

Elise BOZ-ACQUIN,

Docteure en droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris Saclay)

La législation par ordonnances. Un mode d’attribution ou de dévolution spécifique du pouvoir

Résumé : l’article 38 de la Constitution permet au gouvernement de légiférer en lieu et place du Parlement avec son habilitation en se faisant passer « fictivement » pour le Parlement. Il est d’autant plus utile que les différents gouvernements qui se sont succédé ces derniers mois ont également utilisé quasi-systématiquement un autre procédé, l’article 49-3, pour consolider leur existence politique. Ces deux dispositions constitutionnelles, instruments du parlementarisme rationalisé que le constituant de 1958 avait organisées pour borner le parlementarisme de la Vème République afin d’éviter les dysfonctionnements de la IIIème République témoignent des relations complexes du Parlement et du gouvernement. Mais, les récentes « instabilités gouvernementales » mettent à mal le *statu quo* initial de sorte que le partage du pouvoir entre le Parlement et le gouvernement devient aujourd’hui un enjeu majeur. La présente contribution tend à analyser ce mode de législation en mobilisant les ressources historiographiques de la Première Guerre mondiale, complétées par celles de la République romaine, afin de faire une étude approfondie de ce mécanisme en contextualisant le recours à celui-ci et ce, à partir d’une décision de revirement du Conseil constitutionnel de 2020, pour comprendre les polémiques qu’elle soulève.

Mots clés : Gouvernement ; Parlement ; Article 38 de la Constitution ; Première guerre mondiale ; droit public de l’ère républicaine.

Legislation by Ordinance. A specific method of assigning or devolving power

Abstract: Article 38 of the French Constitution allows the government to legislate in place of Parliament with its enabling legislation, “fictitiously” passing itself off as Parliament. This is all the more useful given that successive governments in recent months have also almost systematically used another procedure, article 49-3, to consolidate their political existence. These two constitutional provisions alone bear witness to the complex relationship between Parliament and government that the 1958 Constitutional Treaty established to streamlining the parliamentary system of the Fifth Republic. However, recent “governmental instabilities” are challenging the original status quo, so that power-sharing between Parliament and Government is now becoming a major issue. This contribution contextualizes the use of this method of

legislation by Ordinance, drawing on the historiographical resources of the First World War, complemented by those of the Roman Republic, in order to make an in-depth study of this mechanism, using a reversal decision by the Constitutional Council in 2020 as a starting point for understanding the controversies it raises.

Key words: Government ; Parliament ; Article 38 of the Constitution (Ordinance); World War I; Public law in the republican era.

Introduction

En mai 2020¹, une décision du Conseil constitutionnel concernant l'installation d'une éolienne a donné lieu à une vive réaction doctrinale dont nombre de commentateurs n'ont pas manqué de souligner l'excès de zèle de son initiateur eu égard aux conséquences de la décision qui venait d'être rendue. En l'espèce, le juge constitutionnel se reconnaît compétent pour examiner les dispositions d'une ordonnance non ratifiées intervenant dans le domaine de la loi une fois le délai d'habilitation expiré opérant ainsi un renversement jurisprudentiel. En effet jusqu'à cette décision tant qu'une ordonnance n'était pas ratifiée, ses dispositions intervenant dans les matières qui sont du domaine législatif, avaient valeur réglementaire. Par conséquent, il n'avait pas à en connaître au titre de l'article 61-1 de la Constitution. Or dans cette affaire, il s'est reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance non ratifiée qui interviennent dans le domaine législatif. Les Sages estiment que dès lors que le délai d'habilitation est expiré, ces dispositions doivent être regardées comme des dispositions législatives et non réglementaires. Les polémiques suscitées par cette décision s'expliquent par la *translation de puissance* ou la *délégation du pouvoir législatif* à laquelle celle-ci tend dans la mesure où le Parlement devient fictivement l'auteur de l'acte (de l'ordonnance) qui a pourtant été élaboré par le gouvernement².

Nonobstant l'ébullition provoquée par cette décision dans le monde académique, ses répercussions ont également eu des échos au sein de la classe politique. Les premiers intéressés

¹ Cons. Const., DC n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 précisée par la DC n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020. En effet, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'Etat d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité) au sujet de la constitutionnalité de l'article L. 311-5 du code de l'énergie issu de sa rédaction de l'ordonnance du 9 mai 2013 – qui soumet à une autorisation administrative l'exploitation d'une installation de production électrique. Du fait des incidences sur l'environnement d'une telle décision administrative au regard de l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui a valeur constitutionnelle, a priori le législateur aurait dû s'assurer que le public puisse participer à l'élaboration de ce dispositif. Comme une telle obligation n'existait pas avant 2013, la question se pose à partir de l'introduction en droit positif de l'article 120-1-1 du code de l'environnement inséré par l'ordonnance du 5 août 2013 (disposition qui institue une procédure respectant les exigences de la Charte de l'environnement). Or celle-ci a bien fait l'objet d'un projet de loi de ratification mais n'a jamais été ratifiée expressément. La question posée au Conseil constitutionnel a pour objet la détermination de la nature juridique des dispositions de cet article L. 120-1-1. Selon les Sages, elles ont bien une valeur législative même en l'absence de ratification. Le Conseil d'Etat a été amené à tirer les conséquences du revirement de jurisprudence du CC dans son arrêt du 16 décembre 2020, CE, Assemblée, 16 décembre 2020, requêtes n° 440258, 440289 et 440457.

² Or, le Conseil d'Etat dès 1961, approuvé ensuite par le Conseil constitutionnel, avait estimé que les ordonnances sont de même nature que les décrets-lois et sont soumises à la jurisprudence élaborée sous les IIIème et IVème Républiques : en admettant donc sa compétence eu égard à la nature réglementaire des ordonnances (dans l'arrêt Damiani, 3 novembre 1961).

par les implications de cette décision, les sénateurs, s'en sont émus et Gérard Larcher, réélu président du Sénat, n'a pas manqué de critiquer ouvertement le recours massif aux ordonnances : « Depuis mai 2017, 183 ordonnances (ont été) publiées. Recours abusif car il est loin d'être justifié par l'urgence. De surcroît, le gouvernement met plus de temps à les publier que nous n'en mettons à voter les lois. Nous devons donc, mes chers collègues, mieux contrôler le recours aux ordonnances ». Une déclaration en forme d'avertissement à l'adresse du gouvernement qui sera suivie, en octobre 2020, d'une initiative concrète à l'occasion de la première réunion du nouveau Bureau du Sénat. En effet, parmi les huit délégations qui ont été désignées, celle en charge du travail parlementaire s'est vue confier la mission de « contrôle et du suivi des ordonnances »¹. Par ailleurs, ne voulant s'en tenir à cette jurisprudence, les sénateurs se sont attelés à contourner l'effet limitatif de la décision du Conseil en recourant à leur pouvoir de législation². Ils ont ainsi pris l'initiative d'une *proposition de loi constitutionnelle garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance*³ afin d'établir explicitement que les dispositions prises par ordonnance, dans le domaine de la loi, n'ont pas de valeur législative (ou ne peuvent être considérées comme législatives) tant qu'elles n'ont pas été expressément ratifiées par le Parlement, à rebours de la décision précitée du Conseil Constitutionnel⁴. Un effort qui n'a toujours pas abouti sur le plan législatif. Indéniablement, cet épisode est une illustration du rapport de force entre le pouvoir législatif et exécutif dans le partage du domaine de la loi et du règlement témoignant ainsi des fragilités du *statu quo* posé en 1958.

La législation par ordonnance est devenue une véritable « plaie démocratique » notamment sous l'effet des états d'urgence sécuritaire et sanitaire⁵, le gouvernement en ayant fait un usage

¹ Cette délégation est présidée par Pascale Gruny vice-présidente LR du Sénat et composée du questeur LR Philippe Bas, et de trois secrétaires du Sénat Loïc Hervé (centriste) Jacqueline Eustache-Brinio (LR) et Victoire Jasmin (PS). Se reporter au site internet du Sénat pour les travaux rendus par cette délégation, *Le suivi des ordonnances au Sénat*.

² Il est précisé que la proposition de loi du 22 juillet 2021 « tend à faire échec au revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel des 28 mai et 3 juillet 2020, par lequel celui-ci se reconnaît compétent, une fois le délai d'habilitation expiré, pour examiner par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) les dispositions des ordonnances non ratifiées intervenant dans le domaine de la loi ».

