

« 38 + 49.3 = 16 bis » ? Retour sur une équation constitutionnelle incertaine

Emma RABITA

Doctorante ATER en Droit public, Université de Lille (CRDP)

Loin de toute logique mathématique, l'équation « 38 + 49.3 = 16 bis » ne peut se comprendre que dans l'univers constitutionnel. Elle renvoie à une pratique, initiée en 1967¹, consistant à combiner deux dispositions centrales de la Constitution du 4 octobre 1958 : l'article 38, permettant au Gouvernement d'intervenir par voie d'ordonnances dans le domaine de la loi sur autorisation du Parlement et l'article 49, al. 3, en vertu duquel le Gouvernement engage sa responsabilité sur un texte, considéré comme adopté par l'Assemblée nationale en l'absence de censure. La chambre basse se retrouve, dans ce cas de figure, confrontée à une alternative délicate : consentir à l'habilitation – qui implique son propre dessaisissement – ou provoquer la chute du Gouvernement. Un tel procédé se rapprocherait, si l'on en croit la formule, de l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution, permettant au Président de la République d'adopter toute mesure exigée par certaines circonstances graves, y compris dans le domaine législatif².

Généralement attribuée au sénateur Pierre Marcilhacy³, cette formule a par la suite été reprise dans plusieurs débats parlementaires ou doctrinaux⁴. Pris à la lettre, le rapprochement peut sembler excessif au regard des différences structurelles entre les deux types de procédés : l'article 38 bénéficie au Gouvernement, tandis que l'article 16 vise le Président de la

¹ Loi n° 67-482 du 22 juin 1967 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre économique et social (JORF du 23 juin 1967, p. 6211).

² Pour une étude générale sur l'article 16, v. M. VOISSET, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, 1969, 437 p. ; pour une étude plus récente, v. not. F. SAINT-BONNET, « L'article 16 et les antagonismes constitutionnels issus de la Révolution », *Giornale di storia costituzionale*, 2014-07 (28), pp. 99-109.

³ G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 14^e éd, Points, 2017, p. 262 ; G. TOULEMONDE, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 14^e éd., L'Harmattan, 2020, p. 293. V. aussi en ce sens, la saisine des soixante députés dans la décision Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995. Les comptes rendus des débats au Sénat sur la loi du 22 juin 1967 ne retranscrivent toutefois pas la formule exacte. P. Marcilhacy y fait seulement référence de la manière suivante : « On commence comme cela et on finit par les vacances de la légalité ou par l'article 16. » (Débats parl., Sénat, Séance du 1^{er} juin 1967, JORF n° 20 du 2 juin 1967, p. 528).

⁴ V. par ex. Gilbert Bonnemaïson, qui reprend lui-même les propos de Pierre Mauroy (Débats parl., Assemblée nationale (AN), Troisième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai, p. 1062). L'article « 16 bis » a également pu être mentionné en analogie avec l'article 38 par F. Mitterrand en 1967 (Débats parl., AN, Deuxième séance du 20 mai 1967, JORF n°34 du 21 mai, p. 1200). Dans la doctrine, v. par ex. L. FONTAINE, « '38+49.3 = 16 bis'. Ou comment faire du gouvernement un dictateur », *Blog Le droit de la Fontaine*, 2020 (<https://www.ledroitdelafontaine.fr/3849-3-16-bis-ou-comment-faire-du-gouvernement-un-dictateur/>, consulté le 15 janv. 2026), qui attribue pour sa part la formule à Jean Foyer.

République⁵ ; la source de l'habilitation est législative dans le premier cas et constitutionnelle dans le second ; la durée, les finalités, les conditions d'exercice, les garanties procédurales et les modalités de contrôle de l'habilitation diffèrent également. Or, l'engagement de la responsabilité gouvernementale sur un projet d'habilitation de l'article 38 n'a pas pour effet d'effacer ces distinctions.

L'assimilation ne réside donc pas dans les éléments constitutifs de chacun des mécanismes, mais dans les *conséquences* de la combinaison en termes de production normative. Derrière cette équation, figure en effet l'expression d'une crainte, traditionnellement associée à l'article 16⁶, « envers l'idée que l'exécutif pourrait s'attribuer lui-même des pouvoirs spéciaux »⁷. Elle suggère qu'une habilitation législative accordée par le biais de l'article 49, al. 3 fragiliserait le consentement parlementaire et, par suite, la fiction du caractère démocratique du processus. Le Gouvernement tirerait alors sa compétence non d'une autorisation parlementaire effective mais de la combinaison d'instruments constitutionnels dont il a la maîtrise. C'est à partir de cette seconde lecture que l'équation devient intéressante à étudier, en ce qu'elle interroge les effets du cumul des instruments de rationalisation du parlementarisme⁸ et plus largement l'équilibre des pouvoirs sous la Ve République française.

Dans cette perspective, l'étude vise à éprouver la pertinence de cette équation afin de proposer une lecture *juridique* de la combinaison des articles 38 et 49, al. 3. Il s'agit de s'interroger à la fois sur sa réalité pratique et ses évolutions à l'aune des mutations constitutionnelles, mais également d'en saisir les fonctions rhétoriques ainsi que les conséquences politiques et juridiques. Pour ce faire, la démarche adoptée repose sur une analyse normative et institutionnelle.

Normative, d'abord, afin de distinguer ce qui relève du droit, au sens positiviste du terme, de ce qui n'en relève pas⁹. L'étude est ainsi menée à partir des dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'interprétation qui peut le cas échéant en être faite par le Conseil constitutionnel. Elle prend également appui sur les lois organiques pertinentes¹⁰ et les règlements des assemblées. Elle suppose, enfin, un travail d'identification des dispositions législatives d'habilitation, y compris celles insérées dans des lois ordinaires.

⁵ S'agissant de l'article 38, le Président de la République intervient formellement dans le processus lors de la signature des ordonnances mais l'autorité habilitée à prendre les mesures est bien le Gouvernement. *Contra* : A. (de) LAUBADÈRE *et al.*, *Traité de droit administratif*, t.1, LGDJ, 9^e éd., 1984, p. 321.

⁶ Crainte qui a toutefois fini par s'atténuer, v. en ce sens F. SAINT-BONNET, « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien (Considérations sur le nouvel article 16 de la Constitution) », *LPA*, 2008, n° 254, p. 24.

⁷ F. SAINT-BONNET, « L'article 16 et les antagonismes constitutionnels... », art. cit., p. 102.

⁸ Notons que si l'étude porte uniquement sur la combinaison des articles 38 et 49, al. 3, ces mécanismes peuvent eux-mêmes être associés à d'autres procédés d'encadrement ou d'accélération de la procédure législative. *Cf. infra*.

⁹ Le positivisme juridique se caractérise par une séparation nette entre deux sphères : celle de l'être (*sein*) et celle du devoir-être (*sollen*), v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. de la 2^{ème} édition par C. Eisenmann), Bruylant, LGDJ, 1999, pp. 13 à 18.

¹⁰ Notamment la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (JORF n° 0089 du 16 avril 2009) qui règle les modalités de présentation des lois d'habilitation de l'article 38.

Institutionnelle, ensuite, car le droit parlementaire demeure indissociable de la pratique du pouvoir¹¹. Pour atteindre l'objectif, l'analyse doit dès lors s'appuyer sur les différents travaux parlementaires évoquant la combinaison, des différents rapports jusqu'aux comptes rendus des débats en séance publique. Dans la même logique, les comptes rendus des délibérés de séances du Conseil constitutionnel permettront d'éclairer les décisions rendues dans ce cadre.

La formule ironique « 38 + 49.3 = 16 *bis* » est le reflet d'un discours *politique* de condamnation de l'utilisation combinée des deux mécanismes constitutionnels. Or, le recours à un vocable juridique contribue à entretenir une ambiguïté et à construire une vision erronée de la réalité juridique (§1). Par ailleurs, l'équation ne permet pas de rendre compte de l'évolution de cette pratique, qui s'est inscrite subrepticement dans le contexte déséquilibré de la Ve République. Pour condamner juridiquement l'usage cumulé des deux procédés, il faut donc s'émanciper de cette vision caricaturale et adopter des arguments juridiques fonctionnels dans ce régime (§2).

§1 – La révélation d'un discours équivoque

Les critiques relatives à l'usage combiné de l'article 38 et 49 al. 3 de la Constitution – dans lesquelles s'inscrit la formule étudiée – sont apparues à l'occasion de réformes particulièrement sensibles. La première utilisation a eu lieu au printemps 1967, dans des conditions procédurales inédites¹² et un climat de forte contestation syndicale¹³. La pratique a ensuite ressurgi lors de la première cohabitation en 1986, s'agissant des habilitations controversées en matière de privatisations et de découpage électoral, dont la crise mènera au refus présidentiel de signer les ordonnances¹⁴. Quelques années plus tard, c'est à l'occasion du « plan Juppé » que la question réapparaît¹⁵. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le

¹¹ V. not. en ce sens, P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 7^e éd., LGDJ, 2023, spéc. p. 27 et s. ; C. GEYNET-DUSSAUZE, *L'obstruction parlementaire sous la Ve République. Étude de droit constitutionnel*, IFJD, Lextenso-LGDJ, 2020, p. 26.

¹² En plus de l'article 38 et des trois engagements successifs de l'article 49, al. 3 devant l'Assemblée nationale (à chaque lecture), le projet avait fait l'objet de la déclaration d'urgence (art. 45 C), de deux rejets du texte par le Sénat, conduisant finalement à l'attribution du dernier mot à l'Assemblée nationale, adopté en application de l'art. 49, al. 3 C.

¹³ Loi n° 67-482 du 22 juin 1967, préc. V. not., à ce sujet, « Réformes sociales : l'histoire controversée des ordonnances », *Le Monde*, 1^{er} septembre 2017 ; J.-F. CHADELAT, « Les ordonnances de 1967 », in M. LAROQUE (dir.), *Contribution à l'histoire financière de la Sécurité sociale*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 365-392.

¹⁴ Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (JORF n°153 du 3 juillet 1986) ; Loi n° 86-825 du 11 juillet 1986 relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales (JORF n° 0161 du 12 juillet 1986) ; Sur le refus de signature, v. not. M. TROPER, « La signature des ordonnances », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 75.

¹⁵ Loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale (JORF n° 304 du 31 décembre 1995). Sur cette loi, v. X. PRÉTOT, « Le recours à la loi d'habilitation et les mesures intéressant le financement de la Sécurité sociale. Aspects constitutionnels », *Droit social*, mars 1996, n° 3, pp. 279-289.

discours sur l'usage combiné revête une dimension politique. Pour efficace qu'elle soit sur ce terrain (A), la formule ne résiste toutefois pas à l'analyse juridique (B).

A – Une formule politiquement efficace

L'équation étudiée est révélatrice des dynamiques de contestation de l'usage combiné des deux articles. Son efficacité tient à sa capacité à condenser, sous une forme simple et parlante, les griefs relatifs à l'utilisation du procédé : du récit d'une dépossession du Parlement (1) jusqu'à son caractère anormal et exceptionnel (2).

1) Le récit d'une dépossession du Parlement par la rhétorique démocratique

La formule « 38 + 49.3 = 16 *bis* » s'inscrit dans un registre sémantique émotionnel¹⁶ caractérisé par des expressions frappantes permettant de dénoncer le procédé. L'analyse des travaux parlementaires entourant les projets d'habilitation adoptés par l'article 49, al. 3 révèle, en effet, des champs lexicaux structurés autour du déficit démocratique et de la défaillance de la représentation. Le débat parlementaire est décrit comme « escamoté », « interdit »¹⁷, ou même réduit à son « degré zéro »¹⁸ ; la procédure est vue comme incompatible avec l'idéal de la délibération attendue en régime parlementaire, lequel supposerait un « acquiescement large »¹⁹, *a fortiori* lorsqu'il est question d'une loi d'habilitation à légiférer. Dans le même esprit, l'institution parlementaire est présentée comme « dépossédée »²⁰, « impuissante »²¹, « muselée »²², réduite à une « chambre d'enregistrement »²³ ou traitée avec « mépris »²⁴. Les opposants insistent également sur la dimension contrainte de l'autorisation, qualifiée de « blanc-seing »²⁵ obtenu « à la hussarde »²⁶, dans une logique assimilée à un « coup de force »²⁷.

Cette rhétorique se superpose avec un registre plus conceptuel, marqué par l'invocation récurrente des notions de « représentation nationale »²⁸, de « suffrage universel »²⁹, de « peuple

¹⁶ F. SAINT-BONNET, « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien... », art. cit.

¹⁷ Jean-Claude Gayssot, Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai, p. 1037.

¹⁸ Jean Le Garrec, Débats parl., AN, Première séance du 15 mai 1986, JORF n° 23 du 16 mai 1986, p. 937.

¹⁹ Georges Sarre, Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai 1986, p. 1046.

²⁰ Julien Dray, Débats parl., AN, Séance du 12 décembre 1995 (version électronique), p. 35 ; André Chassaigne, Débats parl., AN, Séance du jeudi 12 mai 2016, JORF n° 48 du 13 mai 2016, p. 3279.

²¹ Jeanine Dubié, Débats parl., AN, Deuxième séance du 3 mars 2020, JORF n° 31 du 4 mars 2020, p. 2332.

²² Christian Jacob, Débats parl., AN, Deuxième séance du mardi 16 juin 2015, JORF n° 75 du mercredi 17 juin 2015, p. 5778.

²³ Louis Mermaz, Débats parl., AN, Première séance du 13 octobre 1986, JORF n° 84 du 14 octobre, p. 4661.

²⁴ Roger Gouhier, Débats parl., AN, Deuxième séance du 9 juin 1967, JORF n° 46 du 10 juin 1967, p. 1732.

²⁵ Pierre Cot, Débats parl., AN, Séance du 18 mai 1967, JORF n° 32 du 19 mai 1967, p. 1065.

²⁶ Georges Sarre, Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, préc., p. 1046.

²⁷ Rémy Auchédé, Débats parl., AN, Deuxième séance du 15 mai 1986, JORF n° 23 du 16 mai 1986, p. 943 ; Jean-Claude Gayssot, Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, préc., p. 1037.

²⁸ Débats parl., AN, Deuxième séance du 9 juin 1967, préc., pp. 1728 et 1732 ; Troisième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai, spéc. p. 1064 ; Première séance du jeudi 18 juin 2015, JORF n° 77 du 19 juin 2015, p. 5827, 5834, 5836.

²⁹ Jean-Claude Gayssot, Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, préc., p. 1037.

souverain »³⁰, de « corps électoral »³¹ ou encore de « volonté générale »³², sans oublier la démocratie (la « véritable »³³ !), qui serait « restreinte »³⁴, « mise en péril »³⁵, « expéditive »³⁶ par le recours à ce procédé. La référence à l'article 16 de la Constitution parachève ce récit en inscrivant la pratique dans l'imaginaire de concentration des pouvoirs qui le caractérise³⁷.

La force de cette dénonciation tient précisément à la mobilisation des notions de *démocratie* et de *représentation*, dont le contenu et le statut demeurent largement indéterminés³⁸. Leur signification varie selon le cadre dans lequel elles sont mobilisées (philosophie, théorie politique, droit constitutionnel, débat public) – si tant est qu'elles soient définies³⁹. En outre, les relations qu'entretiennent ces concepts entre eux évoluent en fonction de la « trajectoire historique » considérée⁴⁰. Comme l'a démontré Bruno Daugeron, la référence à « la » démocratie permet ainsi de postuler l'existence d'une certaine essence derrière un mot sans avoir à le définir, *a fortiori* lorsque le terme est utilisé comme adjectif⁴¹. Ces notions, employées de manière interchangeable et sans véritable distinction conceptuelle, fonctionnent dès lors comme des ressources argumentatives et fondent une « stratégie discursive »⁴² pour disqualifier l'usage cumulé des articles 38 et 49 al. 3 de la Constitution, sans avoir à en démontrer rigoureusement l'illégitimité ou l'inconstitutionnalité.

2) La perpétuation de l'imaginaire de l'exceptionnalité

L'autre enseignement contenu dans la formule « 38 + 49.3 = 16 *bis* » réside dans la manière dont elle contribue à ancrer l'usage combiné dans une logique d'exception. Le rapport d'équivalence avec l'article 16 de la Constitution induit en effet une assimilation implicite avec les conditions de mise en œuvre de ce dernier. Autrement dit, la formule suggère que le recours conjoint aux articles 38 et 49, al. 3 ne serait légitime qu'à titre exceptionnel – dans des circonstances proches de celles justifiant les pouvoirs de l'article 16.

Une telle lecture est cohérente avec la *perception* politique et doctrinale des deux dispositifs, pris isolément. L'article 38, en raison de son affiliation historique avec les décrets-lois des III^e et IV^e Républiques, a d'abord été perçu comme un instrument de crise ou

³⁰ André Chassaigne, Débats parl., AN, Séance du jeudi 12 mai 2016, préc., p. 3279.

³¹ Jacques Maroselli, Débats parl., AN, Séance unique du 16 juin 1967, préc., p. 1908.

³² André Chassaigne, Débats parl., AN, Séance du jeudi 12 mai 2016, préc., p. 3279.

³³ Jacques Maroselli, Débats parl., AN, Séance unique du 16 juin 1967, préc., p. 1908.

³⁴ Paul Chomat, Débats parl., AN, Première séance du 15 mai 1986, JORF n° 23 du 16 mai, p. 923.

³⁵ Bruno Mégret, Débats parl., AN, Première séance du 13 octobre 1986, JORF n° 84 du 14 octobre, p. 4677.

³⁶ Boris Vallaud, Débats parl., AN, Première séance du 3 mars 2020, JORF n° 31 du 4 mars 2020, p. 2269.

³⁷ G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 121 ; F. SAINT-BONNET, « L'article 16 et les antagonismes constitutionnels... », art. cit., p. 102.

³⁸ V. en ce sens, D. BARANGER et B. DAUGERON, « Avant-Propos », *Jus Politicum*, numéro Spécial, Démocratie et représentation, n° 29, 2023, p. 5.

³⁹ B. DAUGERON, « De démocratie à démocratique : le passage du nom à l'adjectif présente-t-il un enjeu de droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, p. 21-43, spéc. p. 34.

⁴⁰ D. BARANGER et B. DAUGERON, art. cit., p. 6 ; J.-M. DENQUIN, « Représentation, démocratie et relativité de l'ontologie », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, pp. 9-19.

⁴¹ B. DAUGERON, « De démocratie à démocratique... », art. cit. ; v. égal. en ce sens, « Le “chemin démocratique” ou les mésaventures du présidentielisme minoritaire », *Jus Politicum*, n° 30, juillet 2023.

⁴² B. DAUGERON, « De démocratie à démocratique... », art. cit., p. 37.

d'urgence⁴³. De la même manière, l'article 49, al. 3 est souvent présenté comme un « outil d'exception »⁴⁴ destiné à surmonter les blocages institutionnels, notamment au sein de la majorité parlementaire, et dont l'usage est appelé à rester « occasionnel »⁴⁵, « modéré »⁴⁶ ou « raisonnable »⁴⁷.

Dans ce contexte, leur utilisation combinée tend à amplifier cette perception, en produisant un effet d'accumulation des logiques dérogatoires. L'usage de l'article 49, al. 3 pour faire adopter une loi d'habilitation de l'article 38 a ainsi pu être assimilé à une « réaction en chaîne d'exceptions »⁴⁸. De même, certaines interventions insistent sur le caractère « *doublément* inacceptable » ou « *encore plus* insupportable » de la pratique qui cumule deux procédés déjà jugés abusifs lorsqu'ils sont activés séparément⁴⁹ ; d'autres établissent subtilement le lien avec l'article 16, en regrettant le recours à une telle procédure « dans une période où les institutions ne sont ni menacées ni confrontées à une crise de fonctionnement »⁵⁰, reprenant le vocabulaire associé aux pouvoirs exceptionnels.

Or, contrairement à ce que suggère cette assimilation, les circonstances exceptionnelles ne constituent pas, en droit, une condition de validité des articles 38 et 49 al. 3 de la Constitution. L'équation apparaît ainsi comme le reflet d'un discours politique et non d'un raisonnement juridique de condamnation de l'usage combiné.

B – Une formule juridiquement fragile

La fragilité de l'équation « 38 + 49.3 = 16 bis » et du discours qui l'accompagne réside dans leur tendance à occulter deux éléments essentiels en droit positif : l'absence de valeur juridique des circonstances exceptionnelles dans le cadre des articles 38 et 49, al. 3 (1) et le maintien formel de la loi d'habilitation lors de l'usage combiné (2).

⁴³ La volonté de maintenir le procédé dans un cadre exceptionnel est perceptible chez certaines personnalités ayant participé à la rédaction de la Constitution (v. par ex., R. JANOT, Entretien avec la presse le 9 septembre 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. IV, La Documentation française, 2001, p. 83) mais aussi dans les débats ayant entouré l'adoption des premières lois d'habilitation (v. par ex. Débats parl., AN, Séance du 2 février 1960, JORF n°3 du 3 février 1960, p. 116 et s.). Sur ces questions, v. G. BÉGUIN, *La banalisation du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution de la Ve République*, Thèse Nanterre, 2025, dactyl., p. 96 et s.

⁴⁴ Débats parl., AN, Séance du 4 novembre 2023, JORF n° 122 du 5 novembre 2023, p. 9735.

⁴⁵ G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁶ Débats parl., AN, Première séance du 13 octobre 1986, JORF n° 84 du 14 octobre 1986, p. 4667.

⁴⁷ G. VEDEL (dir.), *Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, Rapport au Président de la République, La Documentation française, 1993, p. 46.

⁴⁸ Jean-Claude Martinez, Débats parl., AN, Première séance du 15 mai 1986, préc. p. 929.

⁴⁹ Nous soulignons. Alain Bocquet, Débats parl., AN, Séance du 12 décembre 1995 (version électronique), p. 25. ; Julien Dray, *ibid.*, p. 35.

⁵⁰ Gilbert Bonnemaïson, Débats parl., AN, Troisième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai, p. 1062.

1) L'indifférence juridique aux circonstances exceptionnelles

Dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, les circonstances exceptionnelles constituent une condition juridique de déclenchement des pouvoirs spéciaux⁵¹. Le texte exige en effet qu'une menace « grave et immédiate » pèse sur « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » et que le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels » soit interrompu. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a d'ailleurs explicitement qualifié ces prérogatives de « pouvoirs exceptionnels »⁵². À l'inverse, ni l'article 38 ni l'article 49, al. 3 ne subordonnent juridiquement leur utilisation à l'existence de circonstances exceptionnelles, de crise, ou d'urgence.

S'agissant de l'article 38 de la Constitution, si le recours aux ordonnances est souvent présenté, dans le discours politique et institutionnel, comme devant rester exceptionnel⁵³, cette idée n'a jamais été concrétisée d'un point de vue juridique. Plusieurs parlementaires ont pourtant tenté d'imposer cette lecture devant le Conseil constitutionnel, en invoquant l'absence de circonstances imprévues ou d'urgence⁵⁴. Celui-ci a néanmoins rejeté cette interprétation en affirmant que « la Constitution ne soumet le recours à cette procédure à *aucune autre condition* que celles énoncées à l'article 38 (...) et à l'article 13 aux termes duquel "le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres" »⁵⁵. En dépit de quelques décisions isolées faisant référence à l'urgence⁵⁶, la jurisprudence constitutionnelle refuse donc clairement d'ériger les circonstances exceptionnelles en condition du recours aux ordonnances.

La même logique prévaut pour la mise en œuvre de l'article 49, al. 3 de la Constitution. Là encore, le texte ne renvoie explicitement à aucune situation de crise ; cette dimension relève au mieux de « l'esprit » prêté au mécanisme, lui-même tiré de l'intention des rédacteurs de la Constitution⁵⁷. Mais le Conseil constitutionnel énonce, dans des termes très proches de ceux utilisés pour l'article 38, que « l'exercice de la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 n'est soumis à *aucune condition autre* que celles résultant de ce

⁵¹ Le Conseil constitutionnel peut d'ailleurs vérifier le maintien de ces « conditions » au bout de trente jours s'il est saisi, et soixante jours de plein droit (art. 16 C, dernier alinéa). Plus généralement, sur l'argument des circonstances exceptionnelles dans les normes d'habilitation, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 584 et s.

⁵² Art. 16 C, dernier alinéa.

⁵³ Cf. *supra*, p. §1, A., 2).

⁵⁴ Texte de la saisine des sénateurs, Cons. const., n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

⁵⁵ Cons. const., n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 3. Nous soulignons.

⁵⁶ Cons. const. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13 ; n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 5 ; n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, cons. 5.

⁵⁷ V. not. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, La Documentation française, 1988, p. 506 ; v. égal. Michel DEBRÉ, discours du 27 août 1958 devant le Conseil d'État, reproduit in D. MAUS, *Les Grands Textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 5.

texte»⁵⁸, à savoir la délibération en Conseil des ministres, au demeurant interprétée avec souplesse⁵⁹.

Si la banalisation de ces deux mécanismes peut être critiquée (y compris dans le discours juridique)⁶⁰, l'argument tiré de l'accumulation de procédures censées restées exceptionnelles n'est pas opérant en droit positif pour dénoncer le recours conjoint aux articles 38 et 49 al. 3 de la Constitution. La fragilité de l'analogie s'observe aussi au regard du maintien formel de la norme législative d'habilitation.

2) Le maintien formel de la norme législative d'habilitation

S'agissant de l'article 16, l'habilitation trouve son origine dans la Constitution ; elle est directement adressée au Président de la République qui devient, au moins lors du déclenchement, « seul juge de la mise en œuvre »⁶¹ des pouvoirs exceptionnels. L'équation suggère dès lors que le recours combiné aux articles 38 et 49, al. 3 ferait disparaître la norme législative d'habilitation, en la faisant « remonter » au niveau constitutionnel par la réunion des deux dispositions. C'est en ce sens que Francesco Natoli évoque l'idée selon laquelle l'absence de limite constitutionnelle permettrait au Gouvernement de « s'auto-habiller en vue d'exercer provisoirement la fonction législative »⁶².

Cette explication ne résiste toutefois pas à l'analyse juridique. Formellement, la loi d'habilitation doit arriver jusqu'au terme du processus législatif pour produire ses effets. Les députés conservent la possibilité de rejeter le texte en renversant le Gouvernement, et les sénateurs ne sont, quant à eux, pas soumis à cette alternative⁶³. En droit constitutionnel français, un texte « considéré comme adopté » par l'Assemblée nationale, qui franchit les différentes étapes de la procédure parlementaire, demeure une loi au sens formel du terme.

La critique est alors susceptible de se déplacer vers l'idée d'une neutralisation de la discussion parlementaire, qui ôterait à la loi formelle l'une des caractéristiques qui la distingue des autres activités matérielles de législation⁶⁴. Les députés ont ainsi regretté l'existence d'un

⁵⁸ Nous soulignons. V. par ex., Cons. const., n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 ; plus récemment, n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, § 6.

⁵⁹ Il suffit que le sujet ait été évoqué en Conseil des ministres. V. en ce sens, G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 252 et 285 ; Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, cons. 7 ; n° 2004-503 DC du 12 août 2004, cons. 5.

⁶⁰ S'agissant de l'art. 38, v. par ex. P. DELVOLVÉ, « L'été des ordonnances », *RFDA*, 2005, p. 909 et s. ; Y. GAUDEMET, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 157. S'agissant de l'art. 49, al. 3, v. par ex. L. AUDOUY, « La révision de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution à l'aune de la pratique », *RFDC*, 2016/3, n° 107, pp. 1-22 ; J. GICQUEL, « Sauvegarder l'article 49, alinéa 3 ! », *LPA*, 2008, n° 254, p. 90.

⁶¹ G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 118.

⁶² F. NATOLI, « Le recours à l'article 49 al-3 dans le cadre de la réforme des retraites : les limites constitutionnelles à la rationalisation parlementaire », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 22 mars 2020, consulté le 14 mai 2026.

⁶³ Ils peuvent néanmoins se voir opposer d'autres outils de rationalisation comme le vote bloqué (art. 44, al. 3 C).

⁶⁴ Sur la place de la délibération dans la « République parlementaire », v. not. E. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Dalloz, 2021, p. 24 et s., spéc. p. 27.

texte « ni délibéré, ni amendé, ni voté »⁶⁵, « ni même débattu »⁶⁶. Néanmoins, une telle présentation apparaît à nouveau réductrice : l'engagement de responsabilité entraîne certes la suspension immédiate du débat pendant vingt-quatre heures⁶⁷, mais pas sa disparition.

D'une part, une discussion en séance publique est organisée en cas de dépôt d'une motion de censure⁶⁸. Or, l'analyse de la pratique parlementaire révèle que ce temps est réinvesti par les députés pour discuter de l'opportunité du recours à l'article 38 et du contenu des futures mesures : « le débat, estimait Michel Debré, est un débat de fond et personne ne s'y trompe »⁶⁹. Cela est notamment perceptible s'agissant de la loi du 22 juin 1967 : face à la certitude que la motion ne serait pas adoptée⁷⁰, les députés ont préféré débattre de la légitimité de l'habilitation, des mesures économiques et financières envisagées⁷¹ ou encore demander l'insertion de garanties⁷² – ce qui avait conduit Georges Pompidou à ironiser sur « la treizième heure de ce dialogue sur l'absence de dialogue »⁷³. Des dynamiques comparables se retrouvent dans les pratiques ultérieures⁷⁴.

D'autre part, le recours à l'article 49, al. 3 n'intervient pas toujours à un stade précoce de la procédure⁷⁵. Certains textes d'habilitation ont pu faire l'objet d'une discussion normale *avant* l'engagement de responsabilité. Par exemple, sur les quatre articles d'habilitation contenus dans la loi du 2 juillet 1986, trois ont été adoptés avant l'engagement de responsabilité, tandis que le quatrième a été soumis à l'article 49, al. 3 après intégration de certains amendements⁷⁶. Dans la même logique, lors de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi du 30 décembre 1995, le Gouvernement a insisté sur le « caractère effectif du débat » ayant entouré l'habilitation, en rappelant les « 37 heures » de discussion et l'examen des « 77 amendements et sous-amendements »⁷⁷. Rappelons à cet égard que l'un des motifs d'utilisation de l'article 49 al. 3 est la lutte contre l'obstruction parlementaire⁷⁸, elle-même parfois présentée comme une technique « accusée d'empêcher ou d'altérer l'expression de la volonté générale »⁷⁹.

⁶⁵ Pascal Arrighi, Débats parl., AN, Troisième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai 1986, p. 1064.

⁶⁶ Pierre Joxe, Débats parl., AN, Séance du 20 mai 1986, JORF n° 25 du 21 mai 1986, p. 969.

⁶⁷ Règlement de l'Assemblée nationale, art. 155, §1.

⁶⁸ Règlement de l'Assemblée nationale, art 154, §2.

⁶⁹ Débats parl., AN, Deuxième séance du 22 mai 1986, JORF n° 27 du 23 mai 1986, p. 1039.

⁷⁰ V. par ex. l'intervention d'Hector Rivierez, Débats parl., AN, Première séance du 20 mai 1967, JORF n°34 du 21 mai 1967, p. 1172.

⁷¹ Débats parl., AN, Deuxième séance du 19 mai 1967, JORF n° 33 du 20 mai 1967, p. 1109 ; v. aussi la Troisième séance du 19 mai, JORF n° 33 du 20 mai 1967 ; Première séance du 20 mai, JORF n°34 du 21 mai 1967, p. 1172.

⁷² Débats parl., AN, Première séance du 20 mai 1967, JORF n°34 du 21 mai 1967, p. 1172 et s.

⁷³ Débats parl., AN, Deuxième séance du 20 mai 1967, JORF n° 34 du 21 mai 1967, p. 1201.

⁷⁴ V. par ex., Débats parl., AN, Première séance du 15 mai 1986, JORF n° 23 du 16 mai 1986, s'agissant des mesures d'ordre économique ; Débats parl., AN, séance du 12 décembre 1995, (version électronique), p. 16.

⁷⁵ Bien que cela soit possible, v. Cons. const., n° 2015-715 DC du 5 août 2015, cons. 13. Pour une critique, v. L. AUDOUY, art. cit., p. 13 et s.

⁷⁶ Débats parl., AN, Deuxième séance du 13 mai 1986, JORF n°21 du 14 mai 1986, p. 887 ; v. égal. C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1996, p. 52.

⁷⁷ Obs. du Gouvernement, Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995.

⁷⁸ L. AUDOUY, art. cit.

⁷⁹ A. VIDAL-NAQUET, « Le Conseil constitutionnel et l'obstruction parlementaire. Vers un *nemo auditur* institutionnel ? », *RFDC*, 2023/3, n° 135, pp. 623-635, spéc. p. 626.

S'il est indéniable que les conditions du débat se trouvent altérées par l'absence de vote et l'impossibilité d'amender les dispositions restantes, cette conséquence découle du principe même de l'article 49 al. 3 de la Constitution, et ne saurait suffire à caractériser une auto-habilitation ou une habilitation constitutionnelle.

En elle-même, l'utilisation d'arguments de nature politique par des autorités politiques n'est pas un problème. La difficulté apparaît lorsque les registres se confondent et que les arguments politiques sont présentés comme relevant du raisonnement juridique ou mobilisés au soutien d'un discours de science juridique. L'équation « 38 + 49.3 = 16 *bis* » symbolise parfaitement cette ambiguïté. Le droit constitutionnel est fréquemment invoqué dans les débats parlementaires au soutien de syllogismes⁸⁰ dont la rigueur juridique apparaît discutable⁸¹. Cette confusion peut d'ailleurs être entretenue par la doctrine juridique lorsqu'elle réutilise la rhétorique argumentative des acteurs politiques sans questionner sa pertinence juridique. Il apparaît dès lors nécessaire de dépasser cette représentation caricaturale du recours combiné aux articles 38 et 49, al. 3, afin de mener une analyse juridique adaptée aux conditions dans lesquelles cette pratique s'est développée et transformée.

§2 – La nécessité d'une approche renouvelée

Au-delà des ambiguïtés sémantiques qu'elle entretient, l'équation ne reflète pas – ou plus – la réalité de la pratique institutionnelle. L'appréhension juridique de la combinaison (B) suppose d'en saisir au préalable les mutations contemporaines (A).

A – Les mutations contemporaines de la combinaison

Les évolutions parallèles de l'article 38 et de l'article 49 al. 3 de la Constitution ont conduit à invisibiliser la pratique de leur combinaison (1), sans pour autant la faire disparaître (2).

1) Une pratique invisibilisée

Une analyse superficielle pourrait laisser penser que l'adoption d'habilitations par le biais de l'article 49, al. 3 s'est raréfiée. En effet, si l'on s'en tient à l'intitulé des textes sur lesquels le Gouvernement a engagé sa responsabilité, seules quatre lois ont pour *objet* une habilitation de l'article 38⁸².

⁸⁰ V. en particulier, Jean-Claude Martinez, Débats parl., AN, Première séance du 15 mai 1986, JORF n° 23 du 16 mai 1967, p. 929 et s.

⁸¹ Et que d'aucuns ont qualifié de sophismes, v. not. les interventions de Jacques Chirac (*ibid.*, p. 931) ou de Patrick Devedjan (Débats parl., AN, Deuxième séance du 15 mai 1986, p. 950).

⁸² Loi n° 67-482 du 22 juin 1967, préc. ; loi n° 86-793 du 2 juillet 1986, préc. ; loi n° 86-825 du 11 juillet 1986, préc. ; loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995, préc.

Cette lecture est néanmoins trompeuse. L'invisibilisation du phénomène résulte en réalité d'une transformation de la structure même des lois d'habilitation et plus largement de la pratique de l'article 38. À l'origine, les habilitations faisaient l'objet de projets de loi dédiés, notamment parce qu'elles étaient cantonnées à certaines matières spécifiques⁸³. Or, la banalisation des ordonnances depuis le début des années 2000, à la fois quantitative et matérielle⁸⁴, s'est également manifestée d'un point de vue formel par la dilution des habilitations dans des lois qui ne leur sont pas exclusivement consacrées⁸⁵. Désormais, la plupart des habilitations sont intégrées dans des textes comportant également des dispositions permanentes⁸⁶, c'est-à-dire des énoncés prescriptifs non habilitants⁸⁷. L'étude statistique du Sénat, actualisée en 2022, confirme cette évolution et conclut que « les projets de loi d'habilitation sont donc moins nombreux, mais ils comportent un nombre croissant d'articles comprenant des habilitations »⁸⁸. La pratique récente va dans le même sens, avec seulement deux lois exclusivement consacrées à l'article 38, sur vingt-six contenant des habilitations, pour la période 2022-2026.

