

- 29 juin 2017



### 3 questions à Denys de Béchillon sur les ordonnances

Dans le cadre de la réforme du Code du Travail sur laquelle le gouvernement travaille actuellement, le sujet des ordonnances revient de manière très récurrente dans les discussions. Décryptage de ce que sont les ordonnances avec Denys de Béchillon, Membre du Club des juristes et Professeur de droit à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

« Lorsque l'on a de bonnes raisons de penser qu'un texte présente une importance capitale il n'est pas du tout aberrant de vouloir le prendre par ordonnance »

#### Les ordonnances sont-elles « antidémocratiques » ?

Elles font malheureusement l'objet de ce mauvais procès — il est vrai comme à peu près tous les outils de rationalisation du parlementarisme de notre Constitution. Techniquement parlant, cette accusation n'est pas raisonnable. Il faut une « vraie » loi d'habilitation pour autoriser le gouvernement à prendre des mesures qui relèvent du domaine de la loi. Il faut par ailleurs une autre vraie loi, dite de ratification, pour entériner *a posteriori* le travail réalisé. Bref, les assemblées ont deux occasions de s'opposer efficacement — au principe d'une ordonnance, puis à son contenu — si elles le jugent nécessaire.

J'ajoute que cette accusation d'illégitimité est d'autant plus injuste que d'immenses progrès ont été accomplis pour faire en sorte que ce procédé n'ait plus rien à voir avec la délégation de pouvoir législatif à peu près totale et passablement aveugle que l'on a connu avec les décrets-lois des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République : le Conseil constitutionnel veille aujourd'hui à ce que les habilitations données au gouvernement soient extrêmement précises et maîtrisées. Quant au gouvernement, il ne peut évidemment pas excéder les limites de cette permission. Le Conseil d'État l'en empêcherait tout de suite. Par ailleurs, on a exigé, lors de la réforme constitutionnelle de 2008, que la ratification des ordonnances soit toujours explicite. Il n'est plus possible d'y procéder en catimini, et encore moins par accident. On exige un vrai débat parlementaire, dédié, et donc une décision véritable des Chambres pour confirmer, ou pas, leur assentiment à ce qui a été légiféré. Rien de tout cela n'est négligeable.

#### Pourquoi légiférer par ordonnances ?

Le recours aux ordonnances vise toujours à aller « plus vite ». Mais je distinguerais volontiers le motif technique du motif politique dans cette intention générale.

Dans le premier registre, il arrive que certains textes présentent une complexité et/ou une longueur telle qu'il serait dysfonctionnel de les soumettre à un débat bicaméral complet. On a redécouvert cette vertu des ordonnances depuis que l'on s'est lancé dans la recodification générale du droit français : il fallait un acte de valeur législative pour que la codification soit pleinement « dynamique », c'est-à-dire porteuse de modifications du contenu même des lois à codifier. Mais on aurait stérilisé l'agenda parlementaire pendant des décennies s'il avait fallu procéder à cet immense travail de peignage et de reconfiguration par voie législative ordinaire. Le recours aux ordonnances a permis de résoudre le problème...

Le second registre est évidemment plus politique. Il existe, en certains moments de l'histoire — surtout en période post-électorale — des textes que le Président de la République peut souhaiter prendre vite et, surtout, sans risque de défiguration ou de perte de cohérence. *A fortiori* lorsqu'il a obtenu un mandat aux électeurs pour ce faire. Dans des circonstances de ce type, le recours aux ordonnances ne signale rien d'autre qu'une ferme volonté politique de faire aboutir dans un délai raisonnable un texte que l'on ne veut pas voir affadi, émasculé et/ou rendu inefficace par un débat parlementaire dont on subodore qu'il aura immanquablement ce résultat.

Lorsqu'on pense, à tort ou à raison, qu'un texte porte une réforme vitale pour la réussite d'un programme électoral, il n'est pas irrationnel de vouloir en protéger l'intégrité et la logique. Le droit d'amendement est précieux. Le débat aussi. Mais, en atmosphère de pur affrontement idéologique, l'un et l'autre s'offrent à des instrumentalisation politiciennes toxiques. Sans compter avec cette autre maladie légistique qu'est l'improvisation. Tout le monde devrait savoir qu'une part significative des amendements adoptés à l'Assemblée ou au Sénat naît dans des conditions d'irréflexion calamiteuses. Les parlementaires ne sont d'ailleurs pas les seuls responsables de ladite calamité. Par faiblesse d'âme, les gouvernements y prennent souvent leur part, soit qu'ils rédigent eux-mêmes des amendements de confort sur un coin de table, soit qu'ils les acceptent sans regimber ou s'en remettent à la « sagesse » de la Chambre là où elle n'en manifeste aucune.

C'est un fait : les « grandes » lois gonflent dans un facteur quatre ou cinq dans la plus totale ingénuité. Et elles s'effondrent volontiers comme un sapin de Noël sous l'accumulation des boules et des guirlandes, notamment parce que les « impacts » de la plupart de leurs dispositions n'ont pas pu être étudiés (ni même envisagés). Les malfaçons juridiques se multiplient. Quant à l'efficacité, par exemple économique, que leurs auteurs voulaient leur prêter, elle s'évanouit la plupart du temps en proportion de cette croissance obèse autant qu'anarchique.

Bref, lorsque l'on a de bonnes raisons de penser qu'un texte présente une importance capitale, qu'il a été soigneusement préparé par des gens compétents et qu'il produira les effets décisifs que l'on attend de lui dans la seule et stricte mesure où il conservera son économie d'ensemble sans dénaturation ni adjonction perfide, il n'est pas aberrant (du tout) de vouloir le prendre par ordonnance.

### **Mais n'y a-t-il pas un prix politique à payer pour le recours aux ordonnances ?**

C'est possible, bien sûr. L'opposition institutionnalisée poussera toujours des cris d'animaux et cela donnera un argument (de plus) à l'opposition sociale pour faire tourner la mayonnaise. Mais, à bien réfléchir, je ne suis pas sûr que ce risque soit beaucoup plus élevé que celui qui s'attache à un débat parlementaire « normal » sur un texte à forte charge polémique. Regardez la loi El Khomri : des mois de guérilla, une grande agitation sociale, la grande difficulté d'en sortir autrement qu'en faisant jouer

l'article 49-3, derechef tous les inconvénients associés au procédé et, pour finir, une fracture béante et irréductible au sein de ce qui restait de majorité. Franchement, on a vu mieux en termes d'évitement des risques...

Il y a quelque chose de tranchant dans l'ordonnance. Nul n'en doute. Mais à long terme, ce n'est pas toujours de mauvaise médecine que de trancher lorsque l'on estime que l'essentiel est en jeu. En tout cas, c'est de la vraie politique.

**Par Denys de Béchillon**