

LE LEURRE DE LA RATIFICATION EXPRESSE DES ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

Par Garance Feldman, ATER à l'Université Panthéon-Sorbonne.

Il est devenu commun de dénoncer l'usage abusif du mécanisme de l'article 38 de la Constitution depuis le début des années 2000¹. Ce procédé, permettant au gouvernement de demander au Parlement, « pour l'exécution de son programme », de l'habiliter à légiférer par ordonnances « pendant un délai limité », a suscité un regain d'intérêt dû à l'accélération inédite de son utilisation à partir de l'année 2002.

En effet, alors qu'au début de la Cinquième République l'emploi des délégations législatives relevait de l'exception², au point que certains se sont même interrogés sur l'utilité du dispositif de l'article 38³, force est de constater aujourd'hui que cet usage s'est largement banalisé. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : entre 1984 et 2003 – soit sur vingt ans - ne sont recensées que **vingt-neuf** lois contenant des mesures d'habilitations et **cent cinquante-cinq** ordonnances publiées, alors que durant le seul quinquennat de 2004-2007, on compte **soixante-sept** lois d'habilitation et **cent quatre-vingt-huit** ordonnances, le pic étant atteint en 2004 avec **soixante** articles habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnances dans la seule loi du 9 décembre 2004, et un nombre d'ordonnances publiées supérieur au nombre de lois pendant l'année⁴.

¹ Voir par exemple DELVOLVÉ (P.), L'été des ordonnances, *RFDA*, 2005, p. 909 ; GAUDEMET (Y.), Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée, in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », Paris, 2005, p. 157 ; GAUDEMET (Y.), La loi administrative, *RDP*, 2006, n^o 1, p. 65.

² Pratique paraissant d'ailleurs être conforme à la volonté des constituants de 1958. Ainsi, lors des travaux préparatoires de la Constitution, Raymond Janot, répondant à une question de Pierre Rouanet qui exprimait le souhait que le Parlement soit capable de dégager une volonté, s'exprima ainsi : « c'est aussi ce que nous voudrions. Nous voudrions que l'application de l'article 38 de la Constitution soit une exception », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. IV, 2001, p. 83.

³ Le doyen Favoreu, dans un article publié à la *RFDA* en 1987, envisage l'évolution de la future application de l'article 38 de la Constitution et émet l'hypothèse, entre autres, que cet article « tombe quelque peu en désuétude » (L. FAVOREU, Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution), *RFDA*, 1987, p. 699).

⁴ Ces chiffres sont issus de l'étude du Sénat de mars 2008 : Les ordonnances. Bilan au 31 décembre 2007, *Les documents de travail du Sénat, Série des études juridiques*, n^o4, mars 2008.

Ces ordonnances, contribuant à l'inflation et au désordre normatifs⁵, touchent d'ailleurs aux domaines du droit les plus divers. Comme le relevait le Secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume en 2005, « depuis trois ans, il n'est pas de domaine du droit, ou presque, qui n'est pas fait l'objet d'habilitation puis d'ordonnance »⁶.

Pourtant, le Conseil constitutionnel ne s'est pas attaché à encadrer par sa jurisprudence la pratique des ordonnances. Celle-ci est révélatrice, au contraire, d'une réelle souplesse quant aux conditions de constitutionnalité des dispositions législatives d'habilitation⁷, et d'une singulière bienveillance quant aux justifications du recours à l'article 38 de la Constitution⁸.

Une telle position que le Conseil constitutionnel justifie par l'urgence et l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire⁹, n'est pas de nature à encourager la limitation des projets gouvernementaux demandant une habilitation à légiférer par ordonnance et soulève des critiques car elle joue sur une complicité entre le Gouvernement et la majorité parlementaire qui enlève une de ses prérogatives principale au Parlement : le vote de la loi¹⁰.

⁵ Voir en ce sens les vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, pour l'année 2005. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005.

⁶ GUILLAUME (M.), Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?, *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 120.

⁷ Ainsi, bien que le Conseil constitutionnel ait toujours interprété la notion de « programme » de l'article 38 de la Constitution comme faisant « obligation au gouvernement d'indiquer avec précisions au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention » (C.C. n° 76-72 DC, 12 juillet 1977, *Rec.* 31, cons. 3 ; C.C. n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Rec.* 61, cons. 13 ; C.C. n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, cons. 4, *Rec.* 211 ; C.C. n° 2009-584 DC, 16 juillet 2009, cons. 20, *Rec.* 140), il précise, depuis sa décision du 16 décembre 1999, que le gouvernement n'est « pas pour autant tenu de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation » (C.C. n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *Rec.* 136, cons. 12 ; C.C. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Rec.* 382, cons. 4 ; C.C. n° 2005-521 DC, 22 juillet 2005, *Rec.* 121, cons. 5 ; C.C. n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009, *Rec.* 36, cons. 18).

Une telle position a d'ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 avril 2009 lors de son examen de la *loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, et plus particulièrement de son article 11, alinéa 2, qui soumet à la nouvelle procédure des études d'impact les dispositions des projets de loi par lesquelles le Gouvernement demande au Parlement, en application de l'article 38 de la Constitution, l'autorisation de prendre des mesures par ordonnance. Le Conseil estime dès lors que la présentation des « objectifs poursuivis », des « options possibles » et des « raisons conduisant à recourir à des ordonnances », modalités qui, selon l'alinéa 2 de l'article 11, devaient figurer dans l'étude d'impact exigée, ne saurait avoir pour effet d'imposer au Gouvernement « de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande pour l'exécution de son programme ; » (C.C. n° 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, *Rec.* 84., cons. 21).

⁸ Ce dernier considère ainsi que « l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution » (C.C. n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *op. cit.*, cons. 13), et que « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire » peut caractériser une telle urgence (C.C. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *op. cit.*, cons. 5 ; C.C. n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *op. cit.*, cons. 5).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Le principe est en effet celui selon lequel « La loi est votée par le Parlement » (article 34, alinéa 1 de la Constitution).

La récurrence des critiques à l'encontre de l'excès de la législation déléguée, et l'absence de mesure réelle prise pour y remédier, prouvent finalement le paradoxe du mécanisme même de l'article 38 de la Constitution : bien que dénoncé de toutes parts, son emploi itératif démontre de son utilité. Cette considération explique d'ailleurs sans doute le fait que le Comité Balladur en 2007 n'avait pas envisagé de réformer l'article 38 de la Constitution, en dépit de l'objectif de revalorisation du rôle du Parlement qu'invoquait le projet de réforme de la Constitution¹¹.

Ce n'est qu'au détour de la discussion du projet de loi constitutionnelle au sein de la Commission des lois le 20 mai 2008, qu'un amendement a été adopté à l'unanimité, sur la proposition du rapporteur J.-L. Warsmann, afin de réviser l'article 38 de la Constitution. Adopté en séance le 27 mai, cet ajout complète dorénavant, l'alinéa 2 de l'article 38 par la phrase suivante : « Elles [les ordonnances] ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». Rien n'est donc prévu concernant l'encadrement des projets de loi d'habilitation, seule la procédure de ratification des ordonnances est modifiée, puisqu'est interdite la ratification implicite des ordonnances.

La ratification des ordonnances permet de refermer la « parenthèse »¹² que constitue la législation déléguée dans l'exercice normal de ses compétences par le législateur. Elle « rétablit l'ordre des compétences »¹³, en donnant à l'ordonnance son caractère de loi au sens formel du terme, cette dernière devenant par là même soustraite au contrôle contentieux du juge administratif, et relevant désormais du régime juridique de la loi.

Dans sa rédaction initiale, l'article 38 de la Constitution n'exige que le dépôt des projets de loi de ratification dans un certain délai prévu par la loi d'habilitation. Cette exigence a une « fonction conservatoire »¹⁴ puisqu'elle préserve l'ordonnance du scea de caducité¹⁵. Rien n'est donc précisé concernant la ratification même des ordonnances.

¹¹ Voir le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une V^e République plus démocratique*, La documentation française, octobre 2007.

¹² GAUDEMET (Y.), *La loi administrative*, *op. cit.* p. 71.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Les ordonnances, bilan au 31 décembre 2007, *Les documents de travail du Sénat, Série des études juridiques*, mars 2008.

¹⁵ Le rapport du service des études juridiques du Sénat de janvier 2006 cite ainsi l'exemple d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance n° 2002-237 du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation aux transports intérieurs dans les départements de Guadeloupe, de Guyane et de Martinique et création d'agences de transports publics. Or le juge administratif a déclaré le recours devenu sans objet dans la mesure où l'ordonnance était frappée de caducité du fait de l'absence de dépôt d'un projet de loi de ratification avant la date butoir du 30 juin 2002.

Ainsi, la jurisprudence a reconnu très tôt la possibilité de ratifications implicites. Cette faculté, admise dès avant 1958 par le Conseil d'Etat s'agissant des décrets-lois¹⁶, a été avalisée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 février 1972 puisque ce dernier admet que « cette ratification [des ordonnances] pouvait résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement »¹⁷. Mais le Conseil pousse le processus plus loin puisqu'il énonce, dans une décision du 23 janvier 1987, qu'« il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance visée à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement »¹⁸. Cette jurisprudence autorise ainsi les ratifications non seulement implicites, mais également impliquées, rendant ainsi l'appréciation du juge délicate.

Propice à l'instabilité et à la confusion normatives, cette position comporte de nombreux risques. En effet, mis à part le cas d'une loi postérieure qui reprendrait clairement une ordonnance pour la modifier, la ratification implicite est difficile à établir. Cette pratique incertaine contribue au désordre normatif en laissant planer le doute sur la nature juridique d'une norme dont le recours ces dernières années est devenu quasi-systématique. En ce sens, l'exigence de ratification expresse des ordonnances paraît être une amélioration en contribuant au renforcement de la sécurité juridique.

Mais également, la ratification implicite a pour conséquence de réduire « à une peau de chagrin l'intervention du législateur »¹⁹. En effet, alors que la ratification doit être l'occasion pour le Parlement d'exercer un certain contrôle sur les choix effectués par le gouvernement, avec la ratification implicite, ce dernier n'a plus qu'un « rôle mineur »²⁰ puisqu'aucun débat parlementaire ne peut résulter d'une telle ratification. Le malaise résultant de cette pratique a été exprimé par le rapporteur J.-L. Warsmann sur le projet de loi constitutionnelle de 2008 de la manière suivante : « il est toujours extrêmement désagréable pour les parlementaires de s'apercevoir que les dispositions d'un jour prises par ordonnances se trouvent entièrement ratifiées parce que l'adoption d'un amendement a modifié un seul alinéa de ladite

¹⁶ CE, 25 janvier 1957, *Société des Etablissements Charlionnais*, *Leb.* 54.

¹⁷ C.C. n° 72-73 L, 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, *Rec.* 31, cons. 3.

¹⁸ C.C. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *Rec.* 8, cons. 24.

¹⁹ CASTAING (C.), *La ratification implicite des ordonnances*. Haro sur « La grande illusion », *RFDC*, 2004, n° 58, p. 292.

²⁰ *Ibid.*

ordonnance »²¹. Sur ce point encore, la révision de l'article 38 par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 semble salubre.

Néanmoins, la faiblesse de la révision doit être soulignée. Considérée comme un « léger progrès initial »²², la réforme interpelle par son insuffisance. Malgré plusieurs propositions en ce sens²³, aucune amélioration relative à l'encadrement des mesures d'habilitation et de leur champ d'intervention n'a été adoptée.

Le recours excessif à la législation déléguée est dès lors aujourd'hui toujours constaté : sur quarante-cinq lois comportant des mesures d'habilitation entre 2003 et 2007, donc sur cinq ans, on en compte aujourd'hui²⁴, et uniquement sur trois ans et demi, trente-cinq, lesquelles comportent quatre-vingt-huit articles habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnances. On recense corrélativement sur cette même période (de trois ans et demi) cent-douze ordonnances publiées, contre cent quatre-vingt-huit pendant le quinquennat précédent²⁵. Loin de diminuer, le recours aux ordonnances ne fait que s'accroître.

Les parlementaires s'indignent encore aujourd'hui de l'usurpation de leur droit par le gouvernement. Ainsi, lors de la discussion de la loi du 5 janvier 2011²⁶ en première lecture à l'Assemblée nationale, qui ne comporte pas moins de sept dispositions d'habilitation sur vingt articles, toutes introduites par voie d'amendement, M. Saddier, rapporteur de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le texte, souligne « le dessaisissement du Parlement par lui-même » par le fait que « le Gouvernement nous inflige [aux parlementaires] une série d'habilitation à légiférer par ordonnances, ce qui, sur "l'autoroute législative", nous [les parlementaires] scotche sur la voie de droite ». De même, M. S. Gouard, président de la Commission du développement durable dénonce quant à lui un « train d'habilitations » dans des domaines marqués par leur diversité²⁷.

Cette loi n'est qu'un exemple parmi d'autres depuis la révision du 23 juillet 2008. On peut citer encore celle du 12 mai 2009, de simplification et clarification du droit et d'allègement

²¹ Discussion en séance publique, 3^{ème} séance du mardi 27 mai 2008.

²² M. Frimat, discussion du projet de loi constitutionnelle de 2008 au Sénat, 1^{ère} lecture.

²³ Voir par exemple l'amendement n° 517 présenté par les membres du groupe Socialiste, radical, citoyen et divers gauche.

²⁴ L'article est à jour au 27 juin 2011.

²⁵ Voir les annexes 1 et 2 du présent article.

²⁶ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 *portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne*, JO 6 janvier 2011, p. 369.

²⁷ Ces dispositions visent en effet à habiliter le Gouvernement à transposer par ordonnance des directives qui touchent aux domaines les plus variés : organisation de notre secteur énergétique et des réseaux de transport d'électricité et de gaz ; classification, étiquetage et emballage des substances et des mélanges ; enregistrement, évaluation et autorisation des substances chimiques ainsi que des restrictions applicables à ces substances ; mise sur le marché des produits biocides ; réglementation de la profession de géomètre expert, de l'activité de direction ou de gérance d'une auto-école ; libéralisation du secteur aérien ...

des procédures²⁸. Là encore, pas moins de neuf articles d'habilitation, et de dix-sept ordonnances recensées à ce jour prises sur son fondement !

Urgence, retard dans la transposition des directives communautaires, simplification du droit, sont au nombre des raisons invoquées par le gouvernement pour légiférer par ordonnances. Ces justifications suscitent l'exaspération des parlementaires qui dénoncent la négligence gouvernementale contribuant à accumuler les retards dans la transposition des directives, l'utilisation abusive par l'exécutif des lois « fourre-tout »²⁹ qui, sous couvert de l'urgence, compilent des dispositions diverses et incohérentes contribuant à l'inintelligibilité du droit, malgré l'intitulé même des lois de simplification et de clarification. Est dès lors soulignée la dépossession du Parlement par lui-même de ses droits. Le député L. Tardy, pourtant élu de la majorité, souligne ainsi, à propos de la loi du 5 janvier 2011, que sont atteintes « les limites de la sincérité des débats parlementaires » et exprime son mécontentement quant à « la méthode » utilisée, qui est « l'exemple de ce qu'il ne faut pas faire »³⁰.

Au regard de l'ensemble de ces critiques, l'exigence de ratification expresse des ordonnances de l'article 38 introduite par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 paraît pouvoir remédier en partie aux dérives engendrées par la pratique abusive de la législation déléguée. Le rapporteur sur le projet de loi constitutionnelle, qui est aussi l'auteur de l'amendement révisant l'article 38, souligne, lors de la présentation de ce dernier aux députés³¹, que l'exigence de ratification expresse des ordonnances tend au renforcement de la « transparence de l'action publique, sans réduire les moyens d'action du Gouvernement ni atteindre la sécurité juridique » et, rassurant le député Lagarde qui s'interrogeait sur la réalité du débat au cas où une disposition de ratification serait introduite par voie d'amendement, J.-L. Warsmann précise que puisque tout amendement de ratification doit « être complété par une phrase précisant que l'ordonnance est ratifiée », qu'« il y aura donc un débat, avec des orateurs pour et contre, suivi d'un vote ».

Les deux objectifs affichés de la réforme sont dès lors d'une part, le renforcement de la sécurité juridique en stabilisant la valeur juridique des ordonnances, et d'autre part, le renforcement du rôle du Parlement en soumettant dorénavant toute ratification à un débat parlementaire.

²⁸ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JO* 13 mai 2009, p. 7920.

²⁹ Voir par exemple l'intervention de M. Jean-Paul Chanteguet lors de la discussion de la loi du 5 janvier 2011 à l'Assemblée nationale en première lecture le 20 décembre 2010.

³⁰ Discussion en première lecture à l'Assemblée nationale le 20 décembre 2010.

³¹ Discussion en séance publique à l'Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 27 mai 2008.

Il s'agit donc d'analyser si cette nouvelle exigence de ratification expresse des ordonnances, remplit en l'état actuel du droit, les objectifs de revalorisation du rôle du Parlement et de renforcement de la sécurité juridiques en ce domaine.

Or il s'avère que si le renforcement de la sécurité juridique n'est que relatif (I), celui du rôle du Parlement n'est quant à lui qu'illusoire (II).

I. Un renforcement relatif de la sécurité juridique.

L'apparent mérite de la révision de l'article 38 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 est, en exigeant dorénavant une ratification expresse des ordonnances, de contribuer au renforcement de la sécurité juridique. En effet, une telle exigence permet de clarifier l'état du droit, et le contrôle des ordonnances. Néanmoins, la rédaction même de la nouvelle disposition introduite dans l'article 38 rend très relatif ce renforcement de la sécurité juridique. En premier lieu, parce que la ratification reste incertaine (A), et en second lieu, parce que le contrôle des ordonnances est aléatoire (B).

A. Une ratification source de confusion.

Lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale pendant la séance du 27 mai 2008, l'objectif de renforcement de la sécurité juridique découlant de l'exigence de ratification expresse des ordonnances est souligné non seulement par M. Warsmann, initiateur de l'amendement n° 588 qui est à l'origine de la nouvelle disposition introduite à l'article 38 de la Constitution, mais également dans l'exposé sommaire de l'amendement n° 519, ayant également pour objet d'interdire les ratifications implicites d'ordonnances. Est en effet relevé le fait que cette pratique « tend à aggraver le phénomène d'insécurité juridique » puisqu'elle génère « une incertitude relative au régime juridique des mesures prises par ordonnances » et que « les ratifications implicites portent (...) atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi, puisqu'elles compliquent la tâche du citoyen qui chercherait tout simplement à connaître le droit en vigueur ». Ce dernier amendement, issu de l'initiative des membres du groupe socialiste, a été retiré en raison de sa similarité d'objet avec l'amendement n° 588³².

³² Voir en ce sens l'intervention d'A. de Montebourg lors de la discussion du projet en séance le 29 mai 2008 à l'Assemblée nationale.

Malgré cette volonté, l'amendement proposé par M. Warsmann ne semble toutefois pas de nature à remédier de manière efficace au désordre normatif généré par les ratifications implicites.

La rédaction ambiguë de la nouvelle disposition de l'article 38 de la Constitution est en effet source de confusion.

Tout d'abord, la situation des ordonnances adoptées antérieurement à la réforme du 23 juillet 2008 n'est pas claire. Si la valeur législative de celles qui ont été ratifiées expressément, ou déclarées comme ratifiées implicitement par le juge avant la révision, ne fait aucun doute, en revanche, la force juridique de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune ratification expresse, mais aussi qui n'ont pas été déclarées comme étant implicitement ratifiées par le juge avant la réforme, est problématique. Dans une telle hypothèse, le justiciable est placé dans la même situation d'insécurité qu'il l'était antérieurement.

Le Conseil d'Etat a en effet considéré dans un arrêt du 11 mars 2011, *M. Benzoni*³³, que l'exigence de ratification expresse introduite par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas de portée rétroactive et n'est donc pas de nature à remettre en cause les ratifications implicites résultant des dispositions législatives antérieures à son entrée en vigueur. C'est ainsi que dans cette affaire, la juridiction administrative a déclaré un article du Code du sport issu de l'ordonnance du 23 mai 2006 relative à la partie législative de ce code, comme étant implicitement ratifié par l'article 14 de la loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008. Une telle position montre bien la confusion normative qui continue à régner autour des ordonnances : des dizaines d'ordonnances adoptées avant la révision constitutionnelle de 2008 n'ont en effet jamais été ratifiées expressément. Dès lors, en ce qui les concerne, l'incertitude demeure quant à leur valeur juridique puisque ces dernières peuvent être déclarées comme étant ratifiées par le juge, non seulement implicitement, mais aussi partiellement, comme c'est le cas dans l'affaire *Benzoni*.

En outre et paradoxalement, on peut s'interroger sur la persistance des ratifications implicites opérées par des lois postérieures à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, comme le souligne le professeur P. de Montalivet, « la question se pose lorsqu'une loi vient modifier une ordonnance sans la ratifier expressément »³⁴. La logique de la révision de juillet 2008 voudrait que les dispositions modifiées de l'ordonnance n'aient pas valeur législative. Mais la question peut néanmoins continuer à se poser du seul fait que l'intervention du législateur les couvre nécessairement de son autorité, et à plus forte raison

³³ CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections, 11 mars 2011, *M. Benzoni*, Req. n° 341658.

³⁴ MONTALIVET (P. de), La ratification des ordonnances, *LPA*, 19 décembre 2008, p. 60.

lorsque la modification porte sur une partie importante de l'ordonnance. Comme le souligne P. de Montalivet, « il sera peut être plus difficile qu'on ne le croit d'échapper aux ratifications implicites »³⁵.

Une telle situation est d'ailleurs d'ores et déjà susceptible de se présenter. Ainsi, la loi du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne³⁶ modifie dans son article 12 l'ordonnance du 6 juin 2005³⁷, non expressément ratifiée, en prévoyant l'insertion d'un nouvel article 37-1 au sein de l'ordonnance. Surtout, la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière³⁸ modifie neuf des dix-sept articles de l'ordonnance du 29 juin 2005³⁹, et abroge six de ses articles. Ainsi, seuls deux articles de l'ordonnance en cause restent tels qu'ils ont été adoptés par le gouvernement. Soulignons enfin que la loi n° 2011-664 du 15 juin 2011⁴⁰ modifie vingt-trois articles d'une ordonnance du 4 janvier 2005⁴¹ et a surtout pour objet spécifique de modifier cette dernière, mais sans expressément la ratifier⁴².

Quelle sera alors la position de la juridiction administrative si cette dernière venait à être saisie de la légalité d'une telle ordonnance ? Il est ici difficile de nier la présence de la volonté parlementaire sur l'ensemble du texte et ce, bien que le Parlement ne l'ait pas expressément ratifié comme le prévoit le nouvel alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution. La complexité et l'incertitude engendrées par une telle situation nous conduisent dès lors à douter de la réelle amélioration de la sécurité juridique censée résulter de l'exigence de ratification expresse de l'article 38.

Cette dernière remarque nous conduit enfin à souligner que la révision de l'article 38 ne rend pas la ratification obligatoire. Dès lors, nombre d'ordonnances pourront continuer à ne jamais être ratifiées, ou à l'être très tardivement, prolongeant ces situations d'instabilité juridique sur plusieurs mois, voire plusieurs années. Michel Charasse, lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle au Sénat pendant la séance du 23 juin 2008, relève ainsi

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011, *op. cit.*

³⁷ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics*, JO, 7 juin 2005, p. 10014.

³⁸ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, JO 23 octobre 2010, p. 18984.

³⁹ Ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 *relative à la création de l'établissement public OSEO et de la société anonyme OSEO*, JO, 30 juin 2005, p. 10774.

⁴⁰ Loi n° 2011-664 du 15 juin 2011 *actualisant l'ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs*, JO, 16 juin 2011, p. 10178.

⁴¹ Ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005, *portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs*.

⁴² Notons néanmoins que neuf des articles de ladite ordonnance avaient d'ores et déjà été modifiés par la loi n° 2007-224 du 21 février 2007. Il est dès lors possible que cette ordonnance soit considérée comme implicitement ratifiée par le juge par la loi de 2007.

l'inefficacité de la révision sur ce point : « je ne vois pas très bien ce que le texte apporte ? On ne pourrait plus ratifier par "petits bouts" (...) ou implicitement. Par conséquent, on peut continuer à ne pas ratifier du tout, ce qui est pire. Je ne vois pas très bien comment on peut lever cet obstacle ».

Bien que le nombre d'ordonnances expressément ratifiées ait considérablement augmenté ces dernières années, corrélativement au volume exponentiel d'ordonnances adoptées, de telles situations demeurent. Il est dès lors intéressant d'observer parallèlement la procédure concurrente⁴³ de l'article 38 de la Constitution en matière d'adaptation de la législation à l'Outre-mer, à savoir celle de l'article 74-1 de la Constitution introduite par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003. Cet article prévoit en effet que les ordonnances prises sur son fondement et non expressément ratifiées deviennent caduques. On peut dès lors se demander si la transposition de ce mécanisme aux ordonnances de l'article 38 ne serait finalement pas de nature à réellement redonner toute sa place à la ratification⁴⁴, tout en limitant significativement les risques d'insécurité juridique.

Ce risque ne disparaît d'ailleurs pas, même lorsque les ordonnances sont expressément ratifiées. En effet, la nouvelle disposition introduite à l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution, en exigeant uniquement que les ordonnances soient ratifiées de manière expresse, n'empêche pas la ratification de ces dernières de manière incidente, sans qu'une loi spécifique de ratification ne soit nécessaire. L'accessibilité de l'information pour le justiciable est de fait amoindrie. On observe ainsi, depuis la révision du 23 juillet 2008, uniquement **neuf** ordonnances ratifiées par des lois spécifiques de ratification, contre **quatre-vingt-seize** qui le sont par l'intermédiaire de dispositions législatives incidentes. Il est dès lors intéressant de relever que l'amendement n° 519 retiré par le groupe socialiste de la discussion du projet de révision constitutionnelle, en raison de son objet similaire à celui de l'amendement n° 588 qui a introduit la modification de l'article 38, exigeait quant à lui une ratification par « une loi spécifique ». Une telle solution aurait dès lors probablement permis une meilleure accessibilité de la loi aux citoyens.

⁴³ Le Conseil constitutionnel suivi du Conseil d'Etat ont en effet estimé que l'article 74-1 de la Constitution destiné à habiliter le gouvernement de façon permanente à adapter la législation à l'outre-mer n'interdisait pas l'usage, dans ce même domaine, de l'article 38 de la Constitution. Cf C.C. n° 2003-574 DC, 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'Outre-mer*, Rec. 389 et CE, Avis, 18 novembre 2004, *Ordonnance sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Outre-mer*.

⁴⁴ Voir en ce sens P. de Montalivet, *La ratification des ordonnances (l'article 38 de la Constitution)*, *op. cit.*, p. 61.

Le renforcement de la sécurité juridique par l'exigence de ratification expresse apparaît donc plus que relative, et ce d'autant plus que le contrôle des ordonnances demeure aléatoire (B).

B. Un contrôle aléatoire.

L'exigence d'une ratification expresse des ordonnances semble permettre une unification et surtout une clarification du régime contentieux de ces actes. En effet, acte administratif avant leur ratification, les ordonnances sont soumises au contrôle de la juridiction administrative saisie d'un recours en annulation. En revanche, dès lors que ces dernières acquièrent valeur législative par leur ratification, seul le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler leur constitutionnalité au travers des dispositions législatives de ratification⁴⁵.

La pratique des ratifications implicites rend le contrôle des ordonnances incertain pour les justiciables. En effet, contestant une ordonnance non expressément ratifiée devant le juge, ce dernier peut voir son recours rejeté en raison de la constatation de la ratification implicite de l'ordonnance contestée par une disposition législative. De deux choses l'une : soit le Conseil constitutionnel, saisi de la loi opérant la ratification avant sa promulgation, peut être amené à contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance en contrôlant la disposition législative de renvoi⁴⁶ ; soit le Conseil constitutionnel n'est pas saisi de la loi opérant la ratification implicite de l'ordonnance et dès lors cette dernière se trouve revêtue d'une immunité juridictionnelle⁴⁷. D'ailleurs, même lorsque le Conseil constitutionnel est saisi, faut-il encore que ce dernier ait suffisamment de prises pour opérer un contrôle de l'ordonnance. Comme le souligne le Professeur Y. Gaudemet, il est nécessaire que « la loi emportant ratification implicite comporte une véritable reprise, partielle ou totale, ou une modification substantielle de l'ordonnance en cause »⁴⁸.

Une telle situation a d'ailleurs amené le Conseil d'Etat à se prononcer sur la compatibilité du mécanisme de la ratification implicite avec l'exercice du droit au recours consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est ainsi que dans son arrêt *Hoffer* du 8 décembre 2000, la haute juridiction administrative réserve le cas où « la loi de ratification s'avèrerait incompatible, dans un domaine entrant dans le champ de l'application

⁴⁵ C.C. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. 8.

⁴⁶ C.C. n° 83-156 DC, 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, Rec. 41.

⁴⁷ Sous réserve toutefois d'une possibilité de contrôle *a posteriori* par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité depuis le 1^{er} mars 2010. Sur cette question, cf *infra*.

⁴⁸ GAUDEMET (Y.), *La loi administrative*, *op. cit.* p. 74.

de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption cette loi aurait essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable »⁴⁹. Cette « heureuse précaution »⁵⁰ n'a néanmoins pas suffi à enrayer la situation d'incertitude dans laquelle se trouvent les justiciables, lorsque ces derniers sont amenés à contester une ordonnance non expressément ratifiée.

Avec l'exigence de ratification expresse des ordonnances, le justiciable semble être dans une position plus confortable. En effet, il est plus aisé pour ce dernier de connaître l'état actuel de la valeur juridique d'une ordonnance et le contrôle de l'ordonnance apparaît ainsi clarifié.

Ainsi, un justiciable ne devrait plus être amené à demander au juge administratif de contrôler la légalité d'une ordonnance qui a été ratifiée. Cependant, cette affirmation est à nuancer au regard des constatations faites précédemment pour les ordonnances adoptées antérieurement à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il n'est en effet pas impossible qu'une requête soit rejetée en raison d'une constatation par le juge administratif d'une ratification implicite de l'ordonnance en cause par une loi antérieure à la révision de juillet 2008⁵¹. On se retrouve dès lors dans l'hypothèse évoquée précédemment de l'aléa du contrôle exercé *a priori* par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution.

Il reste néanmoins que les ordonnances adoptées postérieurement à la réforme de 2008 ne pourront être ratifiées en principe qu'expressément. Sur ces dernières, et dans l'hypothèse d'une ratification, seul le Conseil constitutionnel pourra exercer son contrôle, et ce non seulement *a priori*, par le biais des dispositions législatives de transposition, mais également *a posteriori*, sur le fondement du nouvel article 61-1 de la Constitution, entré en vigueur le 1^{er} mars 2010. Le caractère aléatoire de ce contrôle doit toutefois être souligné.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel n'est pas forcément saisi d'une loi opérant la ratification d'une ordonnance *a priori*. Ensuite, la pratique des ratifications massives par un ou plusieurs articles d'une loi rend le contrôle de constitutionnalité « illusoire »⁵² lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de ce type de dispositions. Le professeur Colliard s'interroge

⁴⁹ CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et a.*, *Leb.* 584.

⁵⁰ GAUDEMET (Y.), *La loi administrative, op. cit.* p. 75.

⁵¹ Voir en ce sens, CE, 11 mars 2011, *M. Benzoni, op. cit.*

⁵² COLLIARD (J.-C.), *Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ?*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 121-134.

ainsi « sur la réalité de ce contrôle »⁵³ lorsque le Conseil est saisi de lois ratifiant d'un seul coup des dizaines d'ordonnances. En tout état de cause, une telle situation ne peut rendre le contrôle qu'approximatif.

Nous constatons ainsi que sur les dix-huit lois adoptées postérieurement à la loi constitutionnelle de juillet 2008 et comportant des dispositions de ratification d'ordonnances, seules quatre d'entre elles ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel avant leur promulgation sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution⁵⁴. Surtout, une seule de ces lois a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité d'une ordonnance et pour cause, puisqu'il s'agit d'une loi spécifique de ratification⁵⁵.

On ne peut ici que remarquer le comportement paradoxal des parlementaires de l'opposition qui, s'insurgeant à l'encontre des ratifications groupées introduites par voie d'amendement dans des projets ou propositions de lois⁵⁶, n'exercent pas leur faculté de saisine du Conseil constitutionnel *a priori*. L'exemple de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures est probant. Prévoyant la ratification de cinquante-deux ordonnances dans trois dispositions de ratification⁵⁷, toutes introduites par voie d'amendement, cette dernière n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel.

Le contrôle susceptible d'être exercé *a priori* par le Conseil constitutionnel sur les ordonnances expressément ratifiées est donc soumis à nombre d'aléas.

En outre, si le nouvel article 61-1 de la Constitution permet dorénavant de contrôler les ordonnances expressément ratifiées *a posteriori*, ici encore, le contrôle apparaît incertain. En effet, si la question prioritaire de constitutionnalité ouvre la possibilité de contester la constitutionnalité des ordonnances ratifiées, au cours d'un procès devant les juridictions ordinaires, faut-il encore qu'une telle question soit posée par les justiciables⁵⁸ et que les exigences énoncées par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution soient remplies. Et ces dernières sont strictes, aussi bien quant

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ C.C. n° 2011-629 DC, 12 mai 2011, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, JO, 18 mai 2011, p. 8571 ; C.C. n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010 p. 22181 ; C.C. n° 2010-602 DC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, JO du 24 février 2010, p. 3385 ; C.C. n° 2009-589 DC, 14 octobre 2009, *Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers*, Rec. 173.

⁵⁵ C.C. n° 2010-602 DC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, *op. cit.*

⁵⁶ Cf infra, II – A.

⁵⁷ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *op. cit.*, articles 138, 139 et 140.

⁵⁸ En effet, selon les articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, le moyen d'inconstitutionnalité « ne peut être soulevé d'office ».

à la forme des questions prioritaires, qu'à leur fond : nécessité d'un « écrit distinct et motivé »⁵⁹ ; applicabilité de la disposition contestée au litige ; nouveauté et sérieux de la question et enfin invocation d'une atteinte par la disposition en cause « aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁶⁰.

A notre connaissance et à l'heure actuelle⁶¹, le Conseil d'Etat n'a été saisi que six fois de dispositions d'ordonnances ratifiées par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité⁶², et la Cour de cassation que cinq fois⁶³. Alors que la juridiction judiciaire n'a jamais renvoyé une telle question au Conseil constitutionnel, considérant soit la requête irrecevable⁶⁴, soit que la question ne remplissait pas les conditions de fond posées par la loi organique du 10 décembre 2009⁶⁵ ; il n'en a pas de même pour le Conseil d'Etat. Néanmoins, un tel renvoi au Conseil constitutionnel ne s'est produit que dans une seule affaire⁶⁶.

Cette jurisprudence, bien qu'elle montre la possibilité d'opérer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des ordonnances ratifiées, par l'intermédiaire de la question prioritaire de constitutionnalité, révèle également la rareté des questions relatives aux ordonnances susceptibles de passer le barrage des conditions de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité. On observe là encore l'étendue des ordonnances ratifiées et n'ayant jamais été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel *a priori*, qui ne pourront que difficilement faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*, et bénéficieront dès lors d'une immunité.

Si au terme de cette première partie l'exigence de ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ne paraît renforcer la sécurité juridique que de

⁵⁹ Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁶⁰ Article 61-1 de la Constitution.

⁶¹ L'article est à jour au 27 juin 2011.

⁶² CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections, 18 février 2010, *M. Molliné*, Req. n° 322407 ; CE, 4 avril 2011, Req. n° 345661 ; CE, 24 février 2011, *Mme Catherine B*, Req. n° 344610 ; CE, 29 septembre 2010, Req. n° 341065 ; CE, 17 décembre 2010, req. n° 332126 ; CE, 16 juillet 2010, *Société du Casino de Saint-Nectaire*, Req. n° 338726.

⁶³ Cass. ch. Crim., 6 avril 2011, n° 11-90.009 ; Cass. 3° ch. civ., 16 mars 2011, n° 10-23.962 ; cass. ch. sociale, 15 décembre 2010 n° 08-44569 ; Cass. ch. Civile, 14 septembre 2010, n° 10-13616 ; Cass. Ass. Plen., 25 juin 2010, n° 10-40011.

⁶⁴ Cass. Ch. sociale, 15 décembre 2010 n° 08-44569 ; Cass. ch. civ., 14 septembre 2010, n° 10-13616.

⁶⁵ Cass. Ch. crim., 6 avril 2011, n° 11-90.009 ; Cass. 3° ch. civ., 16 mars 2011, n° 10-23.962 ; Cass. Ass. Plen., 25 juin 2010, n° 10-40011.

⁶⁶ CE, 24 février 2011, *Mme Catherine B*, Req. n° 344610. Contestation de l'article 1730 du CGI dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 ratifiée par l'article 138-I de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Cet arrêt a donné lieu à la décision n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, *Mme Catherine B* [*Majoration de 10% pour retard de paiement de l'impôt*] dans laquelle le Conseil constitutionnel a conclu à la constitutionnalité des dispositions en cause (*JO*, 30 avril 2011, p. 7537).

manière très relative, on observe également qu'elle ne renforce le rôle du Parlement que de façon illusoire (II).

II. Un renforcement illusoire du rôle du Parlement.

Alors que l'éviction du Parlement lors des ratifications implicites d'ordonnances était dénoncée, l'espoir de renforcer le rôle de ce dernier par le biais des ratifications expresses régnait lors de l'adoption de la révision de l'article 38. On imaginait alors que si ce dernier était saisi d'une loi, ou d'une disposition, prévoyant expressément la ratification d'une ordonnance, le débat pourrait reprendre toute sa valeur lors de la discussion des dispositions de l'ordonnance. Mais un tel renforcement apparaît aujourd'hui illusoire. Tout d'abord la quasi-exclusivité des ratifications d'ordonnances par l'intermédiaire de dispositions incidentes introduites dans des lois ayant un objet différent rend le débat parlementaire difficile (A), et ensuite, les discussions des projets de loi ayant pour objet spécifique la ratification d'ordonnances révèlent un bridage du débat parlementaire (B).

A. Un débat parlementaire difficile.

L'exigence de ratification expresse des ordonnances est de nature à revaloriser la place du Parlement dans la réglementation des matières traitées par voie d'ordonnances. En effet, à partir du moment où ces dernières ne peuvent être dorénavant élevées au rang législatif que par l'intermédiaire d'une volonté clairement exprimée en ce sens par les parlementaires, le débat sur le contenu même de l'ordonnance adoptée sur le fondement d'une habilitation semble favorisé⁶⁷. C'est dorénavant en connaissance de cause que députés et sénateurs seront amenés à voter la disposition de ratification, informés des conséquences et des implications de la manifestation de leur volonté sur la valeur juridique des ordonnances. Exit les ratifications en catimini, « quasi-clandestines »⁶⁸, place à la sincérité et à la clarté des discussions parlementaires.

⁶⁷ Cécile Castaing souligne ainsi que, alors que « la ratification implicite a rendu quelque peu illusoire (...) le contrôle qu'il [le Parlement] exerce sur les ordonnances édictées par le Gouvernement », en revanche, « quand la ratification est explicite le législateur peut vérifier que le Gouvernement a bien respecté les limites qui lui avaient été fixées par la loi d'habilitation et peut également se prononcer sur le contenu des ordonnances qui sont proposées à sa ratification », in *La ratification implicite des ordonnances de codification*. Haro sur « La grande illusion », *op. cit.*, p. 300-301.

⁶⁸ GAUDEMET (Y.), *Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée*, *op. cit.*, p. 163.

L'opportunité dont fait preuve le gouvernement dans le processus de ratification des ordonnances nous oblige toutefois à nuancer cette apparence si rassurante de premier abord.

Certes, dorénavant, la ratification parlementaire des ordonnances ne pourra plus intervenir que de manière expresse, ce qui semble dès lors laisser toute sa place au débat parlementaire sur le contenu même de l'ordonnance lors de la ratification de cette dernière. Le rapporteur Jean-Luc Warsmann explique ainsi lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale le 29 mai 2008 qu'« il y aura donc un débat, avec des orateurs pour et contre, suivi d'un vote ».

Mais faut-il encore que le gouvernement laisse aux parlementaires les moyens nécessaires pour réellement débattre des ordonnances soumises à leur ratification. Plusieurs constatations s'imposent dès lors.

Tout d'abord, pour que les parlementaires puissent discuter d'une ordonnance, il est nécessaire que ces derniers en aient pris connaissance. Mais « l'exigence de ratification expresse n'a pas pour corollaire celle pour le gouvernement de joindre systématiquement l'ordonnance au projet de loi de ratification »⁶⁹. Et nombre de demandes de ratification ne contiennent pas l'ordonnance dont elles sont l'objet. Ainsi, le professeur Gaudemet cite l'exemple de la *loi relative à diverses dispositions d'ordre social* qui prévoit la ratification de l'ordonnance du 19 avril 2001 relative au Code de la mutualité. M. Gaudemet souligne alors qu'« on est loin de l'obligation du gouvernement de rendre compte qui sous-tend le mécanisme de la législation déléguée. Comment la compétence d'inventaire et d'amendement du Parlement pourrait-elle s'exercer ? »⁷⁰.

Ensuite, la tendance gouvernementale à insérer dans les projets, voire même dans des propositions de lois⁷¹, des dispositions tendant à opérer des « ratifications groupées »⁷² d'ordonnances nuit au débat parlementaire. Lors de la discussion de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures au Sénat en première lecture, le sénateur J.-P. Godefroy s'inquiète : « Je suis également très réservé sur le contenu

⁶⁹ LETHUILLIER (G.), La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, *LPA*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 9.

⁷⁰ GAUDEMET (Y.), La loi administrative, *op. cit.* p. 74.

⁷¹ Il en effet remarquable d'observer que la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification et d'allègement des procédures est issue d'une proposition de loi et que les très nombreuses ratifications groupées contenues dans cette dernière sont toutes issues d'amendements gouvernementaux sur le texte. Cela n'a d'ailleurs pas manqué d'être relevé par les parlementaires. Le député Jean-Pierre Soisson, en première lecture à l'Assemblée nationale, ironise sur la méthode employée en exclamant « Vive la proposition de loi quand elle est ainsi utilisée par le Gouvernement ! », et la sénatrice Josiane Mathon Poinat dénonce « le dévoiement de la nature de la présente proposition de loi ».

⁷² Ou « ratifications balais » selon l'expression d'Anne Jennequin, qui visent à ratifier un nombre élevé d'ordonnances par une même loi.

de l'article 66 bis [article 138 actuel] qui a pour objet de ratifier d'un seul coup une trentaine d'ordonnances, sans compter celles que les commissions se proposent d'ajouter [au final, l'article permettra la ratification de trente-huit ordonnances, et la loi dans son ensemble de cinquante-deux ordonnances]. À tout le moins, il y a là un problème de méthode : *comment prétendre que ces ordonnances ne posent pas de difficultés alors qu'il nous a été impossible de vérifier le contenu de chacune d'elles ?*⁷³. Le député François de Rugy, lors de la discussion du texte en deuxième lecture à l'Assemblée nationale s'interroge également : « lorsqu'il s'agit, par ailleurs, de ratifier, au nom de la simplification, une cinquantaine d'ordonnances, c'est tout le travail parlementaire qui se trouve écarté de l'élaboration de la loi. Comment croire qu'un débat ne serait pas utile pour certaines d'entre elles ? ».

Il est vrai que dans ces conditions, comme le souligne le professeur P. de Montalivet, « il est difficile de parler d'un véritable débat parlementaire relatif à la ratification de ces ordonnances »⁷⁴. Le travail parlementaire sur le contrôle des ordonnances lors de l'adoption des mesures de ratification apparaît dès lors davantage quantitatif que qualitatif et cette dernière constatation est d'ailleurs renforcée au regard de la nature même des lois assurant ces ratifications massives. En effet, sous couvert de clarification du droit, il n'est aucunement pris garde à la matière régie par les ordonnances : toutes les ordonnances non ratifiées, peu importe la diversité de leurs objets, sont en effet de nature à être inscrites dans ce genre de lois. Effectivement, comme le souligne le rapporteur de la loi du 12 mai 2009 au Sénat, ces ordonnances ont « des objets très divers »⁷⁵ et il semble dès lors compliqué d'avoir un débat constructif et approfondi sur chacune d'entre elles.

Plus contestable encore est la pratique émergente de la ratification d'ordonnances très récentes, dont le délai dont disposait le gouvernement pour déposer son projet de loi de ratification n'est même pas encore écoulé. La loi du 12 mai 2009 fait aussi application de ce procédé en ratifiant cinq ordonnances dont les projets de ratification n'étaient pas encore déposés. Malgré l'étonnement manifesté par le député L. Tardy, lors de la discussion de la proposition à l'Assemblée nationale en deuxième lecture, qui « ne voit pas les raisons qu'il peut y avoir à se précipiter pour ratifier des ordonnances qui prennent effet dès leur

⁷³ Souligné par nous.

⁷⁴ MONTALIVET (P. de), La ratification des ordonnances (l'article 38 de la Constitution), *op. cit.*, p. 60.

⁷⁵ SAUGEY (B.), Rapport n° 209 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale du Sénat, sur la proposition de loi n° 1085 de M. Jean-Luc Warsmann de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, annexé au procès-verbal de la séance du 11 février 2009.

publication » et qui estime « plus sage d'attendre le dépôt des projets de ratification et de prendre le temps de faire du bon travail », la ratification de ces ordonnances est opérée.

Cet ensemble de considérations nous permet dès lors de comprendre pourquoi le débat parlementaire n'est pas au rendez-vous dans l'hémicycle lors des discussions des dispositions de ratification. En effet, toujours pour la loi du 12 mai 2009 - permettant la ratification de cinquante deux ordonnances - on observe que la discussion de l'amendement n° 38 présenté par M. Blanc à l'Assemblée nationale en première lecture, et demandant la ratification de 22 ordonnances supplémentaires, ne fit l'objet d'aucune intervention, d'aucun débat.

On pourrait toutefois penser que lorsque les ratifications d'ordonnances interviennent par l'intermédiaire d'une loi spécifique, la discussion parlementaire est à même de retrouver toute sa signification. Mais ici encore, le débat parlementaire apparaît bien au contraire bridé (B).

B. Un débat parlementaire bridé.

De premier abord, la volonté parlementaire semble être de nature à pouvoir s'exprimer davantage lors de la discussion des projets de loi spécifiques de ratification.

Ainsi, la discussion de la loi du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés⁷⁶ a fait l'objet de débats mouvementés à l'Assemblée nationale, ce qui est bien compréhensible en raison de l'objet même de cette loi touchant de manière directe les députés.

Néanmoins, différents événements sont intervenus au cours de la procédure d'adoption de cette loi témoignant de la volonté de brider le débat parlementaire, et plus particulièrement l'exercice du droit d'amendement.

Il est tout d'abord intéressant de relever que la discussion de cette loi a fait l'objet d'une application par la Conférence des présidents de la procédure du temps législatif programmé. Cette procédure, introduite par l'article 17 de la loi organique du 15 avril 2009 qui précise les nouvelles conditions d'exercice du droit d'amendement résultant de l'article 44 de la Constitution, tel que révisé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, est traduite dans l'article 55, alinéas 4 à 6, du Règlement de l'Assemblée nationale. Sa mise en œuvre permet à la Conférence des présidents de fixer une durée maximale de l'examen d'un texte et entraîne dès lors une limitation de l'exercice de leur droit d'amendement par les députés puisqu'un amendement d'un député, appartenant à un groupe dont le temps de parole est épuisé, sera

⁷⁶ Loi n° 2010-165 du 23 février 2010, *JO*, 24 février 2010, p. 3385.

mis aux voix sans débat⁷⁷. Il ressort ainsi de l'application de cette disposition pour la discussion de la loi de ratification en cause une réelle volonté d'encadrer les interventions parlementaires, constatation renforcée par le fait que, lors de la seconde lecture de cette loi à l'Assemblée nationale, le Président de cette chambre a opposé son refus à la demande des députés d'utiliser la prérogative de l'article 49, alinéa 13, du Règlement, permettant à chaque député de « prendre la parole, à l'issue du vote du dernier article du texte en discussion, pour une explication de vote personnelle de cinq minutes »⁷⁸. Si un tel refus s'explique aisément en raison de la manipulation que comportait cette demande⁷⁹, il reste qu'il est possible de s'interroger sur l'opportunité de l'application de la procédure du temps législatif programmé dans le cadre des lois spécifiques de ratification d'ordonnances. En effet, la ratification étant l'étape par laquelle le législateur est censé retrouver ses droits sur la matière qui a fait l'objet d'une habilitation en faveur du gouvernement, il paraît paradoxal, et contraire aux objectifs de l'exigence de ratification expresse, de limiter ces derniers en appliquant le temps législatif programmé aux projets de loi ayant justement pour objet spécifique de procéder à de telles ratifications.

Mais était également remarquable l'utilisation, lors de la discussion de ce projet de loi de ratification, de la procédure du « vote bloqué »⁸⁰ introduite par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 à l'article 44, alinéa 3 de la Constitution, et permettant, à la demande du Gouvernement, que « l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ». L'utilisation de cette procédure afin d'encadrer et d'éviter les excès du débat parlementaire, reste néanmoins encore contradictoire dans le cadre d'une ratification d'ordonnances avec la volonté affichée de restituer au Parlement ses droits et son pouvoir de discussion.

⁷⁷ Cette procédure a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale*, sous la réserve que la fixation de la durée maximale de l'examen d'un texte réponde aux exigences de clarté et sincérité des débats parlementaires (*Rec.* 120, cons. 35).

⁷⁸ Le Conseil constitutionnel, saisi de la constitutionnalité de ce refus, n'a pu que rejeter ce moyen en « considérant que les règlements des assemblées parlementaires n'ont pas par eux-mêmes une valeur constitutionnelle » et qu'ainsi « la méconnaissance alléguée des dispositions de l'article 49, alinéa 13, du même règlement ne saurait avoir pour effet, à elle seule, de rendre la procédure législative contraire à la Constitution » (C.C. n° 2010-602 DC du 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, *JO*, 24 février 2010, p. 3385).

⁷⁹ Le Président de l'Assemblée nationale justifie en effet son refus, lors de la première séance du 19 janvier 2010 et après observation de la demande lors de la suspension de la séance, en raison du caractère « concerté » de la manœuvre (...) [et] alors même que le groupe SRC n'a[va]it pas épuisé le temps qui lui était attribué ». Je ne puis donc donner suite à cette demande » (*Journal officiel Débats Assemblée nationale*, p.163).

⁸⁰ Cette utilisation a été demandée par le Gouvernement lors de l'examen en 2^{ème} lecture de la loi déferée à l'Assemblée nationale, le 14 janvier 2010.

Il faut enfin souligner le fait que cette loi de ratification a fait l'objet d'une opinion de la Commission des lois restrictive quant à l'exercice par les députés de leur droit d'amendement. Ainsi, lors de la discussion à l'Assemblée nationale du projet le 13 octobre 2009, le rapporteur de cette Commission sur le texte, M. Charles de La Verpillière, s'exprime de la manière suivante: « La commission des lois a estimé qu'il ne serait pas conforme à l'esprit de l'article 38 de la Constitution que l'Assemblée nationale refasse, en totalité ou partiellement, le travail de répartition et de délimitation accompli par le Gouvernement », et ce en raison du fait qu'« en adoptant la loi d'habilitation (...) nous [les parlementaires] avons fait le choix de ne pas procéder nous mêmes, au risque de manquer d'objectivité, à une opération qui concerne au premier chef chacune et chacun d'entre nous. (...) Tout à fait logiquement, la Commission n'a donc pas accepté les amendements qui lui ont été présentés ». Cette conception, paraissant lier les parlementaires au contenu de l'ordonnance, du fait de leur habilitation, est tout de même contestable dans un régime constitutionnel qui place dans le domaine de la loi le régime électoral des assemblées parlementaires⁸¹. Estimer que les députés n'ont pas leur mot à dire, en raison de leur partialité, dans les lois ayant un tel objet, revient tout simplement à remettre en cause l'attribution par l'article 34 de la Constitution de cette compétence au législateur. Il serait dès lors plus clair de revenir sur cette attribution constitutionnelle, plutôt que de l'admettre officiellement dans la norme fondamentale, pour ensuite la refuser sous couvert de la législation déléguée.

Il reste que si une telle position peut éventuellement paraître compréhensible au regard de l'objet même de la loi de ratification, il n'empêche que celle-ci, loin de restaurer le rôle du Parlement lors de la ratification des ordonnances, ne fait au contraire que bafouer ses droits.

La constatation de telles dérives n'est d'ailleurs pas spécifique aux lois de ratification touchant de près ou de loin les parlementaires. Nous pouvons en effet observer que lors de la ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation par la loi du 16 janvier 2009⁸², les débats à l'Assemblée nationale soulignaient la stérilité de la discussion, du fait même qu'aucune audition préalable devant la Commission n'ait été opérée, et qu'aucun amendement, ni du rapporteur, ni de la commission, n'ait été adopté⁸³.

Ces différentes considérations nous conduisent finalement à nous interroger sur la réalité du choix dont dispose le Parlement dans la ratification des ordonnances. Il apparaît en effet

⁸¹ L'article 34 de la Constitution prévoit en effet que la loi « fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires ».

⁸² Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 *ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions*, JO, 18 janvier 2009, p. 1062.

⁸³ Voir en ce sens l'intervention du député A. Vidalies lors de la discussion du projet de loi en première lecture.

que le réel dilemme devant lequel se trouvent les parlementaires est celui de la ratification ou non de l'ordonnance en cause, et non de sa teneur. Mais là aussi, non pouvons constater que le Parlement se trouve dans un carcan puisque le refus de ratification, loin de rendre l'ordonnance inapplicable, a uniquement pour conséquence de lui maintenir son caractère d'acte administratif. Mais cela revient également à laisser des matières relevant du domaine de la loi à un éventuel contrôle de légalité du juge administratif.

Cet état des choses ne manque d'ailleurs pas d'être rappelé aux parlementaires hostiles à la ratification de certaines ordonnances. Ainsi, lors de la discussion au Sénat en première lecture de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, le président de la Commission des lois répond à la sénatrice Mathon-Poinat, qui invoque le droit des parlementaires de refuser la ratification que, « à partir du moment où la loi d'habilitation a été votée, et à condition de vérifier que l'ordonnance est effectivement conforme à ce que le Parlement a voulu, la ratification est une nécessité, tout simplement pour des raisons de sécurité juridique ».

Il semble dès lors que nous nous trouvions dans une impasse en raison du fait que les deux objectifs de l'exigence de ratification expresse ne semblent pas être de nature à être remplis mutuellement. En effet, d'une part la sécurité juridique impose la ratification, mais la pratique qui en est faite ne laisse pas de place au débat et à la liberté de choix du législateur ; et d'autre part, le renforcement du rôle du Parlement dans la ratification des ordonnances comporte l'aléa que ce dernier manifeste son refus à l'égard des mesures prises par l'exécutif.

Il s'avère dès lors nécessaire de conclure en replaçant le débat dans un cadre plus large, et en s'interrogeant sur la pertinence des solutions consistant à vouloir remédier aux dérives du mécanisme de la législation déléguée par la seule voie juridique.

L'utilisation excessive de l'article 38 de la Constitution semble finalement révéler un consensus implicite entre le pouvoir exécutif et les parlementaires, lié à l'indiscutable utilité des ordonnances. Il semble donc que ce n'est que par une modification du comportement des acteurs politiques que le recours aux ordonnances pourra être utilisé de manière modérée.

Il reste que néanmoins, par leur nombre et la diversité des domaines qu'elles couvrent, les ordonnances continuent de souligner le déclin de la loi. Alors que la Constitution du 4 octobre 1958, par ses articles 34 et 37, a voulu cantonner les domaines de la loi et ouvrir celui du règlement, plus de cinquante ans après, l'interprétation de ces dispositions a abouti au résultat inverse. Nous pouvons dès lors nous interroger sur l'actualité de la pertinence de la

délimitation des compétences opérée par ces articles, et sur la nécessité de restituer de manière permanente au gouvernement ce qui a été inutilement absorbé par la loi.

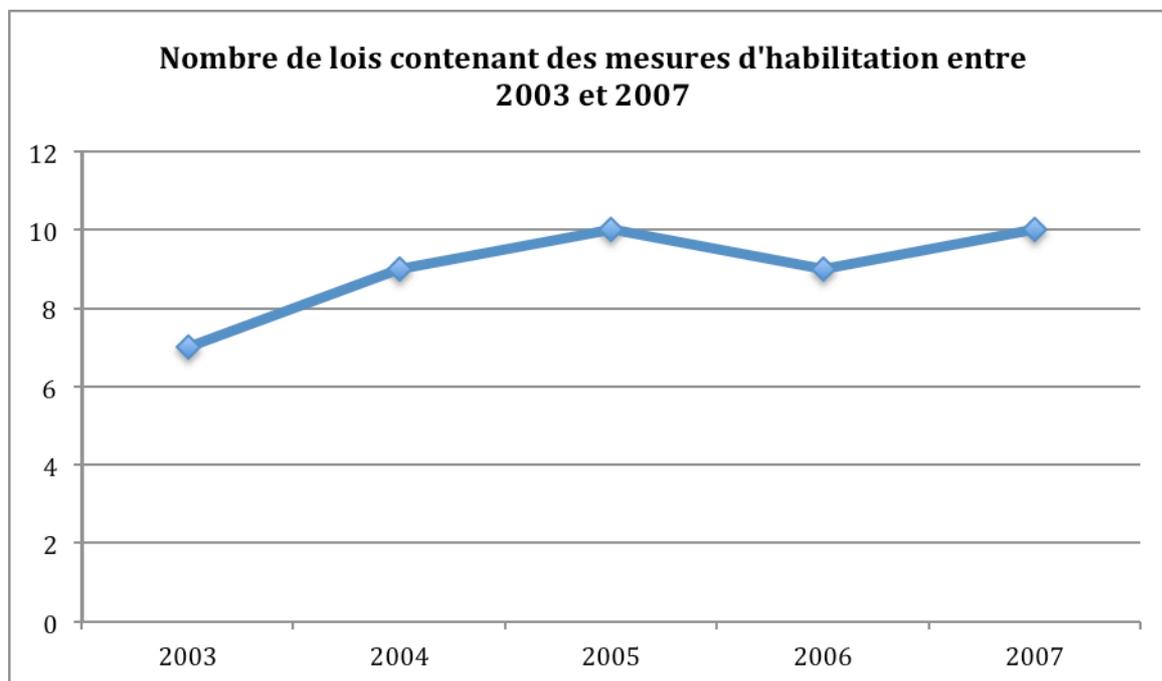
ANNEXE 1
BILAN AU 27 JUIN 2011 DU NOMBRE DE MESURES PRISES EN APPLICATION DE
L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

Période	Lois comportant des mesures d'habilitation	Articles de loi comportant des mesures d'habilitation	Nombre d'ordonnances publiées	Nombre d'ordonnances expressément ratifiées
Total de 2003-2007*	45	Non communiqué	188	160
2008 (avant la révision du 23 juillet)	6	10	9	9
2008 (après la révision du 23 juillet)	4	12	19	2
Sous-total année 2008	10	22	28	11
2009	9	29	44	62
2010	11	20	29	35
2011 (jusqu'au 27 juin)	5	17	11	6
Total du 23 juillet 2008 au 27 juin 2011	29	78	103	105
Total 2008-2011 (jusqu'au 27 juin)	35	88	112	114

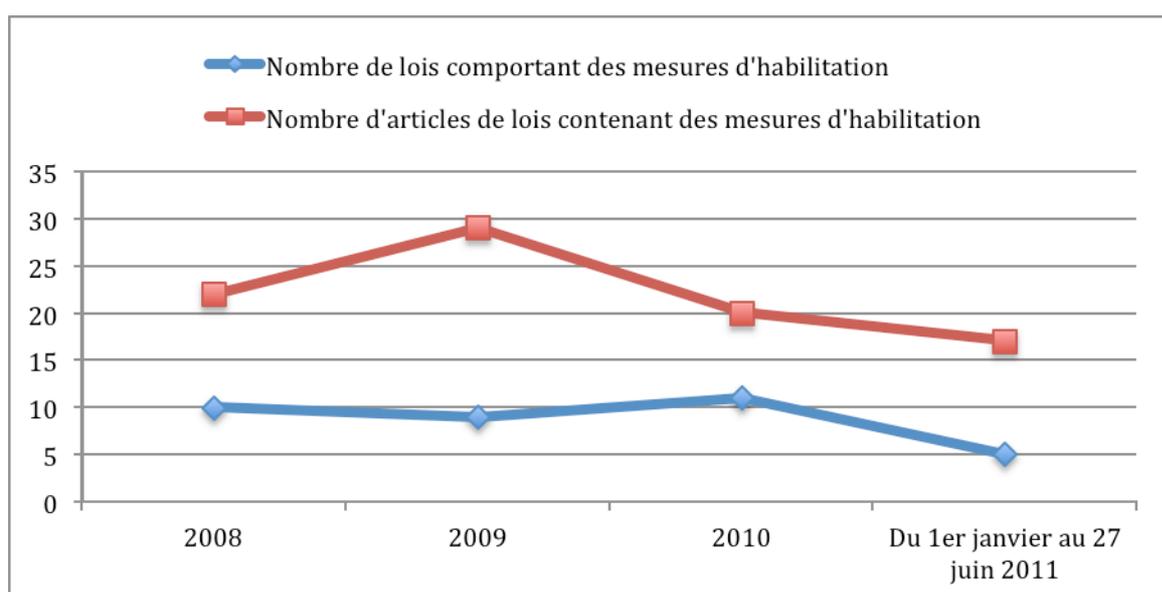
* Chiffres issus de l'étude du Sénat : *Les ordonnances, Bilan au 31 décembre 2007*, Les documents de travail du Sénat, série « Etudes juridiques », mars 2008.

ANNEXE 2
BILAN AU 27 JUIN 2011 DU NOMBRE DE DISPOSITIONS LEGISLATIVES
CONTENANT DES MESURES D'HABILITATION

1) De 2003 à 2007*



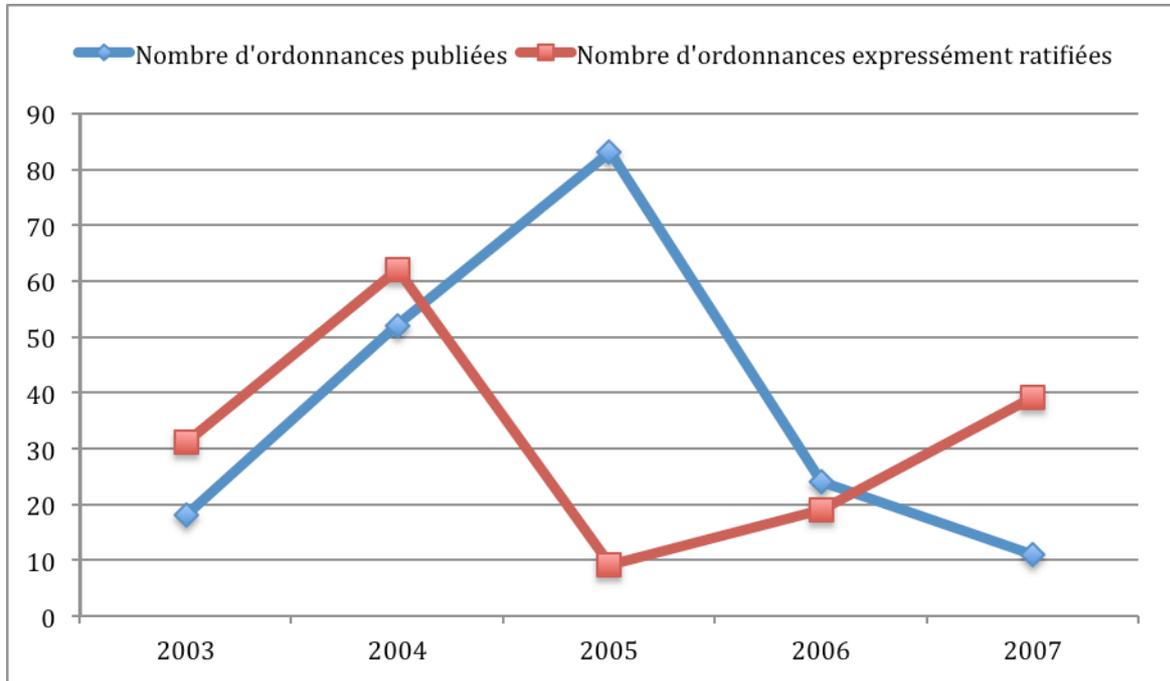
2) De 2008 à 2011 (jusqu'au 27 juin)



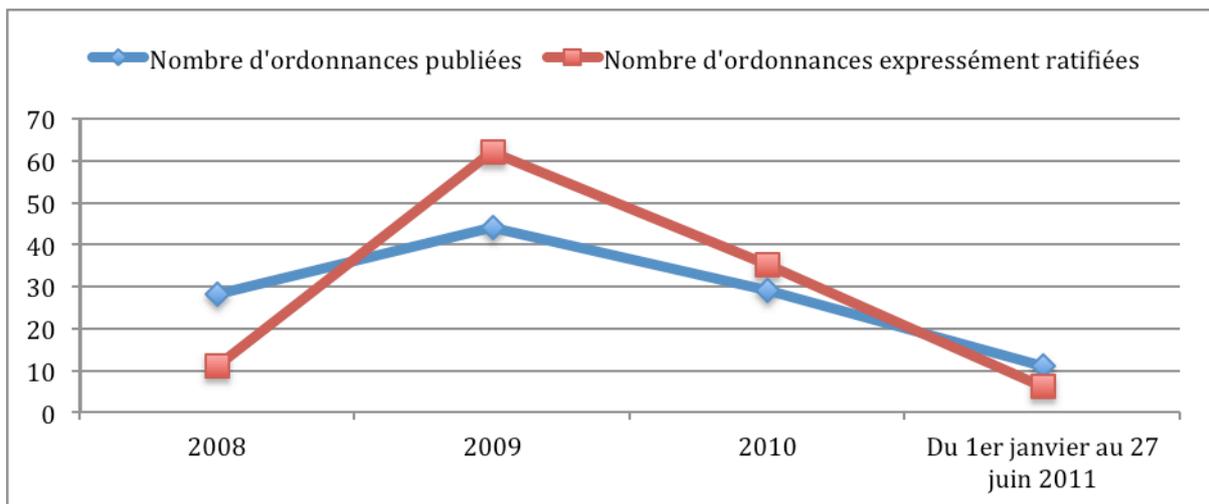
* Chiffres issus de l'étude du Sénat : *Les ordonnances, Bilan au 31 décembre 2007*, Les documents de travail du Sénat, série « Etudes juridiques », mars 2008.

ANNEXE 3
BILAN AU 27 JUIN 2011 DU NOMBRE D'ORDONNANCES PUBLIÉES ET
EXPRESSÉMENT RATIFIÉES

1) De 2003 à 2007*



2) De 2008 à 2011 (jusqu'au 27 juin)



* Issu de l'étude du Sénat : *Les ordonnances, Bilan au 31 décembre 2007*, Les documents de travail du Sénat, série « Etudes juridiques », 2008.