Par conséquent, non seulement les habilitations sont invisibilisées, mais elles concentrent moins l'attention dans les débats parlementaires⁸⁹. Lorsque le recours à l'article 38 constitue l'objet central de la loi, sa combinaison avec l'article 49, al. 3 est plus évidente et suscite logiquement davantage de controverses. À l'inverse, l'insertion des habilitations dans des réformes plus larges tend à faire disparaître cette combinaison singulière. Matériellement, l'habilitation se trouve intégrée dans des textes aux enjeux économiques, sociaux ou budgétaires multiples, parfois qualifiés de « fourre-tout »⁹⁰, dont elle ne constitue qu'un aspect secondaire. Procéduralement, le recours à d'autres instruments (vote bloqué, question préalable, article 47-1...) est susceptible de concentrer l'attention des débats et reléguer au second plan la question de l'engagement de responsabilité gouvernementale sur une habilitation législative⁹¹. Pour autant, la pratique demeure présente.

2) Une pratique persistante

Sur les cent dix-neuf recours à l'article 49, al. 3 depuis le début de la Ve République, trente-huit ont concerné des projets de lois comportant au moins une habilitation à légiférer par

⁸³ V. sur ce point, G. BÉGUIN, *op. cit.*, p. 96 et s., p. 111 et s. ; Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, 2021, p. 11 et s.

⁸⁴ G. BÉGUIN, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁵ Catherine Boyer-Mérentier les qualifie de « loi mixte » (C. BOYER-MÉRENTIER, *op. cit.*, p. 47).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁸⁷ Sur ces différents énoncés, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 14 et s., p. 527-528.

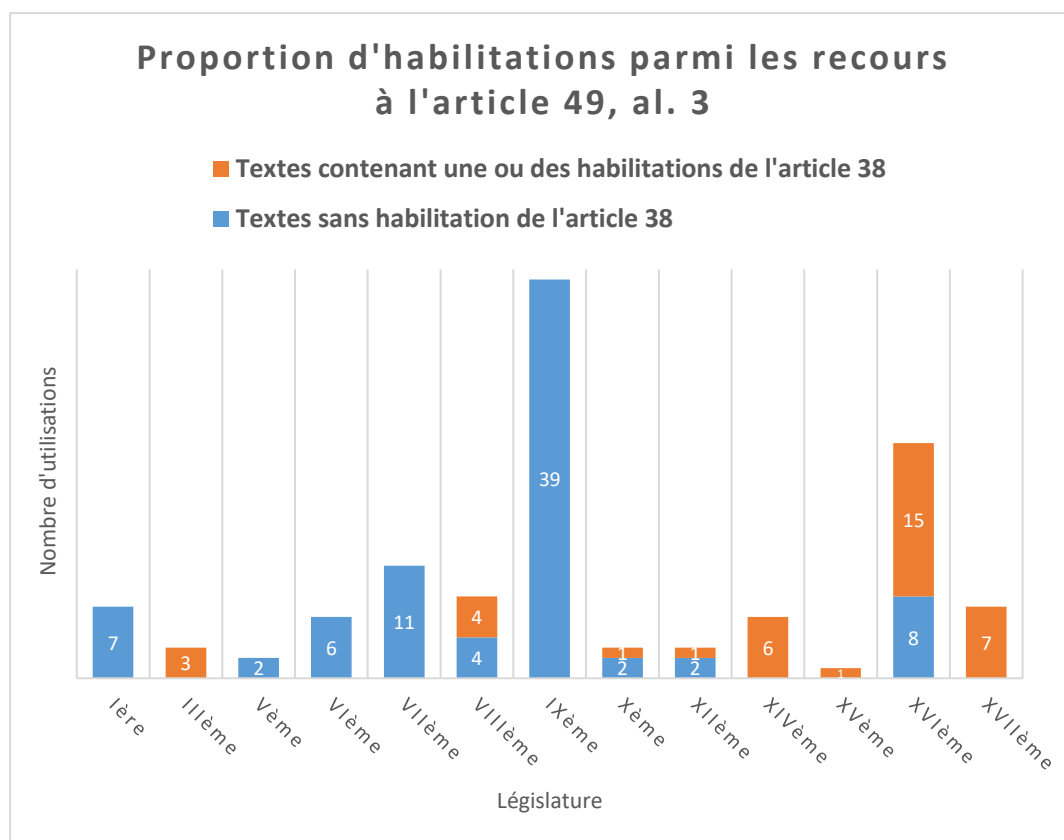
⁸⁸ Sénat, étude préc., p. 15.

⁸⁹ En ce sens, v. G. BÉGUIN, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁰ Par ex. à propos de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, v. Débats parl., AN, Première séance du jeudi 18 juin 2015, JORF n° 77 du 19 juin 2015, p. 5830 et 5834.

⁹¹ Ce fut évidemment le cas lors des débats entourant la loi n° 2023-1250 du 26 décembre 2023 de financement de la sécurité sociale pour 2024 (JORF n°0299 du 27 décembre 2023), qui comportait un article d'habilitation à l'article 26.

ordonnances, soit près d'un tiers des utilisations (31,93 %). Le graphique qui suit permet d'identifier les variations de la pratique par législature.



Trois configurations se dégagent. En premier lieu, certaines législatures n'ont jamais connu de combinaison des deux mécanismes, y compris dans des périodes marquées par un usage intensif de l'article 49, al. 3. Tel est notamment le cas de la IXe législature (1988-1993) au cours de laquelle aucune des trente-neuf utilisations – dont vingt-huit sous le gouvernement de Michel Rocard – n'a porté sur un texte contenant une autorisation de l'article 38 de la Constitution. En deuxième lieu, certaines législatures connaissent une pratique mixte, dans laquelle une partie seulement des engagements de responsabilité porte sur des textes comprenant des habilitations. Il en va ainsi, par exemple, de la VIIIe législature (1986-1988), avec quatre utilisations combinées sur huit engagements de responsabilité⁹² ou encore de la XVIe législature (2022-2024) marquée par la réforme des retraites, avec quinze engagements de responsabilité impliquant une habilitation sur vingt-trois au total. En dernier lieu, quatre législatures se caractérisent par une concordance systématique entre les deux articles. C'est le cas de la IIIe législature (1967-1968) avec la loi d'habilitation sociale de 1967 à l'origine de notre équation ; de la XIVe législature (2012-2017) marquée par les tensions au sein de la

⁹² Une fois sur le projet de loi d'habilitation en matière économique et sociale (loi n° 86-793, préc.) et trois fois sur le projet d'habilitation en matière de circonscriptions électorales (loi n° 86-825 préc.).

majorité parlementaire sur la « loi Macron » portée par Manuel Valls⁹³ ; de la XVe législature (2017-2022) avec le projet sur le système universel de retraite porté par Edouard Philippe, qui comportait un nombre très élevé d'habilitations⁹⁴ ; et enfin la législature actuelle (depuis 2024) dans le cadre des textes financiers adoptés en situation de majorité relative.

Plusieurs remarques peuvent être formulées à cet égard. D'abord, la première configuration n'a plus été observée depuis 1992, ce qui s'explique sans doute par l'intensification parallèle du recours aux ordonnances, qui accroît la probabilité d'habilitations dans les textes législatifs concernés.

Ensuite, la révision du 23 juillet 2008, qui a restreint l'usage de l'article 49, al. 3 en dehors des projets de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale, n'a eu qu'un impact limité sur la persistance de la combinaison. Cela s'explique par la possibilité d'introduire des habilitations législatives au sein de textes financiers, dès lors qu'elles n'empiètent pas sur leur domaine exclusif⁹⁵. Le contexte institutionnel issu des élections législatives de 2022 puis de 2024⁹⁶ confirme cette évolution : la centralité des textes financiers dans l'usage de l'article 49, al. 3⁹⁷ a favorisé le maintien, voire l'intensification de cette pratique combinée, comme en témoignent les résultats des deux dernières législatures (respectivement 65,2% et 100% d'engagements de responsabilité sur des textes contenant des habilitations).

Enfin, l'importance de la pratique doit être nuancée. D'une part, les habilitations adoptées à la suite d'un engagement de responsabilité demeurent minoritaires au regard de l'ensemble de celles accordées sous la Ve république. Si l'on exclut le projet de 2020 sur le système universel de retraite⁹⁸, cela représente en effet environ 5% du total des habilitations accordées sur le fondement de l'article 38⁹⁹. D'autre part, l'enjeu institutionnel et politique diffère évidemment selon que l'engagement de la responsabilité porte sur un texte exclusivement consacré à l'habilitation, ou sur un texte plus large ne contenant qu'une habilitation ponctuelle.

Ces évolutions traduisent moins une volonté de limiter le cumul des instruments procéduraux qu'une transformation de l'usage de l'article 38 lui-même, devenu une technique normale et ordinaire de législation. Dans cette perspective, il existe plusieurs manières d'appréhender juridiquement le procédé.

⁹³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015.

⁹⁴ Relevé et critiqué par le Conseil d'État : CE (Section sociale), « Avis sur un projet de loi organique et un projet de loi instituant un système universel de retraite », n°399.528 et n°399.529, spéc. p. 6.

⁹⁵ Cons. const., n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 15.

⁹⁶ Sur ce point, v. par ex. B.-L. COMBRADE, « Chronique de droit constitutionnel français. Gouverner sans majorité absolue. Un apprentissage difficile », *RDV*, 2024, n° 04, pp. 132-137.

⁹⁷ M. CARPENTIER, « Le recours à l'article 49, alinéa 3 de la Constitution en matière financière », *Revue de droit fiscal*, 2023, n°11-12, pp. 9-17.

⁹⁸ Qui n'a pas été adopté définitivement.

⁹⁹ Seules treize lois contenant des habilitations ont fait l'objet, une ou plusieurs fois, de l'activation de l'art. 49 al. 3.

B – L’appréhension juridique de la combinaison

Si, en l’état du droit positif, la jurisprudence adopte une lecture formaliste du cumul des procédures dans l’élaboration des lois (1), plusieurs pistes permettent d’envisager un renouvellement de l’approche juridique de la combinaison des articles 38 et 49, al. 3 de la Constitution (2).

1) De lege lata

Le traitement juridique de la pratique combinée des articles 38 et 49, al. 3 doit être recherché, en droit positif, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, compétent pour contrôler le respect des règles constitutionnelles régissant la procédure législative¹⁰⁰. De manière générale, celui-ci reconnaît que les parlementaires et le Gouvernement doivent pouvoir exercer « sans entrave » les droits que leur confère la Constitution dans ce cadre¹⁰¹. Il affirme également que l’équilibre entre « le bon déroulement du débat démocratique » et « le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels » implique qu’il ne soit pas fait un « usage manifestement excessif » de ces droits¹⁰².

Pour autant, cette ouverture d’un contrôle restreint ne l’a jamais conduit à censurer l’usage cumulatif des outils d’accélération de la procédure. Au contraire, il juge parallèlement que « la circonstance que plusieurs procédures aient été utilisées cumulativement, sans être contraires à la Constitution (...) *n’est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnelle l’ensemble de la procédure législative* »¹⁰³. Dégagée à propos de la loi d’habilitation de 1995 – au cours de laquelle ont été actionnés l’article 38, l’article 49, al. 3, la déclaration d’urgence de l’article 45, la question préalable au Sénat et la réunion anticipée de la CMP¹⁰⁴ – cette solution a été réitérée à plusieurs reprises, notamment lors du contrôle de la réforme des retraites en 2023¹⁰⁵.

Par ce positionnement, le juge refuse ainsi d’intégrer cette question au « débat constitutionnel »¹⁰⁶ : en la rendant inopérante dans le champ juridique, il la déplace vers le seul terrain de l’opportunité politique¹⁰⁷. Ce faisant, il ne participe pas à la confusion des registres

¹⁰⁰ Cons. const., n° 75-57 DC du 23 juillet 1975, cons. 1.

¹⁰¹ Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, cons. 10 et 11 ; n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 3.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Nous soulignons. Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, cons. 13.

¹⁰⁴ Loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995, préc.

¹⁰⁵ Cons. const., n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 9 ; n° 2015-715 DC du 5 août 2015, cons. 13 ; n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, § 69.

¹⁰⁶ Selon l’expression employée par le Gouvernement dans ses observations sous la décision Cons. const., n° 95-370 DC.

¹⁰⁷ V. en ce sens J. TRÉMEAU « [Note sous décision n° 95-370 DC] », *RFDC*, 1996, n° 25, p. 131-141, spéc. p. 136.

sur le cumul des procédures¹⁰⁸ et évite la difficulté tenant à la fixation du seuil à partir duquel l'utilisation combinée des procédures devient inconstitutionnelle¹⁰⁹.

Cela étant, cette solution est révélatrice de la nature du contrôle de constitutionnalité en matière de procédure législative. Elle confirme le glissement d'un rapport de conformité vers un rapport de compatibilité, déjà identifié en 1985 par Philippe Terneyre¹¹⁰. Basée sur la distinction proposée par Charles Eisenmann¹¹¹, cette analyse identifie deux types de relations entre la norme contrôlée et la norme de référence : la « conformité », qui suppose que le comportement soit *permis* par la Constitution ; et la « compatibilité » (ou non-contrariété) qui implique seulement qu'il *ne soit pas interdit*. Dans le second cas, le contrôle exercé est donc moins exigeant, puisqu'il est appréhendé négativement, par l'absence d'interdiction explicite.

C'est dans cette logique que s'inscrit la position du Conseil constitutionnel vis-à-vis de l'usage cumulé des instruments de la procédure législative¹¹². La difficulté tient toutefois ici à la nature du droit parlementaire et son lien étroit avec la pratique institutionnelle, ce qui réduit nécessairement la capacité pour le constituant d'anticiper l'ensemble des usages susceptibles de se développer. Une telle approche conduit mécaniquement à une lecture protectrice des prérogatives gouvernementales, au détriment des droits des parlementaires, puisque le Gouvernement est à l'origine du cumul des procédures. La distance du juge constitutionnel contribue ainsi à préserver (voire à aggraver)¹¹³ un déséquilibre déjà favorable à l'Exécutif, alors même qu'il dispose des moyens juridiques de le limiter.

2) *De lege ferenda*

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permet pas de contester juridiquement l'usage combiné des articles 38 et 49, al. 3, plusieurs évolutions sont envisageables.

Une première solution consisterait à faire évoluer la jurisprudence en matière de cumul des procédures, dans le sens d'une plus grande protection des droits des parlementaires. Les nombreuses critiques envers la position actuelle du Conseil constitutionnel¹¹⁴, ravivées par la

¹⁰⁸ En ce sens, v. J.-P. CAMBY, « La réforme des retraites promulguée, le RIP écarté, les institutions malmenées ! », *LPA*, 2023, n°4, p. 11-15.

¹⁰⁹ En ce sens, v. M. HEITZMANN-PATIN, « Interprétation et pouvoir d'appréciation : le Conseil constitutionnel ne bat pas en retraite », *RFDA*, mai-juin 2023, n° 3, p. 552.

¹¹⁰ P. TERNEYRE, « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, pp. 691-749.

¹¹¹ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, pp. 25-40, spéc. p. 32 ; v. aussi L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en l'hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33-48, spéc. p. 41.

¹¹² Elle traduit en effet l'idée que « l'élaboration de la loi est conforme à la Constitution tant qu'aucune disposition de la Constitution n'interdit pas expressément les « pratiques » que cette élaboration a pu faire naître » (P. TERNEYRE, art. préc., p. 747).

¹¹³ En ce sens, v. not. E. BOTTINI, M. BOUAZIZ et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 mai 2023, consulté le 26 janvier 2026.

¹¹⁴ Pour des positions moins critiques, voire favorables à la décision du Conseil constitutionnel, v. not. J.-P. CAMBY, art. préc. ; D. MAUS, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 20 avril 2023.

réforme des retraites, dénoncent en effet une mobilisation « à deux vitesses »¹¹⁵ des exigences encadrant le débat parlementaire, selon que sont en cause les prérogatives du Gouvernement ou celles des assemblées. Des notions en apparence protectrices du Parlement – « clarté et sincérité du débat parlementaire »¹¹⁶, « bon déroulement du débat démocratique », droit d'amendement, etc. – sont ainsi mobilisées dans un sens très favorable au Gouvernement, notamment pour lutter contre l'obstruction¹¹⁷.

L'évolution pourrait dès lors consister à réinvestir substantiellement ces notions afin d'encadrer les atteintes portées aux droits des parlementaires par l'accumulation des mécanismes de rationalisation. En outre, certains auteurs suggèrent le développement d'un contrôle de proportionnalité vis-à-vis des mécanismes procéduraux, à l'image de ce qui existe en matière de libertés fondamentales¹¹⁸. D'autres regrettent la lecture étroite et formaliste du Conseil constitutionnel et l'invitent à réinvestir l'esprit du régime parlementaire de la Ve République¹¹⁹, par exemple en consacrant un mécanisme d'« abus de droit » opposable au Gouvernement lorsque le cumul des procédures ne serait pas *conforme* (cette fois-ci) à la Constitution¹²⁰. Une partie de la doctrine estime d'ailleurs que cet excès de formalisme n'est qu'apparent, le Conseil constitutionnel passant d'un type d'interprétation à un autre sans cadre cohérent¹²¹, ou réintégrant ponctuellement des éléments d'appréciation contextuelle et politique¹²².

Une deuxième solution consisterait à assumer les spécificités procédurales de l'article 38 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel admet déjà certaines particularités au stade du dépôt des projets de loi d'habilitation, s'agissant de l'initiative¹²³ et de la présentation des études d'impact¹²⁴. Sans remettre en cause le principe du cumul des procédures, il suffirait donc que le juge étende cette logique à la phase d'élaboration et d'adoption, ce qui justifierait une dérogation aux règles générales, et notamment à l'article 49, al. 3. Une telle solution pourrait d'ailleurs s'appuyer sur le texte même de l'article 38 qui dispose que le Gouvernement « demande au *Parlement l'autorisation de...* »¹²⁵. Selon Francesco Natoli, ce membre de

¹¹⁵ E. BOTTINI *et al.*, art. préc.

¹¹⁶ Que le Conseil constitutionnel a reconnu comme norme de référence pour sanctionner certaines irrégularités procédurales (v. la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017).

¹¹⁷ En ce sens, v. C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'obstruction parlementaire à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2014, n° 26, pp. 399-415 ; A. VIDAL-NAQUET, « Le Conseil constitutionnel et l'obstruction parlementaire... », art. cit.

¹¹⁸ S. BENZINA, « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus politicum*, juillet 2023, n° 30, pp. 27-48, spéc. p. 32.

¹¹⁹ D. BARANGER, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; v. déjà, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 5 ; v. aussi O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *Le Monde*, 25 avril 2023.

¹²⁰ O. BEAUD, art. cit.

¹²¹ S. BENZINA, art. préc., p. 29 et s.

¹²² La décision du 14 avril 2023 en fournit une illustration, en estimant que le « caractère inhabituel » du cumul des procédures s'est fait « en réponse aux conditions des débats », Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, §70.

¹²³ Cons. const., n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons. 28, (interdiction des initiatives parlementaires)

¹²⁴ Cons. const., n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 (assouplissement des règles relatives à l'étude d'impact).

¹²⁵ Nous soulignons.

phrase pourrait être interprété comme impliquant une intervention positive des deux assemblées sur l'autorisation, ce que ne permet pas l'article 49, al. 3 puisque le vote de l'Assemblée nationale porte alors sur la motion de censure¹²⁶.

Enfin, l'option la plus radicale consisterait à inscrire expressément dans la Constitution l'interdiction de certains cumuls procéduraux¹²⁷. Une telle solution, qui présenterait l'avantage de la clarté, supposerait bien entendu une révision constitutionnelle.

*

L'étude de la formule « 38 + 49.3 = 16 *bis* » a mis en évidence la confusion des registres argumentatifs entourant le cumul des instruments dans la procédure législative. L'analyse de la pratique parlementaire a révélé les mutations de la combinaison des articles 38 et 49, al. 3 de la Constitution, justifiant le questionnement de son encadrement juridique. Si les registres politique et juridique ne doivent pas se confondre, ils peuvent cependant s'aligner. À cet égard, l'interdiction du cumul des articles 38 et 49, al. 3 permettrait de rapprocher la *fiction juridique* de la loi d'habilitation, expression de la volonté générale, de sa *fonction politique* de légitimation de la législation gouvernementale¹²⁸.

SOMMAIRE

§1 – La révélation d'un discours équivoque

A- Une formule politiquement efficace

- 1) Le récit d'une dépossession du Parlement par la rhétorique démocratique
- 2) La perpétuation de l'imaginaire de l'exceptionnalité

B- Une formule juridiquement fragile

- 1) L'indifférence juridique aux circonstances exceptionnelles
- 2) Le maintien formel de la norme législative d'habilitation

§2 – La nécessité d'une approche renouvelée

A- Les mutations contemporaines de la combinaison

- 1) Une pratique invisibilisée
- 2) Une pratique persistante

B- L'appréhension juridique de la combinaison

- 1) *De lege lata*
- 2) *De lege ferenda*

¹²⁶ F. NATOLI, art. cit.

¹²⁷ J. GICQUEL, « Sauvegarder l'article 49, alinéa 3 ! », art. cit.

¹²⁸ V. à ce propos, les actes du colloque du 6 février 2024 dirigé par J. PADOVANI, F. POULET et E. QUINART, publiés dans le dossier « La législation gouvernementale : quelles légitimités ? », *RFDC*, 2025/2, n° 142, p. 381.