

Étude relative aux

ORDONNANCES PRISES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

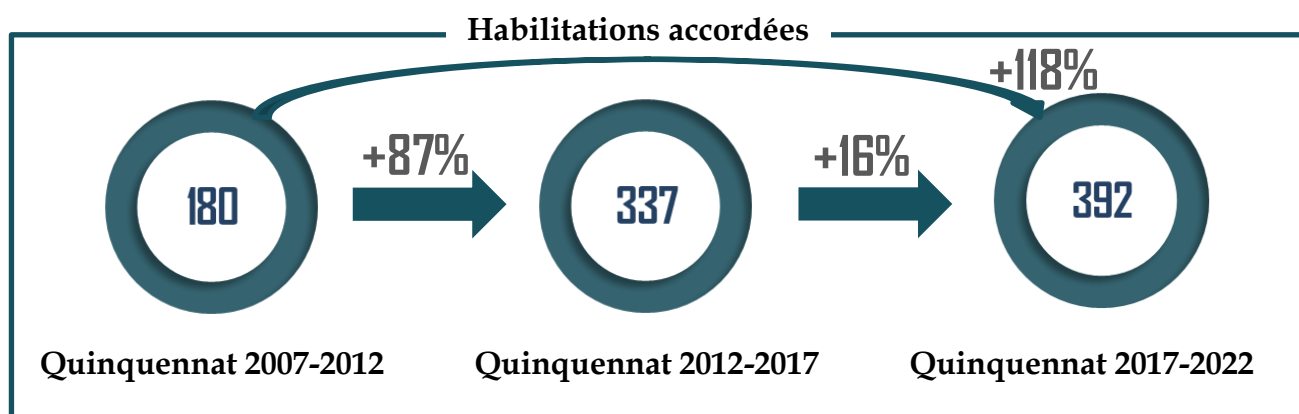
Le Sénat, par la voix de son groupe de travail consacré à « la modernisation des méthodes de travail du Sénat » créé au dernier trimestre 2020, a souhaité renforcer le suivi et le contrôle des ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution¹.

La direction de la Séance du Sénat a réalisé dans ce cadre une étude sur le recours à ces ordonnances, [consultable sur le site du Sénat](#), qui a pour objet de dresser une analyse quantitative du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution dans la période récente, en s'intéressant à chaque étape de la procédure prévue par la Constitution (habilitation, publication de l'ordonnance, ratification).

Elle couvre une période correspondant aux trois derniers quinquennats présidentiels, allant du 16 mai 2007 au 13 mai 2022.

1. L'HABILITATION À LÉGIFÉRER PAR ORDONNANCES

➤ Entre 2007 et 2022, **le recours à l'article 38 de la Constitution s'est fortement intensifié**. Tandis que le quinquennat 2007-2012 s'inscrivait dans la continuité du précédent, depuis 2012 s'observe **une hausse sensible du nombre d'habilitations**, qui s'est confirmée entre 2017 et 2022 : + 87 % entre le quinquennat 2012-2017 et le précédent, + 16 % entre 2017-2022 et 2012-2017 et + 118 % entre 2017-2022 et 2007-2012.

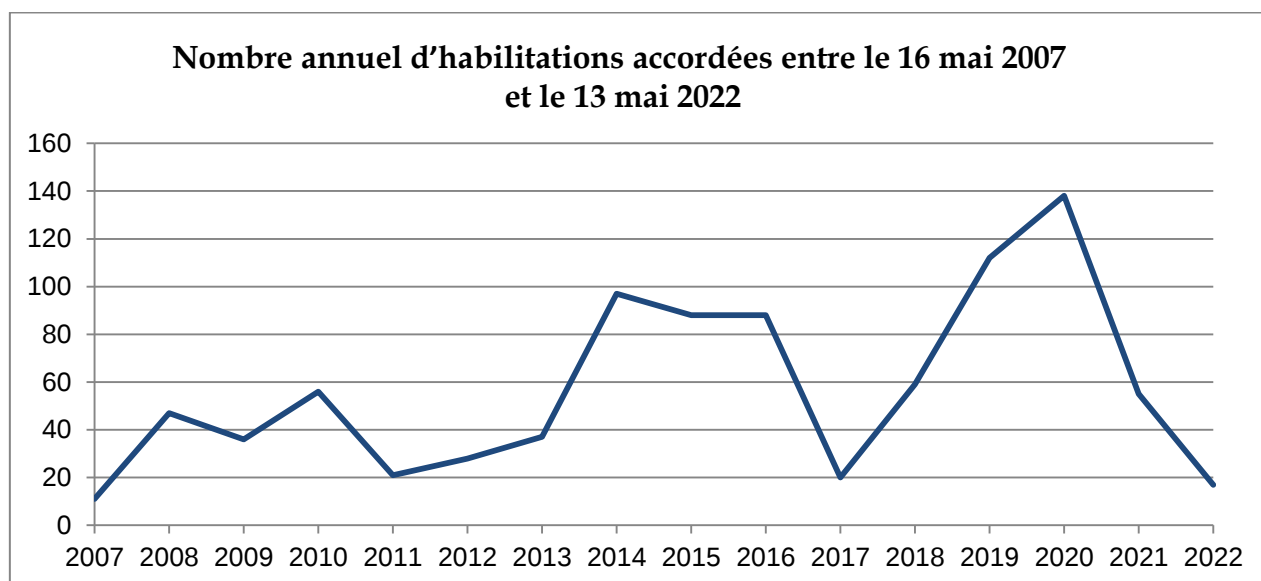


¹ Article 38 de la Constitution : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'exception du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

Légiférer par ordonnances est désormais une pratique courante : en moyenne, 78,4 habilitations ont été accordées chaque année entre 2017 et 2022, contre une moyenne annuelle de 36 entre 2007 et 2012.



➤ Le Parlement n’hésite pas à **encadrer le recours à l’article 38 de la Constitution** par le Gouvernement, à travers :

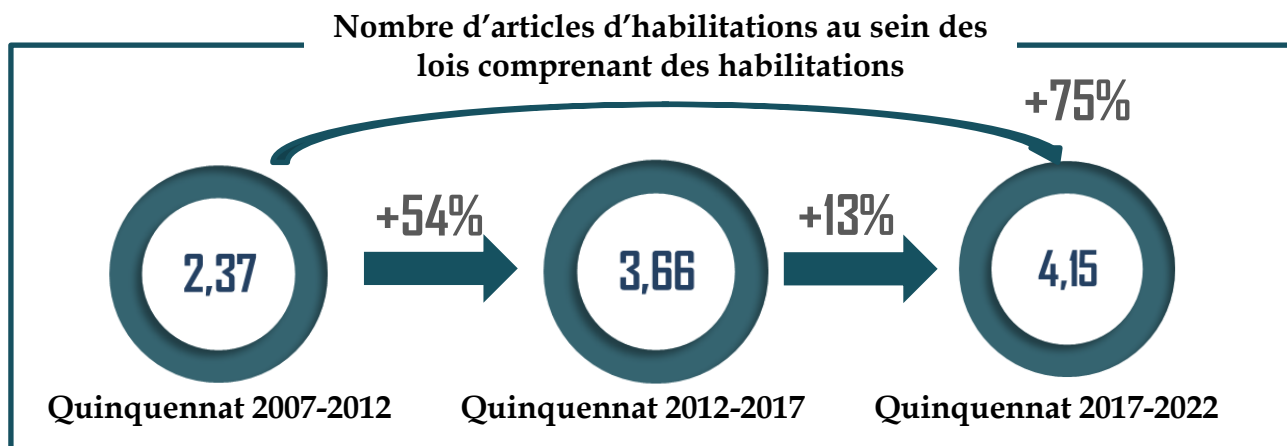
- le refus d’accorder certaines habilitations : entre avril 2019¹ et mai 2022, 90 demandes d’habilitations ont été refusées par le Parlement², dont 62,2 % par le Sénat ;
- l’intégration directe au sein du texte examiné des dispositions qui auraient dû être contenues dans l’ordonnance : parmi les 90 refus d’habilitations susmentionnés, 38 d’entre elles ont finalement été directement inscrites « en dur » au sein du texte examiné, soit une proportion de 65,6 %).

➤ Depuis 2007, **la part des lois comportant des mesures d’habilitation** dans le total des lois promulguées demeure **stable** (20,6 % en moyenne), la hausse du recours à l’article 38 de la Constitution s’expliquant davantage par une **forte inflation du nombre d’articles comportant des habilitations** au sein des lois d’habilitation³.

¹ Date de création de l’outil « La loi en construction », outil permettant de visualiser sur une seule page les contributions de chaque chambre lors de l’élaboration d’un texte de loi.

² 35 de ces habilitations ont été refusées dans le cadre de l’examen de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, d’autres mesures urgentes ainsi qu’au retrait du Royaume-Uni de l’Union européenne.

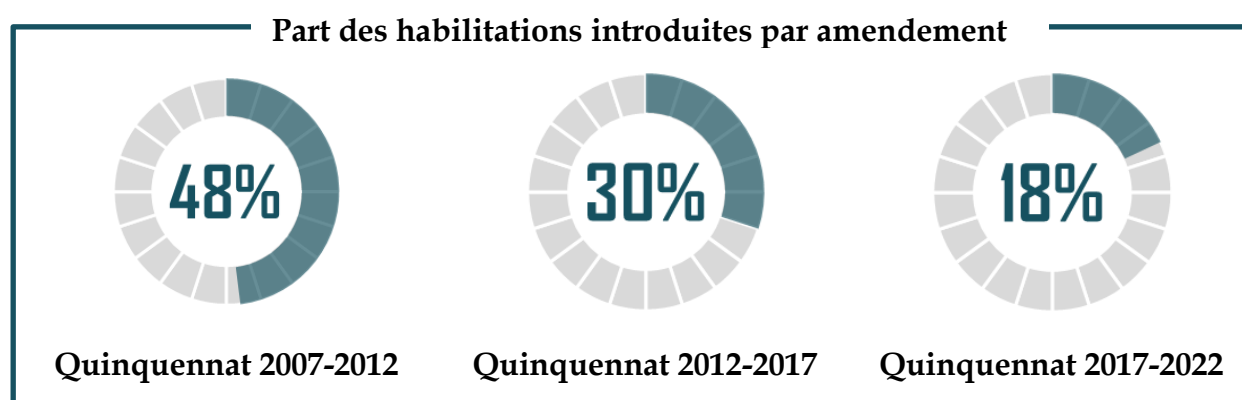
³ Ont été considérées comme des lois d’habilitation toutes les lois comportant au moins une mesure d’habilitation à légiférer par la voie d’ordonnances prises sur le fondement de l’article 38 de la Constitution.



En revanche, les **projets de loi ayant pour objet exclusif d'accorder des habilitations se sont raréfiés** en comparaison avec la période antérieure à 2007 (5 entre 2007 et 2017, 7 entre 2017 et 2022).

➤ S'agissant des modalités d'introduction de l'habilitation :

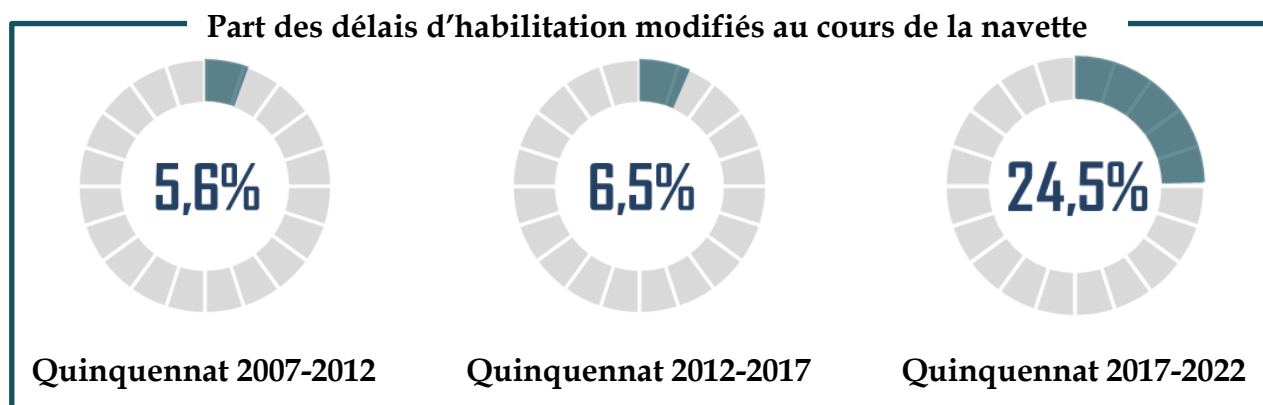
- 28,7 % des habilitations ont été introduites **par voie d'amendement** du Gouvernement, une proportion en baisse au fil des trois mandats au profit d'une inscription dans le projet de loi initial ;
- La majorité des demandes d'habilitation est déposée à l'Assemblée nationale (70 % des projets de loi d'habilitation ; 60,2 % des amendements introduisant une habilitation).



➤ Concernant les **délais d'habilitation** à légiférer par ordonnances :

- depuis 2007, ils se situent en moyenne autour de 11 mois, soit un allongement par rapport à la période 1984-2001 durant laquelle ils étaient en majorité inférieurs ou égaux à 9 mois ;
- le dernier quinquennat se caractérise par un raccourcissement significatif des délais d'habilitation (10 mois en moyenne), principalement du fait de la réponse à la crise sanitaire : parmi les 94 délais d'habilitations consentis par le Parlement dans ce cadre, 86 délais ont été fixés à 3 mois. Hors habilitations liées à la crise sanitaire, le délai d'habilitation moyen (12 mois et 10 jours) accordés lors du dernier quinquennat est légèrement supérieur à celui constaté précédemment ;

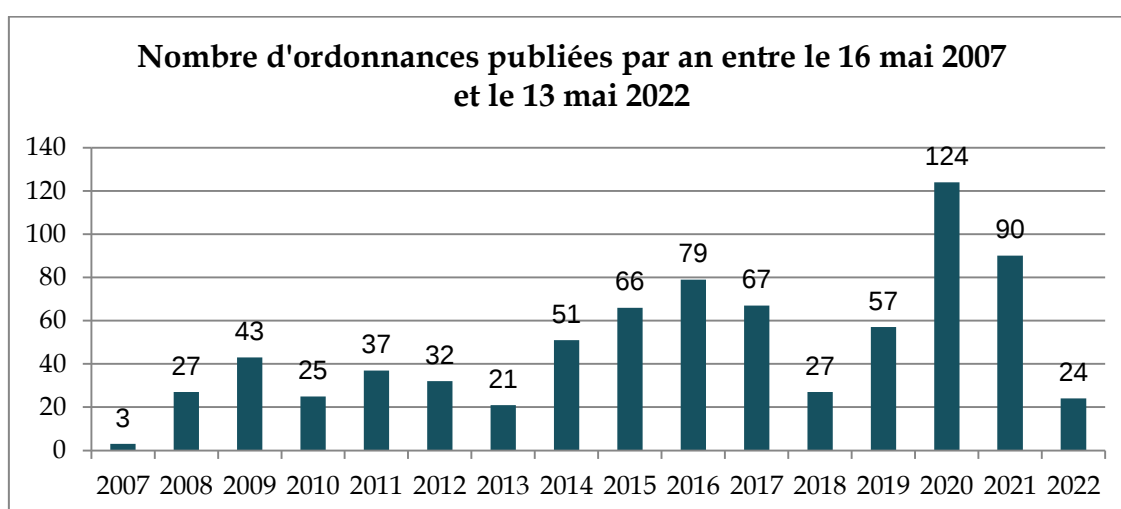
- la crise sanitaire a consacré la pratique inédite de la prolongation de près de 90 délais d'habilitation à légiférer par ordonnances en cours au mois de mars 2020¹ ;
- le Parlement use de plus en plus fréquemment de sa faculté, au cours de la navette, de modifier les délais initialement demandés par le Gouvernement, le plus souvent dans le sens d'une réduction. Depuis 2007, 89,9 % des délais modifiés par le Parlement ont été réduits, de 4,8 mois en moyenne. Ces réductions de délai d'habilitation sont majoritairement le fait du Sénat.



2. LA PUBLICATION DES ORDONNANCES

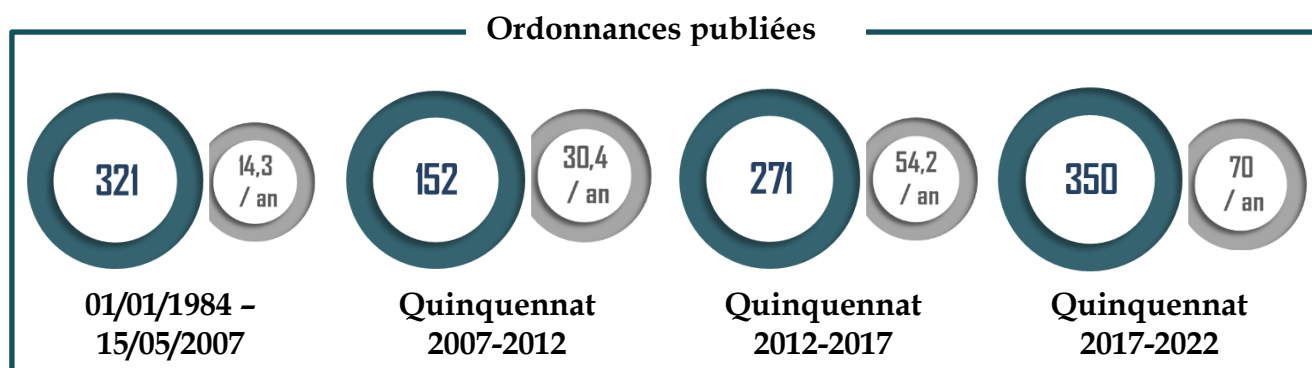
Depuis 2007 s'observent plusieurs tendances :

➤ **Une hausse substantielle du nombre d'ordonnances publiées** : le nombre total d'ordonnances publiées entre le 16 mai 2007 et le 13 mai 2022, 773, a plus que doublé par rapport au nombre d'ordonnances publiées entre le 1^{er} janvier 1984 et le 15 mai 2007 (321). La moyenne annuelle a été multipliée par 3, passant de 14,3 ordonnances publiées chaque année entre 1984 et le 15 mai 2007 à 51,3 sur la période 2007-2022.



¹ L'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a prévu la prolongation de quatre mois des délais dans lesquels le Gouvernement avait été autorisé à prendre par ordonnances des mesures relevant du domaine de la loi, dans le cas où ces délais n'avaient pas expiré à la date de publication de ladite loi.

Cette hausse est continue depuis 2007, mais a marqué **une nette accélération au cours du quinquennat 2012-2017** (+ 78,3 % par rapport au mandat précédent). La tendance haussière se confirme depuis 2017 (+ 29 % par rapport au quinquennat précédent)



La part des ordonnances parmi l'ensemble des textes intervenant dans le domaine de la loi a augmenté continuellement et dépasse désormais 50 %.

➤ Sur l'ensemble de la période couverte par la présente étude, **plus de la moitié des textes intervenant dans le domaine législatif sont des ordonnances**. Cette part est par ailleurs croissante : si, entre 2007 et 2014, il n'est arrivé qu'à une seule reprise que les ordonnances représentent plus de 50 % des textes intervenant dans le domaine de la loi, ce seuil est désormais presque systématiquement dépassé : ce fut le cas à 6 reprises lors des 7 dernières années. L'année 2020 se démarque avec un ratio inégalé de plus de 72 %. Au cours du quinquennat 2017-2022, cette proportion a atteint 58,5 %.



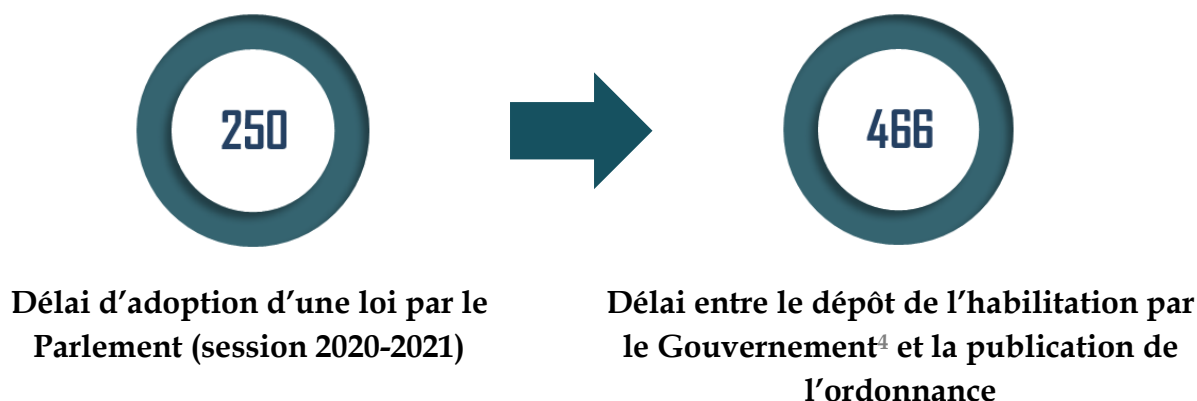
des textes intervenant dans le domaine de la loi sont des ordonnances depuis 2007.

➤ **Bien que les ordonnances soient plus nombreuses, leur taille est stable**, avec une moyenne de **11,8 articles** par ordonnance.

➤ **Les ordonnances traitent de sujets davantage diversifiés**. La part des **anciens domaines** des ordonnances (transposition de textes européens, codification et adaptation ou adoption de mesures spécifiques aux territoires ultramarins) a fortement diminué au cours de la période 2007-2022 pour désormais ne représenter le sujet principal que d'**une ordonnance sur quatre**. **La crise sanitaire survenue en 2020 a accentué ce phénomène** : les ordonnances destinées à prendre des mesures « urgentes » face à la crise ont fait référence à 35 codes, couvrant différents pans du droit français (droit pénal, droit du travail, droit de la santé...).

Les délais nécessaires pour légiférer par ordonnances sont en moyenne plus longs que ceux nécessaires pour adopter une loi.

➤ Le délai d'adoption¹ d'une loi² s'élève à 250 jours, contre un délai moyen de 466 jours entre le dépôt de la demande d'habilitation par le Gouvernement et la publication de l'ordonnance. Pour plus d'une ordonnance sur cinq, le délai entre le dépôt de l'habilitation et la publication de l'ordonnance est même supérieur à 600 jours³.



¹ Rapport annuel de la direction de la Séance, La séance plénière et l'activité du Sénat (1er octobre 2020 – 30 septembre 2021) http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/seance/rapport_annuel/2020-2021/Tome_1.pdf, page 52. Le délai d'adoption d'une loi s'élevait à 235 jours au cours de l'année parlementaire 2019-2020 et à 240 jours au cours de l'année parlementaire 2018-2019.

² Hors PLF, PLFR, PLFSS, PJJ de Règlement, PJJC et conventions.

³ Toutefois, ces délais sont marqués par d'importantes variations :

- au cours du quinquennat 2007-2012, le délai nécessaire pour publier une ordonnance a été en moyenne de **470 jours**. Il a oscillé entre 87 et 1089 jours ;
- au cours du quinquennat 2012-2017, ce délai moyen s'est établi à **500 jours**. Il a oscillé entre 78 et 1401 jours ;
- au cours du quinquennat 2017-2022, il s'est établi à **428 jours**, soit un chiffre inférieur à celui constaté lors des deux quinquennats précédents. Il a oscillé entre 4 et 1198 jours. Toutefois, si l'on excepte les ordonnances liées à la **crise sanitaire** pour lesquelles les délais de publication ont été exceptionnellement brefs, le délai moyen pour la publication d'une ordonnance entre le 14 mai 2017 et le 13 mai 2022 est de **570 jours**, soit une moyenne supérieure à celle des deux précédents quinquennats.

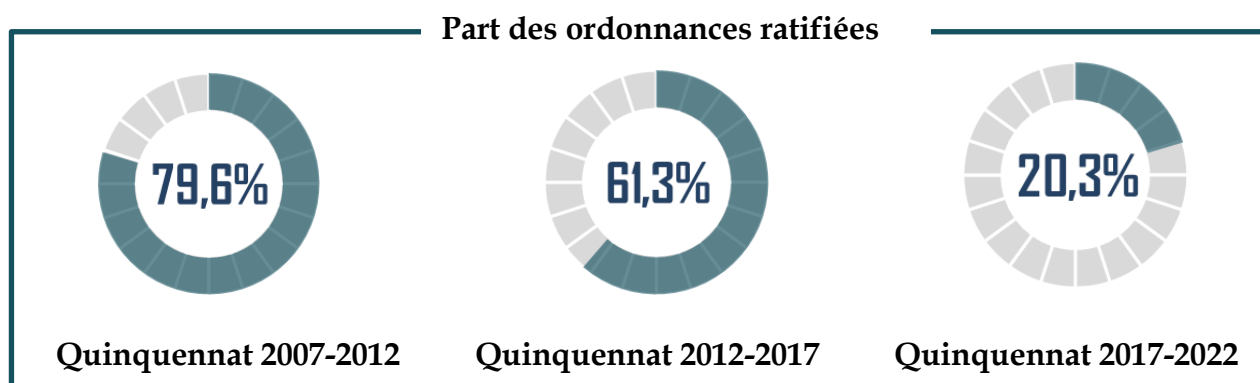
⁴ A été comptabilisé comme date de dépôt, soit la date de présentation du texte en conseil des ministres lorsque l'habilitation était comprise dans le projet de loi initial, soit la date d'adoption de l'amendement lorsque celle-ci a été introduite par voie d'amendement.

3. LA RATIFICATION DES ORDONNANCES

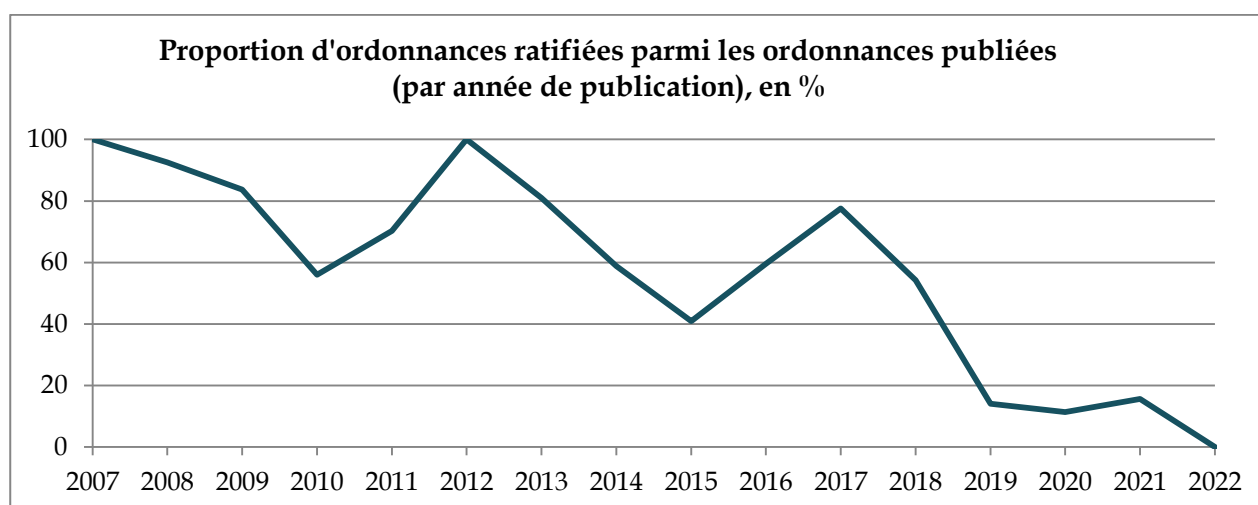
➤ Depuis 2007, seule **une ordonnance**, publiée lors du quinquennat 2012-2017, a été **frappée de caducité**¹, ce qui témoigne du **respect** par le Gouvernement de l'obligation de déposer un **projet de loi de ratification** dans le délai prescrit par la loi d'habilitation.

La pratique de la ratification des ordonnances enregistre un recul significatif depuis 2017.

➤ Après avoir atteint un **niveau élevé** au cours des quinquennats 2007-2012 et 2012-2017 (avec, respectivement, un taux de ratification des ordonnances publiées s'élevant à **79,6 %** et **61,3 %**), la pratique de la **ratification des ordonnances enregistre un recul significatif depuis le début du quinquennat actuel, puisque seules 20,3 % des ordonnances publiées lors du quinquennat 2017-2022 ont été ratifiées**. Ce phénomène s'est accentué lors des dernières années : en 2019, 2020 et 2021, le taux d'ordonnances ratifiées plafonne à un peu plus de 10 %, un niveau exceptionnellement bas depuis 2007.



Au total, **46,3 % des ordonnances publiées** depuis le 16 mai 2007 **ont été ratifiées** par le Parlement.



¹ Ordonnance n° 2017-651 du 28 avril 2017 relative aux immeubles et objets mobiliers classés ou inscrits au titre des monuments historiques.

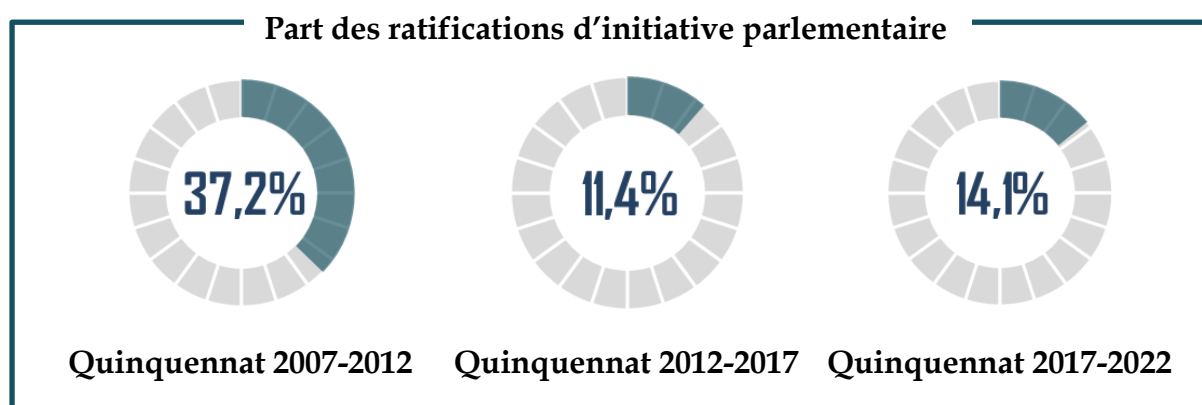
➤ Il faut compter **535,1 jours** en moyenne (soit un peu moins d'un an et demi) entre la **publication** d'une **ordonnance** et sa **ratification** depuis 2007. La tendance sur l'ensemble de la période est à la baisse, le délai moyen entre la publication d'une ordonnance et sa ratification ayant diminué d'une centaine de jours entre le quinquennat 2007-2012 et le quinquennat 2017-2022.



➤ La pratique du **découplage**¹ des **lois de ratification** est désormais dominante : entre 2007 et 2022, 77,9 % des ordonnances ratifiées ont fait l'objet du dépôt d'un premier projet de loi de ratification, pour être, *in fine*, ratifiées par la voie d'un second texte.

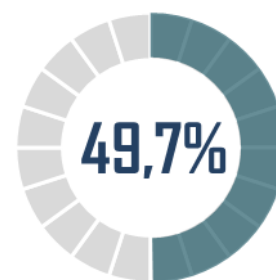
➤ La **part des ordonnances ratifiées** à la suite de l'adoption d'un **amendement** au cours de la navette parlementaire est **élevée** (45,8 % sur l'ensemble de la période étudiée), mais est **en baisse** depuis 2012 (autour de 40 %) en comparaison du quinquennat 2007-2012 (une ordonnance sur deux ratifiée l'avait été à la suite de l'adoption d'un amendement).

L'**initiative parlementaire en matière de ratification d'ordonnances se raréfie** depuis 2007 et ne représente qu'**une ratification sur cinq** au cours de la période étudiée.



¹Le Gouvernement dépose d'abord un projet de loi de ratification dans le délai prescrit par la loi d'habilitation afin d'éviter la caducité de l'ordonnance, qui n'est que rarement inscrit à l'ordre du jour. La ratification effective de l'ordonnance est opérée par un texte de loi ultérieur dont l'objet est plus large.

➤ La **ratification** d'une ordonnance s'accompagne de plus en plus souvent de sa **modification** : la part des ratifications assorties de modifications de l'ordonnance a quadruplé entre 2007-2012 et 2017-2022, de 6,6 % à 25,4 %. Si l'on inclut les modifications indirectes (c'est-à-dire celles apportées à des dispositions codifiées résultant de l'ordonnance), **près d'une ordonnance sur deux peut être considérée comme modifiée lors de sa ratification depuis 2007**. L'**implication du Parlement** en matière de modification d'ordonnances est forte, **74,7 %** des ordonnances modifiées directement ou indirectement au moment de leur ratification l'ayant été à la suite d'au moins un **amendement d'origine parlementaire**.



des ratifications ont été accompagnées de modifications directes ou indirectes de l'ordonnance.

Tableau récapitulatif

		Habilitations	Ordonnances publiées	Ratification		
				Ordonnances ratifiées	Ratifications avec modifications « directes »	Ratifications avec modifications « directes » ou « indirectes »
Quinquennat 2007-2012		180	152	121 ¹ <i>soit 79,6 %</i>	8 <i>soit 6,6 %²</i>	42 <i>soit 34,7 %</i>
Quinquennat 2012-2017		337	271	166 ³ <i>soit 61,3 %</i>	26 <i>soit 15,7 %</i>	89 <i>soit 53,6 %</i>
Quinquennat 2017-2022	Dans l'ensemble	392	350	71 <i>soit 20,3 %</i>	18 <i>soit 25,4 %</i>	47 <i>soit 66,2 %</i>
	<i>Dont crise sanitaire</i>	94	94	6 <i>soit 6,4 %</i>	-	-
Total entre mai 2007 et mai 2022		909	773	358 <i>soit 46,3 %</i>	52 <i>soit 14,5 %</i>	178 <i>soit 49,7 %</i>

¹ Dont 42 au cours d'un autre mandat (34,7 %).

² Parmi les 180 ordonnances publiées lors du quinquennat 2007-2012, 6,7 % des ordonnances finalement ratifiées ont fait l'objet de modifications directes de leur dispositif lors de la ratification.

³ Dont 62 au cours d'un autre mandat (37,3 %).