionnelle du Conseil d'État et aux garanties d'indépendance de ses membres, mais que ses nuances ont rendu difficile l'évaluation de la pertinence des réformes retenues eu égard aux problèmes soulevés (v. P. Gonod, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins ? », *AJDA* 2008. 630 à propos du décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État. - B. Pacteau, « La désimbrication de la juridiction et de la consultation au Conseil d'État. Jusqu'où ? », in *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 827). C'est pourquoi l'on ne peut exclure que l'adoption d'un nouveau décret soit un jour nécessaire, qui viendrait immanquablement alimenter la plainte de l'inflation normative.

§ 4. Le pouvoir réglementaire sur habilitation européenne

Les normes communautaires imposent fréquemment l'intervention des autorités nationales, chargées de prendre les mesures d'application des orientations définies dans le cadre des politiques communes. En principe, l'autorité nationale compétente devrait être celle habilitée par les normes internes, donc le législateur si la matière relève de l'article 34. Ainsi, selon un avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État (avis n° 310-388 du 22 mai 1973), la norme communautaire ne peut fixer l'ordre des compétences en droit interne, et habiliter le gouvernement à modifier par décret des dispositions législatives.

Cette position de principe n'a cependant pas été confirmée par la section du contentieux. En effet, si celle-ci censure bien l'intervention d'autorités administratives subordonnées prétendant appliquer directement des traités, au motif que « les mesures prises par les autorités nationales pour assurer l'application des normes internationales auxquelles la France a adhéré doivent être édictées dans le respect des règles de répartition des compétences en droit interne » (CE 7 juill. 2004, *EURL Écosphère et autres*, Lebon

T 549), elle accorde à l'habilitation communautaire la portée d'une habilitation législative nationale donnant directement compétence au pouvoir réglementaire en évitant le passage préalable devant le législateur. Ainsi la délégation peut-elle résulter des traités eux-mêmes (V. notamment, CE 18 janv. 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, DA 1974, n° 44 : « dans la mesure où les dispositions du décret attaqué restreignent la liberté du commerce et de l'industrie, elles trouvent une base légale dans l'art. 40 du traité instituant la CEE ») ou du droit dérivé (V. par ex. CE, sect., 22 déc. 1978, *Synd. viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, RTD eur. 1979. 717 concl. Genevois : habilitation par un règlement communautaire). En somme, le droit communautaire fait écran entre l'acte administratif et la constitution. Il n'en reste pas moins que cette démarche revient à donner en fait aux normes communautaires une valeur non seulement supérieure à la loi, mais encore constitutionnelle, puisqu'elles dessaisissent le législateur en modifiant implicitement la répartition opérée par l'article 34.

Avec l'emprise croissante du droit de l'Union européenne, cette jurisprudence risquerait cependant d'aboutir à une véritable dépossession du législateur dans tous les domaines où des mesures de transposition sont nécessaires. C'est pourquoi, afin de concilier les obligations communautaires avec le respect au moins formel des règles de compétence normative, l'habitude semble prise de voter des lois d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de nature législative nécessaires à la mise en œuvre des normes communautaires. Ainsi, par exemple, la loi du 18 mars 2004 autorisait le gouvernement à transposer 23 directives et à prendre les mesures d'application de deux règlements.

Il n'est pas interdit de penser que la très vive préoccupation du Conseil d'État pour les questions juridiques que soulève la protection de l'environnement l'incitent à solliciter la disposition de l'article 34 de la Constitution selon laquelle la loi détermine les principes fondamentaux « de la préservation de l'environnement ». On sait en effet que le Conseil d'État fut le premier à reconnaître la pleine normativité de la Charte de l'environnement, dont il est fait mention dans le préambule de la Constitution en vertu de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 (v. CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, AJDA 2008. 2166 concl. Aguila). Dans deux arrêts du 24 juillet 2009 (Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique, AJDA 2009. 1516), il a limité plus strictement la compétence réglementaire et jugé que l'article 3 de la Charte devait être « interprété comme l'article 7 (même si le terme limites n'y figure pas), en réservant au législateur la définition des conditions de la prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement ou, à défaut, de la limitation de leurs conséquences » et que ne relevaient, « par conséquent, du pouvoir réglementaire, que les mesures d'application de ces conditions ».

§ 5. Les ordonnances de l'article 38

Les ordonnances sont des aménagements de l'ancien procédé des décrets-lois. Elles sont prises par le gouvernement, sur transfert provisoire d'une partie de la compétence législative. Leur procédure d'adoption est assez lourde et sa pratique a révélé qu'elle peut s'avérer aléatoire. En effet, elle exige d'abord le vote, par le Parlement, d'une loi d'habilitation autorisant le gouvernement à empiéter temporairement sur les matières de l'article 34.

