

17 Excellente copie, répondant parfaitement aux attendus du concours.

Test d'entrée Prépa Paris I – Droit public

Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958

Le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Il s'agit de la première censure par les juges constitués des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée par le Parlement. Le Conseil d'État tire les conséquences de deux décisions du Conseil constitutionnel de mai et juillet dernier qui ont reconnu aux ordonnances du Gouvernement non ratifiées par le Parlement, passé le délai d'habilitation, une valeur législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution relatif à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil d'État juge que ces ordonnances pourront toujours être contestées devant lui au regard notamment des engagements internationaux de la France, de la loi d'habilitation ou des principes généraux du droit. Leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution pourra, quant à elle, être mise en cause devant le Conseil constitutionnel, par le biais d'une QPC (CC, 2020 M. Sofiane A. et autre). Les ordonnances étant de moins en moins souvent ratifiées, cette décision renforce leur contrôle alors que le recours à la pratique des ordonnances semble être devenue une pratique de plus en plus usuelle pour légiférer, hors de tout cadre d'urgence.

Une ordonnance constitue un acte réglementaire, adopté en Conseil des ministres et signé par le président de la République, qui intervient sur habilitation du Parlement dans le domaine de la loi (art. 38). On parle de procédure législative déléguée. Une ordonnance est publiée, car seule la loi est promulguée ; elle devient caduque, c'est-à-dire qu'elle tombe, si le projet de loi de ratification n'est pas déposé avant le terme fixé par la loi d'habilitation. Elle ne peut être ratifiée que de manière expresse (LC du 23 juillet 2008). La nature juridique d'une ordonnance varie dans le temps : originairement, elle s'analyse en un *règlement* ; à partir de l'instant où la *ratification* est intervenue, elle acquiert valeur législative. Intervention du gouvernement dans le domaine de la loi, les ordonnances constituent une innovation apportée par la Constitution du 4 octobre 1958. Dans la mesure où le recours aux ordonnances peut se comporter comme une concurrence de la compétence du législateur, il s'agit d'un acte juridique hautement politique, dont les travaux préparatoires à la rédaction de la Constitution ont souligné l'esprit d'une utilisation resserrée des ordonnances sur le fondement de l'article 38. Toutefois, et ce malgré un contrôle par le juge en voie d'extension, le recours aux ordonnances semble s'être banalisé sous la Vème République. Les ordonnances sont ainsi au centre d'un double enjeu : un enjeu de contrôle juridictionnel et d'accès au juge et un enjeu politique de suivi et d'encadrement par le législateur de la rédaction de la norme.

Dès lors, dans quelle mesure le recours croissant aux ordonnances sur le fondement de l'article 38 de la Constitution témoigne-t-il d'un déséquilibre entre le gouvernement et le pouvoir législatif ?

Prévues pour constitutionnaliser une intervention exceptionnelle du gouvernement dans le domaine législatif, les ordonnances sont devenues un moyen courant de rédaction de la norme (I). Source de tensions entre le Parlement et le gouvernement, l'inflation du recours aux ordonnances sur le fondement de l'article 38 semble nécessiter un meilleur suivi et un meilleur contrôle de ces dernières (II).

Les ordonnances de l'article 38 constitutionnalisent une intervention du gouvernement dans le domaine de la loi (A). Cette pratique est utilisée dans le cadre d'usages croissants et fait l'objet d'un contrôle particulier (B).

Le recours aux ordonnances sur le fondement de l'article 38 succède à la pratique des décrets-lois et des lois cadre (1). Elles constituent une habilitation du gouvernement à intervenir dans le domaine législatif (2).

L'article 38 a eu pour objet de constitutionnaliser la pratique des décrets-lois, dont la partie de la doctrine contestait la constitutionnalité sous la III^e République puis sous la IV^e République. Un décret-loi était un « Un décret qui modifie une loi » (René Capitant) c'est à dire acte réglementaire pris par

le gouvernement sur habilitation du Parlement et soumis à sa ratification, pour modifier ou abroger des dispositions législatives. Ce dessaisissement temporaire du législateur, inauguré en 1924, caractérise les difficultés de la fin de la III^e République. Pour contourner l'interdiction des décrets-lois prévue à l'article 13 de la Constitution de 1946, s'est instituée la technique législative des lois-cadres utilisée à la fin de la IV^e République, selon laquelle la loi énonce les objectifs ou les principes que le gouvernement est invité à mettre en œuvre par décrets. Ceux-ci, qui peuvent modifier des dispositions législatives, deviennent exécutoires après avoir été soumis au Parlement suivant des modalités variables. On peut citer à ce titre la loi-cadre Defferre du 23 juin 1956 sur l'évolution des territoires d'outre-mer.

Les ordonnances constituent une habilitation du gouvernement à intervenir dans le domaine législatif (art. 38). Il s'agit d'une extension temporaire et encadrée de la compétence du pouvoir exécutif sur habilitation du Parlement. Leur champ est délimité par une loi d'habilitation avec délai limité, domaine déterminé, objectif. La ratification du Parlement s'effectue dans un délai prévu par cette loi. Si le Gouvernement doit justifier la demande d'habilitation en indiquant la finalité des mesures qu'il entend prendre par voie d'ordonnance (CC, 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*), le gouvernement n'a pas à faire connaître la teneur des ordonnances au moment de l'habilitation (CC, 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*). La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit une nouveauté. Auparavant, la jurisprudence du Conseil d'État admettait la ratification implicite d'une ordonnance, résultant de sa modification par une loi. Dans sa rédaction issue de la révision de 2008, l'article 38 de la Constitution exige que la ratification soit explicite : "elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.". Par ailleurs, les dispositions d'une ordonnance non encore ratifiée intervenues dans le domaine réglementaire peuvent continuer à être modifiées par décret (CE, 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est et autres*). Enfin, à l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions des ordonnances relevant du domaine de la loi ne peuvent plus être modifiées que par le législateur. Le Gouvernement n'est pas tenu d'épuiser son habilitation à légiférer par ordonnance. Le domaine d'habilitation ne lie pas le gouvernement (CE, 1998, *Syndicat des médecins Aix et région*).

Les ordonnances sont progressivement devenues un moyen courant de rédaction de la norme (1) et font l'objet d'un contrôle particulier (2).

Les ordonnances ont d'abord fait l'objet d'une confirmation et d'une précision de leur champ. S'il leur est prévenue une intervention dans le domaine des lois de finances ou des lois de financement de la sécurité sociale (CC, 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*), elles ont la possibilité d'intervenir dans le domaine fiscal (CC, 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*). Le conseil constitutionnel (DC, 1999) a également estimé que l'urgence est une motivation recevable à légiférer par ordonnances. Toutefois, elles sont de plus en plus utilisées pour opérer une simplification et une codification du droit. Elles ont à la fois une portée politique beaucoup moins forte, et une portée juridique beaucoup plus large, par leur domaine et par leur durée. C'était ainsi le cas de la loi 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, couvrant, en trente-quatre articles, des mesures « de portée générale » comme l'accès des justiciables à la justice administrative, l'entrée en vigueur des textes, les marchés publics, contrats globaux, des dispositions fiscales, des mesures concernant les « démarches des particuliers » ou encore les « procédures électorales ». Il peut également s'agir d'une codification technique comme en 2003 pour le code général de propriété des personnes publiques mais parfois il s'agit d'une refonte profonde du droit comme en 2016 avec la modification du régime de la filiation dans le Code Civil.

Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 bénéficient d'un régime particulier de contrôle. Avant ratification, ce sont des actes administratifs susceptibles de recours devant le juge administratif selon une logique organique et non matérielle (CE, 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*). L'arrêt CE, 1962,

Canal, Robin et Godot a étendu cette solution aux ordonnances prises sur la base d'une loi d'habilitation référendaire. D'autre part, comme tout acte administratif réglementaire, les ordonnances peuvent être contestées soit, par voie d'action, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État pouvant le conduire à en prononcer l'annulation ; soit, par voie d'exception à l'occasion d'une instance à laquelle les dispositions d'une ordonnance sont applicables, devant les juridictions administratives, le Tribunal des conflits (TC, 2011, *SCEA du Cheneau*), les juridictions pénales et, sous réserve le cas échéant d'une question préjudicielle au juge administratif, devant les juridictions civiles la juridiction saisie pouvant alors être conduite à écarter leur application. Le Conseil d'Etat précise également que la loi par laquelle le Parlement ratifie une ordonnance lui donne rétroactivement valeur législative. Cela signifie qu'un recours pour excès de pouvoir tendant à son annulation devient, à compter de cette ratification, sans objet (*CE, 2020, Fédération CFDT Finances*). Les lois d'habilitation peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part du Conseil Constitutionnel qui peut émettre des réserves (*CC, 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*).

Le recours de plus en plus important aux ordonnances sur le fondement de l'article 38 de la Constitution devient source de tension entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif (A). Un meilleur suivi du recours aux ordonnances sur le fondement de l'article 38 de la Constitution semble nécessaire alors que leur contrôle juridictionnel évolue (B).

Si le Gouvernement a toujours usé de cette prérogative, la pratique s'est nettement accentuée ces dernières années (1) et semble déséquilibrer la procédure législative (2).

Ainsi, depuis le début de la législature 2017-2022, près de 300 habilitations à légiférer par ordonnances ont été accordées par le Parlement, dont 90 liées à la crise sanitaire de la covid-19 ce qui représente, à date comparable un doublement par rapport au quinquennat 2007-2012 et une augmentation d'un quart par rapport à 2012-2017. Le nombre d'ordonnances publiées est depuis plusieurs années équivalent, voire supérieur au nombre de lois promulguées. Cette tendance structurelle au dessaisissement du Parlement de ses prérogatives constitue une source de tensions entre l'exécutif et le Parlement, d'autant que pendant toute la durée de l'habilitation, qui s'élève en moyenne à onze mois depuis 2007, il n'est plus autorisé à légiférer sur la matière déléguée. La ratification contraint également la qualité du texte. Après expiration du délai fixé par une loi d'habilitation, le pouvoir réglementaire ne peut abroger des dispositions relevant du domaine de la loi, même illégales (*CE, 2006, Conseil national de l'ordre des médecins*). Par ailleurs, si le Gouvernement justifie souvent le recours aux ordonnances par l'urgence et la célérité de leur publication, ce délai est en moyenne nettement supérieur à celui du processus législatif traditionnel. Il s'élève en effet à plus de 400 jours en moyenne sur la période 2007-2020, alors que le délai d'adoption d'une loi par le Parlement s'élève à 235 jours pour 2019-2020, 240 jours pour 2018-2019 ou 177 jours pour 2017-2018. En outre, leur ratification est loin d'être systématique et a même tendance à se raréfier, malgré la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui impose une ratification expresse. Si, entre 1984 et 2004, près de 65 % des ordonnances étaient ratifiées, le taux de ratification n'est plus que de 50 % environ entre 2007 et 2020. À défaut de dépôt du projet de loi de ratification avant la date prévue dès l'habilitation, l'ordonnance est caduque (*CE, 2002, Conseil régional de Guadeloupe*). Afin d'éviter un tel effet, les projets sont généralement déposés à temps. Seulement, ils ne sont pas ensuite inscrits à l'ordre du jour, privant le Parlement d'un débat sur le respect par l'ordonnance de l'habilitation donnée.

Les ordonnances font l'objet de critiques plus larges sur leur rôle dans l'édiction de la norme. Ainsi, Pierre Delvolvé dans *l'Été des ordonnances* (RFDA, 2005) estime que : « *La loi n'apparaît plus comme le mode normal de législation ; elle est de plus en plus remplacée par des ordonnances. Leur multiplication est un signe de changement et même de dérèglement juridique et politique. Elle entraîne une modification du système dans lequel elles s'insèrent.* ». Par leur nombre et la diversité des domaines qu'elles couvrent, elles soulignent le déclin de la loi. Il ne s'agit plus seulement d'une législation par ordonnances ; le mécanisme de ratification, à

peine moins sommaire lorsqu'il est explicite que lorsqu'il est implicite, n'arrive pas à restaurer le rôle de la loi. Bien que le Conseil constitutionnel ait constaté en 2004 « *que l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans les délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification* », le gouvernement ayant la maîtrise de l'ordre du jour, il lui demeure possible de le désencombrer pour soumettre à l'examen ce qui lui paraît essentiel. Le recours accru aux ordonnances semble ainsi s'articuler avec la lenteur de la procédure parlementaire.

Cette situation semble nécessiter une amélioration du suivi des ordonnances par le Parlement (1) alors que leur contrôle juridictionnel au regard des droits et libertés garanties par la Constitution vient de s'accroître et a été reprecisé (2).

Compte tenu de la place croissante et durable des ordonnances dans notre législation et de l'évolution de leur régime juridique, il convient en effet de mieux formaliser le rôle des commissions permanentes dans le suivi de ces textes, dont elles seraient libres de déterminer les modalités. Ainsi, la commission des lois du Sénat a déposé le 26 mai 2021 une *Proposition de résolution visant à améliorer le suivi des ordonnances*. La proposition de résolution tend d'abord à ajouter aux missions des commissions permanentes le suivi des ordonnances. Elle consacre la compétence de la commission saisie au fond pour déclarer irrecevables les amendements présentés par les sénateurs qui créent, étendent ou rétablissent une habilitation à légiférer par ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, et renforce l'information du Sénat sur les intentions du Gouvernement en matière de publication et de ratification de ces dernières. Le calendrier de publication des ordonnances pourrait également être transmis pour le semestre à venir, sans se limiter à la session ordinaire, leur publication pouvant intervenir dès lors hors session ou pendant la session extraordinaire. En 2019, le président du Sénat, Gérard Larcher, avait par ailleurs déposé une proposition de résolution pour modifier le règlement du Sénat, dans le but notamment d'améliorer le suivi des ordonnances.

Parallèlement, l'évolution de l'office du juge semble les soumettre à un nouveau contrôle. En revanche, jusqu'à récemment, n'étant pas regardées, avant leur ratification, comme des « *dispositions législatives* », les ordonnances ne pouvaient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) devant le Conseil constitutionnel (CC, 2011, *Association France Nature Environnement*). Seule leur ratification par le Parlement leur conférait cette qualité, ouvrant alors la porte à une telle question, mais fermant celle du recours pour excès de pouvoir (CE, 2018, *Conseil national de l'ordre des infirmiers*), et limitant aux engagements internationaux de la France d'effet direct les autres moyens invocables par voie d'exception. Par deux décisions successives rendues en mai et juillet 2020, le Conseil constitutionnel a reviré sa jurisprudence sur ce dernier point, semblant remettre en cause l'équilibre du régime contentieux. Il a en effet jugé que, dès l'expiration du délai d'habilitation, et malgré l'absence de ratification, les dispositions des ordonnances relevant du domaine de la loi doivent être regardées comme des « *dispositions législatives* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, dont la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut être contestée que par une QPC. Le Conseil d'État s'est attaché à tirer « *toutes les conséquences, mais rien que les conséquences* » du revirement du Conseil constitutionnel. Ainsi, désormais : à compter de l'expiration du délai d'habilitation, la conformité des dispositions des ordonnances non ratifiées, relevant du domaine de la loi aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut être contestée que par la voie d'une QPC. En revanche, le juge ordinaire peut toujours connaître, par voie d'action ou par voie d'exception, de tous les autres motifs de contestation des dispositions de l'ordonnance (contrôle de conventionnalité, PGD). Le Conseil d'État conforte ainsi la possibilité de soulever l'incompétence négative du législateur délégué, sans qu'il soit besoin de démontrer, comme dans le cadre d'une QPC, qu'elle affecte, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

L'article 38 de la Constitution a permis de constitutionnaliser et par là d'encadrer une pratique qui revient à concurrencer momentanément le législateur dans l'édiction de la loi. La densification du calendrier parlementaire a suggéré un recours aux ordonnances prises sur le fondement de l'article 38. Ce recours accentué semble avoir entraîné un déséquilibre entre le Parlement et le Gouvernement. Alors que le contrôle juridictionnel des ordonnances évolue, il conviendrait d'en moderniser le contrôle et le suivi parlementaire. L'enjeu des ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 est démocratique. Pierre Delvolvé estimait es ordonnances de l'été 2005 révèlent, entre autres aspects, que le régime de la Vème République a déjà changé par rapport à 1958. Les changements nécessaires sont dès lors peut-être ceux d'un retour aux origines de la V^e République.