

# Les ordonnances de l'article 38

**Au cours des deux dernières années, les gouvernements successifs ont eu recours de façon importante aux ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution. Des domaines variés, pour lesquels le Parlement a abandonné, pendant un délai déterminé, son pouvoir au gouvernement.**

**L**e gouvernement Villepin a inauguré son mandat en recourant aux ordonnances pour prendre des « mesures d'urgence pour l'emploi » (loi d'habilitation n° 2005-846 du 26 juillet 2005).

Six ordonnances ont ainsi été prises: ordonnances n° 2005-883, n° 2005-892, n° 2005-893, n° 2005-895, n° 2005-901 et n° 2005-903 du 2 août 2005.

Cette procédure a été utilisée à de nombreuses reprises par la plupart des gouvernements de la V<sup>e</sup> République. Plus de deux cent cinquante ordonnances ont été adoptées durant cette période, dont près de quatre-vingts sous la précédente législature. Les objectifs poursuivis ont été divers: du maintien de l'ordre en Algérie à la transposition de directives européennes, en passant par la codification, l'adaptation du droit à l'outre-mer ou les privatisations. Dans certains cas, il s'agissait de faire face à des situations d'urgence; dans d'autres, la technicité de la matière concernée imposait un traitement par les administrations.

Les ordonnances de l'article 38 sont l'équivalent des décrets-lois des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> républiques. Toutefois, la V<sup>e</sup> République a reconnu leur nécessité et, plutôt que d'utiliser des subterfuges comme ce fut le cas précédemment, le procédé a été constitutionnalisé.

## La technique juridique des ordonnances

### A. La mise en œuvre

L'initiative appartient au gouvernement qui seul peut demander au Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnance. L'autorisation est donnée par une loi d'habilitation. Dès l'adoption de cette loi, le gouvernement rédige les ordonnances, qui sont adoptées en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, voire du Conseil économique et social. En vertu de l'article 13 de la Constitution, elles sont signées par le président de la République.

En 1986, le président François Mitterrand a refusé de signer trois ordonnances: la première était relative à la privatisation de 65 groupes industriels (16 juillet 1986). La deuxième concernait la délimitation des circonscriptions électorales (24 septembre 1986). Enfin, la troisième aménageait le temps de travail (10 décembre 1986).

Quels que soient les arguments qui ont été échangés de part et d'autre, il n'y avait aucun moyen d'écarter l'interprétation présidentielle, sauf à déférer le président de la République devant la Haute Cour pour haute trahison. Dans ces conditions, le gouvernement est revenu à la procédure normale: le texte des ordonnances a été transformé en projet de loi et même en amendement pour la troisième ordonnance, ce que l'on a appelé l'amendement « Séguin », annulé par le Conseil constitutionnel.

Les ordonnances entrent en vigueur immédiatement après leur publication. Elles peuvent être modifiées par le gouvernement pendant tout le temps où ce dernier est habilité à légiférer par ordonnance.

Elles deviennent caduques si un projet de loi de ratification n'est pas déposé à temps, c'est-à-dire pendant un délai fixé dans la loi d'habilitation. Il est loisible au Parlement, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification, soit, de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au gouvernement en vertu du premier alinéa de l'article 38, d'amender le contenu des ordonnances.

### B. Les limites

Cette technique est doublement limitée. Dans le temps d'abord: la loi d'habilitation doit fixer un délai pendant lequel les ordonnances pourront être prises.

Ensuite, la technique des ordonnances est limitée dans son objet. Les ordonnances ne peuvent être prises par le gouvernement que « pour l'exécution de son programme ». Certains ont prétendu que le programme dont il s'agissait était celui visé à l'article 49.1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a démenti cette interprétation dans sa décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, « Territoire des Afars et des Issas », en spécifiant simplement que les matières dans lesquelles le gouvernement légifère par ordonnance doivent être indiquées avec précision. Pour autant, le gouvernement n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances dans la loi d'habilitation.

Seules les matières législatives ordinaires peuvent faire l'objet d'une délégation sur la base de l'article 38. Sont donc exclues les matières législatives organiques (CC, 5 janvier 1982) ainsi que les matières exclusivement réservées à la loi de finances. (CC, 4 juin 1984).

### Le régime juridique des ordonnances

L'ordonnance est un acte ambigu puisqu'il s'agit d'abord d'un acte administratif, qui peut devenir un acte législatif.

## A. Un acte administratif

Tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée, elle reste un acte administratif, donc susceptible d'être contrôlé par le juge administratif (CE, 24 novembre 1961, « Fédération nationale des syndicats de police »). La ratification peut être expresse, c'est-à-dire résulter de l'adoption de la loi de ratification, ou implicite, c'est-à-dire « résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement » (CC, 24 février 1972).

Ainsi, la modification des dispositions d'une ordonnance par le Parlement peut-elle résulter d'une loi qui, sans avoir la ratification pour objet direct, l'implique nécessairement. Il appartient au Conseil constitutionnel, saisi d'une telle loi, de déterminer si celle-ci comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution.

## B. Un acte législatif

Ratifiée, l'ordonnance devient un acte législatif. Le juge administratif perd alors toute possibilité de contrôle. Cependant, le Conseil constitutionnel peut intervenir en contrôlant la constitutionnalité de la loi de ratification expresse ou tacite et, à travers elle, l'ordonnance.

Souvent critiquée, parce que dépouillant le Parlement de sa compétence, l'ordonnance est de plus en plus soumise au contrôle du juge administratif et du juge constitutionnel.

Les ordonnances de l'article 38 ne doivent pas être confondues avec les « ordonnances budgétaires », prévues par l'article 47 de la Constitution, qui permettent de sanctionner l'inaction du Parlement. En effet, celui-ci dispose de 70 jours pour se prononcer définitivement sur le projet de loi de finances. En cas de non-respect de ce délai, le gouvernement peut mettre en vigueur les dispositions du projet par ordonnance. En 1996, avec la création des lois de financement de la sécurité sociale, l'article 47-1 a mis en place des ordonnances similaires : « les ordonnances sociales », qui permettent de sanctionner le non-respect d'un délai de 50 jours au terme duquel le Parlement doit se prononcer définitivement sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale. Ces ordonnances ne nécessitent pas de loi d'habilitation : c'est l'existence d'une situation particulière qui permet au gouvernement d'y recourir. Toutefois, leur régime juridique est calqué sur celui des ordonnances de l'article 38 : tant qu'elles ne sont pas ratifiées, elles demeurent des actes administratifs. A ce jour, aucun gouvernement n'a eu recours à ces ordonnances.

## PRINCIPALES ORDONNANCES PUBLIÉES EN 2005

Plus de 85 ordonnances ont été publiées en 2005, parmi lesquelles :

- **l'ordonnance n° 2005-1566** du 15 décembre 2005, relative à la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux ;
- **l'ordonnance n° 2005-1527** du 8 décembre 2005, relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme ;
- **l'ordonnance n° 2005-1516** du 8 décembre 2005, relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives ;
- **l'ordonnance n° 2005-1477** du 1<sup>er</sup> décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux ;
- **l'ordonnance n° 2005-1128** du 8 septembre 2005, relative aux monuments historiques et aux espaces protégés ;
- **l'ordonnance n° 2005-1129** du 8 septembre 2005 portant simplification en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement et d'élimination des déchets ;
- **l'ordonnance n° 2005-1027** du 26 août 2005, relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux qui leur sont rattachés ;
- **l'ordonnance n° 2005-901** du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge