



...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

Réunie le mercredi 27 octobre 2021 sous la présidence de **François-Noël Buffet** (Les Républicains – Rhône), la commission des lois a adopté avec modifications, sur le rapport de **Philippe Bas** (Les Républicains – Manche), la proposition de loi constitutionnelle n° 795 (2020-2021) présentée par **Jean-Pierre Sueur** et plusieurs de ses collègues, **garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance**.

Cette proposition de loi, déposée le 22 juillet 2021 sur le bureau du Sénat, 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.

Approuvant pleinement cette démarche, la commission a adopté trois amendements du rapporteur conservant le cœur du dispositif proposé tout en le complétant par un meilleur encadrement du recours aux ordonnances.

1. DANS UN CONTEXTE DE RECOURS ACCRU AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION, UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNEL QUI INTERROGE

A. UNE TENDANCE DE FOND À LÉGIFÉRER PAR ORDONNANCES QUI S'ACCROÎT CES DERNIÈRES ANNÉES

L'article 38 de la Constitution donne la **possibilité au Gouvernement**, pour « *l'exécution de son programme* », de « *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 **caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé** avant la date fixée par la loi d'habilitation. Toutefois, **à l'expiration du délai d'habilitation**, les dispositions des ordonnances qui interviennent dans le domaine de la loi **ne peuvent plus être modifiées que par le législateur**.

Si le Gouvernement a toujours usé de cette prérogative, son recours **s'est nettement accentué ces dernières années**, comme le met en évidence le suivi des ordonnances par le Sénat¹.

Cette **tendance structurelle au dessaisissement du Parlement n'est pas souhaitable**, d'autant plus 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**.

Les chiffres attestent en effet de la **banalisation du recours aux ordonnances** de l'article 38 de la Constitution : **14 ordonnances publiées chaque année entre 1984 et 2007** ; 30 par an entre 2007 et 2012 ; 54 par an entre 2012 et 2017 ; **64 par an depuis 2017**.

¹ Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, Étude de la direction de la Séance du Sénat, mars 2021 et Ordonnance infos, suivi trimestriel du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, notamment celui du troisième trimestre 2021. Ces documents sont accessibles à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/controle/le_suivi_des_ordonnances_au_senat.html

Au cours de la session **2019-2020, 100 ordonnances**¹ ont été publiées (contre 59 lors de la session précédente), dont 67 en réponse à la crise sanitaire de la covid-19.

En outre, leur **ratification est loin d'être systématique** et a tendance à diminuer², alors même que, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³, une **ratification d'ordonnance ne peut être qu'expresse** pour éviter les ratifications implicites. **55 ordonnances publiées au cours du quinquennat actuel ont été ratifiées, soit 18 % des ordonnances publiées**⁴. À la même période, le taux de ratification des ordonnances s'élevait à 62 % pour le quinquennat 2007-2012 et à 30 % pour le quinquennat 2012-2017.

B. UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LA PORTÉE DES ORDONNANCES NON RATIFIÉES QUI INTERROGE

Jusqu'à présent, **tant qu'une ordonnance n'était pas ratifiée, ses dispositions intervenant dans les matières qui sont du domaine législatif** avaient valeur réglementaire, et le Conseil constitutionnel considérait, en conséquence, qu'il **n'avait pas à en connaître au titre de l'article 61-1** de la Constitution⁵.

Rompant avec cette jurisprudence ancienne et constante dans une première décision **QPC du 28 mai 2020**⁶, le Conseil constitutionnel **s'est reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité**, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des **dispositions d'une ordonnance non ratifiée qui interviennent dans le domaine législatif, dès lors que le délai d'habilitation est expiré**, ces dispositions devant **« être regardées comme des dispositions législatives »**⁷. Par une seconde décision **QPC du 3 juillet 2020**, le juge constitutionnel a précisé que cette appréciation s'opère **« au sens de l'article 61-1 de la Constitution »**⁸, circonscrivant la portée juridique de son revirement au **champ procédural de la question prioritaire de constitutionnalité**.

Le Conseil constitutionnel **entend toutefois faire cohabiter son contrôle avec celui du Conseil d'État**⁹ qui **en a tiré les conséquences**, en précisant l'articulation entre la QPC et les autres moyens susceptibles d'être soulevés à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée, à l'occasion d'un recours par voie d'action ou d'exception¹⁰.

2. LA PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE : FAIRE ÉCHEC À CE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE EN ADMETTANT DEUX TEMPÉRAMEMENTS

Considérant que cette jurisprudence présente le **« risque d'une substitution de fait de l'exécutif au législatif »** et **« complexifie sensiblement le régime contentieux des ordonnances non ratifiées »**¹¹, l'article 1^{er} de la proposition de loi tend à préciser formellement à l'article 38 de la Constitution

¹ Rapport d'information n° 645 (2020-2021) du Sénat sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2021, fait par Mme Pascale Gruny et publié le 27 mai 2021.

² Si, entre 1984 et 2004, près de 63,2 % des ordonnances étaient ratifiées, le taux de ratification n'est que de 50,2 % entre 2007 et 2020.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

⁴ Hors ordonnances liées à la pandémie de covid-19, la part des ordonnances publiées au cours du quinquennat actuel et ratifiées au 30 septembre 2021 s'élève à 23,7 %.

⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, M. Patrick É. [Non-lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur].

⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5, [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité].

⁷ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 précitée, cons. 11.

⁸ Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 M. Sofiane A. et autres (Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire), cons. 11.

⁹ Ou des autres juridictions lorsque la contestation de l'ordonnance se fait par voie d'exception.

¹⁰ Conseil d'État, Assemblée, 16 décembre 2020, requêtes n^{os} 440258, 440289 et 440457.

¹¹ Exposé des motifs de la proposition de loi, pages 5 et 6.

que les ordonnances « *n'acquièrent force de loi (...), qu'à compter de leur ratification expresse* ». Deux tempéraments seraient prévus à ce principe :

- la **consécration dans la Constitution de la jurisprudence dite « néocalédonienne »**¹, par laquelle le Conseil constitutionnel examine les dispositions d'une loi déjà promulguée à l'occasion d'un recours *a priori* de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, et son extension aux ordonnances non ratifiées ;

- et la **consécration d'une jurisprudence constitutionnelle** de 2013 par laquelle le Conseil constitutionnel avait examiné les dispositions législatives faisant l'objet d'une QPC en « **prenant en compte** » les **dispositions d'une ordonnance non ratifiée qui n'en n'étaient pas « séparables »**².

3. LA POSITION DE LA COMMISSION : APPROUVER PLEINEMENT LA DÉMARCHE DE L'AUTEUR ET LA COMPLÉTER PAR UN MEILLEUR ENCADREMENT DU RECOURS AUX ORDONNANCES

A. APPROUVER PLEINEMENT LA DÉMARCHE PROPOSÉE EN CONSERVANT LE CŒUR DU DISPOSITIF

La commission a **pleinement approuvé la démarche de l'auteur** de la proposition de loi. La décision du Conseil constitutionnel pose en effet un **problème de principe**. Un fait juridique, la fin du délai d'habilitation, remplace un acte juridique, la **ratification, expression de la volonté générale** et d'un **choix politique du Parlement**.

C'est une **restriction symbolique mais forte des prérogatives du Parlement**, seul compétent en vertu de l'article 24 de la Constitution pour voter la loi. De plus, le Constituant du 23 juillet 2008 avait voulu prohiber les ratifications implicites. Cette jurisprudence pourrait, de surcroît, **désinciter le Gouvernement à faire ratifier ses ordonnances**, ce qui aurait pour effet d'**écarter** le Parlement de ce mode de législation qui se veut en principe dérogatoire.

La complexité du régime juridique et contentieux des ordonnances non ratifiées qui en résulte a en outre été critiquée. Pour **unifier le contentieux de la conformité aux droits et libertés** garantis par la Constitution, le **Conseil constitutionnel a dissocié le contrôle par le Conseil d'État et le contrôle constitutionnel des ordonnances non ratifiées**.

Soucieuse de rétablir l'équilibre des pouvoirs en vigueur avant ce revirement de jurisprudence, la commission a adopté l'**amendement COM-1** présenté par Philippe Bas, rapporteur, proposant de modifier l'article 38 de la Constitution pour y prévoir formellement que :

- les ordonnances **n'acquièrent valeur législative qu'à compter de leur ratification expresse** ;
- et que, **jusqu'à cette ratification, elles conservent valeur réglementaire et ne peuvent être regardées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1** de la Constitution.

Compte tenu de cette position de principe, la commission a **supprimé les articles 2 et 3 (amendements COM-2 et COM-3 du rapporteur)**.

B. COMPLÉTER LA PROPOSITION DE LOI POUR MIEUX ENCADRER LE RECOURS AUX ORDONNANCES

S'inscrivant ensuite dans la continuité du rapport publié le 24 janvier 2018 par le **groupe de travail pluraliste du Sénat sur la révision constitutionnelle, présidé par M. Gérard Larcher**³, **Président du Sénat**, la commission a adopté **plusieurs mesures visant à mieux encadrer le recours aux ordonnances**.

¹ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

² Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autres, [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes].

³ 40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France, groupe de travail présidé par Gérard Larcher, Président du Sénat ; rapporteur François Pillet, sénateur : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/presidence_senat/40_propositions_du_groupe_de_travail_du_Senat_sur_la_revision_constitutionnelle.pdf

Pour **retrouver l'esprit du Constituant de 1958**, elle a tout d'abord souhaité imposer au Gouvernement de rattacher sa **demande d'habilitation à l'exécution de son programme ou de sa déclaration de politique générale au sens de l'article 49 de la Constitution**, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, rendant son plein effet à une disposition déjà mentionnée de manière plus concise dans la version actuelle de l'article 38, mais devenue sans portée. Le recours à une ordonnance pour tout autre sujet deviendrait donc impossible sauf dans **trois hypothèses** expressément prévues : en cas **d'urgence caractérisée**, pour la **codification à droit constant** ou pour **l'adaptation des lois** dans les **collectivités d'outre-mer** régies par l'article 73 de la Constitution.

La loi d'habilitation devrait en outre définir **avec précision le domaine d'intervention, l'objet et la finalité des mesures** que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, permettant au Conseil constitutionnel de renforcer son contrôle.

Autre nouveauté, le **délai d'habilitation ne pourrait excéder douze mois** à compter de la promulgation de la loi d'habilitation, ce qui correspond à la durée moyenne relevée depuis 2007.

Enfin, pour mettre fin à l'incohérence du système actuel qui conduit à l'absence de ratification de la moitié des ordonnances¹, leur **ratification expresse deviendrait obligatoire dans les dix-huit mois de leur publication, à peine de caducité**. Ce régime est **cohérent avec celui créé à l'initiative du Sénat par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003² à l'article 74-1** pour certaines collectivités d'outre-mer.

La **procédure de législation en commission³** dont le Sénat est pionnier et qui existe aussi depuis 2019 à l'Assemblée nationale, pourrait **avantageusement permettre au Parlement d'exercer pleinement ses nouvelles prérogatives en matière de ratification d'ordonnances** pour les textes de nature très technique. Il n'est pas non plus exclu que **l'exigence nouvelle de ratification à peine de caducité** fasse **évoluer la propension** du Gouvernement à demander à être habilité à légiférer par ordonnances.

La commission a adopté la proposition de loi constitutionnelle ainsi modifiée.

Ce texte sera examiné en séance publique le jeudi 4 novembre 2021.



**François-Noël
Buffet**

Président de la
commission

Sénateur
(Les Républicains)
du Rhône



**Philippe
Bas**

Rapporteur

Sénateur
(Les Républicains)
de la Manche

Commission des lois constitutionnelles, de législation, du
suffrage universel, du Règlement et d'administration
générale

[http://www.senat.fr/commission/
loi/index.html](http://www.senat.fr/commission/loi/index.html)

Téléphone : 01.42.34.23.37

Consulter le dossier législatif :

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-795.html>

¹ Taux moyen de ratification entre 2007 et 2020.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

³ Elle prévoit que le droit d'amendement ne s'exerce qu'en commission et permet de mettre directement aux voix en séance publique le texte de la commission, sauf en cas d'exercice d'un droit d'opposition à l'usage de cette procédure.