

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le Sénat et les ordonnances : retour sur un curieux épisode de la vie parlementaire

Mathieu Carpentier

Professeur de droit public, Institut Maurice Hauriou (IMH)

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le Sénat et les ordonnances : retour sur un curieux épisode de la vie parlementaire

Mathieu Carpentier

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Codirecteur de l'Institut Maurice Hauriou

Voilà qui sort de l'ordinaire : six sénateurs de gauche, de droite et du centre (dont quatre présidents de groupe) ont déposé en août dernier une proposition de loi dans le seul but de la faire rejeter par le Sénat. Leur vœu a été exaucé puisque le texte a été rejeté à une très large majorité le 6 octobre dernier.

Quelle a été la raison de cette étonnante manœuvre ? Il s'agissait de protester contre le recours croissant aux ordonnances par le gouvernement, en particulier sur des sujets, telle l'évolution statutaire de la haute fonction publique et de ses voies d'accès, qui, selon les auteurs de la proposition, ne devraient pas être soustraits au débat démocratique.

On sait que l'article 38 al. 2 de la Constitution permet au gouvernement d'éviter la caducité de l'ordonnance par le simple dépôt – sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée – d'un projet de loi de ratification à l'intérieur du délai (improprement appelé « délai de ratification ») fixé par la loi d'habilitation. Ayant pris, le 2 juin 2021, une ordonnance portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat, le gouvernement avait ainsi pu en prévenir la caducité par le dépôt, le 29 juillet – soit plus d'un mois avant l'échéance du « délai de ratification » – d'un projet de loi de ratification à l'Assemblée nationale, sans avoir la moindre intention de l'inscrire à l'ordre du jour. Il va de soi que la Conférence des Présidents de l'Assemblée, paralysée par le fait majoritaire, n'est de son côté guère incitée à le faire sur les semaines qui lui sont réservées par l'article 48 de la Constitution. On coupe ainsi court à tout débat parlementaire sur les mérites de l'ordonnance ; ceci est d'autant plus dommageable que ses principales dispositions entrent en vigueur au 1^{er} janvier prochain, et que le débat futur sur la ratification, s'il a lieu, sera largement contraint par les exigences de sécurité juridique, qui limiteront, dans les faits, grandement la marge d'intervention des parlementaires.

C'est pour cette raison que les sénateurs ont déposé une proposition de loi de ratification dans l'objectif de susciter un tel débat, fût-ce de manière symbolique, et de marquer leur mécontentement par un vote de rejet.

Si on peut comprendre les raisons de l'agacement des sénateurs (I), on peut regretter qu'ils n'aient trouvé d'autre moyen de l'exprimer que par une telle manœuvre (II), d'autant plus que celle-ci procède largement d'une interprétation tout à fait erronée d'un récent revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel (III).

I. Un agacement légitime

La vie d'une ordonnance de l'article 38 connaît trois étapes : la jeunesse, qui précède l'échéance du délai d'habilitation, à l'intérieur duquel le gouvernement demeure libre de modifier l'ordonnance ou d'en prendre de nouvelles, l'ordonnance étant un acte administratif à peu près ordinaire ; le purgatoire, qui intervient à l'échéance du délai d'habilitation et se poursuit jusqu'à la ratification effective, et au cours duquel l'ordonnance est toujours un acte administratif dont la particularité est de ne pouvoir désormais être modifié ou abrogé que par le législateur ; et la transfiguration, qui intervient à compter de la ratification qui confère rétroactivement valeur législative à l'ordonnance. Dès lors que seul le dépôt du projet de loi de ratification – et non la ratification effective – prévient la caducité de l'ordonnance et permet de la maintenir indéfiniment vivace au sein de l'ordre juridique, il est particulièrement tentant pour le gouvernement de maintenir les ordonnances à l'étape du purgatoire. Il en résulte la prolifération d'ordonnances non ratifiées qui, après l'échéance du délai d'habilitation, demeurent des actes administratifs mais ne peuvent plus être modifiées que par le législateur. Ce caractère hybride de l'ordonnance non ratifiée entraîne d'ailleurs un régime contentieux spécifique qui a subi récemment plusieurs bouleversements (voir *infra*). D'après les chiffres fournis en séance par le sénateur Bruno Retailleau lors de la discussion de la proposition de loi ici commentée, à peine 20% des ordonnances signées par Emmanuel Macron depuis 2017 ont été effectivement ratifiées, les autres errant indéfiniment dans leur purgatoire normatif¹.

Cette pratique, tout à fait conforme à la Constitution, suscite de longue date l'agacement légitime du Sénat. Ainsi, dès 2018, celui-ci avait, parmi 40 propositions en vue d'une révision de la Constitution, proposé d'introduire dans la Constitution une exigence de ratification effective dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi d'habilitation, à peine de caducité (le délai d'habilitation étant, dans cette hypothèse, ramené à 3 mois)². Une récente proposition de loi constitutionnelle adoptée par le Sénat (voir *infra*) vise à instaurer un délai de ratification effective de 18 mois à compter de la publication de l'ordonnance. A vrai dire l'établissement d'un délai de ratification effective ne serait sans doute pas une bonne idée (ce serait une contrainte de plus sur le travail parlementaire), mais il faut saluer la ténacité des sénateurs sur ce sujet des ordonnances non ratifiées.

¹ Nous avouons n'avoir pas mené de recherches afin de corroborer ces chiffres.

² https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/presidence_senat/40_propositions_du_groupe_de_travail_du_Senat_sur_la_revision_constitutionnelle.pdf, p. 46.

Leur agacement est d'autant plus justifié que la crise de la Covid-19 a entraîné l'explosion du nombre d'ordonnances. Certes, le recours croissant aux ordonnances est depuis longtemps décrié ; mais une tendance récente cependant veut que le nombre d'ordonnances soit désormais supérieur au nombre de lois promulguées³, avec, en 2020, année certes exceptionnelle, 131 ordonnances contre 61 lois ordinaires et, pour 2021, 75 ordonnances contre 47 lois ordinaires (au 8 octobre). Dès lors que le recours croissant aux ordonnances aboutit à confier au gouvernement – lequel maîtrise déjà largement l'agenda législatif ordinaire – le soin de modifier des pans potentiellement considérables du droit dans des domaines relevant de la loi, on peut comprendre que les sénateurs expriment un certain mécontentement face à ce dessaisissement exorbitant, quoique consenti, du Parlement.

Le choix effectué par les rédacteurs de l'article 38 al 2 de prévenir la caducité de l'ordonnance par le seul dépôt du projet de loi de ratification, et non par sa ratification effective, à l'intérieur du « délai de ratification », correspondait à la pratique antérieure, puisque les lois d'habilitations des décrets loi fixaient généralement une date limite du dépôt du projet de loi pour ratification. Ce choix avait également pour objectif d'éviter que le Parlement ou l'une de ses chambres puisse, par sa seule inaction, « faire tomber toutes les ordonnances par son silence », pour reprendre l'expression du président Cassin en 1958 lors des débats au Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution⁴. Pour autant la finalité de l'article 38 al. 2 n'était pas de rendre la ratification politiquement facultative. Sous les régimes antérieurs, la loi d'habilitation ne donnait généralement aux décrets-lois de valeur « définitive » qu'à la date de la ratification effective (v. par ex., l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953). Le parallèle entre le régime des ordonnances et celui des décrets-lois a d'ailleurs été, au cours de l'élaboration de la Constitution, une constante des débats, que ce soit devant le Comité consultatif constitutionnel ou le Conseil d'Etat. Tout comme les décrets-lois, les ordonnances dérogent à la répartition normale des domaines du règlement et de la loi : elles ont donc vocation à être ratifiées – quand bien même cette « vocation » ne résulterait pas d'une obligation juridique. Aucune règle constitutionnelle n'exige que les ordonnances soient effectivement ratifiées ; mais il serait de bonne politique qu'elles le soient, de préférence dans un délai raisonnable.

II. Une méthode contestable

³ Cela s'était déjà produit en 2004 et en 2005.

⁴ Conseil d'Etat, Assemblée générale, séance du 28 août 1958 (après-midi), in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, Paris, La Documentation française, 1991, p. 450.

On peut cependant exprimer une certaine forme d'étonnement face au procédé mis en œuvre par les sénateurs. Le but de la manœuvre est simple : manifester la volonté du Sénat de *ne pas ratifier* l'ordonnance du 2 juin, ce qui ne peut prendre la forme que du rejet d'un texte de ratification. Puisque le projet de loi de ratification déposé par le gouvernement à l'Assemblée nationale ne risque pas d'arriver de sitôt au Sénat, qui ne pourra donc pas le rejeter, ni l'amender – ni encore amender à cette occasion l'ordonnance –, ce rejet portera donc sur une proposition de loi déposée dans ce seul but.

Or il y a tout lieu de penser qu'il y a là un abus, si ce n'est un détournement, de la procédure législative. Le rejet d'un tel texte ne produit aucun effet juridique, puisque les propositions de loi rejetées en première lecture par la chambre au sein de laquelle elles ont été émises ne sont pas transmises à l'autre chambre : l'Assemblée nationale ne sera donc pas saisie de cette proposition de loi et n'aura donc pas à se prononcer sur la ratification de l'ordonnance du 2 juin. En réalité, l'effet escompté est purement politique : contraindre politiquement le gouvernement à enfin soumettre à la discussion en séance à l'Assemblée nationale le projet de loi de ratification, car on ne saurait laisser infiniment perdurer dans notre ordre juridique une ordonnance que l'une des deux assemblées parlementaires aurait expressément refusé de ratifier. On utilise donc la procédure législative non pour modifier le droit en vigueur (ce qui est l'objet premier, et d'ailleurs le seul, de la législation) mais uniquement afin de faire un coup d'éclat politique.

Cette stratégie est ruineuse, et elle est largement contreproductive. En effet, les sénateurs entendent dénoncer l'absence de débat au Parlement autour de l'ordonnance portant réforme de la haute fonction publique ; or le but même de la manœuvre était précisément – contrairement au vœu pieux exprimé dans l'exposé des motifs de permettre aux sénateurs « d'exercer, le cas échéant, leur droit d'amendement sur les dispositions de l'ordonnance » – d'arriver à un refus pur et simple de ratification, plutôt qu'à une amélioration de l'ordonnance par l'introduction d'amendements, que ce soit en commission (qui n'a pas adopté le texte) ou en séance. Et pour cause ! Les sénateurs qui ont rédigé cette proposition de loi sont en désaccord total sur la réforme de la haute fonction publique qu'il conviendrait d'adopter. Cette stratégie a quelque chose de très paradoxal : si le gouvernement, prenant les sénateurs au mot, décide d'inscrire à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale le projet de loi de ratification, celui-ci sera une fois adopté transmis au Sénat. Les sénateurs seront alors confrontés au dilemme suivant : soit confirmer leur refus de ratification et rejeter le texte, ce qui ouvrira la voie, après une deuxième

lecture⁵ et la convocation sans doute stérile d'une CMP, à une ratification pure et simple par l'Assemblée nationale statuant définitivement ; soit accepter de se prononcer sur le fond de l'ordonnance et, le cas échéant, l'amender, au risque d'étaler au grand jour les désaccords mis entre parenthèses lors de l'examen et du rejet de la proposition de loi de ratification.

Cette stratégie est d'autant plus contestable que les sénateurs disposaient au moins de deux autres moyens de faire valoir leur opposition à l'ordonnance, sans avoir cependant à adopter dans l'immédiat une position commune sur le contenu de la réforme de la haute fonction publique souhaitable aux yeux du Sénat.

Le premier⁶ consistait à *adopter* une proposition de loi *abrogeant* l'ordonnance – en tout ou en partie. Cette proposition de loi, si elle avait été adoptée par le Sénat, aurait été transmise à l'Assemblée nationale, et nul doute qu'un groupe d'opposition aurait eu grand plaisir à inscrire cette proposition à l'ordre du jour de sa niche parlementaire. Certes, la proposition aurait été rejetée par l'Assemblée nationale, mais celle-ci aurait été contrainte de se prononcer sur l'ordonnance. C'était la position exprimée très solitairement par le sénateur Jean-Louis Masson qui a déposé tant en commission qu'en séance une vingtaine d'amendements tendant à transformer la proposition de loi de ratification en proposition de loi d'abrogation. Cette tentative s'est bien sûr vu opposer une fin de non-recevoir non seulement du gouvernement mais également de ses opposants, qui s'accrochaient à l'idée d'un refus de ratification ; elle n'avait donc aucune chance de prospérer. Cependant il y avait là une démarche beaucoup plus cohérente, et potentiellement plus efficace, que celle mise en œuvre par les sénateurs.