³ Elle a été déposée le 22 juillet 2021 par Jean-Pierre SUEUR, et plusieurs de ses collègues. Adoptée en première lecture par le Sénat, la proposition de loi constitutionnelle a été renvoyée à l'Assemblée nationale pour une première lecture, et est actuellement déposée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

⁴ L'article 38 de la Constitution de 1958 dispose : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. « Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

⁵ Le rapport du Sénat montre que le recours systématique à cet instrument se situe entre 2003 à 2012 où 336 ordonnances ont été publiées en neuf ans soit une hausse de 116% par rapport à la période 1984-2003 (dix-neuf ans) et qu'une accentuation sensible de ce phénomène est notable entre le 15 mai 2012 et le 31 décembre 2020 (soit en un peu plus de huit ans) avec 504 ordonnances qui ont été publiées (+ 50 % par rapport à la période 2004-2012 et + 225 % par rapport à la période 1984-2003), *Etude de suivi pluriannuel portant sur la période 2007-2022*.

massif pour faire adopter toutes les mesures de gestion de crise ¹. Cela dit, loin de s'inscrire dans le cadre d'une situation exceptionnelle impliquant une gestion prompte et rapide afin de faire face à une situation inédite, l'ordonnance demeure sous la Vème République un instrument juridique de droit commun utilisable en temps normal eu égard aux dispositions de l'article 38 de la Constitution de 1958 (Verpeaux, 2006). C'est sans doute là que se situe l'écueil dans la mesure où cette disposition est l'un des instruments du parlementarisme rationalisé (au même titre que l'article 49) et résulte de la volonté du constituant de limiter la séparation souple des pouvoirs entre le pouvoir législatif et exécutif pour « circonscrire » l'action du premier sur le second – car le régime parlementaire implique une collaboration des pouvoirs s'accompagnant des moyens d'action réciproque permettant à chacun de remettre en cause l'existence de l'autre – afin de remédier à l'instabilité gouvernementale par l'introduction de mécanismes de « sauvegarde » (Favoreaux et al., 2021). En tant que tel, la législation par ordonnance est non seulement une « arme redoutable » qui fragilise l'équilibre des pouvoirs législatif et exécutif, mais de plus, elle s'éloigne de l'esprit dans lequel ses ancêtres avaient vu le jour. De surcroît, elle ne reflète guère ses origines controversées qui remontent aux décrets-lois et habilitations législatives, largement utilisés dès le début de la guerre de 14-18 qui ont alimenté une vive polémique parmi les juristes de la III^e République ². Ce qui contribue davantage à diluer toute traçabilité des ordonnances et leur raison d'être en droit public français. L'objet de la présente contribution est justement de revenir sur ce chapitre de l'histoire constitutionnelle française en prenant le recul historique nécessaire afin de comprendre les soubassements actuels du recours aux ordonnances et les implications de l'acceptation de leur caractère législatif ou réglementaire. La mobilisation des ressources historiographiques permet un double éclairage juridico-théorique. Elle est d'abord utile pour opérer la traçabilité des habilitations législatives autorisant à prendre, par ordonnances, des mesures relevant du domaine de la loi. Ce faisant, elle met ensuite en exergue les mutations qu'elles ont subies dans le temps (Verpeaux, 2006 ; Cadart, 1980) ³. Pourquoi une telle démarche ? Cela s'impose pour sortir de la contingence des faits, des concepts et des instruments juridiques pour les inscrire dans un cadre « empirique » qui leur donne une certaine « identité originelle ». C'est pourquoi, le fil directeur de notre réflexion puisera dans le droit public de la Grande Guerre qui sera lui-même enrichi par celui de la République romaine.

L'analyse consiste à comprendre les enjeux soulevés par la législation par ordonnances par référence à l'histoire constitutionnelle, précisément au moment exact où cette pratique a vu le jour, en mettant l'accent sur l'origine des habilitations législatives pour déterminer dans quel

¹ Par exemple s'agissant de la crise sanitaire, se reporter au rapport d'information de Sénat n°607, sur les 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats - Analyse des décrets et ordonnances (justice, intérieur, collectivités territoriales, fonction publique), du 8 juillet 2020.

² Les ordonnances de l'article 38 (qui se distinguent de celles de l'article 47 al. 3 et 74-1 de la Constitution de 1958) désignent des actes pris par le gouvernement dans le domaine de la loi en vertu d'une habilitation législative. Ces ordonnances « peuvent ainsi être considérées comme les « héritières » des décrets-lois des III^eme et IV^eme Républiques, en permettant au gouvernement de « légiférer à la place du Parlement ou, pour être plus exact, d'étendre son pouvoir réglementaire aux matières législatives avec l'autorisation du Parlement », Ibid, p. 936 - 937.

³ Les ordonnances constituent en effet « une constitutionnalisation de la pratique des décrets-lois des Républiques précédentes, tout en portant une dénomination bien monarchique, qui avait été oubliée depuis la Restauration et la monarchie de juillet », (Verpeaux, 2006).

contexte précis elles ont vu le jour. L'objectif est de déterminer leur raison d'être à savoir, remédier à la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics en temps de guerre. En effet, historiquement, loin de donner un « blanc-seing général » au gouvernement, le recours à ce procédé se justifiait par la volonté de lui conférer une simple *capacité* à légiférer en lieu et place du Parlement, pour pallier l'absence de fonctionnement des pouvoirs publics en raison de l'interruption du fonctionnement régulier des institutions pour cause de guerre : plus précisément, pour activer ou réactiver l'exercice de la fonction d'exécution des lois du fait de l'inefficience momentanée de la fonction de légiférer – pour cause d'absence ou d'empêchement du Parlement. Son objet était une sorte de mise à jour ou d'actualisation du pouvoir sous sa double expression législative et exécutive. En somme l'activation d'un mode spécifique d'attribution des compétences (1), dans la mesure où il ne s'agit nullement de *transfert* du pouvoir par le Parlement au gouvernement – ce qui reviendrait à une *translation* de puissance ou la *délégation du pouvoir législatif* à laquelle la décision du Conseil Constitutionnel aboutit paradoxalement – mais afin d'accorder une simple *capacité à agir* aux membres du gouvernement pour faire office de fonction organique¹, c'est-à-dire dans l'objectif de délimiter les contours de leur propre fonction (2).

1. Un mode spécifique de dévolution du pouvoir confirmé par l'approche historique

La rétrospective historique est utile à un double titre : d'abord, pour délimiter le contexte historique ayant permis l'émergence des « ancêtres » des habilitations ou autorisations législatives des ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958 (1.1.) ; ensuite, pour rendre compte des métamorphoses qu'elles ont subies en mettant en exergue l'idée qu'elles avaient vocation à répondre à un besoin bien spécifique (1.2.), un objectif qui s'est dilué avec le temps.

1.1. L'origine des habilitations législatives au fondement des ordonnances de l'article 38 de la Constitution

Bien que constitutionnalisées en 1958, l'autorisation de prendre par ordonnances des mesures relevant du domaine de la loi est un mécanisme juridique fort ancien (eu égard aux décrets-lois et habilitations législatives qui les ont précédées) qui remonte à une pratique du pouvoir depuis la Grande Guerre où le concept de « gouvernement législateur » a vu le jour – actant ainsi la naissance des décrets-lois d'habilitation législative.

1.1.1. Du concept de « gouvernement législateur » durant la Grande Guerre

Au déclenchement de la guerre dès le 4 août 1914, le Parlement n'était pas en session. Il fut convoqué par le président de la République Poincaré en session extraordinaire, et aussitôt ajourné (Barrère, 1922) jusqu'à la session extraordinaire du 22 décembre 1914, clôturée le

¹ Nous reprenons la terminologie « fonction organique » et le raisonnement qui y est associé à R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome II, Dalloz, 2004, p. 314 et svts.

lendemain – entre l’ajournement de la session extraordinaire du 4 août et la réunion constitutionnelle du second mardi de janvier 1915, le Parlement s’est complètement effacé (Barthélemy, 1915 ; Bock, 2002 ; Shat, 1974). Pendant près de cinq mois, « le gouvernement exerça un pouvoir dictatorial » en prenant par décrets des mesures relevant du domaine législatif (Barthélemy, 1916). Alors même que le Parlement est en session, dès le mois de janvier 1915, le gouvernement n’en continue pas moins d’exercer la fonction de législation. S’impose ainsi très rapidement la théorie de l’effacement du Parlement poussant celui-ci à voter à l’unanimité, en une seule séance et sans aucun débat, dix-huit projets de lois qui lui étaient demandés (Barthélemy, *in Problèmes de politique et finances de guerre* 1915).

Non seulement le gouvernement exerça complètement le pouvoir législatif, en adoptant des décrets modifiant et complétant des lois, mais ce fut également l’occasion de donner une forme légale aux premiers décrets dont l’un des plus importants étant celui qui prescrit l’état de siège¹. Cette session extraordinaire du 4 août, qualifiée de « séance de draperie » par J. Barthélemy (Ibid), sera la seule durant cinq mois : une période à jamais marquée dans les esprits comme celle de la suspension du Parlement et l’extension du pouvoir réglementaire. Cela dit, l’on ne peut considérer cette période comme une parenthèse dans la mesure où la pratique des décrets-lois s’est poursuivie bien après atteignant son point culminant entre les deux guerres – la France ayant été gouvernée par décrets-lois durant trente et un mois et demi (Liet-Veaux, 1948).

En effet, dès l’approche de la Seconde Guerre mondiale, le procédé est considéré comme étant passé à l’état de *coutume constitutionnelle*, alors qu’en 1914 les décrets-lois d’habilitation législative étaient perçus comme *exceptionnels* et d’une *constitutionnalité douteuse* (Bonnard, 1939). Cette évolution confère à la pratique ainsi initiée une dimension encore plus floue au point de contribuer à sa dénaturation. L’on assiste ainsi à la dépossession du législateur légitime, le Parlement, au profit d’un législateur de second ordre *de facto*, le gouvernement, car les décrets-lois d’autorisation ou d’habilitation législative durant la Grande Guerre étaient limités à des objets déterminés et étroitement délimités alors qu’à partir de la Seconde Guerre Mondiale, ils ont une portée plus large (puisque les autorisations sont d’une formulation générale et absolue) de sorte que l’idée même de loi d’habilitation ou d’autorisation s’éclipse derrière celle d’un procédé tout nouveau, une *loi de pleins pouvoirs*.

1.1.2. Aux habilitations à portée large de la Seconde Guerre mondiale

C’est par la loi du 19 mars 1939 que le Parlement a initié ce nouveau mécanisme d’organisation du pouvoir et des pouvoirs publics en accordant, à l’avance, une large habilitation législative au gouvernement². Allant plus loin, il l’a renouvelé à l’expiration du délai initialement prévu, soit le 30 novembre 1939, pour toute la durée de la guerre³. Par cette loi – qui était limitée non pas par son objet mais par son but, la défense nationale – le gouvernement recevait ainsi le pouvoir de prendre « par décrets délibérés en conseil des ministres les mesures nécessaires à la

¹ Loi n° 0213 du 5 août 1914 déclarant l’état de siège, J.O., 6 août 1915, p. 7123.

² J.O., 20 mars 1919, p. 3646.

³ Loi du 8 décembre 1939 modifiant l’article 38 de la loi du 11 juillet 1938 sur l’organisation de la Nation en temps de guerre, J.O., 10 décembre 1939, p. 2.

défense du pays ». La spécificité de cette loi s'explique par le fait que l'habilitation n'a pas été formulée dans une loi spéciale, comme ce fut le cas pour les habilitations antérieures, puisqu'elle a été introduite dans la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre – par modification de son article 38 qui est devenue ensuite la loi du 8 décembre 1939, (Bonnard, 1939).

C'est donc une habilitation ni spéciale ni temporaire puisqu'elle habilite le gouvernement à suppléer le Parlement pour toute la durée de la guerre, en mettant sur pied une législation de guerre. Une sorte de *législation préétablie* qui est constitutive d'un paradigme complètement différent de ce qui a prévalu à l'aube de la guerre de 14-18 dans la mesure où la République parlementaire n'avait pas fait face à la guerre en élaborant des législations propres au temps de guerre, dites *législations préétablies*, ni en accordant des *lois de pleins pouvoirs* (Barthélemy, Duez, 1933). En l'absence de modifications des institutions de la République, le fonctionnement des pouvoirs publics avait pu être assuré en se fondant sur l'état de nécessité (Saint-Bonnet 2000 ; 2001), c'est-à-dire en se prévalant d'actes illégaux ou irréguliers, juridiquement, mais excusables politiquement, justifiés sous l'empire de la nécessité.

Le choix d'affronter la guerre tout en ne suspendant pas l'empire de la Constitution, qui a valu à la III^e République d'avoir initié, sous le fameux vocable un « parlementarisme de guerre » (Renouvin, 1925 ; Bock, 2002), a ainsi cédé à l'aube de la Seconde Guerre mondiale eu égard aux habilitations à portée large. Cette évolution témoigne de la mutation de l'esprit dans lequel les pouvoirs publics ont décidé d'y recourir. Cette évolution n'est pas négligeable puisque ces pratiques ont été introduites dans les principes guidant la Constitution de 1958. En effet, le leitmotiv qui anime la loi de 1938 a été repris, presque dans les mêmes termes, dans l'Ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation de la défense nationale¹ – qui est l'un des piliers de la Constitution de 1958 puisqu'elle en est le versant qui porte sur l'organisation du pouvoir et des pouvoirs publics en temps de guerre – qui, elle-même, a été intégrée au Code de la Défense (par l'Ordonnance de 2004)² pour être largement reprise lors de l'intériorisation de la stratégie de sécurité nationale en 2009³.

Cela signifie que non seulement l'on retrouve la même interprétation du recours à la législation par habilitation législative de façon générale et absolue en matière de défense – et depuis 2009, en matière de sécurité – mais de plus, le constituant de 1958 l'intègre dans une disposition de la Constitution (article 38), qui en fait un procédé de gouvernement de droit commun, applicable à toute matière rentrant dans le domaine de la loi. En retenant donc une interprétation très extensive du mécanisme d'élaboration des normes quand bien même le délai d'habilitation serait en théorie limité. Que de chemin parcouru depuis la Première Guerre mondiale pour en

¹ Ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, J.O., 10 janvier 1959, p. 691.

² Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la Défense, J.O.R.F., n° 296 du 21 décembre 2004, p. 21675, n°30.

³ La stratégie de sécurité nationale a été *intériorisée* par la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009-2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, J.O.R.F., n° 0175 du 31 juillet 2009.

arriver, aujourd'hui, à des autorisations législatives dont l'objet est illimité. L'article 38 de la Constitution porte l'empreinte indélébile de toute cette évolution historiographique même si de par sa rédaction, celle-ci est invisibilisée. Sa formulation sibylline fait hélas abstraction de toutes les controverses doctrinales et jurisprudentielles qui ont émaillé les débats académique et politique depuis la III^{ème} République alors qu'elles sont riches de sens pour bien cerner tous les enjeux qui entourent la décision du Conseil constitutionnel.

1.2. La théorie de la délégation du pouvoir législatif comme fondement légal à l'extension du pouvoir réglementaire

Il est instructif de bien saisir le déroulé exact du *processus* par lequel les habilitations législatives ont fini par être considérées comme un instrument juridique normal afin de mieux définir le concept de *délégation* du pouvoir. C'est précisément en confondant et assimilant des instruments juridiques différents, pour légitimer ce mode d'exercice du pouvoir, que l'on a d'abord fait dériver les décrets-lois de crise vers des décrets-lois monarchiques puis vers les décrets-lois d'autorisation ou d'habilitation législatives, en rapprochant ceux-ci des règlements d'administration publique (RAP).

1.2.1. Des décrets-lois aux décrets-lois d'habilitation législative : la consécration d'un pouvoir réglementaire autonome

Comme souligné précédemment, la première phase de ce processus de légitimation s'est opérée durant la guerre de 14-18, les décrets-lois ont été assimilés aux décrets-lois d'habilitation législative, justifiés par l'absence des Chambres (en raison précisément de leur vacance ou vacuité), en s'appuyant même sur la théorie des « pouvoirs de guerre » justifiée par une légalité spéciale au temps de crise – théorie consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Heyriès (CE, 1918, 1928) – alors que les décrets-lois de crise et les décrets-lois d'habilitation législatives ne s'identifient point. Puis, cet effort de légitimation de la pratique du pouvoir, en conférant aux décrets-lois diverses fonctions, a été parachevé par celle de leur assimilation aux règlements autonomes d'administration (RAP).

Concrètement, une telle dérivation fut possible en procédant à l'extension du pouvoir réglementaire du président de la République à partir d'une conception de son autorité ne se restreignant plus à l'exécution des lois, c'est-à-dire au règlement d'exécution (Maulin, 2003). Mais en consacrant la faculté pour celui-ci d'émettre, dans certaines matières, des règlements autonomes ou spontanés, dès lors que les Chambres n'ont pas usé de leurs prérogatives à « légiférer » par une interprétation extensive de l'étendue du domaine de compétence accordé au chef de l'Etat (par l'article 3 de la loi constitutionnelle de 1875). En amalgamant des instruments juridiques différents, l'on a esquissé l'idée que le président de la République pourrait prendre un règlement autonome, en cas de défaillance du législateur ou d'absence de la loi, avec la possibilité de le suppléer en intervenant ainsi initialement (Ibid) et ce, à l'instar de cette faculté qui lui est accordée, en période de crise, de déroger aux lois existantes pour les compléter et modifier voire, sans autorisation parlementaire, d'intervenir *contra legem* – une voie empruntée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Heyriès, en consacrant la légalité des décrets

suspendant l'application d'une loi (Ibid)¹. En somme, cette démarche revient à théoriser un pouvoir réglementaire autonome ou spontané illimité en matière d'habilitation législative. Mais, les conséquences juridiques d'une telle assertion ont contribué à la repousser pour explorer un autre terrain juridique de légitimation de l'extension du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat : les règlements autonomes d'administration (RAP).

Pourquoi, la doctrine n'a-t-elle pu fonder les assises d'un domaine illimité de celui-ci en calquant sur le régime juridique des décrets-lois de crise ? A suivre Barthélemy et Duez, une telle démarche se serait traduite par une *contradictio in adjecto* puisque cela reviendrait à accorder au pouvoir d'exécution des lois celui de les violer également². C'est pourquoi, dans le cadre des décrets-lois d'habilitation législative, le pouvoir réglementaire autonome ou spontané est limité par le principe de légalité (Maulin, 2003) – de sorte qu'il ne peut intervenir *praeter legem* ni en se substituant au législateur, afin de pallier son silence, ni pour intervenir dans le domaine qui lui est réservé (Ibid). Il ne peut non plus intervenir *contra legem* – sauf à se prévaloir d'une « légalité de crise » découlant d'une nécessité impérieuse de guerre civile ou de guerre étrangère (en se prévalant donc des « pouvoirs de guerre ») (Ibid).

Ne pouvant donc se prévaloir légalement de l'article 3 de la loi constitutionnelle de 1875, pour la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome ou spontané illimité, les tentatives de légitimation des décrets-lois d'habilitation se sont glissées sur le terrain la *délégation du pouvoir législatif*, par l'établissement d'un parallèle avec les règlements d'administration publique (RAP) en élaborant la théorie de la translation de puissance du pouvoir législatif au profit du pouvoir exécutif. Le règlement d'administration publique permettant au chef de l'Etat de compléter une loi sur invitation du Parlement, son rapprochement fut aisé avec les habilitations législatives qui impliquent également une autorisation formelle de celui-ci. En identifiant l'invitation du législateur dans les deux cas de figure, le chef de l'Etat devenait ainsi détenteur de la faculté de légiférer, de par la délégation que lui aurait consentie le Parlement, au travers de l'invitation. Ce raisonnement tendant à opérer l'analogie entre ces deux instruments juridiques fut vivement critiqué par Duguit qui estime que l'objet de l'invitation est totalement différent, dans l'un ou l'autre cas de figure, tout en n'ayant pas les mêmes incidences. En effet, par le règlement d'administration publique, il complète la loi qui renferme l'invitation pour son intervention tandis que par le décret législatif, il se *substitue* fonctionnellement au législateur, suite à une habilitation formelle, en vue de réglementer des matières qui sont en dehors de cette loi, car « le règlement qui est fait en vertu de cette compétence n'est point un prolongement de la loi » (Duguit, 1924).

Or, la majorité des publicistes de la III^e République estiment que, suite à l'invitation du Parlement, le Président de la République deviendrait un véritable législateur secondaire ou supplémentaire (Maulin, 2003) : « le législateur a la faculté de transférer, à titre exceptionnel, au chef de l'Etat une partie de sa *puissance* législative, lequel se trouve investi, en plus des

¹ Ibid. p. 311. Le CE applique la même théorie dans son arrêt Dames Dol et Laurent du 28 février 1919.

² Sachant que les ratifications parlementaires ne font pas disparaître l'illégalité des décrets-lois de nécessité même si elles leur confèrent la valeur de lois (Barthélemy, Duez 1985).

compétences réglementaires qu'il détient de la Constitution, d'une puissance législative supplémentaire qui l'érige en *législateur secondaire* » (Ibid). Un raisonnement qui revient à reconnaître que l'habilitation du législateur modifie la nature juridique de l'acte pris par le chef de l'Etat : le règlement se transformant alors en une véritable loi – ce qui est ni plus ni moins la consécration de l'idée de translation de la puissance législative au gouvernement – et qu'en conséquence, le pouvoir réglementaire du président de la République, dont les actes sont de nature administrative, se transformerait en un véritable pouvoir législatif.

1.2.2. La délégation du pouvoir législatif ou la théorie de la translation de puissance du pouvoir législatif au profit du pouvoir exécutif

La décision du Conseil Constitutionnel suscite des critiques eu égard aux effets de celle-ci qui revient, de façon anachronique d'ailleurs, à réceptionner les arguments de la doctrine précitée en admettant la modification de la nature juridique des ordonnances, qui « de réglementaire deviennent législative par modification de l'auteur de l'acte ». Concrètement, cette translation de puissance fait que l'auteur des ordonnances devient *fictivement* le Parlement alors que c'est le gouvernement : par substitution du gouvernement au Parlement à partir d'un simple processus intellectuel qui fait que l'effet d'un acte (la non ratification dans le délai imparti) aboutit à la transmutation de l'auteur de l'acte – en créant donc une situation juridique nouvelle, facticement. Or, cela ne correspond en rien à la réalité juridique telle qu'elle découle du droit positif.

C'est justement pour éviter ces inconséquences que le commissaire du gouvernement Tardieu, dans la fameux arrêt *Compagnie générale des chemins de Fer de l'Est et autres*, réfutait ces théories défendues par d'illustres juristes : « alors même qu'ils sont faits en vertu d'une délégation du pouvoir législatif, les règlements d'administration publique n'en sont pas moins l'œuvre d'une autorité administrative » (CE, 1907). Par ce célèbre arrêt, le commissaire du gouvernement opérait lui-même un revirement rompant avec l'ancienne jurisprudence qui consacrait que l'habilitation du législateur, dans le cas du R.A.P., participait de la nature de la loi et échappait à la catégorie d'actes administratifs : se prévalant de la prééminence du critère organique, il décidait que la nature et le régime des actes administratifs se déterminent en fonction de la qualité des auteurs. Par conséquent, le règlement d'administration publique, étant édicté par le chef de l'Etat, est un acte administratif soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Précisons que le positionnement du commissaire du gouvernement Tardieu était celui du Conseil constitutionnel jusqu'à cette décision de 2020 – au travers de celle-ci, le Conseil constitutionnel ravive donc une interprétation jurisprudentielle qui s'imposait jusqu'en 1907.

La méprise, qui existait déjà à l'époque, vient de l'emploi par le commissaire du gouvernement Tardieu du mot « délégation » que la doctrine (de la Première Guerre mondiale) interprétait comme un *transfert* de pouvoir du Parlement au gouvernement via l'habilitation, comme si le chef de l'Etat agissait en étant le mandataire du Parlement, mandat en vertu duquel il aurait la charge de faire la loi, en lieu et place du Parlement, qui le lui aurait délégué. Mais, l'identification de la délégation au mandat a pour effet de conférer à l'invitation du Parlement, le caractère d'un mandat par lequel le président de la République agirait comme mandataire du

Parlement et non en son nom propre. Ce qui fait que son action est imputée non pas à lui-même mais au Parlement, son mandant, d'où l'idée de translation de puissance.

1.2.3. La consécration de la translation de puissance : une confusion entre le mandat de droit privé et l'attribution de compétence

La décision du Conseil constitutionnel porte ainsi les stigmates de ce raisonnement puisque, les actes pris en vertu de l'article 38 de la Constitution, finissent par acquérir le caractère d'actes législatifs et ne sont plus considérés comme réglementaires. Or, loin de s'entendre en ce sens, la délégation suppose l'idée de détermination, d'attribution ou d'habilitation de compétences. De droit, la décision du Conseil constitutionnel, compte tenu de ses implications, conduit la doctrine ainsi que la jurisprudence à raviver un débat fort ancien et ressuscite les mêmes problématiques complexes et saillantes du début du XX^e siècle : l'autorisation du Parlement découle-t-elle d'un mandat *ie.* de droit privé ou n'est-elle que l'expression d'une attribution unilatérale de compétence, c'est-à-dire d'une habilitation ? Telle est la question sous-jacente de la législation par ordonnances.

Il ressort des notes de Hauriou sous l'arrêt Sigalas (CE, 1923) que la délégation doit s'entendre comme une « détermination secondaire de compétence ». Par « délégation », il convient donc de retenir l'idée d'attribution ou d'habilitation de compétences plutôt que celle de transfert de pouvoir au sens technique du mot (Maisl, 1972) – car la théorie de la délégation repose sur la notion de mandat inspiré du droit privé (Ibid), qui est au fondement de l'idée de translation de puissance. Or, la faille de cette théorie réside dans le fait que « les pouvoirs constitués ne tirent leur existence et leurs attributions que de la Constitution elle-même. Ils n'existent qu'en vertu de cette Constitution, dans la mesure et dans les conditions qu'elle a fixées. Le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposition, mais seulement l'exercice » (Esmein, 1894). Par conséquent, le Parlement ne peut *transférer* son pouvoir au gouvernement.

Pour sortir de l'impasse théorique de la translation de puissance L. Rolland a proposé (Rolland, 1924), la requalification du mot « délégation » en « délégalisation » ou « déclasserment » de certaines matières au profit du pouvoir réglementaire. Le procédé consisterait pour le Parlement à délégaliser les actes législatifs par l'acte d'habilitation pour leur conférer le statut de simples règlements ordinaires afin que le pouvoir réglementaire puisse les modifier ou abroger sans être en contradiction avec le principe de la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure (Tingsten, 1934). L'objectif est de permettre l'accroissement par le Parlement, dans des conditions déterminées, du domaine de compétence du pouvoir réglementaire suite au déclasserment de certaines matières (Maulin, 2003). Ce concept de « délégalisation » ou « déclasserment » revient dès lors à écarter toute idée de délégation au profit du gouvernement entendue comme translation de puissance¹.

¹ Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel se sont très tôt positionné contre le concept de « délégation » en s'appropriant celui de « déclasserment » ; ils ont en cela suivi le raisonnement de ces publicistes. Or, c'est *statuo quo* qu'a remis en cause le Conseil constitutionnel au travers de la décision de 2020 en rendant ainsi encore plus confus l'état du droit sur le régime juridique des ordonnances. Pour une synthèse sur la nature et le régime juridiques des ordonnances, se reporter à *Droit constitutionnel*, L. Favoreux, P. Gaïa, R. Ghevontian, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, pp. 942-946.

In fine si la délégation de la puissance législative au profit du gouvernement pose question c'est parce qu'elle finit par altérer la répartition *initiale* des compétences telle que prévue par la Constitution. En effet, dès lors qu'elle modifie celle-ci, la délégation constitue une *nouvelle* habilitation ou attribution de compétences qui doit être conforme à la Constitution. C'est alors le cadre juridique de ce nouvel ordonnancement des pouvoirs qu'il faut clarifier pour vérifier sa constitutionnalité. C'est là un autre niveau de difficulté qu'il faut surmonter pour que la délégation sous l'angle de l'attribution ou de l'habilitation de compétence puisse être concevable. Mais en amont, c'est la compréhension du concept de pouvoir qu'il convient de rénover, en doctrine, compte tenu de la perte de sens de celui-ci au fil du temps. Or, pour ce faire, une autre rétrospective historique est nécessaire, celle de droit romain de l'ère républicaine. Alors que la précédente référence historique a permis de mettre en exergue en quoi la législation par ordonnances est le fruit d'une évolution l'ayant largement métamorphosée de sorte qu'elle est devenue un instrument étranger à sa vocation originelle, celle du droit public de la République romaine, permettra de montrer que la délégation ou l'habilitation législative est une attribution spécifique du pouvoir (c'est-à-dire une nouvelle habilitation de compétence), en se référant à deux mécanismes précis, *Senatus Consultum Ultimum* (SCU) et l'Interrègne.

Cette rétrospective servira à mesurer les inconséquences de la décision du Conseil constitutionnel eu égard à ses implications, à savoir : l'impossibilité de transférer l'*imperium* puisque le pouvoir n'est pas sécable, ce n'est que son exercice qui peut l'être – c'est d'ailleurs pour cela que la séparation des pouvoirs n'est comprise que comme une fonctionnalisation du pouvoir – en insistant sur la distinction du pouvoir ou du titre du pouvoir (*ie.* la source du pouvoir). Hélas, c'est l'altération de cette distinction depuis la période romaine (durant le Principat notamment) qui a contribué à la dilution du « titre du pouvoir » dans celui de « pouvoir » rendant par conséquent illisible la conception moderne du pouvoir et de sa source empêchant ainsi tout raisonnement tendant à la limitation du pouvoir.

2. Un procédé spécifique de dévolution du pouvoir pour définir les contours de la fonction organique de l'exécution des lois

La portée juridique des habilitations législatives n'est pas de transférer le pouvoir puisque l'*imperium* ne peut être cédé (2.2.), mais de conférer une simple *capacité à faire* des actes juridiques (2.1.) conformément à la distinction du pouvoir et du titre du pouvoir que la décision du Conseil constitutionnel confond hélas.

2.1. L'objet de l'invitation (ou autorisation) du Parlement : remédier à la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics

Une mise en parallèle des instruments juridiques tels que le *Senatus consultum ultimum* (SCU) et l'Interrègne avec l'« invitation à agir » dans le cadre des décrets-lois d'habilitation législative permet de comprendre la nature et l'objet exacts de cette invitation. Ce faisant, il devient plus

aisé de jauger le bienfondé de la décision du Conseil constitutionnel consacrant la translation de puissance ou de l'*imperium* éclairant ainsi la compréhension du concept de pouvoir et des mutations qu'elle a subies dans le temps.

2.1.1. Le recours au mécanisme de « l'invitation à agir » pour combler l'impossibilité du Parlement à légiférer : l'activation d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir

Le mécanisme de l'« invitation à agir » propre aux habilitations législatives à un objet précis, comble l'impossibilité du Parlement à légiférer : c'est en quelque sorte un procédé déclenchant l'activation d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir. Celui-ci existe dès la Grande Guerre en tant que concept même si les publicistes ne l'ont pas théorisé. En effet, au moment où la France a dû adapter son droit pour affronter la guerre de 14-18, les concepts de vacance et de vacuité du pouvoir tels que forgés par la République romaine, n'ont pas été explicitement déployés par les publicistes français dans leur effort de construction d'un cadre juridique légal légitimant le recours aux décrets-lois d'habilitation législatives. Or, le procédé de l'« invitation à agir » présente bien des similitudes avec le mécanisme juridique élaboré durant cette période de l'histoire via le *Senatus consultum ultimum* (SCU) voire à certains égards l'Interrègne.

La première partie de notre analyse a montré que pour expurger la législation par ordonnance de ses scories passées et actuelles, il fallait partir du moment exact de l'apparition des décrets-lois d'habilitation législative ; ce qui a permis de souligner la cause efficiente de leur émergence, à savoir : une fonction de législation inexistante pour cause légale (la vacance du Parlement, ou son empêchement, c'est-à-dire la vacuité de celui-ci). C'est en effet dans ce cadre précis que les décrets-lois d'habilitation législative ont vu le jour. Or, toute vacance du pouvoir législatif signifie l'interruption de la fonction législative et l'impossibilité à faire face à l'effort de guerre. Par conséquent, pour affronter la guerre encore faut-il que les institutions soient en état de fonctionner. Le fonctionnement régulier des pouvoirs publics est la condition *sine quo non* pour que chaque organe puisse endosser le rôle qui lui est imparti. C'est pour remédier à l'absence du Parlement (qui n'était pas en session) qu'il fut convoqué en session extraordinaire pour voter des lois d'habilitation et fut ajourné *sine die*¹.

Le Parlement n'étant pas en mesure d'exercer l'édition des lois, c'est la fonction d'exécution des lois qui se trouvait « suspendue ». Pour pallier cette situation, c'est-à-dire *pour actionner la fonction qui est la sienne, le gouvernement a demandé l'habilitation du Parlement*. Certes, cette habilitation lui donne l'autorisation d'intervenir dans le domaine de la loi mais *ce qui conditionne le recours du gouvernement à ce mécanisme est de pouvoir activer de nouveau sa fonction exécutive, qui se trouvait « figée »*. En mobilisant un tel procédé d'exercice du pouvoir, le gouvernement n'a pas vocation à déclencher le pouvoir législatif pour qu'il soit en veille et puisse être exercé – comme s'il n'y avait pas eu d'interruption dans l'exercice de ce pouvoir. *C'est bien de l'exercice de son propre pouvoir dont il s'agit avant tout*. Il ne peut en être autrement eu égard au principe de la séparation des pouvoirs en vertu duquel un organe ne peut

¹ D'ailleurs, le Parlement selon J. Barthélemy n'avait pas à attendre sa convocation et qu'il pouvait se réunir de plein droit.

contraindre un autre à exercer le pouvoir sauf à se préoccuper d'abord et avant tout du sien. Ne pouvant contraindre le Parlement à siéger en dehors des périodes légalement prévues à cet effet, le gouvernement a opté pour la solution d'une session extraordinaire début 1914 afin d'obtenir l'autorisation de prendre des actes, en son absence, dans le domaine législatif.

2.1.2. La cause de vacance du pouvoir ou l'empêchement du Parlement

Dès lors, c'est la logique inhérente au procédé de l'invitation à agir qu'il faut à présent éclairer pour mesurer le sens exact de l'effet recherché dans le recours à ce mécanisme. La rétrospective historique au droit romain de l'ère républicaine est salvatrice puisqu'elle permet la contextualisation de l'invitation à agir mettant ainsi en exergue précisément ce pourquoi elle a vu le jour. T. Mommsen se réfère au procédé de l'invitation à agir à plusieurs reprises dans son manuel consacré au droit public romain (Mommsen, 1894). Sa trace est donc perceptible dès la République romaine, précisément au travers du mécanisme du *Senatus consultum ultimum* (SCU), utilisé pour remédier à la vacuité des pouvoirs publics. Sous la République romaine, l'« invitation à agir » – résultant de la résolution du Sénat romain est connue sous le terme de *Senatus consultum ultimum* – pouvait intervenir en cas d'invasions ennemies, mais elle fut étendue par la suite aux troubles intérieurs (Ibid).

Cette invitation à agir est une proclamation de la force majeure déclenchant *ipso facto* la loi martiale en vertu de laquelle les citoyens (magistrats ou particuliers) avaient le droit d'agir par eux-mêmes pour se défendre aussi bien sur le territoire *domi* que *militiae*. La nécessité impliquait ainsi un commandement fondé sur la force majeure en vertu de laquelle les citoyens pouvaient exercer la légitime défense « si les personnes que ce danger menace n'ont pas à leur tête de magistrat ou du moins de magistrat ayant droit au commandement ou susceptible de l'exercer » (Ibid). C'est donc bien la vacuité résultant de l'*inaction* d'un magistrat ou de son *empêchement* qui justifiait le recours à ce mécanisme dans la mesure où elle se traduit par une absence d'exercice des attributions légalement dévolues. Une vacuité pouvant aller jusqu'à porter atteinte à l'intégrité de l'Etat romain en cas de menaces pesant sur la Cité telle une guerre civile ou une guerre étrangère.

L'invitation à agir dans le cadre des habilitations législatives a exactement la même fonction s'agissant du gouvernement. Elle lui permet de combler l'inaction du Parlement pour protéger l'Etat de l'agression de l'ennemi – mais pas en devenant un second législateur. Au travers de l'habilitation, il est simplement question de prendre acte de l'inaction du Parlement pour cause de vacance légale afin qu'un nouveau cadre juridique d'exercice du pouvoir puisse être activé. Un cadre qui est étranger au droit en vigueur mais dont la fonction est de permettre la continuité du pouvoir. L'invitation du législateur revient ainsi à prendre acte de cet état de fait à savoir, la vacance ou la vacuité du Parlement et y remédie en déclenchant un mode d'exercice du pouvoir différent de celui en vigueur.

Cette invitation doit être interprétée avec toute sa dimension symbolique, c'est-à-dire comme un acte de « suspension » du droit légal et l'activation d'un « droit nouveau » dont le fondement se trouve dans la volonté des membres du gouvernement faisant office de volonté organique.

Cela dit, par un retour à la source de leur pouvoir qui gît dans la volonté des représentants du peuple, le Parlement : tel est l'objet même de l'habilitation législative. Précisons que c'est une nouvelle organisation du pouvoir non assimilable à celle qui existait précédemment. Il s'agit en effet de deux versants différents du pouvoir dont l'un est légal, conformément aux normes en vigueur et l'autre, découle d'une « légalité consentie » (dont la source du pouvoir gît dans la volonté des représentants du peuple puisqu'ils ne peuvent le faire comme organe de l'Etat, n'ayant pas de titre juridique à le faire). La formule « invitation à agir » doit dès lors être entendue comme l'instant même où le pouvoir commence à être exercé en recourant à un « droit nouveau » en tant qu'illustration d'un temps politico-juridique autre.

Ceci apparaît de façon plus nette lorsqu'on s'attarde sur un autre dispositif de la République romaine, l'Interrègne, forgé pour remédier à la vacance légale du pouvoir qui pouvait résulter soit de la maladie, soit de la mort des deux consuls, ou des tribuns *consulari potestate* soit en cas de vice de forme dans l'élection des magistrats, conduisant ainsi à la déposition de toutes les magistratures – sachant que l'interruption des magistratures régulières découlait de deux principes importants, de sorte que seul l'interroi était en mesure de prendre les auspices, aucun autre magistrat supérieur n'étant en fonction (Gohary, 2011). Le recours à ce mécanisme juridique s'explique par la rupture de la continuité des auspices qui pouvait impliquer une paralysie des institutions. Un interroi était alors désigné par le Sénat, en vertu de l'*auctoritas patrum*, afin d'assurer la tenue des comices électoraux par celui-ci pour revenir à l'exercice des magistratures régulières. En cas d'interruption des magistratures supérieures pour diverses causes de vacance, les auspices revenaient aux *patres* qui les confiaient à un représentant provisoire, un interroi ou *interrex*, issu du patriciat (par décret du Sénat). Les *patres* transmettaient à celui-ci non seulement leur *auctoritas* mais aussi les auspices pour qu'il puisse éventuellement transmettre à son successeur la charge de tenir les comices électoraux¹.

Si l'on s'attarde sur ces deux mécanismes de l'Interrègne et du *Senatus Consultum ultimum*, c'est pour montrer qu'ils sont une source précieuse témoignant de la déclinaison différente de l'exercice du pouvoir : tantôt dans un cadre légal tantôt en dehors de celui-ci parce que le droit public de l'ère républicaine a su préserver le lien entre le pouvoir et la source du pouvoir via les auspices. En effet, l'interruption des auspices pour cause de vacance du pouvoir déclenche un ordre juridique nouveau qui ne se confond absolument pas avec l'exercice des magistratures régulières (notamment s'agissant de l'Interrègne contrairement au SCU, qui est *de facto* un régime de suspension du droit). Ce sont ces différentes expressions de l'exercice du pouvoir qui ne sont plus lisibles aujourd'hui (au travers de l'article 38 de la Constitution) puisque le recours à la législation par ordonnance peut intervenir aussi bien en cas de vacance du pouvoir que de vacuité des pouvoirs publics – d'ailleurs, la distinction ne s'opère guère – ainsi qu'en période exceptionnelle ou en période normale. Or, cela altère la distinction de l'exercice du pouvoir dans le cadre légal et en dehors de celui-ci dès lors que la référence à la source du pouvoir disparaît compte tenu d'une déformation conceptuelle de la modernité : l'assimilation de l'*auctoritas* et de la *potestas*. Hélas, avec la modernité l'autorité est irrémédiablement devenue l'équivalent de pouvoir, en même temps que celui-ci se grève « au titre du pouvoir »

¹ Nommé pour cinq jours, sa principale fonction de l'interroi était d'organiser la tenue des comices électoraux en procédant à l'élection de magistrats supérieurs.

en s'assimilant même complètement à celui-ci, d'où l'impossibilité à penser le pouvoir et sa limitation en raison de la confusion du pouvoir et du titre du pouvoir. Tel est l'écueil principal de la conception du pouvoir et de son exercice aujourd'hui dont souffre la décision du Conseil constitutionnel.

2.2. Le pouvoir, une simple capacité à agir découlant de l'invitation à agir

Eu égard aux implications de la décision du Conseil constitutionnel de la translation de puissance, c'est le concept de pouvoir qu'il faut désormais clarifier pour montrer les apories d'une telle opération de transmutation fictive résultant de la confusion du pouvoir et du titre du pouvoir dont l'origine se trouve dans une autre confusion, celle de l'autorité et du pouvoir. Les inconséquences de la décision de 2020 résultent de cette double confusion.

2.2.1. La distinction de l'autorité et du pouvoir : un débat classique à redéfinir

Le mécanisme de l'Interrègne permet de mieux se rendre compte de la double signification de l'*auctoritas*. Avec la modernité, l'*auctoritas* est employé comme l'équivalent du pouvoir. Or, la République romaine témoigne de la force de l'*auctoritas* dans son sens originel comme la représentation de toute l'Italie par le prestige et le pouvoir du Sénat (Gély, 1995). Effectivement, durant l'Interrègne, « la *res* n'était plus l'affaire de l'ensemble du *populus*, le *ius publicum* étant provisoirement suspendu » (Gohary, 2011). Elle devenait l'affaire des patriciens seuls sous le couvert du *mos* précédant le *ius* sécularisé, le pouvoir revenait à leurs détenteurs théoriques, les *patres* – sachant que la *Res publica* est un principe institutionnel dont l'expression est issue de l'ensemble du peuple citoyen, *res populi*, c'est pourquoi d'ailleurs la magistrature résulte de l'expression régulière du peuple alors que l'Interrègne procède du *mos maiorum* (et non du *ius publicum*) (Ibid). Une distinction qui découle de la différence entre les *auspicia populi romani* et les *auspicia patrum* (Ibid) : le *mos* comblant les lacunes du *ius* (Ibid). Ainsi, en cas de suspension de la légalité pour cause de vacance, la légitimité à désigner l'interroi ou à agir en tant qu'interroi repose uniquement sur l'*auctoritas patrum* (Ibid).

Il existe ainsi deux régimes juridiques dont l'un découle de l'exercice des magistratures régulières et l'autre, de l'Interrègne. L'un est le fruit de l'« habilitation » du peuple, l'autre résulte de l'investiture des membres du Sénat issue du patriciat. En effet, alors que l'exercice des magistratures régulières résulte d'une attribution de compétence, l'Interrègne se caractérise par un transfert de l'*autorité* « qui passe immédiatement et de plein droit à la totalité des personnes ayant les qualités requises pour occuper l'interroyauté, c'est-à-dire la totalité des sénateurs patriciens » (Mommsen, 1894). Il ajoute que la désignation de l'interroi émanant de l'investiture sénatoriale se fait par *représentation* (Ibid). Autrement dit, les magistratures régulières découlent de l'exercice d'un *pouvoir légal*, l'Interrègne résultant d'une simple *aptitude* ou d'une *capacité à agir* (conférée par le Sénat en vue d'exercer le pouvoir en sa qualité d'autorité publique, chargée d'une fonction publique). Ces précisions attestent que l'exercice de la fonction spéciale pour laquelle l'interroi a été désigné – organiser la tenue des comices électoraux – s'appuie sur l'*auctoritas patrum* pour justement trouver le fondement de

son autorité car le pouvoir, pour se draper d'une certaine légalité et légitimité, a besoin de l'*auctoritas* conférée par le Sénat sans qu'il ne soit question de transfert de pouvoir (puisque le pouvoir dont il s'agit est simplement une aptitude ou une capacité à agir en tant qu'autorité publique, chargée d'une fonction publique précise).

En résumé, l'orchestration du pouvoir durant l'Interrègne met en évidence la distinction conceptuelle entre le concept d'*auctoritas* et du pouvoir¹ dont l'altération ne permet plus aujourd'hui de « tracer » la source du pouvoir et le titre du pouvoir. Or leur confusion conduit à la non-distinction de deux moments différents de l'exercice du pouvoir et empêche ainsi de percevoir l'impossibilité de transférer le pouvoir. Effectivement, si transfert il y a, cela ne peut l'être que du point de vue de l'autorité, et non du pouvoir, comme en témoigne l'Interrègne romain.

2.2.2. La distinction entre le pouvoir et le titre du pouvoir : la construction d'un droit de compétence

La décision du Conseil constitutionnel est symptomatique du raisonnement occultant la source ou le titre du pouvoir altérant ce faisant la représentation du pouvoir et sa limitation. Si le Parlement peut transférer sa puissance législative au gouvernement sur simple invitation, comment concevoir alors la modération du pouvoir de l'un ou de l'autre ? Ces glissements conceptuels dont les effets sont de plus en plus prégnants ne datent pas d'aujourd'hui mais du Principat. Cela dit, ce sont les travaux de A. Magdelain qui les ont à jamais réceptionnés en droit moderne.

Le pouvoir et l'autorité sont les « avatars italiens de la notion d'« *auctoritas* » » (Gély, 1995)² précise S. Gély. La notion d'autorité, « souvent confondue avec le pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction », trouve son origine dans le concept romain d'*auctoritas*. Le pouvoir et l'autorité ont laissé leur empreinte à la modernité qui ne cesse de puiser en ces concepts mais, l'*auctoritas* n'a pas toujours eu le sens qu'on lui accorde aujourd'hui, à savoir la personnification de l'autorité – une acception qui remonte à une période précise de l'histoire romaine quand Octave devient Auguste, qualificatif concédé par le Sénat, et devient porteur d'*auctoritas*, ce qui fait de lui *princeps auctoritate*. Avec César, la notion d'*auctoritas* repose sur une conception de la conduite de l'Etat par l'armée sous le commandement de son chef (Ibid). C'est pourquoi, la période qui va de César à Auguste est primordiale, étant à l'origine du renouvellement du sens du mot *auctoritas* : car de la représentation de toute l'Italie par le prestige et le pouvoir du Sénat, l'*auctoritas* change de sens et devient la personnification de l'autorité. L'*auctoritas* d'Auguste submerge ainsi celle du Sénat et change irrémédiablement de signification s'éloignant de son sens originel : elle devient ainsi l'équivalent de pouvoir.

¹ Sur leur distinction voir A. Sériaux qui définit la « *potestas* » comme « le savoir socialement accepté » et l'« *auctoritas* » comme le « savoir socialement reconnu ».

² Les travaux de S. Gély montrent que l'acception du mot comme « personnification de l'autorité » remonte à une période précise de l'histoire romaine : précisément à la fin de la République romaine quand Octave devient Auguste, qualificatif concédé par le Sénat et devient porteur d'*auctoritas* (en 27 av. J.-C.).

C'est cette connotation que la modernité retient de la notion d'autorité (Kernies, 2003 ; Gély, 1995).

Selon nous, les travaux de A. Magdelain sur la collation du pouvoir retiennent cette acception du pouvoir, dès la République romaine, gommant ainsi le sens authentique du mot « *auctoritas* » (Boz-Acquin, 2015). Cet éminent historien conteste formellement les lois instituant les magistratures (lois constitutives que la théorie de T. Mommsen sur la loi curiate consacre à partir du postulat de l'existence préalable, pour chaque magistrature, d'une loi constitutive) en s'appuyant sur la théorie de H. Siber qui affirme que ces lois n'existent pas (Stasse, 2005) ¹. Il estime que les magistrats ne tiennent pas leur pouvoir d'une constitution préétablie mais les reçoivent individuellement des curies, après leur élection, laquelle vaut uniquement désignation (Magdelain, 1990). L'innovation découle de la fonction de collation de pouvoir accordée à la loi curiate qui conférerait l'*imperium* au magistrat (Magdelain, 1990). La loi curiate remplirait la fonction de collation du pouvoir du magistrat. C'est pourquoi, il en conclut que les auspices de départ, en tant que source sacrée du pouvoir du magistrat, l'investissent dans sa fonction de général.

Les présupposés de son raisonnement reposent sur l'association de l'*auspicium* et de l'*imperium*. En effet, pour A. Magdelain, le fondement du pouvoir des magistrats se trouve dans le droit augural et ce, pour deux raisons d'abord, parce qu'il calque l'exercice de l'*imperium* sur le modèle des auspices ensuite parce qu'il identifie l'*auspicium* et l'*augurium* en opérant leur couplage (Ibid). Il en vient ainsi à proposer une autre définition large de l'*auspicium* dont l'implication est double : d'abord, l'assimilation de l'*augurium* et de l'*auspicium* qui tend à limiter voire à faire disparaître le caractère civil de la source du pouvoir du magistrat ensuite, à partir du moment où l'*auspicium* et l'*augurium* font couple, une substitution de sens devient inévitable.

Pourquoi ? Parce du mot *auspicium*, A. Magdelain retient uniquement le sens large de signes envoyés par Jupiter – or, de façon restrictive et au sens premier, l'*auspicium* a pour principale fonction de garantir au préalable la validité et l'utilité des actes publics. Parallèlement, du mot *auguria*, il retient le sens premier *augere*, qui signifie « augmenter ». Il en déduit que, du fait de leur point commun, l'observation des oiseaux (*avis*), l'*augurium* est le signe qui est porteur d'un accroissement divin (*augere*). Il en conclut que « le signe répond à l'attente et fournit le potentiel demandé. Il y a collation par Jupiter et non constatation d'un potentiel déjà présent, selon une interprétation inexacte » (Magdelain, 1990). Il y a ainsi une substitution dans la définition retenue jusqu'à présent du mot auspices : de simple intervention divine qui valide un acte, il en arrive à une définition qui fait l'acte, qui confère le pouvoir à l'acte. C'est pourquoi, il emploie le terme de « collation » – en évitant toutefois d'insérer le mot « pouvoir ». C'est là que se situe le changement de signification du mot *auctoritas* : il devient l'équivalent de *pouvoir*.

¹ Cependant Siber aurait conservé l'idée que la loi curiate ne conférait aucun pouvoir. Elle constituait une simple déclaration solennelle du magistrat élu.

Sa définition n'est pas fidèle au sens originel du mot *auspices* qui signifie « signes envoyés par Jupiter pour garantir au préalable la validité et l'utilité des actes publics. Ils étaient la base et la consécration de l'autorité » (Kernies, 2003). L'*auctoritas*, dérivant du mot *augere*, signifie celui qui accroît l'autorité d'un acte par l'examen favorable des oiseaux. A Rome, « la majoration est au cœur même du processus juridique qui métamorphose le fait pour lui conférer la force qui le rend efficace » car « l'*auctoritas* n'est ni une autorisation donnée par avance ni une ratification procurée après coup, mais une intervention qui valide un acte sinon imparfait » (Ibid). Par conséquent, « l'*auctoritas* opère la transformation en droit plein. Elle « augmente » la valeur d'un acte en lui conférant la plénitude de ses effets juridiques. Elle est donc fondamentale à tous égards puisqu'elle parfait le droit et permet ensuite de le poursuivre » (Ibid). Elle ne donne rien de plus à l'acte qu'il n'ait déjà ; elle augmente seulement un potentiel déjà présent.

Mais, A. Magdelain en vient à conférer à l'*auctoritas* une signification qui est étrangère à la République romaine : avant qu'elle ne se confonde avec le pouvoir, c'est-à-dire qu'elle en vienne à signifier la « personnification de l'autorité », l'*auctoritas* était « le corps représentatif de l'Etat- cité romain » incarnée par le Sénat (Gély, 1995). Dès lors, sous la République, l'*auctoritas* ne peut être entendue que dans sens originel de *représentation de toute l'Italie* et non comme le pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction. Ce qui revient de droit à distinguer le pouvoir et le titre du pouvoir et, par voie de conséquence, le pouvoir comme l'exercice d'un pouvoir légal, et le pouvoir, comme simple aptitude à faire des actes juridiques. Une distinction qui devrait pleinement s'opérer de nos jours pour éviter toute substitution de la volonté du peuple, par celle de ses représentants, afin de prendre toute la mesure des limites de la démocratie représentative. Une exigence qui n'est possible qu'en revenant à une conception du pouvoir qui permette une nette distinction du pouvoir et de sa source, c'est-à-dire du pouvoir et du titre du pouvoir.

Conclusion

Qu'en tirons-nous comme conclusion s'agissant des habilitations législatives ? S'il n'est question que d'une légalité consentie alors le pouvoir qui permet au gouvernement d'édicter des normes dans le domaine de la loi est strictement limité à la délimitation des contours de son pouvoir et non celui des contours du Parlement. La cause efficiente de son intervention est la fonction exécutive et non la fonction législative car ce qui a nécessité la demande d'autorisation découle de la volonté de conférer au gouvernement la faculté d'agir en prenant acte de l'inaction du Parlement pour assurer la continuité du pouvoir sachant que le pouvoir en question est d'une autre nature que celui issu du droit légal, c'est une *aptitude conférée* pour faire acte d'autorité publique. Son intervention ne peut en aucune façon conduire à l'activation de la fonction législative et conférer à ses actes une nature législative.

En s'appuyant sur un concept classique en droit, l'on peut dire que le principal suit l'accessoire ; en l'espèce, le principal de la législation par ordonnances est la mise à jour, l'activation ou l'actualisation de l'exécution des lois et non l'édiction des lois qui est somme toute l'accessoire.

L'habilitation est à notre sens l'acte déclenchant une nouvelle phase d'exercice du pouvoir, en dehors des canons de l'ordre juridique établi en remontant jusqu'à la source du pouvoir qui gît dans la volonté des représentants du peuple, le Parlement. C'est là un retour à la source du pouvoir pour puiser dans un titre juridique validant les actes juridiques qui seront adoptés et ce, eu égard au droit de la compétence. Ce n'est certainement pas pour confisquer à son profit la fonction législative du Parlement.

C'est en vertu de ce droit qu'en l'absence du Parlement ou d'empêchement de celui-ci, le gouvernement a le droit de définir les contours de l'exécution des lois en légiférant à sa place, c'est-à-dire pour définir les contours de sa propre fonction organique. Ce droit n'est rien d'autre que le pouvoir de définition des contours de la fonction organique afin d'en affiner ou compléter les contours. Une sorte d'actualisation ou de mise à jour du pouvoir et de son exercice à chaque fois que cela est nécessaire ; ce qui garantit la continuité du pouvoir ie. de la Constitution et de la séparation des pouvoirs posée par la Constitution. Le droit de la compétence¹ revient alors à compléter, à consolider ou à parfaire la fonctionnalisation du pouvoir telle qu'elle découle de la Constitution : une sorte de mise à jour nécessaire du pouvoir qui renferme l'idée de régénération, de mutation ou de métamorphose du pouvoir. Cela revient donc à actualiser le pouvoir. C'est un mécanisme permettant au pouvoir de se déclencher et de se régénérer sous l'effet des événements. C'est pourquoi, il est un régime juridique d'organisation du pouvoir, qui existe parallèlement à la théorie de la séparation des pouvoirs posée par la Constitution, sans pour autant se confondre avec elle.

En consacrant la translation de puissance, la décision du Conseil constitutionnel a fait fi de l'exercice du pouvoir sous l'empire du droit légal, et celui imposé pour faire face à un impératif impérieux, contribuant un peu plus à l'altération de la distinction d'un droit issu du temps normal et celui résultant d'un droit exceptionnel ; en somme, en consacrant un droit sans limite, œuvre d'un pouvoir sans limite. Cela revient à confondre le titre du pouvoir, qui découle de la Constitution (le droit du gouvernement de légiférer par ordonnances en vertu de l'article 38), et le droit d'actualiser l'exercice du pouvoir (en se prévalant du droit de la compétence mais dans ce cas si et seulement si la Constitution est incomplète). Un égarement jurisprudentiel qui trouve son terreau dans l'article 38 de la Constitution dont la révision s'impose plus que jamais dans la mesure où il a acté l'extension du domaine de la législation par ordonnances en confondant ces deux registres complètement différents : or, si le pouvoir tire son fondement de la Constitution (c'est-à-dire du titre du pouvoir), cela ne justifie en rien le droit de l'actualiser à sa guise car le droit de la compétence est en-deçà de celle-ci.

Ainsi, le pouvoir conféré par la Constitution à un organe est donc distinct de l'autorité que celui-ci a de compléter la séparation des pouvoirs qu'elle organise. Pour que cette distinction puisse valablement s'opérer en matière de législation par ordonnances, il faut que le pouvoir de révision clarifie (dans la rédaction de l'article 38) ce qui relève du niveau « supra » c'est-à-dire du titre du pouvoir (ie. la Constitution) et ce qui peut être relégué à la capacité des organes

¹ Nous consacrons ce droit de la compétence dans notre thèse à partir des travaux d'Etienne Picard, Jean Combaucou et Olivier Beaud, BOZ-ACQUIN E., (2015), *L'Etat et la force armée en droit constitutionnel français*, Thèse, 2015.

constitués pour qu'ils complètent celle-ci afin d'assurer la continuité du pouvoir. Cela suppose un préalable nécessaire, la réintroduction dans l'article 38 d'une « discrimination » du temps normal et du temps de crise eu égard aux perma-crisis qui bouleversent l'ordre constitutionnel empêchant ainsi de déterminer ce qui relève du droit commun et ce qui ressort de l'exceptionnel – et qui mérite dans ce cas que les pouvoirs constitués se prévalent de leur droit de compétence pour actualiser le pouvoir tel qu'il est organisé par la Constitution.

Bibliographie

BARRERE P., (1922), *Le droit public français dans la première période de la guerre (31 juillet 1914 -12 janvier 1915)*, Thèse, Montpellier, p. 31-32.

BARTHELEMY C., (2020) « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2020, n° 5, p. 887-906.

BARTHELEMY J., (1915) « Le droit public en temps de guerre. Augmentation de l'autorité gouvernementale », *RDP*, n° 32, p. 135-153.

BARTHELEMY J., (1915), « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », in *Problèmes de politique et finances de guerre*, Conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes Sociales par G. JEZE, J. BARTHELEMY, C. RIST, L. ROLLAND, janvier-février 1915, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 117-129.

BARTHELEMY J., (1916), « Le droit public en temps de guerre. Les pouvoirs publics et le commandement militaire », *RDP*, n°31, p. 556-562.

BARTHELEMY J. & P. DUEZ P. (1933), *Traité de droit constitutionnel*, Economica, rééd. 1985, p. 240-245.

BARTHELEMY J., (1917), « Le gouvernement législateur (le projet de délégation du pouvoir législatif) », *Revue politique et parlementaire*, n° 1, p. 14-20.

BOCK F., (2002), *Un parlementarisme de guerre 1914-1919*, Belin

BONNARD R., (1939), « Le Droit public et la guerre », *R.D.P.*, n°56, p. 562-573.

BOZ-ACQUIN, E., (2015), *L'Etat et la force armée en droit constitutionnel français*, Thèse, 2015.

CADART J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Tome II, L.G.D.J., 1980.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Dalloz, 2004.

DUGUIT L., (1924), « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *R.D.P.*, p. 313-349.

ESMEIN A., (1894), « De la délégation du pouvoir législatif à l'occasion du projet de loi présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue politique et parlementaire*, Tome I, juillet-septembre 1894.

ESMEIN A., (1924), « Le projet de 17 janvier et la question des « décrets-lois », *R.D.P.*, n°41, p. 42-45.

FAVOREUX L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 23ème édition, 2021.

GELY S., (1995), *Le pouvoir et l'autorité, Avatars italiens de la notion d'auctoritas d'Auguste à Domitien (27. a.c.-96 p.c.)*, Editions Peeters.

GOHARY L., (2011), *L'Interregnum. Le partage du corps souverain et la naissance de la Libera Res Pubblica*, Thèses, Paris-Sorbonne.

HUMBERT G., (1877-1919) « Interregnum », *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, MM, Ch. Daremberg et Ed. Saglio, 10 volumes, Hachette.

KERNIES S., (2003), « Autorité » in *Dictionnaire de culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, P.U.F.

LIET-VEAUX G., (1948), « Décrets-lois et décrets de crise », *Revue administrative*, n° 6, p.49-53.

MAGDELAIN A., (1990), « L'inauguration de l'urbs et l'Imperium », in *Jus Imperium auctoritas, Etudes de droit romain*, Collection de l'Ecole française de Rome, n°133, p. 209-228.

MAGDELAIN A., (1990), « Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats », *Jus Imperium auctoritas, Etudes de droit romain*, Collection de l'Ecole française de Rome, n°133, p.307-311.

MAISL H., (1972), *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, Thèse, Paris II.

MAULIN E., (2003), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, P.U.F.

MOMMSEN T., (1894), *Droit Public romain*, Tome II, Thorin et fils, 1894.

PADOVANI, J. (2020), *Ordre ou désordre dans la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ? À propos de la décision 2020-843 QPC du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020* (blogdroitadministratif.net).

RENOUVIN P., (1925) *Les formes du gouvernement de guerre*, PUF, Paris, 1925.

ROLLAND L. (1924) « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *R.D.P.* p.542-580

ROMAIN P., (1918), *De l'état de siège politique*, Thèse, Université de Toulouse.

SAINT-BONNET F., (2000), « Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *Droits*, n°30, p.29-44

SAINT-BONNET F., (2001), *L'Etat d'exception*, P.U.F.

SENAT, *Etude de suivi pluriannuel des ordonnances portant sur la période 2007-2022*

SENAT, *Etude sur les ordonnances*, 2021

SENAT, Rapport n° 107 sur la Proposition de loi constitutionnelle garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance, M. Philippe BAS, 27 octobre 2021

SENAT, Tableau de suivi des ordonnances du quinquennat 2022-2027

SERIAUX A., (1993), *Le droit naturel*, P.U.F., 2ème édition.

SERVICE HISTORIQUE DE L'ARMÉE DE TERRE, SHAT (1974), *Inventaire des Archives de la Guerre*, Série N. 1872-1919.

STASSE A., (2005), « La loi curiate des magistrats », *Revue internationale des droits de l'Antiquité (R.I.D.A.)*, n° 3, p. 376-379.

TINGSTEN H., (1934), *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre*, Publications du Fonds Descartes (traduit du Suédois par E. Söderlindh), Librairies Stock, Paris.

VERPEAUX M., (2006), « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°19, janvier 2006.

Lois, Ordonnances, Décisions

LOI du 8 décembre 1939 modifiant l'article 38 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre, J.O., 10 décembre 1939, p. 2.

LOI n° 0213 du 5 août 1914 déclarant l'état de siège, J.O., 6 août 1915, p. 7123.

LOI n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009-2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, J.O.R.F., n° 0175 du 31 juillet 2009.

ORDONNANCE n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, J.O., 10 janvier 1959, p. 691.

ORDONNANCE n°2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la Défense, J.O.R.F., n° 296 du 21 décembre 2004, p. 21675, n°30.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Proposition de loi constitutionnelle adoptée par le Sénat garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance, transmise par M. le président du Sénat à M. le président de l'Assemblée nationale, 4 novembre 2021

CE, 16 décembre 2020 n° 440457.

CE, 16 décembre 2020 n°, 440289.

CE, 1923, Sigalas, S., 1928-3-113 (Note de M. Hauriou).

CE, 22 juin 1928, Dames Dol et Laurent, Rec. 208.

CE, 28 juin 1918, Heyriès, Rec. 651.

CE, 6 décembre 1907, Compagnie des Chemins de Fer de l'Est et autres, Rec. 913, concl. Tardieu, G.A.J.A, 12ème édition, Dalloz.

CE, Assemblée, 16 décembre 2020, n°440258.

CE, Dames Dol et Laurent du 28 février 1919.

DC. CC, n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020.

DC. CC, n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020.