Aux termes de l'article 38, les ordonnances sont destinées à assurer l'exécution du

programme du gouvernement. Le Conseil constitutionnel a imposé que celui-ci, en cette occasion, précise la finalité des mesures envisagées, et leur domaine d'intervention (Cons. const., n° 1986-207 DC du 26 juin 1986, *Rec. Cons. const.* 61). La loi fixe la durée de l'habilitation, et les matières sur lesquelles elle porte. Sous peine de caducité des ordonnances, un projet de loi de ratification doit être déposé avant expiration du délai prévu.

Les ordonnances non ratifiées sont banalisées comme simples actes réglementaires susceptibles de recours. Elles peuvent donc être annulées par le Conseil d'État si les mesures qu'elles contiennent dépassent le cadre de l'habilitation (CE, ass., 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, *Lebon* 658), ou même, violent les principes généraux du droit.

Elles peuvent aussi être déclarées illégales sur exception d'illégalité, soit par le juge administratif (v. par ex. à propos de l'illégalité de certaines dispositions de l'ordonnance du 24 avr. 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins : CE, ass., 3 juill. 1998, *Synd. des médecins de l'Ain*, *RFDA* 1998. 942, concl. C. Maugué), soit par le juge pénal.

En revanche, même illégales, leurs dispositions à contenu législatif ne peuvent plus être modifiées ou abrogées par le pouvoir réglementaire après l'expiration du délai d'habilitation, mais seulement par le pouvoir législatif (Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136 et CE, ass., 11 déc. 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *AJDA* 2007. 133 chron. C. Landais et F. Lenica).

La ratification a longtemps pu être implicite, conformément à une jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État l'admettant par « une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement », par exemple en étendant le champ d'application de l'ordonnance ou en la modifiant. Ainsi le Conseil d'État a-t-il considéré comme implicitement ratifiés 10 des 29 articles de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (CE, sect., 29 oct. 2004, *M. Sueur et autres*, *RFDA* 2004. 1103, concl. Casas), analyse que le Conseil constitutionnel a reprise dans sa décision du 2 décembre 2004 relative à la loi de simplification du droit (Cons. const., n° 2004-506 DC du 2 déc. 2004, *Rec. Cons. const.* 211).

Cette jurisprudence a été anéantie par l'article 14 de la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008, qui a interdit la ratification implicite des ordonnances, lesquelles ne peuvent désormais « être ratifiées que de manière expresse ».

La ratification donne à l'ordonnance valeur législative à compter de sa signature, en régularisant notamment son éventuel dépassement du champ de l'habilitation (Cons. const., n° 2004-506 du 2 déc. 2004, préc.), sans pour autant lui conférer une immunité totale. En effet, par le biais du contrôle de conventionalité des lois, le Conseil d'État a admis que sa légalité pourrait encore être contestée au cas où la loi de ratification aurait eu pour but de faire obstacle au droit au procès équitable garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CE 8 déc. 2000, *Hoffer et autres*, *Lebon* 584 et *RFDA* 2001. 454, concl. C. Maugué, v. aussi C. Boyer-Mérentier, « Les ordonnances de l'art. 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », *RFDA* 1998. 924).

Compte tenu de toutes ces contraintes, encore accrues par la nécessité d'obtenir la signature des ordonnances par le président de la République, source potentielle de

difficultés politiques en période de cohabitation, le procédé est resté longtemps d'usage assez occasionnel, même s'il conduisait à d'importants changements normatifs (tels ceux découlant en matière sociale des lois des 22 juin 1967, 6 janvier 1982 ou 30 décembre 1995, ou en matière économique de la loi du 2 juillet 1986, origine de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiant le régime de la concurrence).

Depuis quelques années, cependant, on peut observer une fréquence accrue du recours à l'article 38. Sans doute celui-ci est-il rarement discuté lorsqu'il facilite l'adoption de certaines mesures considérées comme purement techniques, telle la conversion en euros des montants exprimés en francs, la codification à droit constant ou la mise en œuvre des prescriptions du droit communautaire. En revanche, il est en général plus contesté lorsqu'il délègue au gouvernement l'initiative de réformes de fond, dont le champ n'est désormais plus restreint à un domaine, mais étendu à de multiples matières sous prétexte d'encombrement de l'ordre du jour parlementaire.

La dénonciation de cette tendance au dessaisissement du Parlement était déjà sous-jacente dans l'argumentation développée devant le Conseil constitutionnel contre la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de neuf codes (v. Cons. const., n° 1999-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec. Cons. const.* 136).

Elle s'est exprimée plus ouvertement à l'occasion des saisines contre les lois du 2 juillet 2003 et du 9 décembre 2004, qui, à peu d'intervalle, se sont succédé pour habiliter le gouvernement à simplifier le droit dans une multitude de domaines hétéroclites comprenant aussi bien le régime des contrats des personnes publiques que celui de la filiation, de la profession de courtier en vins, ou encore la législation sur les cimetières.

Bien que les adversaires du dernier des deux textes aient incriminé « le jeu des lois d'habilitations multiples » qui, selon eux, posait « un problème grave au regard de l'esprit de l'article 38 de la Constitution et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 décembre 2004, a validé ses 93 articles organisant la délégation de la compétence législative au gouvernement en considérant « que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

« Le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ? », s'interrogeait cependant le président du Conseil Constitutionnel, Pierre Mazeaud, dans son discours de présentation des vœux au président de la République le 3 janvier 2005.

On peut en effet voir dans le phénomène le signe d'« un dérèglement juridique et politique » consacrant « le déclin de la loi » (P. Delvolvé, « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005. 909. – V. aussi P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003. 1652 et N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD Civ.* 2004. 155), encore renforcé par la jurisprudence du Conseil d'État admettant que sauf disposition expresse contraire, l'habilitation donnée par le Parlement produit son effet même en cas de changement de gouvernement (CE, sect, 5 mai 2006, *Schmitt*, *RFDA* 2006. 678, concl. Keller). Ce mouvement de critique n'est pas étranger à la modification de l'article 38 lors de la révision constitutionnelle de juillet 2008.

Au-delà des appréciations politiques que peut susciter cette augmentation du nombre des ordonnances, cette pratique est de nature à créer un risque de contrariété susceptible de découler du développement de contentieux croisés devant le juge administratif, saisi avant leur ratification, et devant le Conseil constitutionnel, saisi à l'occasion de leur ratification.

Ainsi, pas plus qu'on ne saurait réduire le droit civil au Code civil, on ne saurait réduire le droit administratif aux seules sources jurisprudentielles. Si, par droit administratif, on entend le cadre juridique au sein duquel se déploie l'action de l'administration, on ne peut nier que la loi, mais aussi les règlements pris par le pouvoir exécutif, y occupent une place prépondérante. En revanche, l'analyse de la jurisprudence administrative permet d'observer une assez grande indépendance d'esprit du juge administratif à l'égard d'une loi dont il a eu par ailleurs parfois à connaître au titre de sa fonction consultative, tout comme il est, au sein de cette formation, partie prenante à l'élaboration d'un grand nombre de règlements (v. P. Gonod, *L'administration et l'élaboration des normes*).

Cela explique peut-être qu'il prenne l'initiative, dans certains cas, de réécrire la loi et qu'il ait veillé à soumettre le pouvoir réglementaire au respect de normes dont ce dernier pouvait être tenté de s'affranchir, afin de satisfaire des exigences d'efficacité incompatible avec cet idéal politique — et ce « pléonasme juridique » — que l'on appelle l'État de droit.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- J.-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, Paris, 1968.
- L. Favoreu, *Le domaine de la loi et du règlement*, *Economica*, 2e éd., 1981.
- J. Lemaître et O. Lammerer (dir.), *Le pouvoir réglementaire*, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'Univers des normes », 2004.
- B. Mathieu, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3e éd., 2010.
- O. Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République*, LGDJ, 2007.
- A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, 2005.
- M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, PUF, 1991.

Articles

- J.-M. Auby, « Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration », in *Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ 1974, p. 9.
- X. Bioy et Ph. Raimbault, « La puissance de la loi en question », in Ph. Raimbault (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p. 99.
- C. Boyer-Mérentier, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », *RFDA* 1998. 924.
- R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960. Chron. 119
repris dans *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 93 s.
- P. Delvolvé, « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005. 909.
- B. Faure, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998. 547.
- L. Favoreu, « Les règlements autonomes existent-ils ? », in *Mélanges G. Burdeau*, LGDJ, 1976, p. 405.
- L. Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987. 882
- L. Favoreu, « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », in *Mélanges J. Boulouis*, Dalloz 1991, p. 237.
- P. Gonod, « La codification de la procédure administrative », *AJDA* 2006. 489.
- P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003. 1652.
- A. Haquet, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RD publ.* 2008. 395.

- F. Luchaire, « Le Conseil d'État et la Constitution », *Rev. adm.* 1979. 141.
- F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA* 1979. 3.
- B. Mathieu, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 73.
- N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004. 155.
- J. Moreau, « Le caractère réglementaire ou législatif des règles de procédure administrative contentieuse », in *Mélanges M. Waline, LGDJ / Montchrestien* 1974, p. 635.
- B. Quiriny, « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC* 2010/ 2, 313.
- J. de Soto, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RD publ.* 1959, p. 240.
- J.-C. Venezia, « Les règlements d'application », in *Mélanges R. Chapus, Montchrestien* 1992, p. 673.
- P. Wachsmann, « Sur la clarté de la loi », in *Mélanges Paul Amselek, Bruxelles, Bruylant*, 2005, p. 809-830.