

FICHES CONCOURS
INSTITUTIONS ET VIE POLITIQUE

Juin 2017

Légiférer par ordonnances



Buste de César, Musée d'Arles

Les textes

L'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 donne au gouvernement la possibilité de légiférer par ordonnances, ce qui lui permet, pour mettre en œuvre son programme et après habilitation par le Parlement, de prendre des mesures qui relèvent du domaine de la loi. Les ordonnances, prises en Conseil des ministres et après avis du Conseil d'Etat, doivent être ratifiées de manière expresse et non plus implicite (modification constitutionnelle apportée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République)

Constitution du 4 octobre 1958, article 38

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'Etat. 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 du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Deux autres dispositions de la Constitution prévoient l'intervention d'ordonnances :

- Selon les articles 47 et 47-1, si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un certain délai après le dépôt d'un projet de loi de finances ou de loi de financement de la sécurité

sociale (70 jours pour le premier et 50 jours pour le second), le gouvernement peut mettre en œuvre les dispositions du projet par ordonnances ; il n'est pas alors prévu de ratification ;

- L'article 74-1 de la Constitution permet au gouvernement, par ordonnance, soit, en les adaptant, d'étendre aux collectivités d'Outre-mer et à la Nouvelle Calédonie les dispositions législatives applicables à la métropole, soit d'adapter des dispositions législatives en vigueur à une collectivité concernée si la loi n'a pas exclu le recours à cette procédure ; les ordonnances sont alors prises après avis des Assemblées délibérantes des collectivités concernées et avis du Conseil d'Etat. Elles doivent être ratifiées par le Parlement dans un délai de 18 mois après publication.

Les articles 47 et 47-1 n'ont jamais été appliqués. Les ordonnances prises au titre de l'article 74-1 sont courantes (de 2 à 6 cas par an) et leur principe n'est pas discuté. Il n'en est pas tout à fait de même, on le verra infra, des ordonnances de l'article 38 : l'analyse ci-dessous ne s'applique qu'à ce dernier type d'ordonnances.

Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : procédure¹

- Le gouvernement demande une habilitation au Parlement : il est le seul à pouvoir le faire. Cette habilitation peut être contenue dans un projet de loi (pas dans une proposition de loi) ou dans un amendement déposé par le gouvernement à un projet en cours d'examen ;
- Le gouvernement doit justifier cette demande en indiquant les finalités des mesures qu'il compte prendre et le domaine d'intervention des ordonnances ; il n'a pas à en indiquer la teneur ;
- La loi d'habilitation fixe deux délais : le délai dans lequel les ordonnances doivent être publiées après l'habilitation et le délai dans lequel le projet de loi de ratification doit être déposé après publication des ordonnances. Dès que le premier délai est expiré, les ordonnances (pourtant considérées parallèlement comme des actes réglementaires) ne peuvent plus être modifiées que par la loi, sauf en ce qui concerne les dispositions réglementaires qu'elles contiendraient éventuellement ; si le deuxième délai expire sans dépôt du projet de ratification, l'ordonnance devient caduque ;
- Dans le premier de ces délais, le Président de la République signe les ordonnances (article 13 de la Constitution) : celles-ci sont d'application immédiate ;
- Le Parlement est saisi d'un projet de loi de ratification dans le second délai et adopte (ou pas) le texte, éventuellement en le modifiant. L'ordonnance acquiert alors rétroactivement valeur législative, à compter de la date de sa signature.

Contrôle du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel : répartition des rôles

Le Conseil constitutionnel a compétence pour contrôler la loi d'habilitation comme la loi de ratification avant promulgation. Lorsqu'il contrôle cette dernière, le Conseil procède aussi au contrôle de la constitutionnalité des ordonnances ratifiées.

¹ Voir sur ces points : « Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution », rapport de la Direction de la séance du Sénat, févr. 2014, et la fiche du Conseil constitutionnel sur les Ordonnances de l'article 38 de la Constitution (mars 2015).

En revanche, l'ordonnance publiée mais non encore ratifiée est considérée comme ayant valeur réglementaire et relève donc du contrôle du Conseil d'Etat : les ordonnances sont ainsi considérées par les juristes comme un moyen de modifier, de manière temporaire, les limites entre le domaine de la loi et celui du règlement. L'ordonnance non ratifiée, bien que portant sur le domaine réservé à la loi, est un texte réglementaire. Le Conseil d'Etat, compétent pour la contrôler, vérifie alors qu'elle respecte les contours donnés par l'habilitation, les principes constitutionnels et les engagements internationaux du pays.

Jurisprudences sur la procédure et le contenu des ordonnances

- Selon le Conseil constitutionnel, les domaines réservés aux lois organiques ou aux lois de finances et de financement de la sécurité sociale (déc. 2003-473) ne peuvent faire l'objet d'ordonnances. Cela s'explique aisément : les lois organiques sont en effet soumises à procédure particulière (elles doivent être votées dans les mêmes termes par les deux Assemblées et sont soumises à un contrôle systématique de constitutionnalité), de même que les lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale, qui peuvent en outre être appliquées par ordonnances.
- L'habilitation doit être précise : selon la déc. 76-72 du Conseil constitutionnel, si le terme « programme » est entendu librement, sans renvoyer nécessairement au contenu de la déclaration de politique générale du Premier ministre devant le Parlement, le gouvernement doit indiquer les finalités qui justifient le recours aux ordonnances (l'urgence et la technicité sont les justificatifs les plus courants). Il doit aussi préciser les domaines d'intervention des ordonnances (déc. 2004-506). Ces précisions peuvent être contenues dans l'exposé des motifs ou les déclarations préalables du gouvernement.

Le Conseil constitutionnel a donc encadré le recours aux ordonnances bien plus que l'article 38 de la Constitution ne le fait.

- L'habilitation ne dispense pas de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle ni les normes internationales applicables (nombreuses décisions, dont les déc. 2004-506 ou 2008-573). A titre d'exemple, la fixation d'un objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales dans une ordonnance a été contestée au nom du principe constitutionnel de droit à la santé mais ne lui a pas été jugée contraire².

Les ordonnances : un malaise politique

- Les parlementaires ou les juristes font parfois une analyse sévère des ordonnances, considérées comme une atteinte aux droits du Parlement, d'autant que le recours s'est intensifié depuis 2003 (155 ordonnances en 20 ans de 1984 à 2003 et 357 en 10 ans de 2004 à 2013) et que les domaines se sont élargis progressivement au-delà de matières techniques où le support des ordonnances est pleinement justifié (transposition de directives européennes, codification, droit de l'outre-mer, en alternative au recours à l'article 74-1 qui pose des délais de ratification contraignants). De fait, les ordonnances couvrent de plus en plus des domaines de droit civil,

² Conseil d'Etat, 30 avril 1997 (contrôle d'une ordonnance non encore ratifiée)

commercial, social, urbanistique...De plus, les délais d'habilitation se sont allongés : alors que l'article 38 parle de délai « limité », le délai est le plus souvent d'un ou deux ans désormais.

Le Vice-président du Conseil d'Etat regrette cette « banalisation »³ et reprend la qualification de « dérèglement juridique et politique » utilisée par un universitaire, Pierre Delvolvé. Il impute la multiplicité des ordonnances à l'affaiblissement des règles du parlementarisme rationalisé et à l'inflation législative qui s'ensuit. Il recommande de n'utiliser cette procédure que pour des matières techniques, pour empêcher ce qu'il considère comme une sorte de détournement des règles, même si formellement, l'article 38 n'encadre que peu le recours aux ordonnances.

- Les ordonnances prises dans le domaine du droit du travail, comme le gouvernement envisage de le faire à l'été 2017, posent de manière aiguë cette question de légitimité politique, même si l'intention de procéder ainsi a été annoncée pendant la campagne électorale : les décisions annoncées, plafonnement des indemnités prud'homales, élargissement des domaines où l'accord d'entreprise prévaudra sur l'accord de branche et s'appliquera en substitution de la loi, fusion des institutions représentatives du personnel, ne font, en effet, pas consensus. De ce fait, une discussion parlementaire paraissait opportune. De plus, le recours aux ordonnances ne dispense pas le gouvernement d'appliquer l'article L1 du Code du travail, selon lequel tout projet de réforme dans ce domaine « fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». En l'occurrence, l'ouverture d'une négociation entre les partenaires sociaux sort du champ mais la concertation suppose la transmission des orientations du gouvernement, sous une forme précise et sans doute rédigée. De ce fait, le contenu des ordonnances, qui ne sera pas communiqué au Parlement lors de la loi d'habilitation, sera transmis aux partenaires sociaux avant la signature de ces textes. Certes, l'article L1 stipule que la concertation n'a pas lieu en cas d'urgence mais, en l'occurrence, aucune urgence n'existe autre que celle du gouvernement qui veut aller vite, mais pour des raisons d'efficacité politique.

³ La législation déléguée, Colloque du 6 juin 2014, Intervention de J-M Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat

