Sylvie SALLES.

Et si les ordonnances étaient devenues le principal vecteur d'adoption des normes ayant force de loi ?

N'est-ce pas l'impression que donnent les chiffres depuis le déclenchement de la crise sanitaire ? Quand 14 lois sont promulguées en 2020 afin d'adapter le droit ou de combattre les conséquences du Covid, 99 ordonnances sont prises avec le même objet. Le nombre d'ordonnances est très largement supérieur à celui des lois. L'appel massif aux ordonnances dépasse semble-t-il l'indispensable réactivité gouvernementale face à la crise sanitaire. Au-delà des chiffres attachés à cette période, plus qu'une véritable nouveauté le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution est surtout d'une ampleur nouvelle ce qui mérite d'être souligné.

Pourquoi ? Parce qu'une ordonnance est une loi qui ne dit pas son nom rédigée et adoptée – certes sur habilitation parlementaire – par l'exécutif. Une ordonnance est dès lors une loi privée de ce tamis parlementaire dont on sait pourtant, avec Guy Carcassonne, que l'on n'a pas inventé mieux[1]. L'article 38 de la Constitution prévoit une dérogation temporaire à la règle rappelée à l'article 24 selon laquelle le Parlement vote la loi : « 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 ». Aussi, ce n'est pas tant l'usage ponctuel de l'article 38 – justifié en certaines occasions – qui fait ici l'objet de ces lignes que l'habitude, devenue si forte et indépassable, qu'elle en devient la norme. La pratique, intensifiée avec la crise, a dépassé la lettre comme l'esprit de la Constitution. Ce n'est pas par un changement formel[2] que le droit constitutionnel s'est modifié. L'accumulation exponentielle d'ordonnances produit – c'est là l'un des nœuds du problème – un déplacement du foyer de la confection des lois et, ce faisant, un déplacement de la réalité du pouvoir : la loi est conçue et adoptée – et non plus seulement conçue à raison de l'initiative gouvernementale – majoritairement au Gouvernement. Il en résulte un effacement de la représentation nationale, les parlementaires élus participant concrètement à une proportion moindre de textes législatifs produits par an ; *in fine*, mécaniquement, cette évolution conforte la mise à distance du peuple. Ce n'est donc pas tant l'ordonnance en soi, le mécanisme prévu par la Constitution, que son détournement en nombre qui pose désormais des difficultés théoriques et pratiques dont il revient aux juristes de mesurer les conséquences sur l'équilibre des institutions. D'autant qu'à l'heure de la prochaine campagne présidentielle, le sujet « ordonnances » pourrait devenir un élément du débat, des candidats affichant déjà comme gage d'efficacité leur intention de recourir massivement aux ordonnances[3].

Si le présent texte vise à pointer quelques uns des traits saillants heurtant, à bien y regarder, de plein fouet nombre des présupposés du modèle de démocratie représentative et de son avenir, le sujet a peiné à faire l'actualité. Peut-être parce qu'il est d'autant plus difficile de revenir sur une pratique qu'elle s'est installée progressivement comme un moyen durable – conscient ou non – de contournement de l'action du législateur par le gouvernement. De ces questionnements découle la nécessité de rechercher des moyens de renouveler le savoir sur les ordonnances, d'en préciser la réalité à l'instant *t* et d'en tirer des

conséquences pour l'avenir au prisme des enjeux de la confection des normes.

Renouveler le savoir sur les ordonnances.

Une partie du savoir sur la fabrication des ordonnances est à rechercher à un niveau au premier abord plus proche de l'ingénierie administrative et/ou de la stratégie ministérielle que du raisonnement juridique. Autrement dit, pour une compréhension des motivations réelles du législateur gouvernemental, il est sans doute nécessaire de se tourner aussi vers les procédures de fabrication des textes au sein de l'exécutif (sous entendu ne pas se limiter aux procédures, stratégies et coutumes ayant cours dans les chambres du Parlement). Ainsi, sans qu'il ne s'agisse forcément d'un regain d'intérêt pour la science administrative, la science politique ou la sociologie, il n'est pas exclu de s'interroger sur les lacunes qui persisteraient à n'envisager le sujet des ordonnances que sous le seul angle purement juridique avec la limitation des matériaux que cela présume. C'est pour combler ce manque qu'une équipe d'universitaires bretons s'est attachée à travailler durant le premier semestre 2021 sur la base de nouveaux matériaux issus d'entretiens réalisés en présence d'acteurs (parlementaires, conseillers d'Etat, directeurs d'administrations centrales associés à l'élaboration des ordonnances, enseignants-chercheurs) pour tenter de répondre à quatre questions :

1) Pourquoi l'exécutif choisit-il le véhicule « ordonnance » plutôt que « loi » ?

2) Est-ce réellement préjudiciable ?

3) Pourquoi le Parlement accepte-t-il de se déposséder, qui plus est à un tel rythme ?

4) Un retour en arrière est-il – encore – possible et est-ce souhaitable ?

En nous faisant l'honneur de répondre positivement aux multiples questions qui étaient les nôtres, les participants aux entretiens ont fait apparaître combien chacun, depuis le poste qui était le sien, n'avait conscience ni de l'existence d'un phénomène à croissance constante ni de l'effet cliquet qui s'instaurait – ou, pour le dire autrement, de l'installation d'une forme d'irréversibilité du toujours plus d'ordonnances.

La surprise a été proportionnelle à la richesse des matériaux collectés et à la densité des témoignages recueillis. En effet, le sujet est plus délicat qu'il n'y paraît en raison de son caractère polymorphe. Abordé d'un point de vue général en droit public, il se heurte évidemment à l'héritage révolutionnaire de sacralité de la loi exprimant la volonté générale, il porte les traces historiques des échecs des III^{e} et IV^{e} Républiques aux prises avec les décrets-lois, il soulève des problèmes de concours et de hiérarchies entre les normes, et il suscite des questions récurrentes quant aux frontières des contentieux relevant du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, en particulier depuis la décision QPC du 28 mai 2020[4]. Si les enseignements académiques de droit parlementaire ou de droit gouvernemental sont essentiels, ils ne permettent pas ou plus de saisir dans leur entièreté les mutations à l'œuvre. Entre le savoir universitaire et la réalité de la production de la loi un écart s'est creusé. D'un point de vue plus spécifique en droit privé notamment,

certaines ordonnances ont suscité la critique, à l'instar de celle du 11 mars 2020 relative au majeur protégé[5] tant la rédaction et les conditions de mise en œuvre laissaient d'incertitudes au lendemain de la crise. Un tel constat, qui n'est pas isolé, remet en cause l'un des arguments souvent utilisés d'une meilleure qualité de la loi quand celle-ci procède de l'article 38.

Remonter le temps et comprendre : une rupture qualitative ancienne, un emballement quantitatif récent.

La crise de 2020 ne marque pas une rupture (la préférence pour l'ordonnance) après une longue période de continuité (la préférence pour la loi), elle ne fait que révéler l'aspect quantitatif. Au contraire, la rupture – le basculement qualitatif et quantitatif pour l'ordonnance – a eu lieu bien en amont, la progression des ordonnances étant marquée chronologiquement par trois points d'inflexion[6].

De 1960 au milieu des années 1990, le recours à l'article 38 est rare. Après un premier usage en 1960 dans le contexte algérien, il ne sera utilisé par la suite que 25 fois pour une publication totale de 158 ordonnances, soit l'équivalent en trente ans de la seule année 2020.

À partir de 1997, soit avant « l'été des ordonnances » que le Professeur Delvolvé avait sévèrement pointé[7], apparaît le réflexe gouvernemental de sollicitation d'une habilitation législative. Mécaniquement – bien plus alors que par volonté stratégique ou machiavélique de contournement du Parlement – s'installe l'habitude – administrative et politique – de recourir aux ordonnances tant l'offre en temps parlementaire n'est plus suffisante à satisfaire la demande normative, et ce en dépit du passage en 1995 à la session parlementaire unique. La « famine temporelle »[8] du législateur pour parler avec les mots du sociologue allemand Hartmut Rosa s'aggrave rapidement en raison de l'empilement des multiples besoins en matière de codification, de transposition du droit de l'Union européenne, ou encore du fait des conséquences de la révision de l'article 74 de la Constitution sur l'outre-mer. Le temps et l'enthousiasme du Parlement étant limités pour les textes à faible efficacité politique et électorale, on s'accorde dans les ministères pour procéder ponctuellement – mais massivement – par ordonnances. De là s'installe l'idée fondamentale sur laquelle on ne reviendra plus, au risque de nier les articles 34 et 37 de la Constitution, que dans le domaine de la loi certains sujets relèvent du Parlement quand d'autres peuvent être laissés au Gouvernement.

Et depuis l'instauration du quinquennat, une nouvelle approche matérielle de la loi s'est dessinée. Envisagée en ses différents segments, la loi est le plus souvent découpée, morcelée : pour la part belle – cœur politique de la loi – la délibération parlementaire est conservée, pour les parties sectorielles, techniques et arides, dont la plus-value délibérative est moindre, est opéré un découpage en plusieurs ordonnances. Dès lors, le nombre d'ordonnances dépasse celui des lois et on assiste à une progression illimitée au point qu'à la fin du troisième semestre 2021, on constate, non sans effroi, combien le nombre des ordonnances publiées depuis 2017 est désormais supérieur aux quinquennats qui ont précédé : de 45 % de plus qu'en 2012-2017 et 151 % de plus qu'en 2007-2012[9]. Mais ce glissement qui pourrait passer pour seulement quantitatif, est tout autant qualitatif en ce que la chasse gardée du Parlement pour la part fondamentale des lois – sorte de pacte initial – s'efface au profit d'ordonnances touchant aux

libertés.

Tout cela confirme les symptômes d'un mal français que l'on pourrait ici qualifier de *burn out* législatif, ce que les crises de 2015 et de 2020 ont accentué.

Agir contre ce qui s'apparente de plus en plus à un « *burn out* législatif ».

Le Sénat, qui a bien identifié la menace, s'est doté à l'instigation de son président d'une nouvelle « délégation de contrôle et du suivi des ordonnances »[10] et a engagé une vaste étude pour forger d'éventuelles réponses à un tel usage. Le rapport d'information de la sénatrice Valérie Létard sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020[11], ainsi que les indicateurs de suivi de l'activité normative publiés par le secrétariat général du gouvernement pour 2021[12], sont autant d'éléments qui, de part leur cumul, sonnent l'alerte. Ils révèlent que si, en 2019 et 2020, 47 lois ont été adoptées, 58 et 125 ordonnances peuvent être recensées. Ces données concourent à conforter l'idée qu'en période « normale » le recours aux ordonnances, loin d'être exceptionnel, est déjà devenu une pratique soutenue. La crise sanitaire n'est décidément pas le générateur – ce qui spontanément avait pu sembler être le cas à observer les ordonnances Covid s'additionner – mais seulement le révélateur d'un phénomène plus ancien qui s'embrase.

Sur un plan institutionnel, le temps qui était un *facteur* dans les relations est devenu un *acteur* de la confection des normes législatives. Désormais, les institutions apparaissent prisonnières d'un rythme et d'un emballement normatifs qu'elles ont, faute de résistance ou de réinvention des procédures, participé à créer. Fort de cette compréhension, le Sénat est en chemin pour ériger un contre-pouvoir au pouvoir de l'ordonnance.

Sur un plan universitaire, cette situation fait ressortir un vide problématique. Le savoir fondamental sur les sources législatives du droit est bousculé par l'accroissement rapide de la quantité des ordonnances, et ce dans toutes les matières. À laisser courir le temps, les enseignements dans les facultés – les cours, les manuels, les conférences – pourraient rapidement perdre le contact avec la réalité du processus normatif alors que ce qui se joue – la mutation du régime – doit évidemment être discuté en acceptant de focaliser l'attention sur la fabrication gouvernementale.

Sur un plan politique, il n'est pas nécessairement rassurant de constater que la fin du règne de la loi découle d'une succession de pratiques non précédée d'une réflexion sur la dynamique des pouvoirs et contre-pouvoirs de notre système institutionnel. La séance publique du 6 octobre dernier au Sénat[13] sur la question de fond des ratifications illustre à l'envie combien le sujet, qui ne fait qu'émerger, va irriguer les débats et combats à venir dans l'enceinte parlementaire et au-delà[14]. Il n'est pas non plus totalement sécurisant de relever qu'à ce stade la domination de l'ordonnance ne se traduit ni par une stabilisation de la masse normative – certains codes ayant été multipliés en volume par dix en dix ans – ni par une amélioration de la qualité de la norme. Ce ne sont que des observations, pas encore des conclusions… Il reste alors au juriste de ne pas rester insensible à ce déplacement du foyer de la

confection des lois du Parlement vers le Gouvernement ainsi qu'àses conséquences sur l'équilibre des pouvoirs.

Sylvie SALLES

Maître de conférences de droit public,

Université de Nîmes

---

[1] G. Carcassonne, *La Constitution*, Points, 2014, p. 199.

[2] Étant entendu que la révision avait opéré une modification de l'article 38.

[3] Dans le programme électoral publié en avril 2021 sur son site internet et intitulé « Le calendrier des 100 jours après Macron (Mai 2022-Août 2022) », le député Guillaume Peletier – dont le soutien à d'autres candidats est à ce jour encore incertain – affirmait clairement qu'il emploierait le recours aux ordonnances comme « méthode de gouvernement » : « L'adoption des projets de loi présentés en Conseil des ministres donnera lieu, pour la plupart, à des promulgations d'ordonnances et à une ratification à la rentrée parlementaire, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ». Loin d'être anecdotique, cet exemple montre combien l'acculturation politique à une telle vision du futur de la production des normes de valeur législative a vocation à s'installer.

[4] Cons. const. n° 843 QPC du 28 mai 2020.

[5] Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

[6] La progression ainsi décrite est le résultat de l'analyse croisée des entretiens réalisés en 2020 et des rapports du Sénat de 2014 et de 2020 sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

[7] Dans un article resté célèbre à la revue française de droit administratif en 2005.

[8] H. Rosa, *Accélération et aliénation. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, La découverte, 2010.

[9] Sénat, *Suivi trimestriel du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, T3 2021, p. 2.

[10] Le suivi est disponible sur le site du Sénat.

[11] Létard V., *Rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 juin 2020.

[12] Secrétariat général du gouvernement, *Indicateurs de suivi de l'activité normative*, 2021, disponible ici.

[13] Séance publique du 6 octobre 2021.

[14] Voir en ce sens la tribune des sénateurs Jean-Pierre Sueur et Patrick Kanner : « Avec les ordonnances, le pouvoir exécutif finit par se substituer au pouvoir législatif », *Le Monde*, 16 novembre 2021.