⁵ Le gouvernement n'a pas engagé la procédure accélérée pour le projet de loi de ratification – le contraire eût été surprenant puisqu'il n'est visiblement guère pressé de faire examiner ce texte par l'Assemblée !

⁶ Il est certes possible de soutenir que, nonobstant les dispositions de l'article 38 al. 3 de la Constitution, la première modification ou abrogation d'une disposition d'une ordonnance ne peut intervenir que dans la loi de ratification. Si l'on admet l'argument doctrinal selon lequel l'habilitation entraîne non pas une extension de la compétence du gouvernement mais un déclassement réglementaire provisoire des dispositions législatives modifiées ou abrogées par ordonnance (v. J. Padovani, « Les ordonnances de l'article 38 de la constitution : quelle nature juridique ? », RFDA, 2021, p. 568-569), alors toute modification ou abrogation par le législateur d'une disposition d'une ordonnance aboutit à sa « re-législation » et donc à sa ratification implicite. A l'époque où la Constitution admettait une telle ratification implicite, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'Etat avaient harmonisé leurs jurisprudences un temps divergentes pour convenir de ce que la modification d'une disposition d'une ordonnance pouvait avoir pour effet de ratifier implicitement cette disposition (CE, 25 janvier 1957, *Société des établissements charlionais* ; CE, 4 / 1 SSR, 7 février 1994, n° 84933, *M. Guez* ; CC, Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*). Or désormais toute ratification doit être expresse ; cependant l'introduction cette exigence a conduit non pas à prohiber les modifications ou abrogations antérieures à la ratification effective, mais à ne plus attribuer valeur de ratification implicite à de telles modifications. Non seulement le Conseil constitutionnel n'a, après 2008, jamais considéré qu'une modification par le législateur d'une disposition d'une ordonnance ait pour effet de la ratifier implicitement, et soit, de ce fait contraire à la Constitution, mais il a mentionné en 2015 le fait pour le législateur de « modifier[r], notamment à l'occasion de sa ratification, les dispositions d'une ordonnance », laissant entendre qu'une modification pourrait intervenir indépendamment de toute ratification (CC, Décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015).

Le deuxième moyen consistait pour le Sénat à adopter une résolution de l'article 34-1 de la Constitution marquant la désapprobation du Sénat tant vis-à-vis du fond de la réforme de la Haute fonction publique que de la méthode choisie par le gouvernement. Cette résolution aurait certes dû être formulée de manière à ne pouvoir être interprétée comme adressant des injonctions au gouvernement, de sorte que celui-ci ne puisse lui opposer l'irrecevabilité. Elle aurait eu substantiellement le même effet que celui qui résulte de la manœuvre législative que les sénateurs ont choisi de mettre en œuvre. La réintroduction des résolutions en 2008 avait en effet pour objet de permettre à chaque chambre de voter, en toute autonomie, des textes à l'effet juridique à peu près nul mais susceptibles d'avoir d'importantes conséquences politiques.

III. Une interprétation erronée

Le spectacle offert par les sénateurs s'avère d'autant plus désolant que ceux-ci se sont choisis un bouc émissaire de choix : le Conseil constitutionnel. Les sénateurs en effet voient dans le manque de détermination du gouvernement à faire ratifier l'ordonnance du 2 juin 2021 une explication : les récents revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel. La sénatrice Catherine Di Falco, rapporteur de la proposition de loi de ratification, explique ainsi en séance que le gouvernement « profite sans doute des décisions QPC des 28 mai et 3 juillet 2020 du Conseil constitutionnel ». Pis, le sénateur Jean-Pierre Sueur, chef de file des six auteurs de la proposition de loi, a également déposé le 22 juillet dernier une proposition de loi constitutionnelle « garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance » destinée à faire lit de justice de cette pernicieuse jurisprudence du Conseil. Cette proposition de loi, augmentée, lors de son passage en commission, de dispositions tendant, on l'a vu, à créer un délai de ratification effective, a été adoptée en première lecture par le Sénat le 4 novembre.

