



HAL
open science

Le recours aux ordonnances de l'article 38 lors de la crise sanitaire : Faut-il que rien ne bouge pour que tout bouge ?

Benjamin Pouchoux

► To cite this version:

Benjamin Pouchoux. Le recours aux ordonnances de l'article 38 lors de la crise sanitaire : Faut-il que rien ne bouge pour que tout bouge ?. Xavier Dupré de Boulois; Xavier Philippe. Gouverner et juger en période de crise, Mare et Martin, pp.169, 2023, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 978-2-84934-691-4. hal-04860338

HAL Id: hal-04860338

<https://hal.science/hal-04860338v1>

Submitted on 9 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE RECOURS AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38 LORS DE LA CRISE SANITAIRE : FAUT-IL QUE RIEN NE BOUGE POUR QUE TOUT BOUGE ?

Benjamin Pouchoux

Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Enseignant-chercheur contractuel à l'Université Polytechnique Hauts-de-France

Il semble difficile de faire l'impasse sur l'usage que le gouvernement français fit des ordonnances de l'article 38 de la Constitution au cours de la crise sanitaire dans le cadre d'une réflexion sur « gouverner et juger par temps de crise » compte tenu tant de l'ampleur du phénomène que des réactions qu'il suscita. Le phénomène est effectivement notable sur le plan quantitatif puisqu'en parallèle des différentes « vagues » de contamination sont apparues des « vagues d'habilitation »¹ dont l'écume normative peut sembler impressionnante. Aux fins de faire face aux conséquences directes et indirectes de la pandémie, ce sont ainsi 95 ordonnances « Covid »² qui furent édictées entre le 25 mars 2020 et le 22 septembre 2021, soit en à peine 1 an, 5 mois et 28 jours. Il indigna notamment une partie des membres du Parlement, dont la fonction normative se trouva neutralisée le temps de l'habilitation, qui virent dans ce recours massif un facteur supplémentaire de déséquilibre des rapports avec l'exécutif.

Pourtant, de prime abord, tel qu'il est organisé par les textes, le recours aux ordonnances de l'article 38, qui n'est finalement que l'une des voies prévues par la Constitution pour permettre aux organes de l'exécutif d'exercer une fonction normative dans le champ de compétence du législateur³, semble ménager les prérogatives du Parlement ou à tout le moins ne pas les abaisser au profit du

¹ Il s'agit en l'occurrence de quatre lois – les lois n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire et n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire – qui contenaient notamment des habilitations ayant pour finalité de permettre au Gouvernement de faire face aux conséquences directes comme indirectes de l'épidémie de Covid-19, le Conseil constitutionnel ayant censuré les dispositions de celles qui aurait pu contenir la cinquième vague (Cons. const., 9 nov. 2021, n° 2021-828 DC, § 48).

² Quelques précisions s'imposent ici. Il ne s'agit pas de l'ensemble des ordonnances qui ont été adoptées au cours de la crise sanitaire mais seulement de celles contenant des dispositions ayant pour objet la gestion de la crise sanitaire étant alors entendu que certaines d'entre elles pouvaient contenir d'autres dispositions (v. ord. n° 2020-1447, 25 nov. 2020). Pour être plus précis, il faudrait sans doute parler de 647 articles contenus dans des ordonnances ayant pour but, exclusivement ou non, de traiter les conséquences directes et indirectes de la pandémie de Covid-19.

³ Exception faite des matières relevant de la loi organique, de finances et de financement de la sécurité sociale. Depuis l'abrogation de l'article 92 par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, l'article 38 coexiste avec trois autres dispositions – les articles 47, 47-1 et 74-1 – permettant au gouvernement, dans des conditions différentes, d'agir par voie d'ordonnances dans le domaine de la loi en lieu et place du Parlement. Il faudrait aussi ajouter l'article 16 de la Constitution au nombre des voies permettant à l'un des organes de l'exécutif – en l'occurrence au président de la République – de s'immiscer dans le champ de compétence du législateur, mais aussi les dispositions des articles 72, 73, 74 permettant à certaines autorités administratives, sur habilitation du législateur, de s'immiscer dans ce domaine. En outre, d'autres dispositions permettent implicitement une telle immixtion, comme l'article 11, une loi référendaire ayant pu servir de fondement à une habilitation (loi n° 62-421, 13 avr. 1962, concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962).

Gouvernement. Fonctionnant sur le principe de l'habilitation et de la ratification législative, il ne conduit pas à une négation de la délibération parlementaire, ni même de la délibération tout court, mais plutôt à un déplacement, au moins en partie, du lieu de la délibération. Il ne s'agit pas non plus d'un blanc-seing pour le Gouvernement. C'est en effet une multiplication des contrôles qui va aussi caractériser le recours à ce mode de législation, des contrôles de nature parlementaire ou non, obligatoires ou non, de portée différente, qui vont s'exercer tant en amont qu'en aval de l'adoption de l'habilitation et porter aussi bien sur l'habilitation elle-même que sur les normes adoptées sur son fondement. Il faut toutefois déjà reconnaître que la délibération perd en publicité en se déplaçant ainsi en partie et que ces différentes possibilités de contrôle précédemment évoquées se matérialisent par une omniprésence de certains organes d'un bout à l'autre du processus normatif. Ainsi, s'il y a un organe auquel le recours à cette procédure semble profiter, il s'agit plutôt du Conseil d'État, qui peut être présent, dans sa fonction consultative comme juridictionnelle, d'un bout à l'autre de la chaîne et voit son emprise sur le processus normatif accrue compte tenu du caractère réglementaire des ordonnances⁴.

En tout état de cause, si la mise en œuvre de l'article 38 de la Constitution avait effectivement provoqué un déséquilibre des rapports entre le Gouvernement et le Parlement, le recours massif aux ordonnances constituerait un événement sans doute notable mais pas vraiment extraordinaire. Il ne s'agirait finalement que d'une ligne à ajouter au bulletin de santé du Parlement, « homme malade » de la Ve République. En outre, en lui-même, et indépendamment de ces incidences, ce recours aux ordonnances de l'article 38 au cours de la crise sanitaire n'est pas surprenant en considérant l'usage qui put être fait des techniques de « législation déléguée » – pour prendre un terme générique – durant d'autres périodes de « crise » au cours de la Ve République⁵ et même avant⁶. Mode de législation ordinaire en période extraordinaire, la « législation déléguée » deviendrait même un mode de législation de droit commun en période ordinaire, évolution dont rendent compte régulièrement les travaux de la Division des lois et de la légistique officiant au sein de la Direction de la séance au Sénat⁷ et dont les différentes causes ont déjà été maintes fois analysées⁸. Finalement, s'il fallait trouver une véritable innovation au cours de cette crise sanitaire, ce ne serait pas tant le gouvernement par

⁴ La portée de son avis sur les ordonnances n'est ainsi pas le même que sur les projets de loi (CE, 1re et 6e chambres réunies, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et autres*, nos 401536 et autres).

⁵ Sur les différentes techniques de législation déléguée employée durant – et à la suite – de la guerre d'Algérie ainsi que les questions juridiques et politiques que leur usage souleva, V. C. TEITGEN-COLLY, « CE, ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens ; CE, ass. 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot », in T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2019, p. 320.

⁶ Sur la pratique des « décrets-lois » pendant la Première Guerre mondiale et la crise des années 1930, v. E. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958)*, thèse. dactyl., Université de Lille, 2019, § 166-201.

⁷ *Étude réalisée en mars 2021 par la direction de la Séance du Sénat*, « Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ».

⁸ V. not. P. LAUVAUX, J. MASSOT (dir.), *La législation déléguée*, Paris, Éd. de la Société de législation comparée, coll. colloques, vol. 24, 2014.

ordonnances de l'article 38 de la Constitution, mais plutôt par ordonnances du juge administratif des référés⁹.

La période de crise invite toutefois à pousser plus avant la réflexion. Comme le suggère son étymologie, la « crise » posséderait une valeur heuristique. Désignant à l'origine seulement la « phase décisive d'une maladie », elle trouve sa racine dans le grec *krisis* – renvoyant à la décision, au jugement –, dérivant lui-même du verbe *krinein* – « juger » –, qui sera aussi à l'origine d'un mot servant aujourd'hui à désigner un instrument de pensée cher aux juristes : « critère ». L'expérience, personnelle ou collective, d'une période de « crise » – quelle qu'en soit la nature – permet de comprendre l'idée sous-jacente à ce cousinage étymologique : une période de crise est aussi l'occasion de faire la part des choses, pas seulement entre le nouveau et l'ancien, mais aussi entre l'essentiel et l'accessoire, le structurel et le conjoncturel. Ici, la crise sanitaire et l'étude des ordonnances qui furent adoptées sur le fondement de l'article 38 de la Constitution doivent être l'occasion de réfléchir à ce mode de législation, lequel tend à se banaliser, de dépasser, ou à tout le moins compléter, l'approche strictement quantitative qui est retenue pour le stigmatiser. De la sorte il est sans doute possible d'éviter les redites, voire les idées reçues, sur un sujet incontournable.

Afin d'apprécier dans quelle mesure le recours aux ordonnances de l'article 38 a pu effectivement renforcer le déséquilibre institutionnel entre l'Exécutif et le Parlement, il convient donc de dépasser l'approche comptable et de mettre en regard, d'une part, l'étendue et la mise en œuvre des habilitations législatives adoptées (I) et, d'autre part, les différents contrôles dont font l'objet les habilitations et les ordonnances (II), en veillant, pour chacun de ces points, à procéder à une comparaison avec des habilitations et des ordonnances qui n'ont pas été édictées pour faire face à la crise sanitaire.

⁹ X. DUPRE DE BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté » (obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n° 439674) », *RDLF* 2020, chron. n° 12.

I- LES HABILITATIONS « COVID » ET LEUR MISE EN OEUVRE

Considérée en elle-même, cette vague d'ordonnances ne pose sans doute pas autant de problèmes que son importance sur le plan quantitatif pourrait le laisser penser. C'est du moins ce qui apparaît en considérant tant la marge de manœuvre que ces différentes habilitations ont ménagée au Gouvernement (A), que ce qu'il en fit ensuite (B).

A- L'équilibre interne des habilitations

À travers la marge de manœuvre ménagée par les dispositions d'habilitation, il s'agit de considérer le risque de déséquilibre que celles-ci font peser sur les relations entre le Parlement et le Gouvernement et que les éventuels contrôles présentés plus avant devraient permettre de pallier. Il est possible de rendre compte de ce risque en mesurant ce qui pourrait être appelé « l'équilibre interne » des habilitations, c'est-à-dire en mettant en rapport leur champ – matériel et temporel (1) – et leur précision (2).

1- Le champ des habilitations

Outre le nombre des habilitations, ce qui interpelle en premier lieu c'est leur transversalité, voire leur hétérogénéité, ce qui était toutefois cohérent au regard de leurs finalités générales, à savoir faire face aux conséquences, directes et indirectes, d'une pandémie qui affectait – et affecte encore – l'ensemble des secteurs d'activité d'une société. Tout du moins – et c'est là une distinction qui se retrouvera *passim* dans cette étude – pour ce qui concerne la première vague d'habilitations contenues dans la loi du 23 mars 2020, qui a effectivement dépassé en nombre d'habilitations le record jusqu'alors détenu, les autres restant pour leur part en deçà de la moyenne. En considérant ensuite les différentes habilitations législatives sur le plan temporel, l'atteinte aux prérogatives du Parlement peut sembler limitée, du moins plus qu'elle ne l'est d'ordinaire, puisque les délais d'habilitation qui furent retenus dans les lois du 23 mars, du 17 juin, du 14 novembre et du 31 mai étaient, en moyenne¹⁰ comme séparément, bien en deçà du délai d'habilitation moyen observé au cours de ce quinquennat¹¹. Cela se comprend d'ailleurs s'agissant d'habilitation qui devaient permettre au Gouvernement d'agir dans l'urgence.

¹⁰ Un peu moins de 3 mois.

¹¹ Hors lois d'habilitation dédiées à la gestion de la crise sanitaire, il s'établit ainsi à 11 mois et 21 jours (étude.préc., p. 20).

Pourtant, c'est sur ces délais d'habilitation, qui étaient donc relativement courts, et dont la formulation s'est d'ailleurs précisée au fil des lois, que les désaccords entre le Gouvernement et une partie des parlementaires se cristallisèrent. Certes, les deux parties s'entendaient sur le fait que l'urgence de la situation provoquée par la crise sanitaire pouvait justifier le recours aux ordonnances, comme l'a d'ailleurs admis de longue date le Conseil constitutionnel¹². Toutefois, tandis que pour une partie des parlementaires, et en particulier les sénateurs, l'ordonnance ne devait permettre que de répondre rapidement aux situations urgentes provoquées directement ou indirectement par la pandémie, et pouvait même se révéler être un véhicule normatif inadapté face aux situations d'extrême urgence¹³, le Gouvernement y voyait, lui, un moyen de répondre rapidement à une situation urgente qui était aussi évolutive et incertaine. Ainsi, là où les uns estimaient que l'urgence ne pouvait justifier qu'un délai extrêmement bref, voire directement une inscription au clair dans la loi, les autres considéraient qu'elle devait justifier, par précaution, des délais d'habilitation relativement longs. De fait, le Gouvernement n'a d'ailleurs jamais utilisé complètement cette période de précaution qu'il cherchait ainsi à se ménager, et a adopté la plupart des ordonnances très peu de temps après la promulgation des différentes lois d'habilitation, 27 jours en moyenne, près de la moitié d'entre elles ayant été adoptée dans les 15 jours, cette proportion montant jusqu'à 57 % s'agissant des ordonnances prises sur le fondement de la loi du 23 mars 2020. En réalité, pour comprendre l'agacement d'une partie des parlementaires et les critiques qu'ils formulèrent à l'égard de ces délais d'habilitation en dépit de leur relative brièveté, il ne faut pas considérer le recours aux ordonnances de façon isolée. Ces ordonnances faisaient système avec le recours aux différents régimes dérogatoires d'encadrement des droits et libertés, auxquels justement les durées d'habilitation furent adossées à compter de la loi du 14 novembre 2021, et donnèrent ainsi l'impression aux parlementaires, dont la fonction normative se trouvait mutilée par le vote des habilitations, d'entrer dans un tunnel dont ils ne seraient autorisés à sortir qu'à intervalles réguliers à la faveur du vote d'une éventuelle loi de prolongation.

2- Le contrepois de la précision

La précision de l'habilitation ne constitue pas seulement, ainsi que le relève le Conseil constitutionnel de façon constante, un moyen pour le Parlement d'en apprécier la nécessité. Elle lui permet aussi d'encadrer la marge de manœuvre du Gouvernement durant le délai d'habilitation et, ce faisant, de compenser la neutralisation de ses prérogatives durant celui-ci. Toutefois, comme il ressort de cette jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, le respect de cette exigence de précision suffisante procède d'un équilibre subtil qui place le législateur sur une ligne de crête puisqu'il s'agit d'être suffisamment précis afin d'encadrer l'action normative du Gouvernement et s'assurer que ces

¹² Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, cons. 13.

¹³ Tel était le cas, par exemple, s'agissant de la prolongation du versement de l'allocation pour demandeur d'asile inscrite finalement à l'article 17 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020.

habilitations soient bien justifiées et ne puissent être détournées, sans pour autant les priver de toute utilité. À cet égard, sa jurisprudence précise invariablement que, si le Gouvernement doit indiquer avec précision au Parlement « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances » – ce qui semble correspondre à ce que Charles Eisenmann désignait comme le « but » des actes normateurs¹⁴ – ainsi que « leur domaine d'intervention » – ce qui semble ici renvoyer au moins au champ d'application matériel des futurs actes normateurs¹⁵ –, il n'est pas pour autant tenu « de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ».

Sur ces deux plans, à savoir « le domaine d'intervention » et la « finalité », les habilitations ici considérées furent d'une précision variable, mais dans l'ensemble supérieure à ce qui peut être observé s'agissant de celles adoptées au cours de cette législature hors de la crise sanitaire, ce qui toutefois conduisait parfois à questionner leur utilité et pouvait s'avérer contre-productif.

Ainsi, la première vague d'habilitation pouvait à certains égards sembler bien plus précise que certaines des habilitations qui sont accordées hors crise sanitaire, au moins au niveau des « finalités ». C'est du moins ce qui ressort de la rédaction et de la structuration de certaines habilitations législatives contenues dans la loi du 23 mars, en particulier celles de son article 11. En effet, la finalité ou plutôt les finalités des habilitations se présentent comme des « finalités gigognes », une finalité générale se trouvant précisée par une ou deux autres finalités intermédiaires, ce qui, en comparant avec la rédaction d'autres habilitations adoptées depuis 2017, est assez exceptionnel et semble bien traduire un effort de précision. Certaines de ces habilitations étaient d'ailleurs sans doute trop précises puisqu'il était ainsi possible, à la seule lecture de la loi – à l'échographie en quelque sorte – de deviner l'objet des futures ordonnances en gestation, les catégories modales qu'elles emploieraient ainsi que leurs conditions d'application¹⁶. Cela les rendait donc *a priori* superfétatoires et conduisit ensuite une partie des parlementaires à réclamer en lieu et place, et obtenir la plupart du temps, l'inscription « au clair » du texte des futures ordonnances dans le texte de loi. Les habilitations suivantes, moins fournies, ont alors quelque peu perdu en précision au moins au stade de la finalité, mais surtout en lisibilité lorsqu'il s'est agi, à partir de la loi du 14 novembre, d'habiliter le Gouvernement à réactiver et à adapter des mesures qui avaient été prises par ordonnance. Cette pratique et les critiques qu'elle put susciter montrent à nouveau toute l'ambivalence de cette exigence de précision car, après tout, le domaine d'intervention du Gouvernement se trouve ainsi strictement circonscrit.

¹⁴ C'est effectivement ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle et c'est l'interprétation qui est aussi retenue par le *Guide de légistique* élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du gouvernement (p. 226).

¹⁵ C'est là du moins l'interprétation que retient le *Guide de légistique* (p. 226). Le champ d'application temporel se trouverait donc exclu du champ des exigences de précision formulées dans la jurisprudence constitutionnelle.

¹⁶ V. art. 11 et 16 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

B- Les ordonnances adoptées sur le fondement des habilitations

Les ordonnances « Covid », quoique étant nombreuses comme les habilitations, même si cette importance quantitative doit être aussi remise en perspective (1), et dérogeant de manière parfois importante au droit commun, se présentent – compte tenu des limites affectant la durée d’existence de leurs dispositions – comme les éléments d’un épiphénomène normatif (2).

1- Une importance quantitative et une transversalité à relativiser

Certes, le nombre d’ordonnances adoptées au cours de la crise sanitaire est important, en particulier au cours de l’année 2020, dépassant de loin la moyenne de 48,7 ordonnances par an établie par le rapport sénatorial sur la période 2007-2020. Il a même dépassé le nombre de lois votées¹⁷, ce qui est un phénomène qu’il est aussi possible de constater en 2017, mais dans des proportions moindre¹⁸ et, surtout, en se plaçant à l’échelle de l’année civile, qui est tout de même un peu particulière pour le déroulement des travaux parlementaires. Néanmoins, il convient, d’une part, d’apprécier ces chiffres à leur juste valeur en s’intéressant à la part respective des lois et des ordonnances dans la production normative, c’est-à-dire – faute de mieux – au nombre de pages consacrées au *Journal officiel* à ces différents textes, qui n’a pas été dépassé en 2020 même si – comme en 2017¹⁹ – il s’en est approché²⁰. D’autre part, et surtout, pour apprécier l’incidence qu’a pu avoir la crise sanitaire, il faut aussi considérer le phénomène totalement mais aussi isolément, c’est-à-dire considérer ces seules ordonnances liées à la crise sanitaire et le nombre de pages qui leur furent consacrées au *Journal officiel*. Le chiffre obtenu est alors bien plus modeste puisque cela ne représente que 239 pages, soit une moyenne de 2,5 pages par ordonnance. Finalement, sur le plan quantitatif, cette salve d’« ordonnances Covid » apparaît comme une goutte d’eau qui a fait déborder un vase qui se remplissait depuis des années, un facteur conjoncturel qui, avec le *Brexit*, lequel fut aussi « ordonnancogène », put accélérer un mouvement bien plus profond et qui se poursuit encore. Ainsi, sur l’année 2021, non seulement le nombre d’ordonnances prises sur le fondement de l’article 38 a dépassé celui des lois, mais aussi le nombre de pages qui leur étaient consacrées au *Journal officiel*, alors que peu d’ordonnances²¹ – et d’une longueur en plus assez modeste – ont été prises au cours de cette année pour faire face aux conséquences directes et indirectes de la crise sanitaire.

¹⁷ 125 ordonnances contre 47 lois.

¹⁸ 67 contre 52.

¹⁹ 583 pages pour les lois contre 517 pour les ordonnances.

²⁰ 686 pages pour les lois contre 625 pour les ordonnances.

²¹ 89 ordonnances adoptées pour 63 lois votées, ce qui représente 923 contre 901 pages au *Journal officiel*, l’ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du Code général de la fonction publique, et ses 149 pages, contribuant toutefois, il faut le reconnaître, à ce dépassement.

Au titre du champ matériel, la transversalité des ordonnances miroite avec celle précédemment évoquée au sujet des habilitations puisque l'ensemble des sections consultatives du Conseil d'État furent sollicitées – dans 4 cas d'ailleurs de manière conjointe ou au travers d'une formation à compétence transversale –, et ce sont, en tout et pour tout, 21 départements ministériels qui furent mobilisés pour les contreseings²². Il faut toutefois relever que cette transversalité s'est réduite sur la durée, ce qui est cohérent d'ailleurs au regard de la diminution en parallèle du nombre et du champ des habilitations législatives. En outre, en considérant, d'une part, le champ de compétence des sections qui furent saisies pour avis des projets d'ordonnances au sein du Conseil d'État et, d'autre part, des ministres dont le contreseing fut sollicité, et en particulier de ceux qui purent être désignés comme porteurs sur les différents projets d'ordonnance, il ressort tout de même que c'est la matière « sociale », et plus particulièrement l'emploi, qui fut la plus représentée²³.

2- La portée matérielle et temporelle

Il est aussi possible de considérer que ces différentes ordonnances se singularisent par leur empreinte limitée sur l'ordonnancement juridique.

Certes, sur le plan matériel, elles ont parfois introduit des dérogations importantes au droit commun, et ont même pu affecter tant la compétence du législateur – en dépassant le cadre de l'habilitation législative²⁴ – que celle du seul constituant en portant des atteintes disproportionnées aux droits et libertés constitutionnellement garantis²⁵. Néanmoins, en se plaçant à l'échelle de l'ordonnancement juridique – et non évidemment des personnes qui ont pu avoir à souffrir de certaines

²² 62,6 % de ces ordonnances ayant d'ailleurs dû faire l'objet de plusieurs contreseings interministériels et, pour plus d'un tiers d'entre elles (37 %), de plus de trois contreseings.

²³ C'est, en effet, la section sociale du Conseil d'État qui fut le plus souvent saisie (37,8 % des ordonnances) – ainsi que le contreseing du ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion qui fut le plus souvent sollicité (28,5 % des ordonnances), celui-ci ayant aussi assumé le plus souvent le rôle de ministre porteur lors de l'élaboration des ordonnances (23 % des ordonnances).

²⁴ Il suffit de songer ici aux articles 2 et 3 de l'ordonnance n° 2021-141 du 10 février 2021 relative au prolongement de la trêve hivernale prévoyant l'indemnisation des propriétaires à la suite du refus du préfet d'accorder le concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion des occupants d'un logement, dispositions adoptées en référence au e du 1° du I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 qui n'évoquait aucune compensation et aucun aménagement de la jurisprudence *Couitéas*, ou encore à l'ordonnance n° 2020-739 du 17 juin 2020 portant réorganisation de la Banque publique d'investissement et modifiant l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement adoptée sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 qui habilitait seulement le gouvernement à prendre par ordonnance toutes mesures : « adaptant les dispositions relatives à l'organisation de la Banque publique d'investissement créée par l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement afin de renforcer sa capacité à accorder des garanties ».

²⁵ Par exemple, les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 23 mars 2020 qui permettait à la chambre de l'instruction de statuer par visioconférence sur la prolongation d'une détention provisoire, « sans faculté d'opposition de la personne détenue, ce qui pourrait avoir pour effet de priver cette dernière, pendant plus d'une année, de la possibilité de comparaître physiquement devant son juge » et qui furent censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021.

de ces mesures –, il est possible de relativiser l'incidence de certaines de ces dispositions en considérant leur portée sur le plan temporel. En effet, à quelques exceptions notables, les dispositions de ces ordonnances n'ont pour objet que de régler des situations circonscrites dans le temps, le véritable enjeu étant ensuite qu'elles le demeurent.

II- LE CONTRÔLE DU GOUVERNEMENT PAR ORDONNANCE

Cette période de crise fut, l'occasion d'innover pour les différents organes impliqués dans le processus normatif ici considéré, et parfois d'apporter des innovations durables à l'encadrement des ordonnances, même si, pour l'instant, elles ne semblent pas à même de compenser les faiblesses – en partie structurelles – qu'il est possible de constater au niveau des contrôles antérieurs (A) comme postérieurs à l'édition de l'habilitation législative (B).

A- L'encadrement *a priori*

Avant la promulgation de l'habilitation législative, il est possible d'apprécier l'équilibre des rapports entre l'Exécutif et le Parlement à l'aune de ce qui pourrait être présenté comme la qualité formelle de cette habilitation, c'est-à-dire en s'intéressant aux conditions dans lesquelles elle fut adoptée, qualité qui peut elle-même être appréciée à l'aune de l'existence et du caractère suffisant des contrôles parlementaires (1) comme non parlementaires susceptibles d'être exercés sur elle (2), le second type de contrôle, réalisé par le Conseil d'État lorsque les habilitations sont contenues dans le projet de loi initial, mais aussi le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, pouvant d'ailleurs permettre de garantir l'effectivité du premier. Sur ces deux points, la période de la crise sanitaire eut au moins le mérite de conduire à mobiliser l'ensemble de ces modes de contrôle, laissant néanmoins apparaître des lacunes au niveau de leur mise en œuvre.

1- Le contrôle parlementaire *a priori*

Pour mesurer la qualité du contrôle parlementaire, il ne convient pas de s'arrêter sur le fait que le Parlement ait pu ou non modifier, voire supprimer, certaines des habilitations, mais plutôt de se demander s'il a été en mesure de discuter en toute connaissance de cause les contours comme l'opportunité de celles-ci. Pour apprécier ce degré d'information, il est alors possible de se tourner, notamment, vers des éléments qui sont intrinsèques à la norme d'habilitation réclamée, en l'occurrence les précisions relatives aux finalités et au champ des futures ordonnances qui ont déjà été évoquées, mais aussi des éléments qui lui sont extrinsèques, comme ceux contenus dans l'étude d'impact qui doit

les accompagner lorsqu'elles sont contenues dans le projet de loi initial. En effet, les dispositions des projets de loi ayant pour objet d'habiliter le Gouvernement à prendre des ordonnances sur le fondement de l'article 38 n'échappent pas – à la différence des projets de loi de ratification « sèche » – à l'obligation d'étude d'impact. La mise en œuvre de cette obligation est alors seulement quelque peu aménagée par la loi organique du 15 avril 2009 qui les dispense d'une partie des rubriques que doivent contenir les études jointes aux autres projets de loi²⁶. Pour faire ici de l'étude d'impact un critère d'appréciation de la qualité du contrôle parlementaire, il conviendrait alors de considérer son existence et son contenu, à savoir son niveau d'analyse – c'est-à-dire s'intéresse-t-elle à la norme d'habilitation ou aux futures ordonnances ? –, son cadrage – traite-t-elle chaque disposition séparément ? –, son étendue – reprend-elle bien le contenu des rubriques obligatoires ? – et sa précision s'agissant de chacune des rubriques.

Après analyse, il ressort que, si la plupart des habilitations ayant été discutées, voire adoptées au cours de la crise sanitaire ont fait l'objet d'une étude d'impact, le Gouvernement n'ayant pas contourné cette obligation d'étude d'impact en empruntant la voie de l'amendement au cours des débats parlementaires comme cela peut être constaté pour une partie des habilitations – moins d'un cinquième²⁷ – adoptée au cours de cette législature, force est de constater que la qualité desdites études laisse plus qu'à désirer, ce qui, ajouté au recours systématique à la procédure accélérée pour faire adopter ces différentes lois d'habilitation, pèse sur la qualité du contrôle parlementaire.

Ces études d'impact oscillent effectivement entre la norme d'habilitation et la norme qui sera édictée sur son fondement, ce qui conduit ainsi à conclure un raisonnement sur la nécessité de légiférer par la démonstration de la nécessité de légiférer par ordonnance, ce qui n'est pourtant pas exactement la même chose, mais aussi parfois entre le superfétatoire et le superficiel puisqu'elles vont remplir des rubriques dont les dispositions d'habilitation sont dispensées tout en se montrant imprécises s'agissant des autres, et parfois stéréotypées s'agissant du délai d'habilitation. Néanmoins, en comparant avec les études d'impact ayant pu être produites hors crise sanitaire s'agissant de dispositions d'habilitation²⁸, il apparaît que ce problème n'est pas imputable à la crise sanitaire. Tout au plus peut-on relever une certaine insincérité de l'étude d'impact ayant précédé la loi du 17 juin 2020 lorsqu'elle renvoyait à des « fiches d'impact » qui, quoique étant moins complètes, permettent au moins de compenser ce manque d'information au stade de la ratification. En effet, la ratification était hypothétique, voire, compte tenu de la pratique en la matière, peu probable et, surtout, que lesdites fiches d'impact l'étaient elles-mêmes

²⁶ V. art. 11, al. 2, de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

²⁷ Étude. préc., p. 16.

²⁸ V. par exemple, l'analyse de certaines habilitations par l'étude d'impact du projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

puisque dans le même temps le projet de loi dans sa version initiale dispensait le Gouvernement des quelques consultations obligatoires imposant leur élaboration²⁹.

2- Le contrôle non parlementaire *a priori*

Ce sont peu ou prou les mêmes observations qu'il est possible de faire s'agissant des contrôles non parlementaires qui ont pu être exercés en amont et en aval de la discussion parlementaire, c'est-à-dire l'examen par le Conseil d'État du projet de loi initial en formation consultative et le contrôle du Conseil constitutionnel au titre de l'article 61 de la Constitution. L'avis que le Conseil d'État est susceptible de rendre sur les habilitations lors de l'examen du projet de loi est l'occasion pour lui d'attirer l'attention du Gouvernement sur la question de la précision desdites habilitations ainsi que sur l'étude d'impact les accompagnant. À cet égard, comme pour la mise en œuvre de l'étude d'impact, il est *a priori* heureux du point de vue du Parlement que la plupart des habilitations aient été inscrites dans les projets de lois initiaux au cours de la crise sanitaire et que le Conseil d'État ait pu ainsi se prononcer sur elles en formation consultative. Ces avis purent ainsi parfois servir aux sénateurs de ressources argumentatives au cours des débats parlementaires pour inscrire au clair certaines des dispositions dans la loi. Néanmoins, à l'analyse, il apparaît que le Conseil d'État, opérant d'ailleurs un contrôle assez superficiel de ces habilitations³⁰ et indulgent de l'étude d'impact les accompagnant³¹, joua un rôle ambivalent à l'égard du Parlement. Il n'a pas seulement pu parfois encourager le recours aux habilitations afin de contourner le respect de dispositions organiques³², il a surtout introduit des considérations étrangères, voire antagonistes aux intérêts du Parlement. C'est ce que montre sa contribution au débat relatif aux délais d'habilitation. En effet, alors qu'il conviendrait, en se plaçant du point de vue du Parlement, d'exiger que le champ temporel – comme d'ailleurs matériel – de l'habilitation soit délimité au regard du seul « programme » que le Gouvernement se propose de réaliser en la demandant et strictement nécessaire à sa bonne exécution³³, le Conseil d'État, en ne considérant finalement que sa propre charge de travail et celle des administrations centrales, estimait,

²⁹ V. article R. 1213-27 du Code général des collectivités territoriales s'agissant du Conseil national d'évaluation des normes qui, compte tenu de leur domaine d'intervention, aurait pu être consulté sur certaines de ces ordonnances.

³⁰ V. par ex, CE, avis, 21 avr. 2021, sur un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire.

³¹ V. CE, avis, 20 oct. 2020, sur un projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, p. 1. Comp. toutefois : CE, avis, 4 mai 2020, sur un projet de loi portant diverses dispositions urgentes, p. 12-13.

³² Cela concernait les dispositions du projet de loi relatif à la sortie de la crise sanitaire qui avaient pour objet d'appliquer et d'adapter le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française et qui, conformément aux dispositions de l'article 90 de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 et à l'article 9 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, devaient faire l'objet d'un avis – exprès ou tacite – du Congrès de la Nouvelle-Calédonie et de l'Assemblée de Polynésie avant l'avis du Conseil d'État. Dans la mesure où ces avis n'avaient pas été rendus au moment de sa propre saisine, le Conseil d'État vit dans le recours à l'habilitation législative un moyen de pallier leur absence. Toutefois, l'obtention de ces avis au cours des débats parlementaire permit finalement d'inscrire au clair ces dispositions dans le projet de loi.

³³ Les motifs du recours aux ordonnances miroitent finalement sur cet objectif.

lui, que ce champ temporel devait être corrélé au champ matériel³⁴. Autrement dit, plus le domaine d'intervention des habilitations était étendu, plus les délais d'habilitation devaient l'être eux-mêmes. Il s'agit toutefois là d'un problème qui n'est pas propre à la crise sanitaire, mais semble bien structurel, puisque cette logique, qui est non parlementariste par les intérêts qu'elle invite à prendre en considération et antiparlementariste par les effets qu'elle emporte, est même inscrite dans le *Guide de légistique* qu'il a élaboré conjointement avec le Secrétariat général du Gouvernement³⁵. Il apparaît ainsi que l'intervention du Conseil d'État dans ce processus normatif en tant qu'organe consultatif ne pose pas seulement problème à cause de sa dualité fonctionnelle.

Quant au contrôle du Conseil constitutionnel sur les conditions de recours aux ordonnances, il ne semble pas non plus être une garantie suffisante pour préserver les prérogatives du Parlement. En effet, il ne lui fut donné l'occasion de se prononcer que sur une partie des lois d'habilitation, et le contrôle qu'il opéra alors peut être sujet à débat. Certes, à l'occasion de l'examen de la loi « portant diverses dispositions de vigilances sanitaires », il a censuré une habilitation que l'Assemblée nationale avait tenté de rétablir après sa suppression par le Sénat³⁶. Toutefois, il a procédé à cette censure après avoir admis la rédaction d'habilitations par référence dans ses décisions du 13 novembre 2020³⁷ et du 31 mai 2021³⁸, en éludant d'ailleurs totalement le grief tiré de la méconnaissance des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire dans la seconde. Si dans cette dernière le Conseil a alors préféré insister sur la confusion commise par les saisissants, qui y voyaient une forme d'« habilitation sur habilitation », alors qu'il s'agissait de prolonger des dispositions d'ordonnances prises sur le fondement de ces habilitations, pour écarter leur grief comme manquant en fait, il pourrait lui être reproché de confondre, de son côté, précision et lisibilité dans ces deux décisions. Plus largement, et sans que cela ne soit pas non plus propre à la crise sanitaire, c'est son contrôle des exigences de l'article 38 – qui ne donne lieu qu'à de très rares censures – qui pose un problème. En effet, outre son caractère facultatif, que l'extension du champ de la QPC au cours de cette période ne permet pas de compenser³⁹, ce contrôle sur la précision des habilitations présente le défaut – et c'est un comble – d'être encore trop imprécis, que ce soit du point de vue de son intensité ou de ses critères. Ainsi, le Conseil avait pu laisser entendre que son contrôle devrait être approfondi lorsque la liberté d'enseignement est cause⁴⁰, sans qu'il soit possible alors de savoir si cela devrait concerner d'autres hypothèses et bien l'ensemble des droits et libertés. Parfois, il semble aussi s'appuyer sur la finalité –

³⁴ CE, 7 mai 2020, avis sur un projet de loi portant diverses dispositions urgentes, n° 400060, p. 3.

³⁵ *Guide de légistique*, mise à jour 2017, p. 228-229 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/guide-de-legistique/guidede-legistique-edition-2017-format-pdf.pdf>). Certes, le guide ne mentionne alors pas cette corrélation entre le champ matériel et temporel mais, n'évoquant que les tâches relatives à l'élaboration des ordonnances comme critères pour fixer une durée d'habilitation, il néglige bien le point de vue parlementaire.

³⁶ Cons. const., 9 nov. 2021, n° 2021-828 DC, § 48.

³⁷ Cons. const., 13 nov. 2020, n° 2020-808 DC, § 26-34.

³⁸ Cons. const., 31 mai 2021, n° 2021-819 DC, § 35-38.

³⁹ V. *supra*.

⁴⁰ Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, § 13.

et plus précisément sur la portée limitée des modifications normatives nécessaires à sa poursuite – pour apprécier le respect des exigences de l’article 38 à l’égard du domaine d’intervention⁴¹.

B- Les contrôles *a posteriori*

Postérieurement à la promulgation de l’habilitation législative, différents contrôles, là encore de nature parlementaire (1) comme non parlementaire, et plus précisément juridictionnels (2), peuvent intervenir, et porter aussi bien à nouveau sur la norme d’habilitation que sur l’ordonnance elle-même. C’est sans doute au niveau de ce contrôle *a posteriori* que les changements furent les plus notables au cours de cette période de crise.

1- Le contrôle non parlementaire *a posteriori*

Si le contrôle juridictionnel *a posteriori*, qui fait intervenir de manière complémentaire ou concurrente trois ordres de juridictions au niveau national, a connu des bouleversements notables – et notés – au cours de la période considérée avec l’extension du champ de la QPC, ceux-ci ne semblent pas pouvoir affecter, si ce n’est de façon indirecte et encore incertaine, l’équilibre des relations entre l’Exécutif et le Parlement.

En effet, tout d’abord, la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁴², puis le Conseil constitutionnel⁴³ admirent que les dispositions législatives habilitant le Gouvernement à prendre des ordonnances dans le cadre de l’article 38 puissent faire l’objet d’une QPC, contredisant ainsi cette jurisprudence du Conseil d’État – que le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* qualifie pudiquement de « particulière »⁴⁴ – qui, née de la rencontre fortuite entre cette limitation artificielle des griefs d’inconstitutionnalité invocables dans le cadre de la QPC et une vision un peu trop réductrice des normes d’habilitation, avait conduit à considérer qu’une QPC dirigée contre de telles dispositions ne saurait être par principe sérieuse⁴⁵ et, par là même, à les rejeter du champ de cette voie de droit.

Demeure toutefois cette exclusion de l’article 38 du champ des griefs de constitutionnalité invocables en QPC, qui ne permet alors pas au Parlement de tirer parti de cette nouvelle possibilité de

⁴¹ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 80.

⁴² Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81971.

⁴³ Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC.

⁴⁴ Cons. const., comm. de la décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juill. 2020, p. 22.

⁴⁵ CE, 23 janv. 2015, n° 380339. En effet, celles-ci ne « se bornent » généralement pas « à délimiter le champ de l’habilitation donnée au Gouvernement » pour reprendre la formule employée par le Conseil d’État, sauf à considérer, dans la mesure où ce « champ de l’habilitation » semble finalement correspondre au « domaine d’intervention » évoqué par le Conseil constitutionnel à côté de la finalité, qu’elles sont alors, par nature, imprécises au regard des exigences posées par la jurisprudence constitutionnelle. A noter toutefois que les conclusions de la rapporteure publique étaient moins catégoriques sur ce point.

contrôle *a posteriori*. Ensuite, les mêmes protagonistes amorcèrent, à travers une série de jurisprudences – qui pourraient être aussi qualifiées de « particulières » –, une redéfinition du régime procédural des ordonnances non ratifiées en considérant que les dispositions matériellement législatives de ces dernières devaient, une fois le délai d’habilitation échu, être regardées comme des dispositions législatives « au sens et pour application » de l’article 61-1 de la Constitution. Il n’y a pas lieu ici de s’étendre sur cette saga jurisprudentielle, et en particulier sur l’arrêt *CFDT Finance II*⁴⁶ qui, en parvenant à transformer la QPC en piège procédural, constitue sans doute la meilleure promotion pour le contrôle de conventionnalité depuis l’arrêt *Gonzalez-Gomez*. En effet, tant fut écrit à ce sujet⁴⁷, et le rapport avec l’angle d’étude ici choisi peut sembler assez ténu. Tout au plus, qu’il soit permis de conjecturer, au regard de la marge de manœuvre que le Conseil d’État s’est ménagé dans l’arrêt précité, que ce dernier pourrait se montrer plus attentif quant au respect des limites de l’habilitation par l’ordonnance contestée, ce qui, par là même, permettrait de revaloriser la dimension sécurisante de la ratification⁴⁸.

2- Le contrôle parlementaire *a posteriori*

En rappelant les lacunes des traditionnels contrôles non juridictionnels *a posteriori*, la crise a au moins eu le mérite d’inviter le Parlement à réfléchir sur de nouvelles voies de contrôle. La faiblesse du taux de ratification constaté s’agissant des ordonnances ici considérées⁴⁹, y compris en comparaison de celui – déjà relativement bas – mesuré au cours de cette législature⁵⁰, tendrait à montrer que la crise sanitaire a effectivement, au moins sur ce point, accentué le déséquilibre entre l’Exécutif et le Parlement. Il ne s’agit pour autant pas véritablement d’une rupture, mais plutôt d’une accélération d’un phénomène – discontinu certes mais réel – de raréfaction des ratifications expresses observable depuis une quinzaine d’années⁵¹.

Sur ce point la crise ne fait finalement que confirmer que la révision de 2008 n’a pas eu l’effet escompté. En réalité, elle a encouragé la pratique des dépôts conservatoires de projets de loi de

⁴⁶ CE, ass., 16 déc. 2020, n° 440258, *Fédération CFDT des Finances et autres*.

⁴⁷ V. M. CARPENTIER, « Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances non ratifiées », *RDP* 2021, p. 1555, et les références citées par l’auteur dans ses notes infrapaginales.

⁴⁸ V. *infra*.

⁴⁹ Seules six ordonnances furent en totalité – ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 ; ordonnance n° 2020-705 du 10 juin 2020 ; ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 ; ordonnance n° 2020-739 du 17 juin 2020 ; ordonnance n° 2020-740 du 17 juin 2020 – ou en partie – article 18 de l’ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 – expressément ratifiées à l’occasion du vote de la loi n° 2021-195 du 23 février 2021, ce qui représente un peu moins de 5 % des ordonnances et, pour considérer l’hypothèse de la ratification partielle, moins de 5 % aussi des articles contenus dans les ordonnances Covid.

⁵⁰ L’étude sénatoriale note ainsi que « seules 18 % des ordonnances publiées au cours des premières années du quinquennat ont été ratifiées » et que, s’il est usuel que de nombreuses ordonnances se trouvent ratifiées en fin de quinquennat, le « taux de ratification des ordonnances publiées lors des quinquennats 2007-2012 et 2012-2017, au même stade du quinquennat, se situait respectivement à 59,8 % et à 33,8 % » (étude. préc., p. 54).

⁵¹ Étude. préc., p. 59.

ratification qui prennent la poussière sur le bureau des deux assemblées⁵² faute d'inscription à l'ordre du jour⁵³ et qui seront au mieux rendus sans objet par la pratique des « débolements de loi ratification », c'est-à-dire la ratification ensuite par un autre véhicule législatif. Cette pratique, qu'il est impossible de juguler à droit constitutionnel constant⁵⁴, permet alors de comprendre en partie – à défaut de vraiment justifier – la réaction du Conseil constitutionnel qui, *mutatis mutandis*, eut sans doute le sentiment de se trouver un peu dans la même situation que le Conseil d'État au début du siècle dernier lorsqu'il fut confronté à la multiplication des règlements d'administration publique et qu'il décida, en abandonnant la théorie de la délégation législative, de les intégrer dans le champ du recours pour excès de pouvoir afin d'adapter son contrôle aux modalités d'action de l'administration⁵⁵. L'étude des quelques ratifications expresses démontre l'utilité que conserve l'intervention du Parlement, en dépit de ce que les sénateurs ont cru comprendre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais montre aussi les limites de l'exercice. En effet, elle est toujours nécessaire pour sécuriser les ordonnances face à un éventuel vice d'incompétence, ce besoin de sécurité juridique étant particulièrement prégnant en matière économique, où sont intervenues justement les quelques ordonnances expressément ratifiées avec un vice d'incompétence parfois patent comme le montre la réforme de la Banque publique d'investissements (ci-après « BPI ») qui dépassait de loin les limites de l'habilitation⁵⁶. L'adoption d'une loi de ratification n'est pas à elle seule satisfaisante, encore faut-il considérer les conditions dans lesquelles elle fut adoptée. À cet égard, même si ces ratifications se sont avérées modificatrices, force est de constater que la qualité des débats, qui lieu en procédure accélérée, pouvait parfois laisser à désirer du point de vue de l'information des parlementaires. Ainsi, l'absence d'étude d'impact, qui ne doit pas en principe accompagner les projets de loi de ratification, ne fut ni compensée par des fiches d'impact devant en principe accompagner les ordonnances dont il était question – et qui était pourtant annoncé dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi d'habilitation – ni même totalement au cours des débats. Par exemple, la Commission des finances de l'Assemblée dut débattre de la réorganisation de la BPI avant même d'avoir pu auditionner sa direction.

⁵² Ici, s'agissant des ordonnances concernées, les projets de loi furent déposés en moyenne 21 jours après la publication des ordonnances et en majorité – pour près de 67 % d'entre elles – sur le bureau de l'Assemblée nationale.

⁵³ « Au cours du présent quinquennat, cette proportion est encore plus faible : seuls 2 des 125 projets de loi exclusivement de ratification ont finalement été promulgués (à la date du 31 décembre 2020), soit une part de l'ordre de 1,6 % ».

⁵⁴ V. ainsi la proposition de loi constitutionnelle, adoptée par le Sénat en première lecture le 4 novembre 2021, « garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance » dont l'une des dispositions conduirait à aligner en partie le régime des ordonnances de l'article 38 sur celle de l'article 74-1 en imposant une ratification expresse dans un délai de 18 mois à peine de caducité de l'ordonnance.

⁵⁵ CE, 6 déc. 1907, req. n° 4244, *Chemins de fer de l'Est*. À ceci près qu'à l'époque, les justiciables n'eurent pas à pâtir de la stratégie institutionnelle de celui-ci.

⁵⁶ Ce qui explique que le gouvernement se soit pressé pour obtenir la ratification de l'ordonnance, quitte à enfourcher un « cavalier législatif » qui fut censuré par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 3 déc. 2020, n° 2020-807 DC, § 83).

À défaut d'avoir pu ratifier ces ordonnances expressément, les parlementaires en ont tout de même connu parfois indirectement lorsqu'il s'est agi par exemple d'intégrer certains des dispositifs dans le droit commun⁵⁷ ou à l'occasion de l'adoption de modifications de certaines de leurs dispositions⁵⁸, notamment de leur terme, certaines de ces modifications ayant été d'ailleurs adoptées avant la fin du délai d'habilitation ménagé au Gouvernement⁵⁹. Surtout, la pratique des ordonnances au cours de la crise sanitaire fut aussi l'occasion pour le Parlement, ainsi amputé de sa fonction normatrice, de se rappeler qu'il doit fonctionner sur deux – ou plutôt trois – jambes avec le contrôle de l'action du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques, et d'envisager ainsi, *praeter constitutionem*, de nouveaux dispositifs de contrôle. Quoiqu'ils puissent alors être mis à l'actif d'un rééquilibrage des relations entre le Parlement et l'Exécutif, ces dispositifs ont toutefois un champ et une portée limités.

Certains ne sont que provisoires et ne permettent même pas véritablement de singulariser la pratique des ordonnances au cours de la crise sanitaire. Ainsi, l'article 60 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, soit la deuxième loi d'habilitation, prévoyait que : « L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai et de manière circonstanciée des mesures réglementaires d'application prises par le Gouvernement dans le cadre des ordonnances prises sur le fondement de la présente loi. Ils sont également informés de manière régulière de leur état de préparation et peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». Ce dispositif de contrôle continu ne concernait donc pas seulement les ordonnances adoptées dans le cadre de la crise sanitaire, au sens retenu ici, et n'était pas non plus vraiment novateur puisqu'il s'inspirait d'un autre dispositif de contrôle de la mise en œuvre d'habilitations législatives qui avait été prévu par une autre loi contenant des habilitations pléthoriques⁶⁰, ce dernier étant lui-même inspiré du contrôle parlementaire qui fut mis en place en 2017 à l'article L. 22-10-1 du Code de la sécurité intérieure s'agissant d'une partie des mesures prises pour lutter contre le terrorisme et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et, en 2016, à l'article 4-1 de la loi du 3 avril 1955 à l'égard des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. Ce dispositif, qui ne fut étonnamment pas repris dans la loi d'habilitation suivante ni même envisagé au cours des débats, a toutefois une portée limitée dans la mesure où l'information ne porte pas à proprement parler sur les ordonnances, mais seulement sur

⁵⁷ V. l'article 132 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 qui intègre dans le Code de la commande publique un Livre VII « Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles » dont les dispositions sont inspirées très largement de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

⁵⁸ Cela n'a toutefois concerné que 4,3 % du total des articles contenus dans les ordonnances Covid.

⁵⁹ V. III de l'article 1er de la n° 2020-546 du 11 mai 2020 modifiant l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Il est vrai toutefois que l'intégration des dispositions alors modifiées dans le champ de l'habilitation législative avait pu faire débat tant au sein du Parlement que devant les juridictions qui eurent à connaître de la légalité de cette ordonnance, le juge des référés du Conseil d'État ayant néanmoins estimé que le Gouvernement était bien resté dans le cadre de l'habilitation (CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894).

⁶⁰ Article 4 de la loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019.

les « mesures d'application » prises « dans leur cadre », et encore seulement une partie d'entre elles, celles présentant un caractère « réglementaire »⁶¹.

Quant au renforcement du contrôle par des dispositifs permanents dont la création put être motivée par l'usage qui fut fait de la législation par ordonnances au cours de cette crise, il demeure pour l'instant circonscrit à une seule assemblée, en l'occurrence le Sénat, et aussi d'une portée limitée. Cette volonté de renforcement s'est tout d'abord exprimée, à la suite du dernier renouvellement partiel de cette assemblée, par une extension de la mission de la délégation du Bureau en charge du travail parlementaire au contrôle et au suivi des ordonnances ainsi que par une modification du règlement prévoyant désormais que le Gouvernement doit informer la Conférence des Présidents des projets de lois de ratification dont il compte demander l'inscription à l'ordre du jour au cours de la session ordinaire ainsi que lui fournir un calendrier prévisionnel semestriel des ordonnances qu'il compte publier. Autant d'informations qui ne peuvent toutefois avoir, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel⁶², qu'un caractère « indicatif ».

Au terme de cette analyse, il apparaît donc qu'il faut se garder des impressions provoquées par l'illusion quantitative et l'effet d'accumulation. En lui-même, considéré de façon isolée, ce recours « massif » aux ordonnances de l'article 38 au cours de la crise sanitaire n'a pas bouleversé l'équilibre des relations entre le Gouvernement et le Parlement, de nombreuses lacunes qu'il fut possible de relever au niveau des contrôles lui préexistaient et apparaissent finalement, pour certaines d'entre elles, comme structurelles. Cet usage des ordonnances au cours de la crise sanitaire eut au moins le mérite de susciter la réflexion des observateurs et de provoquer la réaction d'une partie des acteurs impliqués dans ce processus normatif.

Valenciennes, le 31 décembre 2021

⁶¹ Ce qui est, au passage, une formulation assez ambiguë puisqu'il n'est alors pas précisé, en premier lieu, qu'il s'agit seulement des « mesures d'application » desdites ordonnances. De la sorte, il n'est pas exclu que soit aussi regardées comme rentrant dans le champ du dispositif des dispositions de l'ordonnance prises pour l'application d'une loi ou d'une disposition supra-législative. Compte tenu des conditions dans lesquelles fut introduite la référence au caractère « réglementaire », qui n'était pas présente dans la loi n° 2019-30 et fut ajoutée par le Sénat pour tenir compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ménageant notamment les prérogatives du Gouvernement (Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, § 79-82), il semble qu'il s'agisse bien des mesures réglementaires d'application desdites ordonnances et non, par exemple, des mesures matériellement réglementaires qui seraient contenues dans les ordonnances et prises pour l'application d'autres dispositions.

⁶² Cons. const., 1er juill. 2021, n° 2021-820 DC.