A. Ce que la jurisprudence du Conseil constitutionnel change

On sait que le Conseil constitutionnel a, dans deux décisions *Force 5* (CC, Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*) et *M. Sofiane A.* (CC, Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020), décidé de qualifier de « dispositions législatives » les dispositions d'une ordonnance non ratifiée une fois échu le délai d'habilitation. Cette qualification, qui revient sur une jurisprudence bien établie (CC, Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É.*) a immédiatement suscité un tollé. D'aucuns (y compris de grands noms de la doctrine)

s'empressèrent de décrier une assimilation effectuée entre l'échéance du délai d'habilitation et la ratification effective. Cette assimilation serait contraire à la Constitution, dès lors que le Conseil constitutionnel accepterait qu'une ordonnance – en réalité : *toute* ordonnance – soit de facto implicitement ratifiée par la seule échéance du délai d'habilitation. Dans cette hypothèse, la ratification effective par le Parlement s'avèrerait complètement inutile, dans la mesure où ses effets auraient déjà été épuisés par l'échéance du délai d'habilitation.

Cette interprétation se trouve clairement exprimée dans l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle précitée : « Le Constituant de 2008 avait expressément fait valoir, à l'appui de la ratification explicite, sa volonté d'une discussion parlementaire préalable à toute modification du paysage législatif. (...) En allant à l'encontre de cette exigence du Constituant, le Conseil constitutionnel a inventé la « législation par voie gouvernementale », simplement conditionnée par une habilitation du législateur : désormais, des dispositions adoptées par le Gouvernement, seront regardées comme ayant valeur législative sans avoir été discutées, et encore moins adoptées, par la représentation nationale. »

Cette interprétation ne résiste pas à l'analyse.

Le Conseil constitutionnel n'assimile en aucun cas l'échéance du délai d'habilitation à une forme de ratification implicite – à supposer même qu'il puisse le faire (il est douteux que le Conseil constitutionnel puisse, par un *fiat* interprétatif, transformer un acte réglementaire en acte législatif). Soyons clairs : il y a de nombreuses raisons de critiquer le revirement effectué par le Conseil constitutionnel dans les deux décisions précitées, principalement celles du 3 juillet. L'auteur de ces lignes a, dans une précédente étude⁷, émis au sujet de cette décision ainsi que des modifications subséquentes apportées par le Conseil d'Etat à sa propre jurisprudence (CE, Ass. 16 décembre 2020, *CFDT Finances II*) une opinion qui ne manquera pas d'être, par endroits, jugée « inhabituellement excessive ». Cependant si cet ensemble jurisprudentiel est critiquable, c'est en raison de la complexité et de l'incertitude – par ailleurs pleinement perçus par le rédacteur de l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle – qui affectent désormais un régime contentieux devenu presque illisible. Or tout nuage ayant sa frange d'or, ce caractère illisible du contentieux est précisément la traduction matérielle de ce que, dans les faits, ni le Conseil constitutionnel, ni *a fortiori* le Conseil d'Etat, n'ont entendu remettre en cause par la qualification de « disposition législative » le caractère d'acte administratif de l'ordonnance non ratifiée. L'innovation de cet ensemble jurisprudentiel est double : d'une part, elle transfère le traitement d'une partie – et d'une partie seulement – du contentieux des

⁷ Mathieu Carpentier, « Du système au bric-à-brac ? Le nouveau régime contentieux des ordonnances », *RDP*, 6, 2021

ordonnances des ordonnances non ratifiées au Conseil constitutionnel : d'autre part, elle permet aux ordonnances non ratifiées de satisfaire les conditions posées l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui exige normalement une loi.

Quant à la première innovation, il est désormais clairement établi par la jurisprudence du Conseil d'Etat – si besoin était – que l'ordonnance non ratifiée demeure un acte réglementaire, à l'encontre duquel les griefs tirés de la contrariété à un droit ou une liberté que la Constitution garantit ne peuvent plus être soulevés que par une QPC. Les autres griefs (non-respect de l'habilitation, violation d'un principe général du droit, violation d'une règle ou d'un principe constitutionnel ne portant pas sur les droits et libertés, etc.) demeurent *mutatis mutandis* dans l'escarcelle des juridictions administratives. Autrement dit la nouvelle répartition des compétences contentieuses entre juge administratif et juge constitutionnelle, pour ésoérique qu'elle puisse être par endroit, n'a aucune incidence sur la nature de l'acte contrôlé.

On aurait en effet tort d'oublier que la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution est, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, essentiellement fonctionnelle. Il n'en va certes pas ainsi de l'ensemble des occurrences de l'expression dans la Constitution : ainsi, la « disposition législative » mentionnée à l'article 11 al 3⁸, est nécessairement une loi, dès lors qu'il est fait mention de sa promulgation : une ordonnance n'étant pas promulguée, elle n'est pas une disposition législative au sens de l'article 11 al. 3, du moins tant que la loi de ratification n'est pas promulguée. En revanche, en ce qui concerne l'article 61-1, est une « disposition législative » toute disposition que le Conseil constitutionnel considère susceptible de faire l'objet d'une QPC. La preuve en est que certaines lois sont insusceptibles de contenir de telles « dispositions législatives », à commencer par les lois référendaires (Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*). A l'inverse, certains actes sont qualifiés de « disposition législatives » au sens de l'article 61-1 dont le caractère législatif pourrait être contesté. Il en va ainsi des lois du pays de Nouvelle Calédonie⁹ dont la nature véritable est disputée (v. O. Gohin, « L'apport de l'évolution institutionnelle de l'outre-mer non départementalisé au droit constitutionnel depuis 1998 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 12, 2002) : certes, la loi organique leur réserve un certain domaine relevant normalement du législateur et, lorsqu'elles interviennent dans ce domaine,

⁸ « Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ». Il en résulte logiquement qu'une proposition de loi référendaire peut avoir pour objet l'abrogation d'une ordonnance non ratifiée prise moins d'un an auparavant.

⁹ Celles de Polynésie française sont clairement des actes administratifs.

leur donne « force de loi » (art. 107 al 1 de la loi organique 19 mars 1999). Ces lois du pays peuvent être contestées par une QPC (art. 107 al. 2 de la loi organique précitée) et comportent donc bien des dispositions législatives au sens de l'article 61-1. Cependant par bien des aspects elles s'apparentent davantage aux ordonnances de l'article 38 : ainsi, les dispositions des lois du pays qui interviennent hors du domaine défini par la loi organique conservent un caractère réglementaire et peuvent donc être contestées devant les juridictions administratives (voyez l'art. 107 al. 4, qui prévoit une procédure intéressante de détermination par le Conseil d'Etat, en cas de doute, du caractère règlementaire ou « législatif » d'une disposition d'une loi du pays).

Quant à la seconde innovation, la qualification de disposition législative « au sens de » l'article 7 de la Charte de l'Environnement (qui résulte de la décision *Force 5* précitée) présente davantage de difficultés. En effet, l'article 7 ne mentionne nullement une « disposition législative », mais fait uniquement référence aux conditions et limites déterminées par la *loi*. En acceptant qu'une ordonnance non ratifiée puisse définir les conditions et limites de participation et d'information du public en matière environnementale et, ce faisant, satisfaire les exigences de l'article 7, le Conseil constitutionnel semble bien assimiler cette ordonnance à une loi. Cependant on peut faire remarquer que l'emploi de l'expression « disposition législative », outre le fait qu'elle semble avoir pour but d'émettre un message subliminal concernant l'article 61-1, a précisément pour objet d'éviter d'utiliser le terme de « loi ». Le Conseil précise alors que, dès lors qu'une ordonnance non ratifiée définit les conditions et limites de l'information ou de la participation du public en matière environnementale, il faut considérer que celles-ci sont « définies par la loi » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement (les guillemets sont du Conseil). Certes, la justification avancée par le Conseil, tirée de l'alinéa 3 de l'article 38 de la Constitution, est laborieuse et peu convaincante ; il demeure que la décision *Force 5* n'a pas pour effet d'assimiler l'ordonnance non ratifiée à une loi, mais uniquement de permettre au gouvernement de pallier par ordonnance l'incompétence négative du législateur, palliatif qui n'est effectif qu'à l'échéance du délai d'habilitation. Cette décision n'est pas complètement dénuée de logique, dès lors que le juge administratif contrôle traditionnellement l'incompétence négative de l'auteur de l'ordonnance (CE, Ass., 28 mars 1997, Société Baxter), soumis de ce point de vue aux mêmes exigences que le législateur lui-même. Elle demeure sans nul doute contestable pour de multiples raisons, mais elle n'a pas pour effet de priver d'objet la ratification de l'ordonnance – qui produit d'ailleurs de nombreux autres effets que la seule satisfaction des exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

B. Ce que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne change pas

Il résulte de ce qui précède que la qualification de « disposition législative » n'emporte aucune conséquence sur la « nature véritable » de l'ordonnance non ratifiée. Et – au-delà du débat doctrinal – d'un point de vue pratique, elle est loin d'entraîner les mêmes effets que l'assimilation à une ratification implicite. Ainsi, la Constitution dispose qu'en l'absence de ratification, le gouvernement conserve la possibilité de modifier les dispositions de l'ordonnance qui relèvent du domaine du règlement¹⁰. Ceci n'est en rien affecté par l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci se refuse à connaître d'une demande de déclassement d'une disposition d'une ordonnance non ratifiée (CC, Décision n° 2017-269 L du 28 février 2017), alors qu'une fois l'ordonnance ratifiée, le gouvernement qui souhaiterait en modifier les dispositions matériellement réglementaires devrait solliciter un tel déclassement (CC, Décision n° 72-73 L du 29 février 1972). Du reste le Conseil d'Etat continue à contrôler la conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis des dispositions matériellement réglementaires des ordonnances non ratifiées et se refuse à renvoyer des QPC relatives à ces dispositions (CE, 4/1 CHR, 21 décembre 2020, n° 441399, *Syndicat de la juridiction administrative* ; CE, 2 avril 2021, n° 447060, *Syndicat des avocats de France*).

De surcroît, l'interprétation qui fait de la qualification de disposition législative la reconnaissance dès l'échéance du délai d'habilitation d'une ratification implicite, contraire à la Constitution, repose sur une confusion entre ratification *expresse* et ratification *effective*. La Constitution exige depuis 2008 que, *si ratification il y a*, cette ratification soit expresse : on entendait ainsi prémunir le Parlement contre le risque d'une ratification par mégarde d'une disposition d'une ordonnance à l'occasion de l'adoption d'un texte la modifiant. Mais à aucun moment la Constitution n'exige que les ordonnances soient *effectivement* ratifiées : à aucun moment – pour reprendre la terminologie employée plus haut – elle n'exige que l'ordonnance quitte l'étape du purgatoire pour celle de la transfiguration.

Que le gouvernement ait cru pouvoir s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour justifier son manque d'empressement à faire ratifier ses ordonnances, c'est de bonne guerre, mais c'est un argument d'ordre politique, et non juridique. Juridiquement, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas fait bouger d'un iota la règle, qui lui préexiste, que l'absence de ratification effective n'entraîne pas la caducité du texte. Si l'on souhaite forcer le gouvernement à solliciter systématiquement la ratification parlementaire

¹⁰ Cette précision, en dépit de son évidence, avait été jugée indispensable par les rédacteurs de la Constitution (voir *Documents pour servir à l'histoire...*, op. cit., vol 3, p. 450)

dans un délai déterminé à peine de caducité de l'ordonnance, alors il faut en effet modifier la Constitution ; mais une telle modification ne suppose ni n'exige que l'on revienne sur la nouvelle répartition du contentieux des ordonnances, ni sur le fait que les ordonnances non ratifiées puissent être utilisées aux fins de démontrer que la « loi » a bien déterminé les conditions d'information du public.

D'ailleurs, à supposer que le gouvernement se soit bien appuyé, de manière erronée, sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il aurait été bien plus judicieux pour les sénateurs de contester cette interprétation, plutôt que de se l'approprier pour en dénoncer la dangerosité. Il aurait ainsi été de bien meilleure stratégie pour les sénateurs de pointer la portée limitée¹¹ de cette évolution jurisprudentielle et de dissiper le mirage que représente la qualification de disposition législative, de manière à montrer que le gouvernement n'est guère fondé à s'en prévaloir. Les sénateurs auraient pu alors mieux mettre le gouvernement face à ses responsabilités, en lui faisant comprendre que son refus d'inscrire le projet de loi de ratification à l'ordre du jour ne correspond pas à une quelconque modification du cadre juridique par le Conseil constitutionnel, mais uniquement – comme cela a toujours été le cas – à des motifs d'opportunité politique.

¹¹ L'examen des travaux préparatoires montre que les sénateurs en ont à vrai dire conscience. V. par exemple p. 22 du rapport fait au nom de la commission des lois par la sénatrice Catherine Di Folco : « la portée des décisions du Conseil constitutionnel évoquées semble circonscrite au cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ».