

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

DEPARTEMENT DE DROIT PUBLIC

Master 2 Recherche en droit public / Option : Administration publique

MEMOIRE DE MASTER II

LA PROBLEMATIQUE DES ORDONNANCES A LA LUMIERE DE LA GESTION DE LA CRISE SANITAIRE DE 2020

Présenté par :

FAYE Mohamed El Hadji Ngor

Sous la direction de :

Docteur Ababacar GUEYE

Maître de Conférences assimilé

,

Année universitaire 2020-2021

Avertissement

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur »

Dédicaces

Je dédie ce travail

A mon défunt père feu Gilbert FAYE, pour le gout à l'effort qu'il a suscité en moi, de par sa rigueur ;

A ma famille, elle qui m'a doté d'une éducation digne, son amour a fait de moi ce que je suis aujourd'hui ;

A toi maman Penda DIALLO, ceci est ma profonde gratitude pour tout ce que tu as fait pour moi ;

A ma grande sœur Maître Khadidiatou FAYE, qui est un modèle pour moi, car m'ayant permis d'identifier le chemin à suivre pour réussir ;

A mon petit frère Jacques Birane FAYE, qui m'a toujours soutenu et encouragé durant ces années d'études.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur Ababacar GUEYE, mon encadreur, qui a bien voulu encadrer ce travail. Ses conseils, orientations, remarques, et suggestions m'ont été d'un grand apport pour la réalisation de cette production scientifique.

Je remercie mes amis de la chambre 25 D du campus social de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar ; je veux nommer : Abdoulaye SOW, El Hadji FAYE, Omar SARR, Mamadou FAYE et Cheikh Mbacké SECK avec qui j'ai vécu des expériences et des moments inoubliables.

Je remercie aussi mes camarades de promotions, dont les échanges et discussions m'ont beaucoup inspiré ainsi que toutes les personnes qui ont de près ou de loin contribué à la rédaction de ce mémoire.

Liste des sigles et abréviations

AJDA : Actualité juridique- Droit administratif

Al. : Alinéa

PUF : Presses universitaires de France

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

RDP : Revue du droit public et de la science politique

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Cons. : Considérant

CE : Conseil d'Etat

Ass. : Assemblée du contentieux

GDJAS : Grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise.

R. : Recueil Lebon

D. : Dalloz

TC : Tribunal des conflits

Sommaire

Introduction	1
PREMIERE PARTIE : LE RECOURS AUX ORDONNANCES : UNE ENTORSE A LA SEPARATION FONCTIONNELLE DES POUVOIRS	19
CHAPITRE 1 : UN DESSAISISSEMENT DU PARLEMENT	21
SECTION 1 : UN DESSAISISSEMENT <i>RATIONE MATERIAE</i> DU PARLEMENT	22
SECTION 2 : UN DESSAISISSEMENT <i>RATIONE TEMPORIS</i> DU PARLEMENT	31
CHAPITRE 2 : L’AFFAIBLISSEMENT DU CONTROLE PARLEMENTAIRE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE SANITAIRE.....	39
SECTION 1 : UN CONTROLE PARLEMENTAIRE LIMITE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE.....	40
SECTION 2 : LE RISQUE D’UN DESEQUILIBRE INSTITUTIONNEL	51
DEUXIEME PARTIE : DIFFICILE CONCILIATION ENTRE L’URGENCE ET LA COMPLEXITE DES ORDONNANCES	63
CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE BYZANTIN DES ORDONNANCES ET L’EXIGENCE DE CELERITE	64
SECTION 1 : L’IDENTITE PLURIELLE DE LA NATURE JURIDIQUE DES ORDONNANCES.	64
SECTION 2 : UN REGIME CONTENTIEUX HYBRIDE DES ORDONNANCES	72
CHAPITRE 2 : UNE PROCEDURE LOURDE DES ORDONNANCES ET LA DILIGENCE EXIGEE DANS LA PRISE DES MESURES.....	86
SECTION 1 : UNE AUTORISATION NECESSAIRE DU PARLEMENT	87
SECTION 2 : UN REGIME JURIDIQUE CONTRAIGNANT DE LA RATIFICATION DES ORDONNANCES.....	98
Conclusion.....	107
Bibliographie	109
Table des matières	117

Introduction

Comme toutes les notions majeures particulièrement denses, l'Etat recouvre à la fois « *une idée et un fait, une abstraction et une organisation* »¹. Fiction juridique, l'Etat est partout, sa présence bien qu'invisible se fait ressentir.² A la thèse la plus ancienne qui fait naître l'Etat de la volonté divine³ à laquelle Dieu était bien à l'origine du pouvoir mais que c'était aux hommes de le transmettre et de l'exercer, succède la théorie de l'origine contractuelle⁴ de l'Etat qui se matérialise par la conclusion d'un contrat entre des volontés humaines. Dans la pensée rousseauiste telle qu'elle a été développée dans le **contrat social** (1762), ce sont les inégalités qui s'installent progressivement entre les hommes dans l'état de nature⁵ qui les incitent à se lier par un accord général (**contrat social**) par lequel est constitué l'Etat. Celui-ci résulte de la volonté libre de l'homme, chacune des volontés individuelles formant la volonté générale constitutive de la souveraineté de l'Etat. Ce faisant, la liberté originelle de l'homme n'est pas entravée, elle s'exprime désormais à travers la volonté générale matérialisée par la loi (traduction de l'intérêt général) à l'élaboration de laquelle il participe et à laquelle il doit obéissance. La conception institutionnelle⁶ de l'Etat défendue par Maurice Hauriou, doyen de la faculté de droit de Toulouse et contemporain de Duguit apporte aussi une conception assez originale de l'Etat. Cette thèse de l'origine institutionnelle trouve son point de départ avec le constat fait par le doyen Hauriou que « *l'Etat présente les caractères d'un organisme social structuré qui relève d'un processus de biologie institutionnelle.* »⁷ D'où l'institutionnalisation du pouvoir politique qui consiste à une dissociation entre le pouvoir et son détenteur. Les

¹ MBODJI (El hadji), (cours de droit constitutionnel)

² BURDEAU (Georges), *L'Etat*, SEUIL, Nouvelles Edition, 2009 .Dans cet essai l'auteur disait : « personne n'a jamais vu l'Etat. Qui pourrait nier cependant qu'il soit une réalité. »

³ SAINT Paul, « Non est protestas nisi a Deo. » par cette formule SAINT Paul rappelle l'origine divine du pouvoir.

⁴ ROUSSEAU (Jean -jacques), *Du Contrat Social*, Marc- Michel Rey, Amsterdam, 1762. Rousseau y exprime son idéal républicain en quatre parties : 1 –Renonciation à nos droits naturels au profit de l'Etat, qui, par sa protection, conciliera l'égalité et la liberté, 2-Le peuple tout-puissant sauvegarde, par le truchement d'un législateur, le bien-être général contre les groupements d'intérêts ,3-La démocratie doit maintenir sa pureté par des assemblées législatives, 4-Creation d'une religion d'Etat, ou religion civile.

⁵ HOBBS (Thomas), *LE LEVIATHAN*, Flammarion, 1651. Pour cet auteur l'état de nature correspond à un état de guerre de chacun contre chacun, tout homme cherche à se conserver.

⁶ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif* 2^E EDITION ,1929 . Dans lequel HAURIOU expose sa théorie de « L'INSTITUTION » ou « FONDATION » la richesse de la pensée en rend l'exposé difficile. Cette théorie met en relief le caractère historique du phénomène étatique et incorpore l'idée de contrainte et de consentement

⁷ Hauriou (Maurice), « La théorie de l'institution et de la refondation », *La cité moderne et les transformations du Droit, Cahier de la nouvelle journée* , 1925, étude rééditée dans le n°23 de ces *Cahiers*, Paris Goud et Gray, 1933 , pp.89 et s. Reference citée par Yann Tanguy, « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », RDP, n°1, 1991, p. 61 (note de bas de page n°2)

gouvernants ne détiennent le pouvoir que parce qu'ils sont les dépositaires des fonctions qui leur sont attribuées dans le cadre des institutions de l'Etat. Cependant, l'Etat tel que nous le connaissons est une réalité récente puisque apparue vers le 16^e siècle. Lorsqu'on est parvenu à dissocier intellectuellement le pouvoir de l'individu qui l'exerce. Il constitue la forme d'organisation sociétale la plus répandue au monde⁸. A partir du 16^e siècle sous l'influence italienne, notamment celle de Machiavel, le mot Etat va acquérir deux significations nouvelles. Il va désigner parfois l'organisation politique d'un pays, parfois le pays lui-même, l'entité territoriale qui est ainsi gouvernée.⁹

L'Etat de droit est une notion complexe à définir, pour plusieurs raisons. Née de la doctrine allemande sous le terme de *Rechtsstaat* dans la seconde moitié du XIX^e siècle, elle fut réceptionnée en France à partir du XX^e siècle par trois principaux¹⁰ auteurs : Duguit¹¹, Hauriou¹², et Carré de Malberg¹³. La difficulté réside d'abord dans la pluralité des conceptions de l'Etat de droit. Une première conception consiste à définir l'Etat de droit comme un « *Etat soumis à un droit qui lui serait extérieur* »¹⁴. Cette conception matérielle de l'Etat de droit, peut elle-même être divisée en deux variantes, selon le courant de pensée concerné. Ainsi les jus naturalistes percevront l'Etat de droit comme un Etat « *soumis à un droit voulu par Dieu ou dérivé de la nature même de l'homme ou des choses* »¹⁵, tandis que les positivistes considéreront que ce n'est pas l'Etat en tant que tel, mais ses organes, qui sont soumis au droit positif antérieur car « *il n'y a pas de droit extérieur et supérieur à l'Etat* »¹⁶. La deuxième conception, plus restreinte, est celle qui consiste à appréhender l'Etat de droit comme un Etat qui « *agit au moyen du droit* »¹⁷ : ce point de vue plus formel, voit dans l'Etat de droit un « *type d'organisation de pouvoir dans lequel existe une hiérarchie des normes* »¹⁸. Enfin, une dernière conception définit l'Etat de droit comme « *L'Etat dont le droit comporte certains attributs intrinsèques* »¹⁹ et comporte donc une dimension plus

⁸ Près de 200 ETATS existent actuellement au monde.

⁹ JEAN KRYNEN, « Sur le concept de République leguée par Rome », 2017

¹⁰ Voir pour une analyse détaillée : HEUSCHLING (L), *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, p. 375 et s.

¹¹ DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3^e édition, 1928.

¹² HAURIOU (M), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e édition, Sirey, 1929.

¹³ CARRE DE MALBERG (R), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 2003 (réimpression des éditions 1920-1922), 1526 p.

¹⁴ TROPER (M), « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, p. 55.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Id.*, p. 58.

¹⁹ CHEVALLIER (J), *L'Etat de droit*, LGDJ, coll. « Clefs », 6^e édition, 2017, p. 13.

substantielle. Il existe ainsi plusieurs « versions »²⁰ de l'Etat de droit, en fonction du prisme adopté. Au-delà de la pluralité des conceptions, le terme d'Etat de droit renvoie également à des notions distinctes par leur contenu, leur nature et leur fonction²¹. Il s'agit tout à la fois d'un concept théorique et d'une notion de droit positif. L'Etat de droit est d'abord une théorie : il s'agit d'une « *production doctrinale* »²² qui vise soit à décrire un type d'Etat, « *notion politique descriptive* »²³ ou un idéal d'Etat, « *notion politique normative* »²⁴. Mais il évolua peu à peu vers un concept de droit positif, pour être aujourd'hui consacré dans des Constitutions ou des traités internationaux²⁵. Il paraît opportun de retenir une définition large de l'Etat de droit *qui combine les différentes conceptions notamment formelle et substantielle au lieu de s'enfermer dans une seule*. Plus que des conceptions, il s'agit alors de facettes de l'Etat de droit. Comme le souligne justement Jacques Chevallier, il est nécessaire d'avoir à l'esprit ces deux facettes puisque « *le signifiant 'Etat de droit' n'a de sens qu'en rapport avec un certain signifié* »²⁶. En d'autres termes « *la hiérarchie des normes n'est que l'enveloppe formelle d'une conception substantielle du pouvoir et des libertés que tout à la fois elle transcrit et préserve* »²⁷. Au sens formel, l'Etat de droit suppose l'existence d'une hiérarchie des normes selon laquelle chaque acte juridique doit s'édicter dans le respect des normes qui lui sont supérieures. De ce point de vue, il est donc un « *dispositif technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement du processus de production des normes juridiques* »²⁸, qui repose sur des principes de constitutionalité et de légalité.²⁹ Mais cette hiérarchie des normes est elle-même conditionnée par le maintien d'un certain équilibre des pouvoirs. Jacques Chevallier l'exprime bien en ces termes : « *La hiérarchie des normes, formellement sauvegardée, tend cependant à être faussée de manière plus insidieuse par la modification de l'équilibre des pouvoirs, qui place l'exécutif au centre du dispositif de création du droit : l'ordre juridique ne présente plus pour lui les caractères d'un véritable cadre normatif contraignant, d'une hétéro limitation, dès l'instant où il dispose d'une emprise croissante sur le processus législatif* »³⁰.

²⁰ *Ibid.*

²¹ JOUANJAN (O), « Etat de droit », in ALLAND (D), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy 2003, p. 650.

²² CHEVALIER (J), *op.cit.*, p. 13.

²³ JOUANJAN (J), *op.cit.*, p. 650.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ HEUSCHLING (L), *op.cit.*, p. 3.

²⁶ CHEVALLIER (J), *op.cit.*, p. 86.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Id.*, p. 66.

²⁹ JOUANJAN (J), *op.cit.*, p. 650.

³⁰ CHEVALLIER (J), *op.cit.*, p. 70.

Dans sa dimension matérielle ou substantielle³¹, l'Etat de droit suppose l'existence de deux éléments : d'une part, la sécurité juridique, qui sous-tend « *l'idée que la règle de droit est tenue de présenter certaines caractéristiques intrinsèques* »³² comme la clarté, l'accessibilité, la stabilité, la précision... ; d'autre part, la consécration dans des normes à valeur supérieure de droit fondamentaux, qui en plus d'exister, doivent « *faire l'objet de mécanisme de protection approprié* »³³ notamment par l'existence d'un contrôle juridictionnel du respects de ces droits. Finalement, l'Etat de droit matériel peut se définir comme la nécessité pour un ordre juridique de consacrer, à son sommet, certains principes qu'Olivier Jouanjan a synthétisé « *primauté de la Constitution et sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principes d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique(...) responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales* »³⁴. En définitive, on peut retenir que *la protection juridictionnelle et l'équilibre des pouvoirs* sont deux éléments permettant de garantir l'Etat de droit.

Le droit international public et le droit constitutionnel définissent l'Etat à partir de ses éléments constitutifs que sont le territoire, la population et le pouvoir politique. Entendus de manière cumulative, ces éléments conditionnent l'existence d'un Etat au sens moderne du terme conçu comme une forme d'organisation qui dispose du pouvoir politique absolu, l'exerce à l'intérieur d'un cadre géographique bien déterminé sur l'ensemble des personnes qui s'y trouve. Et qui, considérées de manière objective comme une communauté de personnes liées par des valeurs communes, composent ce qui est convenu d'appeler *la nation*. Ces critères de définition modernes, juridiques de l'Etat semblent nécessaires mais insuffisants d'où la nécessité de les compléter avec des critères juridiques à savoir la personnalité juridique³⁵ et la souveraineté³⁶ qui peut être interne comme externe.

Dans les Etats modernes, la démocratie ne peut exister si le partage du pouvoir et par suite sa limitation, son encadrement et son contrôle ne sont pas réalisés. Ce partage du pouvoir

³¹ Ces deux dimensions seront assimilées, par souci de simplification, mais peuvent en réalité comporter des nuances.

³² CHEVALLIER (J), *op.cit.*, p. 94.

³³ *Ibid.*

³⁴ JOUANJAN (O), *op.cit.*, p. 682.

³⁵ GICQUEL (Jean), *Droit constitutionnel et Institutions publiques*, Montchrestien, 26e Edition, 2012, p. 78

³⁶ Bertrand de Jouvenel, *De la souveraineté*, (souveraineté)

s'appuie sur un principe à valeur constitutionnelle le principe de la séparation des pouvoirs³⁷. Lequel principe signifie que dans les Etats démocratiques, il existe non seulement une pluralité d'organes exerçant le pouvoir, mais également une structure institutionnelle qui permet de les distinguer en fonction des compétences qui leurs sont respectivement attribuées. Deux auteurs sont à l'origine de l'expression théorique du principe de la séparation des pouvoirs ; l'Anglais John Locke et le français Montesquieu. Le premier a formulé sa conception dans *L'essai sur le gouvernement civil*, paru en 1690, le second dans *L'esprit des lois*, paru en 1748.

Pour Montesquieu, qui a développé la pensée de John Locke, il existe trois pouvoirs séparés : législatif qui fait les lois, l'exécutif qui les applique de manière générale et le pouvoir judiciaire qui les applique de manière particulière en cas de violation. Chacun de ces trois pouvoirs doit être confié à un organe distinct et indépendant des deux autres. Mais une application stricte de ladite théorie peut causer des blocages et des instabilités institutionnelles d'où l'avènement du parlementarisme rationalisé³⁸, lequel concept est forgé par le doyen Boris Mirkine-Guetzevitch entre les deux guerres mondiales par référence au régime allemand Weimar. La rationalisation est apparue comme une réaction à l'instabilité ministérielle qui avait cours dans les régimes parlementaires européens jusqu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale. C'est une technique qui vise à renforcer l'autorité de l'exécutif en codifiant dans le dispositif constitutionnel des mécanismes juridiques. Parmi lesquels on peut citer la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement devant l'Assemblée nationale, à la fixation de l'ordre du jour, à la délimitation du domaine de la loi et du règlement, à la délégation du pouvoir législatif au gouvernement à travers le régime des ordonnances.

Il faut noter que l'Etat peut traverser deux périodes fondamentalement ; période normale et période de crise ou plus précisément d'état d'exception³⁹. Dans l'hypothèse d'une période de crise, il a tendance à utiliser des voies d'urgence⁴⁰ procédures dérogatoires du droit commun. Ainsi au Sénégal, face à l'épidémie de COVID-19, l'Etat du Sénégal pour endiguer la propagation du virus a pris d'importantes mesures allant de l'interdiction des rassemblements

³⁷ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, 1748

³⁸ AVRIL (Pierre), « Le parlementarisme rationnalisé », RDP, 1998, pp. 1507-1515.

³⁹ Djaminatou (Zombe), *La protection des droits fondamentaux dans l'état d'exception : exemples du Burkina Faso et du Mali*, Thèse de doctorat, UCAD, janvier 2021. L'auteure rappelle les définitions des sociologues et des philosophes notamment Marie Goupy (L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu de la démocratie, Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en philosophie, Ecole normale supérieure de Lyon, 2011, pp. 18-22)

⁴⁰ Voir, PAMBOU-TCHVOUNDA (Guillaume), « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », RDP, 1983, p. 81

à la fermeture des frontières et la restriction des libertés individuelles et collectives. La réaction normative de l'Etat fut la proclamation de l'état d'urgence par le Président de la République, et un projet de loi d'habilitation. Ainsi, furent prises un certain nombre d'ordonnances. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'objet de notre étude « **La problématique des ordonnances à la lumière de la gestion de la crise sanitaire de 2020.** »

Les ordonnances correspondent à un empiètement matériel du pouvoir exécutif sur le domaine législatif. Par l'intermédiaire d'une technique de délégation de compétences législatives apparue en France dès la première guerre mondiale. Prolongement des « décrets lois » et des « lois de plein pouvoir »⁴¹, les articles 38 et 77 respectivement de la constitution française de 1958 et sénégalaise 2001 permettent au gouvernement de prendre des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi sous réserve d'une habilitation législative. Elle est héritière des décrets lois pratiqués sous la III et IV République. En effet à partir de 1924, apparaît en France une catégorie d'actes les décrets lois, technique permettant sous la III et IX républiques au pouvoir exécutif de modifier une loi en vigueur après avoir obtenu le vote d'une loi l'y autorisant. Le problème était double le recours fréquent à cette technique à partir de 1924 avec un record, en une seule journée, en 1934, 400 décrets lois furent pris et sans contestation car s'apparentant à une législation déléguée. Ainsi les décrets lois furent interdits explicitement par la constitution de la 4^e république notamment à travers l'article 13 qui disposait « *L'Assemblée nationale vote seule la loi .Elle ne peut en déléguer ce droit.* » En effet, l'argument s'opposant aux décrets lois soulignait que le parlement ne peut déléguer une compétence (faire la loi) qu'il tient de la constitution.

En France, l'article 38 de la Constitution consacre expressément ce qui, sous les IIIème et IVème République, n'était alors qu'une pratique. En l'absence de texte, c'est l'expression « décret-loi » qui fut utilisée pour la désigner. Il faut tout de suite relever l'ambiguïté de ce terme qui peut faire référence à deux pratiques différentes. Originellement, la notion de décret-loi était utilisée dans un sens plutôt péjoratif pour désigner les « *empiètements illégaux ou simplement anormaux du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi* »⁴². C'est-à-dire des actes législatifs pris par des autorités qui n'étaient pas investies de ce pouvoir législatif. Certains les appellent « *décrets lois révolutionnaire* »⁴³ en référence à la période dans laquelle

⁴¹ BOCKEL (Alain), *Droit Administratif*, DAKAR-ABIDJAN, N.E.A.S, 1978, p. 100. (Les "lois de pleins pouvoirs" permettaient au gouvernement de modifier les lois après autorisation législative. Ils ont donné naissance aux décrets lois posée lors de la crise de 1930)

⁴² MIGNON (M), « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception mais d'utilisation répétée : le décret-loi », *D.* 1948, p. 141.

⁴³ SOUBEYROL (J), *Les décrets –lois sous la Quatrième République*, Bordeaux, Samie, 1995, p. 19.

ils interviennent généralement à savoir « *une période troublée ou la Constitution est suspendue ou bien n'a jamais existé* »⁴⁴. D'autres parlent tout simplement de « *vrais décret-loi* »⁴⁵ car c'est le sens que cette expression a recouvert en premier lieu. A l'évidence, ceux-là ne sont pas les ancêtres des ordonnances de l'article 38.

Les décrets lois qui nous intéressent dans le cadre de cette étude sont les « *prétendus décrets lois* »⁴⁶, ceux qui ont été « *improprement* »⁴⁷ nommés comme tels, faute de terminologie posée par un texte, pour faire référence aux « *règlements, également émis par le chef de l'Etat ou le chef du gouvernement en matière législative, mais en vertu, cette fois, d'une habilitation expresse et préalable du Parlement* »⁴⁸. Ceux-là peuvent être considérés comme les ancêtres des ordonnances. Il convient de distinguer leur utilisation sous les IIIème et IVème République. Sous la IIIème République, la nécessité de prendre des « *décisions rapides et énergiques* »⁴⁹ inhérente à la période de l'entre-deux guerres se heurtait à une incapacité du Parlement de prendre de telles décisions. Outre la lenteur de la procédure législative classique, le Parlement paraissait « *incapable de répondre convenablement à la technicité et à l'urgence des situations* »⁵⁰. C'est donc à cette période que la pratique des décrets lois s'est généralisée, les gouvernements demandant au Parlement des moyens d'agir dans le domaine législatif, ce qui était d'autant plus envisageable qu'à cette époque ce domaine n'était pas défini constitutionnellement. Jacques Soubeyrol souligne que si les premières lois d'habilitation sous la IIIème République étaient délimitées temporellement et matériellement⁵¹, elles perdirent peu à peu ce second trait. Au point qu'en 1916, Aristide Briand⁵² demanda les pleins pouvoirs au Parlement pour le temps de la guerre. Le projet de lois fut vivement critiqué⁵³ ce qui conduisit le Parlement à rejeter ce projet. Huit ans plus tard, Raymond Poincaré parviendra quant à lui à obtenir les pleins pouvoirs financiers, pour faire face à la crise financière et

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ MIGNON (M), *op.cit.*, p.141.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ MASPETIOL (R), « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *EDCE*, 1949, p. 58.

⁴⁸ MIGNON (M), *op. cit.*, p. 142. Voir, pour une autre définition ; SOUBEYROL (J), *op.cit.* , p. 13 : « un décret-loi est un acte capable d'abroger des lois et que le Gouvernement, à la suite d'une habilitation parlementaire, ne peut prendre que pendant un certain délai, ou sous réserve d'un dépôt aux fins de ratification ».

⁴⁹ SOUBEYROL (J), *op. cit.*, p. 4.

⁵⁰ PINON (S), *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et des sciences politiques », 2003, p. 311.

⁵¹ SOUBEYROL (J), *op.cit.*, p. 22 et s.

⁵² Ancien Premier ministre de la République française.

⁵³ QUINART (E), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse de droit, Université de Lille, Dactyl., 2019, p. 107 et s.

économique dans laquelle la France est plongée⁵⁴. A partir de là, les lois de pleins pouvoirs se succédèrent et concernèrent d'ailleurs l'ensemble de la classe politique française⁵⁵ jusqu'à l'« *aboutissement extrême du mouvement* »⁵⁶ incarné par la fameuse loi du 10 juillet 1940 conférant le pouvoir constituant au Gouvernement, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain.

C'est parce que la dernière loi des pleins pouvoirs conduit au régime de Vichy, que la Constitution de la IV^{ème} République interdira purement et simplement la pratique des décrets lois. En effet, l'article 13 de la Constitution française du 27 octobre 1946 dispose de manière limpide que : « *L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ». André Laubadère critiquera cet article, non pas sur le principe de la condamnation des décrets lois mais sur l'interdiction totale de la délégation. L'auteur regrette que la Constitution ait « *préféré ignorer le problème, supposer qu'il n'existait pas* », plutôt que « *d'organiser une procédure des lois d'habilitation, ce qui lui eut précisément permis d'en prévoir les limites et de prendre des précautions contre ses abus* »⁵⁷. En dépit de cette interdiction, la pratique des décrets lois a continué. Dès 1948, et même avant cette date, cet article a été contourné par la technique de la délégalisation qui permit au gouvernement français d'alors de prendre des décrets lois. L'idée est la suivante : la délégation de la loi étant interdite, le gouvernement ne peut, sous aucun prétexte, prendre de mesures relevant de ce domaine. Certes, mais « *la loi pouvant tout faire* », notamment « *déterminer souverainement les compétences du pouvoir réglementaire* »⁵⁸, elle avait la possibilité de définir les matières habituellement législatives qui entreraient désormais dans la compétence du pouvoir exécutif. Ainsi, la technique de l'habilitation sous la V^{ème} République ne s'interprétait pas comme une autorisation donnée à l'exécutif de légiférer, mais une transformation de la nature de l'acte qui devient alors réglementaire, ce qui donnait toute liberté au pouvoir réglementaire pour l'adopter ou le modifier.

⁵⁴ Loi du 22 mars 1924 ayant pour objet la réalisation d'économie, la création de nouvelles ressources fiscales et diverse mesure d'ordre financier (*JORF* du 23 mars p. 1753.)

⁵⁵ Voir pour un exposé détaillé de ces lois : SOUBEYROL (J), *op.cit.*, p. 24 à 27 : « De 1924 à 1940, le gouvernement obtient onze fois des pouvoirs extraordinaires, sans compter les lois d'habilitation en matière douanière. », p. 27.

⁵⁶ SOUBEYROL (J), *op. cit.*, p. 27.

⁵⁷ DE LAUBADERE (A), « L'article 13 », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, TI, p. 473 et s.

⁵⁸ CE , avis n° 60-497 du 6 février 1953 ; Voir cet avis in GAUDEMET (Y) , STIRN(B) , DAL FARRA (T), ROLIN (F), *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3^e édition , 2008, p. 83.

Le Conseil d'Etat, dans un avis du 6 Février 1953⁵⁹, a validé cette pratique tout en prenant soin, de limiter matériellement le domaine de ces habilitations. Il considérait ainsi que, concernant les matières que la Constitution ou la « *tradition constitutionnelle républicaine* »⁶⁰ réserve à la loi, le législateur ne peut utiliser ce procédé. Contrairement aux décrets lois de la IIIème République, ceux de la IVème sont donc matériellement limités. En revanche, ils ne le sont pas temporellement, contrairement à ceux qui prévalaient sous la IIème République. Le Conseil d'Etat implique simplement que ces habilitations seront valables tant que le Parlement n'a pas « *évoqué à nouveau les matières en question dans des conditions excluant dorénavant la compétence du pouvoir réglementaire.* »⁶¹

Toutefois, l'interdiction de l'article 13 de la constitution de la 4^e république a pu être contournée par la loi « ANDRE MARIE » du 17 août 1948. Le parlement adoptait des lois cadres consistant simplement à énoncer des principes et renvoyant à des décrets qui pour leur mise en œuvre, étaient susceptibles d'intervenir dans le domaine législatif et sans limitation de durée. A sa publication, le décret-loi a valeur réglementaire, il n'acquiert valeur législative que par la ratification parlementaire. Dans un avis du 6 février 1953, le Conseil d'Etat lui-même a validé les décrets lois à condition que ces extensions de la compétence réglementaire ne portent pas sur des matières réservées à la loi par la tradition républicaine (consentement à l'impôt, statut des libertés, définition des crimes et délits). Les décrets lois traduisent le rôle grandissant de l'exécutif dans la conduite des affaires de l'Etat. Et aussi, ils rendent possible l'adoption rapide de mesures nécessaires au fonctionnement du pays, avec cependant un contrôle moindre du parlement qui ne fait qu'autoriser puis ratifier le décret lois. Les décrets lois seront constitutionnalisés sous la V^e république avec la technique des ordonnances.

La littérature sur les ordonnances de l'article 38 et 77 des Constitutions respectivement Sénégalaise et française ne manque pas. La thèse de référence en la matière est celle de Catherine Boyer-Mérentier⁶² qui étudie en profondeur les ordonnances, dès leur édition à leur nature juridique, en passant par leur régime contentieux. Cet ouvrage sera précieux pour la présente étude. Néanmoins, il date de 1996 : si certains points démontrés dans la thèse sont toujours d'actualité, d'autres en revanche sont dépassés. Une analyse rétrospective d'un passage de sa thèse le prouve assez clairement. Dans son introduction, l'auteure liste quatre

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² BOYER-MERENTIER (C), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 416.

éléments relatifs aux ordonnances qu'elle considère comme acquis : « 1) les ordonnances non ratifiées sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat 2) l'ordonnance peut être ratifiée implicitement ou explicitement, 3) après ratification elles peuvent être délégalisées, enfin 4) la ratification a un effet rétroactif ». Les deux dernières affirmations demeurent vraies aujourd'hui. En revanche, la première n'est plus tout à fait exacte, puisque depuis le revirement de 2020, une partie des ordonnances non ratifiées peut également être contestée par la voie de la QPC. Quant à la deuxième, elle n'est plus tout vraie depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en France⁶³ qui a imposé l'obligation de ratification expresse. Cela démontre bien l'évolution qu'a subie ce régime, qui amène donc à prendre du recul vis-à-vis de cette thèse.

En des Thèses, certaines études approfondies des ordonnances et plus largement du mécanisme d'habilitation ont été réalisées. C'est le cas notamment de la monographie d'Anne-Marie le Pourhiet de 2011⁶⁴ ainsi que la riche contribution de Guillaume Tusseau sur le thème de la législation déléguée, qui a le mérite d'intégrer une dimension comparée⁶⁵.

Il existe également un rapport du Sénat, réalisé en 2005 et actualisé en 2014, intitulé « *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution* »⁶⁶. Ce rapport expose, pour les trois stades de l'article 38 (habilitation, ordonnance, ratification), le régime juridique, puis la pratique. De la même manière, ce rapport ne permet pas d'appréhender les ordonnances au regard de la récente évolution, puisqu'il date de 2014.

Une tentative d'explication de la problématique des ordonnances pourrait aussi être recherchée dans l'intérêt porté sur l'étude tentaculaire dédiée aux ordonnances. En Afrique, l'article du professeur S. Nourou TALL « *les ordonnances en Afrique noire francophone* »⁶⁷, semble être une référence en la matière. Dans cet article le professeur TALL a effectué une étude remarquable sur les ordonnances, en exposant l'originalité que constituent ces outils normatifs et surtout la complexité qui les caractérisent. Mais aussi il faut noter l'ouvrage du même professeur TALL, *Droit constitutionnel et ordonnances dans les Etats d'Afrique noire*

⁶³ *Id.*, p. 19.

⁶⁴ LE POURHIET (A-M), *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2011, 176 p.

⁶⁵ TUSSEAU (G), « La législation déléguée », in TROPER (M) et CHAGNOLLAUD (D) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.2 Distribution des pouvoirs, 2012, pp. 605-657.

⁶⁶ Sénat, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, Février 2014, p. 190.

⁶⁷ TALL (S-N) « *Les ordonnances en Afrique noire francophone.* » in *mélanges africains, constitutions et institutions publiques africaines*, DAKAR EDITIONS JURIDIQUES AFRICAINES EDJA, numéro 64, janvier –février –mars, 2005, pp. 209-253

*francophone*⁶⁸, dans lequel l'auteur démontre la diversité de la nature des ordonnances ainsi que complexité de leurs encadrements. L'article de Papa Assane Toure « *l'ordonnance : un instrument normatif hybride au service de la riposte contre le COVID -19* »⁶⁹ en sa qualité de Secrétaire adjoint du gouvernement chargé des affaires juridiques de la République du Sénégal. Il a effectué une étude brève et pleine d'enseignement sur cet « instrument normatif hybride » qu'est l'ordonnance, qui certes est un moyen très efficace face à l'urgence mais dont la complexité doit amener les pouvoirs publics à l'utiliser avec parcimonie. Sur cette même lancée le professeur Ameth Ndiaye a écrit un article « *la loi d'habilitation dans les systèmes constitutionnels d'Afrique francophone* » certes pas exclusivement sur les ordonnances mais la connexité entre loi d'habilitation et ordonnance est tellement étanche qu'il est difficile d'étudier l'une sans l'autre. En France la littérature semble être plus considérable, en effet entre autres études on peut citer Jean Marc Pastor avec ses articles « *Les travaux pratiques du Conseil d'Etat sur les ordonnances non ratifiées de l'article 38 de la constitution* », « *Le regard neuf du Conseil d'Etat sur les ordonnances non ratifiées* » et « *Les ordonnances non ratifiées prennent de la hauteur au sein de la pyramide des normes* » à travers ces trois articles Pastor pose la problématique de la ratification. Sans oublier Anne Levade, dans son article « *Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement !* »⁷⁰. Dans lequel elle décrit le revirement de jurisprudence opérée en France à travers la Décision du conseil constitutionnel français qui estime que les ordonnances perdent leur caractère réglementaire à l'échéance du délai d'habilitation.

Pour le reste, pléthore d'articles de doctrine ont été publiés concernant les ordonnances. Il serait fastidieux de tous les citer, et ils seront de toute façon utilisés au cours de cette étude, et reproduits en bibliographie.

L'approche définitoire est un préalable obligatoire à toute étude scientifique rigoureuse. En effet la quête de sens, l'étude du champ définitoire des concepts, mots, notions s'impose. Ces clarifications conceptuelles nous permettront de saisir les termes de la présente étude. La notion de problématique vient du latin « *problematicus* » et du grec « *problematikos* » signifie quelque chose dont l'issue, la réalisation, l'action, la réalité est douteuse, incertaine,

⁶⁸ TALL (S- N), *DROIT CONSTITUTIONNEL ET ORDONNANCES DANS LES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE*, l'Harmattan (Sénégal)

⁶⁹ Toure (P- A), « L'ordonnance : un instrument normatif hybride au service de la riposte contre le COVID-19 », *LE SOLEIL*, n° 14987 DU 12 mai 2020, p. 18

⁷⁰ Levade (Anne), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *La semaine juridique .Edition générale*, 29 juin 2020, n°26, pp. 1185-1186

aléatoire⁷¹. Autrement dit quelque chose qui fait problème, difficile à interpréter par son caractère peu clair ou ambigu. Un problème considère du point de vue des différents aspects à traiter voire grille de lecture, d'interprétation d'un problème, ou de ce qu'on considère comme un problème.

Avant d'aller plus loin, il convient de faire quelques précisions sur la notion d'ordonnance. L'ordonnance est un « *écrit daté et signé par le médecin, contenant les prescriptions recommandées par celui-ci pour le traitement de son malade (essentiellement les médicaments prescrits avec indication des doses à prendre) ...* » On l'aura compris, cette définition est tirée du *Dictionnaire médical*⁷² et ne nous intéresse pas sans doute dans la présente étude.

Il n'existe pas de définition juridique unique du terme « ordonnance », tout simplement parce que, pris isolément, il peut recouvrir une pluralité d'instruments juridiques. Pendant longtemps, les ordonnances désignaient les décisions émanant de l'autorité royale. Si elles sont apparues dès le XII^{ème} siècle⁷³, c'est véritablement sous l'Ancien régime, « *période d'épanouissement de la souveraineté royale* »⁷⁴, que les ordonnances se sont développées. A cette époque, elles sont utilisées comme « *synonyme de lois du roi et désignent, dans une acception large, toute intervention législative du roi* »⁷⁵. Elles représentent le pouvoir souverain du roi, puisqu'elles « *ont pour caractère, le plus souvent d'être applicables à tout le royaume, d'être des règlements généraux et, d'ordinaire, de porter sur un assez grand nombre de matières* »⁷⁶. Sous les règnes de Louis XIV et Louis XV elles furent utilisées à des fins de codification⁷⁷. Après la chute définitive de la monarchie, les ordonnances disparurent du paysage juridique pendant un temps, l'abandon de ce vocable symbolisant celui du « *pouvoir personnel et abusif du roi* »⁷⁸. C'est le général de Gaulle qui se réappropriera le terme au moment de la deuxième guerre mondiale : l'ordonnance devient alors l'instrument privilégié pour « *diriger l'effort français dans la guerre* »⁷⁹. Actes législatifs, ces ordonnances

⁷¹ <https://www.larousse.fr/encyclopedia> consulté le 12 avril à 18h

⁷² *Dictionnaire médical*, J. Quevauvilliers (dir.), Paris, Elsevier Masson, 5^e édition, 2007, p. 653.

⁷³ BOYER-MERENTIER (C), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 12.

⁷⁴ BABOT (A), BOUCAUD-MAITRE (A), DELAGUE (P), « Lois du roi », in *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, coll. « Dictionnaire du droit », 2002, p. 270.

⁷⁵ *Id.*, p. 272.

⁷⁶ LEPOINTE (G), « Ordonnances », in *Petit vocabulaire d'histoire du droit français*, Domat Montchrestien, 1948, p. 251.

⁷⁷ BOYER-MERENTIER (C), *op. cit.*, p. 14.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁹ Manifeste du 27 octobre 1940 relatif à la direction de l'effort français dans la guerre (J.O.F.L n°1 du 20 janvier 1941).

sont d'abord adoptées par de Gaulle lui-même en sa qualité de chef de la France libre⁸⁰ et président du Comité national⁸¹. Cette terminologie n'est pas propre à cette période, mais plutôt au général de Gaulle. En effet, elle fut de nouveau mobilisée par une des trois lois du 3 juin 1958, celle relative aux pleins pouvoirs, qui prévoit que pendant une durée de six mois, le Gouvernement de la République pourra prendre « *par décrets, dénommés ordonnances, les dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation, qui pourront notamment abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur* »⁸².

En France, la Constitution du 4 octobre 1958 consacrera cette notion, à travers plusieurs articles permettant l'adoption d'actes appelés « ordonnances » : l'article 38, les articles 47 et 47-1 (jamais utilisés)⁸³, l'article 92 (abrogé) et l'article 74-1 (ajouté par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003). Si elles portent le même nom, ces différentes ordonnances ne peuvent être appréhendées sans la précision de l'article auquel elles se rattachent. Ainsi, les ordonnances de l'article 38 ne sont pas les mêmes que celles de l'article 92, pas plus que celles de l'article 74-1. On peut toutefois noter un point commun à ces deux dernières catégories d'ordonnances : elles ont toutes deux un champ d'application limité, l'une temporellement, l'autre matériellement.

Au Sénégal l'ordonnance est consacrée à l'article 77⁸⁴ de la constitution⁸⁵ du 22 janvier 2001. A l'alinéa 1 de la disposition susvisée, le constituant sénégalais emploie explicitement le terme « ordonnance » sans pour autant en donner une définition. Un réflexe naturel nous pousse à consulter *le lexique des termes juridiques*⁸⁶ pour y trouver une définition de l'ordonnance. En effet « l'ordonnance » au sens du droit constitutionnel est un « *acte normatif adopté en conseil des ministres, avec l'autorisation du parlement, dans des matières qui sont du domaine de la loi (article 38 de la constitution française de 1958)* ». *Le Dictionnaire de*

⁸⁰ Ordonnance n° 1 du 27 octobre 1940 organisant les pouvoirs publics pendant la guerre et instituant le Conseil de défense de l'empire (J.O.F.L du 20 janvier 1941) ; Ordonnance n° 5 du 12 novembre 1940 précisant les conditions dans lesquelles seront prises les décisions du chef des français libres (J.O.F.L du 10 février 1941)

⁸¹ Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre (J.O.F.L du 14 octobre 1941).

⁸² Art. Unique de la loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs.

⁸³ Ces articles permettent de mettre en vigueur, par ordonnance, des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale si le Parlement ne s'est pas prononcé dans le délai imparti.

⁸⁴ Article 77 de la constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, modifiée « L'Assemblée nationale peut habiliter par une loi le Président de la République à prendre des mesures qui sont normalement du domaines de la loi. Dans les limites de temps et de compétence fixée par la loi d'habilitation, le Président de la République prend des ordonnances qui entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification. L'Assemblée nationale peut les amender à l'occasion du vote de la loi de ratification. »

⁸⁵ Loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution du Sénégal modifiée, par entre autre, la loi référendaire n° 2016-10 du 05 avril 2016.

⁸⁶ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e Edition, 2017-2018.

*droit administratif*⁸⁷ nous propose aussi des définitions de la notion d'ordonnance à travers trois volets ; le premier volet se rapporte aux ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la constitution française de 1958. Cet article permet au gouvernement de prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi et qui, par conséquent, peuvent modifier des lois existantes. Le gouvernement doit demander au Parlement l'autorisation d'intervenir dans son domaine pendant un délai limité et pour l'exécution d'un programme assez précis ; il peut le faire en déposant soit un projet de loi, soit un amendement à un texte en cours d'examen⁸⁸. L'autorisation du parlement prend la forme d'une loi d'habilitation qui fixe le plus souvent deux délais ; un délai pendant lequel le gouvernement est habilité à prendre des ordonnances et un délai au terme duquel un projet de loi de ratification⁸⁹ devra être déposé devant le Parlement, au-delà duquel les ordonnances deviennent caduques. Les ordonnances sont prises en *Conseil des ministres*, après avis du Conseil d'Etat ; il appartient au Président de la République de les signer. Une fois publiées, elles entrent en vigueur. Tant que dure le délai d'habilitation, le gouvernement peut s'opposer à toute intervention du parlement dans le domaine de la loi qui a fait l'objet de la délégation. Le deuxième volet correspond aux ordonnances budgétaires, elles permettent au gouvernement de mettre en vigueur le projet de loi de finances si le parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de 70 jours (en France) et 60 jours (au Sénégal) après le dépôt du projet. Le troisième volet correspond aux ordonnances du juge, elles se rencontrent aussi bien en procédure civile, pénale, qu'en procédure administrative contentieuse. Dans ce dernier cas, le plus souvent, on désigne par-là certaines décisions rendues par le Président d'une juridiction ou d'une formation de jugement ; il peut par ordonnance, donner acte des désistements, rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence des juridictions administratives.

Gestion vient du latin *gestio* ce qui veut dire « *action de gérer* ». La gestion correspond, à l'origine, à l'administration des organisations. Elle s'est développée dans les années 1950 pour englober les questions de managements et de direction.

La COVID-19⁹⁰ est une maladie causée par un nouveau coronavirus identifiée en janvier 2020 à Wuhan en Chine ; le SARS-COV-2⁹¹. Les coronavirus provoquent des maladies pouvant

⁸⁷ *Le Dictionnaire de droit administratif*, Editions Dalloz -2008.

⁸⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS DECISION 2006-54 DC 16 MARS 2006, REC.44.22

⁸⁹ Morand-Deville (Jacqueline), *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 6^e édition 1999, p. 340

⁹⁰ L'OMS a baptisé cette maladie « Covid-19 », le 11 février 2020

⁹¹ Il est à souligner que le nom scientifique est « Sars-Cov-2 ».Ce nouveau coronavirus, identifié le 9 janvier 2020 dans la ville de Wuhan, chef-lieu de la province de Hubei en chine a d'abord été surnommé « coronavirus

aller d'un simple rhume à des pathologies graves telles que le SRAS. Le 11 mars 2020, l'organisation mondiale de la santé a qualifiée la situation mondiale liée au COVID-19 de pandémie, l'épidémie étant désormais mondiale. Particulièrement sévère et contagieuse, la maladie se traduit par des cas de pneumopathie pouvant entraîner la mort, particulièrement chez les personnes fragilisées. La crise sanitaire mondiale provoquée par la pandémie de COVID-19 a justifié la mise en place d'une procédure de confinement dans de nombreux pays—plus de 4,5 milliards de personnes concernées—entraînant la fermeture de frontières, un brutal ralentissement des échanges commerciaux et de l'économie mondiale ainsi qu'un krach boursier survenu le 12 mars 2020. L'impact de cette crise sanitaire est sans commune mesure puisque se répercutant dans tous les secteurs de la vie politique, économique, sociale, culturelle. Face à ces multiples défis les Etats se devaient de réagir pour faire à cette crise, ainsi plusieurs stratégies de riposte furent mises en place. Au Sénégal, la première réponse fut d'ordre juridique, à travers la déclaration de l'état d'urgence⁹² qui s'est ensuite transformé en état de gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires⁹³. C'est dans ce sillage que s'inscrit l'adoption de la loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 qui autorisait le Président de la République, en application de l'article 77 de la constitution, à prendre, des ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de sa publication toute mesure relevant du domaine de la loi afin de faire face à la crise sanitaire⁹⁴. Ainsi l'ordonnance en tant qu'instrument normatif a été mobilisée dans la stratégie de riposte contre le coronavirus. Il s'est agi d'adapter la procédure législative ordinaire, marquée par plusieurs étapes, aux exigences de célérité dictées par la situation exceptionnelle induite par le Covid-19 nécessitant l'adoption de mesures urgentes⁹⁵. Mais l'adoption de la loi d'habilitation a soulevé des inquiétudes chez certains acteurs politiques et citoyens car estimant que les ordonnances sont très « *dangereuses* » pour un Etat démocratique comme le Sénégal.

de Wuhan » ou « 2019-nCoV », par *International Committee on Taxonomy of Viruses*, l'organisme en charge de la classification des virus.

⁹² Le Président de la République par un décret n°2020-830 du 23 Mars 2020 proclamé l'état d'urgence à compter du 24 mars 2020 sur toute l'étendue du territoire.

⁹³ La loi N° 69-029 DU 29 AVRIL 1969 RELATIVE à l'état d'urgence et à l'état de siège modifiée par la loi n° 2021-18 du 19 janvier 2021, qui institue un troisième régime dénommé « Gestion des catastrophes naturelles ou sanitaires ». L'article 24, Titre 4 de la loi n° 2021-18 dispose « **En cas de survenance de situations de catastrophes naturelles ou sanitaires, il est donné, à l'autorité administrative compétente, sans que soit proclamé l'état d'urgence ou l'état de siège, pouvoir de prendre des mesures visant à assurer le fonctionnement normal des services publics et la protection des populations. Ces mesures peuvent notamment consister en l'instauration d'un couvre-feu et en la limitation des déplacements sur tout ou partie du territoire national pour une durée d'un mois renouvelable une fois.** »

⁹⁴ JORS N° 7296 du 03 avril 2020 p. 797

⁹⁵ Toure Pape Assane, op.cit.,

Au regard de toutes ces considérations une question s'impose ; **A l'aune de la gestion de la crise sanitaire de 2020, quelles sont les limites de l'utilisation des ordonnances comme moyen juridique d'action de riposte contre le coronavirus ?**

Dans les années 1930, plusieurs auteurs à l'instar d'André Tardieu, Michel Debré vantaient la procédure des ordonnances car estimant qu'elle permet d'éviter la paralysie de l'action publique et le sentiment d'impuissance de l'Etat. Mais au début des années 2000, le professeur roumain Ioan Muraru affirmait que *« le recours aux ordonnances, qui est à l'origine une exception constitutionnelle, s'est progressivement mué en une règle commune, acquérant au fil du temps l'aspect d'une avalanche de neige incontrôlables »*. De même le professeur français Pierre de Montalivet précisait que le phénomène d' *« inflation des ordonnances »* n'est que le reflet d'un *« désordre normatif »*. Jean-Marc Sauvé, vice-président du conseil d'Etat affirmait lors d'un colloque que *« L'essor contemporain de la législation déléguée est tout à la fois le symptôme d'un certain déséquilibre de la fonction législative et l'effet indésirable d'un traitement à la posologie inadaptée. Il ne peut en effet être analysé sans prendre en considération la crise actuelle de la loi, à laquelle il tente de remédier, et il doit être considéré comme source autonome de complexité et de modification de l'équilibre institutionnel. Il faut dès lors parvenir à identifier les raisons du recours à ce instrument et à distinguer son bon usage de son mauvais usage »*. Le vice-président Sauvé semble décrier la banalisation du recours aux ordonnances qui occasionne un déséquilibre institutionnel voire un certain *« dérèglement juridique et politique »*⁹⁶ dont la cause principale est la crise contemporaine de la fonction législative. Pour lui la définition des conditions d'un usage raisonné de cet instrument et un encadrement de son régime juridique peuvent permettre d'éviter les débordements.

Dans le cadre de cette étude, la méthodologie retenue est à la fois d'ordre pragmatique⁹⁷ et positiviste⁹⁸. Ainsi elle englobe l'étude de la jurisprudence en matière d'ordonnance d'une part et d'autre part l'étude des ressources juridiques sur lesquelles on compte s'appuyer. Sans nier la légitimité du débat relatif au bien-fondé de l'usage qui est fait de l'article 77 de la Constitution et 38 de celle française, notre démarche se situera prioritairement sur le plan du droit positif en cherchant à prendre l'exacte mesure des reproches d'ordre juridique formulés à l'encontre de la mise en œuvre de cet outil normatif. Il faut préciser que le Sénégal constitue

⁹⁶ Delvolve (Pierre), « L'été des ordonnances », RDFA, 2005, p. 909.

⁹⁷ Oppetit (Bruno), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 57.

⁹⁸ Champeil-Desplats (Véronique), *Méthodologie du droit et des sciences sociales*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, pp. 9-10.

pour l'essentiel notre champ d'étude mais en tant que de besoin à travers une démarche comparatiste nous pourront faire appel au droit français, et pourquoi pas des normes venues d'ailleurs intéressants l'objet de notre étude.

La quête des facteurs problématiques des ordonnances durant la gestion de la crise sanitaire de 2020 va nous permettre de mieux saisir les tenants et aboutissants de ces outils normatifs dont la complexité dépasse parfois l'entendement de certains juristes voire des pouvoirs politiques. En effet comme la écrit un auteur « *la nature des ordonnances varie dans le temps à la manière d'un caméléon* »⁹⁹, ce qui rend certainement difficile leur compréhension. La crise sanitaire de 2020 a démontré l'importance de ces outils normatifs pour faire face à des situations d'urgence, dans lesquelles le respect des règles et procédures de droit commun semble inadapté, d'où l'utilisation de procédure dérogatoire de droit commun. Comme la législation déléguée, à travers une loi d'habilitation qui constitue la source normative des ordonnances, à défaut de laquelle aucune ordonnance ne peut être constitutionnellement prise. Aussi performantes qu'elles puissent être, les ordonnances en raison de leur complexité posent plusieurs problèmes relatifs à leur nature juridique et régime contentieux mais surtout du fait qu'en faisant usage de cette technique dérogatoire à la répartition de compétences entre le domaine de la loi et du règlement, elles bouleversent l'orthodoxie juridique. En effet, à travers les articles 67¹⁰⁰ et 76¹⁰¹ de la constitution sénégalaise, le constituant sénégalais semble opérer une distinction entre les matières qui ne relèvent que de la compétence du législateur et d'autres matières qui relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire. Cependant il peut arriver que l'exécutif intervienne dans le domaine législatif mais sous habilitation du législateur par le biais d'une loi d'habilitation¹⁰². Instrument de rationalisation du parlementarisme, l'ordonnance représente un moyen reconnu par le constituant au gouvernement de se substituer, sous certaines conditions, à la « *seule autorité législative* », le Parlement. Dès lors, en poussant plus loin, l'analyse, on pourrait se poser la question de savoir si la pratique des ordonnances ne constitue pas une entorse à la séparation fonctionnelle des

⁹⁹ GICQUEL(Jean) et GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ , 31^e édition, 2017, p. 708, n°1286

¹⁰⁰ V. art 67 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, modifiée. Lequel article énumère les matières relevant du domaine de la loi.

¹⁰¹ V. art 76 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, modifiée « **Les matières qui ne sont pas du domaine législatif en vertu de la présente Constitution ont un caractère réglementaire.** »

¹⁰² La Haute Cour constitutionnelle malgache (HCC) a défini la loi d'habilitation comme « **une délégation de pouvoir de légiférer offerte au Président de la République de prendre des textes de lois ordinaires ou organiques par ordonnances ; qu'elle signifie le transfert temporaire du pouvoir législatif du Parlement au Président de la République et non de tous ses pouvoirs** ».

pouvoirs ?(**première partie**), il n'en demeure pas moins qu'on note aussi une difficile conciliation entre l'urgence et la complexité des ordonnances (**deuxième partie**).

PREMIERE PARTIE : LE RECOURS AUX ORDONNANCES : UNE ENTORSE A LA SEPARATION FONCTIONNELLE DES POUVOIRS

Mme Christiane Taubira, alors député de Guyane disait : « *Nous demandons au gouvernement, plutôt que de se surcharger de travail, d'accepter que le Parlement fasse le sien.*¹⁰³ » Ces propos de madame Taubira démontrent avec suffisance que le recours aux ordonnances peut entraver le travail parlementaire. Il faut le noter, la distribution actuelle du pouvoir politique au niveau mondial est traditionnellement inspirée par le modèle britannique. La séparation des pouvoirs¹⁰⁴, principe à valeur constitutionnelle, renvoie à une répartition tripolaire du pouvoir dans l'Etat. En effet selon la théorie de la séparation des pouvoirs, on note dans la sphère étatique, trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, exécutive et judiciaire¹⁰⁵. Lequel axiome est foncièrement contre toute idée d'une délégation des formes de volontés¹⁰⁶. Mais avec le mécanisme des ordonnances, le pouvoir législatif peut, par le biais d'un vote d'une loi appelée « loi d'habilitation », donner pouvoir à l'exécutif de prendre des actes relevant de sa compétence¹⁰⁷. Les premières manifestations de la tendance au renforcement de l'exécutif sont apparues dès les années 1930 et ont pris la forme d'une délégation du pouvoir législatif au Gouvernement. Le phénomène constitue une violation flagrante du principe la séparation des pouvoirs. Ainsi la généralité des ordres constitutionnels habilite l'exécutif à édicter des actes législatifs. Il faut noter que la Constitution française reste la référence « matricielle » en matière de législation déléguée pour la plupart des Etats

103 Propos tenus lors de la prise de parole de madame Christiane Taubira députée de Guyane à l'Assemblée nationale durant la deuxième séance du 29 juin 2011 durant laquelle était examinée le projet de loi sur les collectivités territoriales de Guyane et de la Martinique. L'article 10 dudit projet proposait d'habiliter le gouvernement en vue de la création des collectivités territoriales précitées à prendre plusieurs ordonnances, pour déterminer un certain nombre de règles importantes telles que celles financières, budgétaires et comptables.

104 *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs*, Actes des premières journées scientifiques de droit constitutionnel sous la direction d'Omaro Narey, Dakar, L'harmattan, 513 pages.

105 Verpeaux (M), *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris, Nov., 2010, pp. 105-112.

106 Hauriou (M), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2e Edition, 1916, p. 697

¹⁰⁷ Selon Carré de Malberg, « c'est la souveraineté même de la volonté dont il est le représentant qui fait que le Parlement doit pouvoir ... charger l'exécutif de statuer par un décret dans la mesure déterminée par la loi d'habilitation », cité par André BARILARI et Marie-josé GUEDON, *Institution politiques*, 4^e édition, Paris, Dalloz, Sirey, 1998, p. 149. La loi fondamentale de 1958 constitutionnalise la pratique des décrets-lois, par l'article 38. Les décrets-lois, appelés aujourd'hui ordonnances, se sont développés durant les 3^e et 4^e Républiques. En 1926 Raymond Poincaré obtint une délégation pour appliquer son programme de stabilisation du Franc. Entre 1934 et 1940, des lois de « pleins pouvoirs », puis des « lois cadres » entre 1946 et 1958 consacrèrent un essor de la pratique malgré l'interdiction de l'article 13 de la Constitution de 1946. Voir en ce sens, Guy BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *Revue Pouvoirs* n° 54, 1993, pp. 43-46 ; Pierre AVRIL, « Le parlementarisme rationalisé », *RDP*, 1998, pp. 1507-1515.

africains¹⁰⁸. Les raisons en sont bien connues et sont, pour l'essentiel, liée aux idées de paralysie, de démagogie, de rapidité et de technicité. Paralysie : le Parlement empêtré dans les divisions des forces politiques qui le compose, s'avèrerait incapable de décider et préférerait alors de renvoyer la balle dans le camp de l'exécutif. Démagogie : lorsque la situation impose de prendre des décisions impopulaires, le Parlement refuserait alors à les assumer et préférerait qu'elles soient prises par le gouvernement. Rapidité : compte tenu de la lourdeur de la procédure législative, la loi nécessitant du temps pour être adoptée alors que l'exécutif est à même d'édicter des actes juridiques beaucoup plus rapidement et donc de mieux répondre à l'urgence. Technicité : certaines matières particulièrement techniques se prêteraient mal à une discussion parlementaire de telle sorte qu'il serait plus opportun de les régir par un acte de l'exécutif. Durant la crise sanitaire de 2020, le recours aux ordonnances pour légiférer a été noté dans plusieurs Etats. En effet c'est les soucis de rapidité qui a été invoqué par les exécutifs. Ainsi occasionnant un dessaisissement du parlement (**chapitre 1**) et par voie de conséquence un affaiblissement du contrôle parlementaire des ordonnances (**chapitre 2**)

¹⁰⁸ OWANA (J), « Le pouvoir exécutif », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan. Dakar. Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, tome premier L'Etat et le droit, p. 116. Il estime que : « les Constitutions africaines francophones sous l'influence déterminante de la Constitution française de 1958 ont recherché partout l'affaiblissement du Parlement par le recours aux techniques du parlementarisme rationalisé, ceci afin d'obtenir un exécutif efficace :- définition d'un domaine de la loi, même dans les ex-colonies belges (...) – possibilité de déléguer le pouvoir exécutif(...) ». Le doyen Duguit quant 'à lui estime que : « Le Gouvernement souvent participe (...) à la fonction législative en formulant, sous le contrôle direct du Parlement des règles générales appelées ordonnances ». Voir en ce sens DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, Paris.E. De Boccard, Tome deuxième, 1928, p. 809.

CHAPITRE 1 : UN DESSAISISSEMENT DU PARLEMENT

D'un point de vue technique, la subordination du Parlement au gouvernement est, le plus souvent, expliqué en raison de l'existence, au sein des constitutions contemporaines, de différents procédés de rationalisation parlementaire tendant au renforcement de la fonction exécutive. C'est dans ce sens qu'Olivier Duhamel avait identifié dix facteurs susceptibles d'expliquer l'affaiblissement de la fonction législative en France, parmi lesquels figuraient la limitation du domaine législatif, la mise en place d'un scrutin majoritaire uninominal à deux tours pour l'élection de l'Assemblée nationale, le recours aux ordonnances et la maîtrise gouvernementale du processus législatif¹⁰⁹. La rationalisation parlementaire serait l'expression d'une « *conception technocratique du pouvoir politique* » ayant pour but de « *permettre à l'exécutif de gouverner en l'absence de majorité* » à travers différentes procédures qui agissent sur les conditions et les modalités de vote de la loi¹¹⁰. La législation déléguée renvoie à l'ensemble des procédés constitutionnels permettant au gouvernement de prendre, à titre provisoire, des mesures à caractères législatifs sur la base d'une habilitation parlementaire préalable. Par exemple, relèvent formellement de la législation déléguée les ordonnances de l'article 38 de la Constitution française, les décrets législatifs de l'article 76 de la Constitution italienne, l'article 77 de la Constitution¹¹¹ du Sénégal et les décrets législatifs royaux réglés par les articles 82 et 85 de la Constitution espagnole.

« *Les lois d'habilitations nous dessaisissent de notre fonction de légiférer.* »¹¹² disait Mme Aline Koala KABORE. Pour elle, le recours aux ordonnances par l'entremise d'une loi

¹⁰⁹ Olivier DUHAMEL, « Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République », *Revue française de science politique*, 34^e année, n° 4-5, 1984, pp. 621 et ss.

¹¹⁰ François BASTIEN, « Pourquoi faut-il changer de Constitution », *Mouvements*, vol. 18, n° 5, 2001, p. 52

¹¹¹ Voir Kelsen (H), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 204. La Constitution fait l'objet d'une définition au sens formel et au sens matériel. Au sens formel, la Constitution est selon le maître de Vienne Hans Kelsen « *la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques. Cette règle de la création des normes juridiques essentielles de l'Etat ... et de la procédure de la législation forme la Constitution au sens propre, originaire et strict du mot.* Carré de Malberg dira dans le même sens que la Constitution au sens formel, est l'acte juridique « *énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant et qui par la suite ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision.* ». Au sens matériel, Kelsen dit de la Constitution que « *c'est elle qui est en jeu lorsque les Constitutions modernes contiennent, non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles.* Par-là (...) *la Constitution trace des principes, des directions, des limites pour le contenu des lois à venir (...)* La Constitution n'est pas alors uniquement une règle de procédure mais aussi une règle de fond ». Pour Georges Vedel : « *La Constitution matérielle est l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'Etat* »

¹¹² Discours de bienvenue de Mme Aline Koala KABORE, deuxième Vice-présidente de l'Assemblée nationale, Présidente du comité d'organisation du séminaire régional des parlementaires de la Francophonie sur les lois d'habilitation tenu au Burkina Faso les 15 et 16 septembre 2011.

d'habilitation leur dépouillait la sacro-sainte compétence des députés : le vote de la loi. Comme pour renchérir ces propos de Mme Kabore et M. Kanidoua Nahobo estiment que : « *Les lois d'habilitation donnent toute la latitude à l'Exécutif.* » Il faut le préciser ce dessaisissement du parlement est prévu par plusieurs dispositifs constitutionnels. Ce qui fait dire à M. Abdoulaye Dieye que « *La procédure des lois d'habilitation est une procédure dérogatoire du droit constitutionnel.* » autrement dit l'encadrement de la loi d'habilitation vient préciser que la compétence normative revient en principe au pouvoir législatif. Ce dessaisissement peut être *ratione materiae* (section 1) et *ratione temporis* (section 2)

SECTION 1 : UN DESSAISISSEMENT *RATIONE MATERIAE* DU PARLEMENT

Dans les cas prévus par la Constitution, l'exécutif lui-même peut être habilité à exercer la fonction législative. A ce titre, deux hypothèses de dispositifs peuvent être distinguées sur le plan conceptuel : ceux relevant de la législation déléguée, d'une part et ceux relevant des régimes d'exception d'autre part. La législation déléguée désigne les procédés autorisant le Gouvernement à prendre des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi, sur la base d'une habilitation législative. Au sens large , la législation déléguée renvoie aux procédés qui permettent à l'exécutif d'intervenir dans le domaine de la loi sur la base d'une habilitation constitutionnelle : le Parlement n'intervenant que *a posteriori* pour ratifier les mesures prises par le Gouvernement .Relèveraient , au contraire, des régimes d'exception les dispositifs attribuant à une autorité administrative le pouvoir d'intervenir dans le domaine de la loi sans que le Parlement ne soit tenu ni à l'habilitier ni à ratifier les mesures de cette dernière : tel étant, notamment, le cas des pouvoirs exceptionnels du Président de la République (article 16 de la Constitution française et 52 de la Constitution du Sénégal). L'habilitation ou la délégation législative¹¹³ est une technique juridique permettant au Parlement d'autoriser, de manière temporaire et limitée, le gouvernement, au moyen d'une

¹¹³ BON (P) , « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », *Etudes offertes à Jean –Marie AUBY*, Paris , Dalloz, 1992, p. 467. Il souligne que les deux termes (habilitation et délégation) peuvent être tenus pour synonymes , bien qu'en théorie , ils désignent des figures juridiques qui ne sont pas forcément identiques . Voir aussi dans ce sens DUHAMEL (O) et MENY (Y) (dir) , *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 463 . « *La délégation législative désigne la situation dans laquelle une loi votée par le Parlement confère à l'exécutif le pouvoir d'édicter des normes juridiques qui présentent certains des attributs de la loi : par exemple, les normes juridiques édictées par l'exécutif ont rang de loi et peuvent modifier des lois antérieurement votées par le Parlement ; par exemple encore, dans l'hypothèse où la définition de la loi est apparemment matérielle, elles peuvent intervenir dans le domaine normalement attribué à la loi* ».

loi, de faire usage du pouvoir législatif dans certains domaines bien précis. Elle obéit à plusieurs conditions¹¹⁴ bien définies. Durant la pandémie de Covid-19 de 2020, le parlement sénégalais a voté une loi d'habilitation¹¹⁵ pour autoriser le Président de la République à prendre des mesures relevant normalement du domaine de la loi. Laquelle loi d'habilitation conformément à l'article 77 de la constitution sénégalaise modifiée, a fixé les matières déléguées. Ainsi le parlement s'est vu dessaisi de facto sur lesdites matières (**paragraphe 1**), il faut le constater avec une certaine largesse du spectre d'intervention des ordonnances (**paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1 : SUR LES MATIERES DELEGUEES

En dépit du sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs, la possibilité pour l'exécutif de prendre des actes législatifs est reconnue dans tous les ordres constitutionnels à quelques exceptions notables près dont la plus remarquable est, en Europe, le cas de l'Allemagne. Dans plusieurs constitutions, en réaction aux abus du passé, des dispositions constitutionnelles sont en effet interprétées comme ne permettant pas à l'exécutif d'édicter des actes législatifs mais seulement des actes réglementaires et encore à la condition que le législateur l'ait expressément autorisé. Ces actes « *pris par le gouvernement avec l'autorisation du Parlement dans des matières qui sont du domaine de la loi* »¹¹⁶. Historiquement, la pratique de la délégation du pouvoir législatif était apparue pendant la Première Guerre mondiale dans la plupart des pays belligérants ; mais elle était alors considérée comme une entorse exceptionnelle au principe du vote de la loi par les Chambres et avait cessé en même temps que les hostilités. On devrait cependant y revenir assez vite en France : en mars 1924, Poincaré en fit admettre à nouveau le principe par les Chambres, mais les réactions dans l'opinion publique furent telles que le Gouvernement n'osa pas se servir des pleins pouvoirs qui lui étaient accordés. Pourtant en août 1926, redevenu Président du Conseil, Poincaré obtint une nouvelle délégation qui lui permit d'appliquer son programme de stabilisation du franc. Mais ce n'est qu'à partir de 1934 que la pratique s'installe définitivement : tous les Gouvernements français qui se succéderont entre 1934 et 1940 demanderont, lors de leur

¹¹⁴ Voir art 77 de la Constitution du Sénégal ; art 102 de la Constitution du Bénin ; art 132 de la Constitution du Congo ; art 75 de la Constitution de la Côte d'Ivoire ; art 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958 ; Voir également l'Avis CC -00-01 du 07 janvier 2000 de la Cour constitutionnelle du Bénin.

¹¹⁵ Voir P.A.TOURE du 2 avril 2020 habilitant le Président de la République à prendre par ordonnances des mesures relevant du domaine de la loi pour faire face à la crise sanitaire de 2020.

¹¹⁶ Serge GINCHARD *et al* , Lexiques des termes juridiques , Paris , Dalloz , 23^e édition , 2015-2016, p. 731.

investiture ou dans les quelques jours qui suivront, que le Parlement leur accorde « les pleins pouvoirs » selon l'expression alors en usage dans la presse en vue de la réalisation de leur programme. Dans le même temps à partir de 1933, Roosevelt¹¹⁷ obtiendra également du Congrès¹¹⁸ de très larges délégations du pouvoir législatif ; et les Gouvernements anglais de même.

L'habilitation législative est l'autorisation donnée par le Parlement à l'exécutif de légiférer par la voie d'ordonnance dans le domaine de la loi dans les limites de temps et de compétences fixées par la loi d'habilitation¹¹⁹. Laquelle précise le ou les domaines concernés par l'habilitation, le cas échéant, les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance¹²⁰. D'un point de vue fonctionnel, ladite loi a pour but d'assurer la délégation de pouvoir nécessaire à l'exercice de la fonction législative par l'exécutif. La demande d'habilitation provient, le plus souvent, du Gouvernement lui-même. En France, le Conseil constitutionnel a estimé, à ce sujet, qu'il résulte de l'article 38 de la Constitution que « *seul le Gouvernement peut demander au Parlement de prendre de telles ordonnances* »¹²¹ La capacité de légiférer dans les matières visées par ladite loi d'habilitation est transférée au Gouvernement jusqu'à la fin de l'habilitation. Au Sénégal, le constituant à travers l'article 77 de la constitution du 22 janvier 2001 modifiée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019 qui dispose que : « *Dans les limites de temps et de compétence fixées par la loi d'habilitation, le Président de la République prend des ordonnances qui entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation.* » On parle ainsi de « *projet de non caducité* »¹²². L'Assemblée nationale peut les amender à l'occasion du vote de la loi de ratification. L'alinéa 2 de ladite disposition constitutionnelle indique « *dans les limites de temps et de compétences* » Autrement dit la loi d'habilitation doit fixer les domaines où le Président de la république pourra prendre des ordonnances, sous peine d'être sanctionnée par le juge constitutionnel pour incompétence négative¹²³. Le Conseil

¹¹⁷ Franklin Delano Roosevelt, né le 30 janvier 1882 à Hyde Park et mort le 12 avril 1945 à Warm Springs, est un homme d'Etat américain, 32^e président des Etats-Unis, en fonction de 1933 à sa mort en 1945. Il est l'un des principaux acteurs de la Seconde guerre mondiale, rompant avec l'isolationnisme traditionnel de son pays.

¹¹⁸ Le Congrès des Etats-Unis est la législature bicamérale du gouvernement fédéral des Etats-Unis.

¹¹⁹ Voir P.A.TOURE, « L'Ordonnance : un instrument normatif hybride au service de la riposte contre le COVID-19 », *LE SOLEIL*, N° 14987 du 12 mai 2020, p. 18.

¹²⁰ Voir la décision du Conseil constitutionnel français du 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC.

¹²¹ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, consid.28.

¹²² L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^e édition, p. 891.

¹²³ Lorsque le législateur commet une incompétence négative, il renonce à fixer les règles et les principes fondamentaux et permet, explicitement ou implicitement, à une autre autorité d'intervenir à sa place.

constitutionnel français rappelle dans le huitième considérant de la Décision *Sofiane A.* , que l'article 38 de la constitution « *fait obligation au Gouvernement, d'indiquer avec précision du Parlement (...) la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention.* » Cette formulation résulte d'une jurisprudence clairement établie même si les termes de la rédaction ont été légèrement modifiés depuis la décision fondatrice ¹²⁴ Le Parlement délègue sa compétence, et on parle de « *législation déléguée* » ¹²⁵ pour reprendre la formule de Jean-Marc SAUVE. Et se voit dessaisir sur les matières déléguées pendant la durée de l'habilitation. Une fois que le parlement a habilité le gouvernement à agir dans un domaine précis, se pose la question de savoir s'il perd lui-même toute capacité d'intervention ou s'il peut également intervenir nonobstant la délégation consentie à l'exécutif. En l'absence de disposition constitutionnelle expresse, c'est la seconde hypothèse qui semble bonne : le Parlement peut intervenir car la loi d'habilitation dont lui-même est l'auteur ne lui est pas opposable ¹²⁶. Il arrive toutefois dans un souci de rationalisation de l'action normative que la Constitution accorde à l'exécutif la possibilité de s'y opposer. C'est l'exemple de l'article 41 de la Constitution française selon laquelle « *s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement ... est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou l'autre, statue dans un délai de huit jours* ». Le moyen donné au gouvernement de protéger la délégation que lui a accordé le parlement contre des tentatives d'empiètement émanant de ce dernier. Force est de constater qu'en principe, seules les matières législatives ordinaires peuvent faire l'objet d'une délégation de la compétence législative à l'exécutif. Les lois constitutionnelles sont logiquement exclues. Une lecture de l'article 103 de la constitution sénégalaise permet de constater que le constituant sénégalais proscriit l'habilitation en matière de révision de la constitution. En effet la première phrase de l'alinéa 5 de l'article 103 dispose : « *Les articles 65 et 77 ne sont pas applicables aux lois constitutionnelles.* » La proscription de l'habilitation

124 Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1976, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, Considérant 2 : « ce texte (loi d'habilitation) doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre »

125 SAUVE J.M, « La législation déléguée », Allocution d'ouverture in *La législation déléguée*, sous la direction de Philippe LAUVAUX ET JEAN MASSOT , Collection Colloques, journée du 06 juin 2014, 4 novembre 2014, pp. 3-18.

¹²⁶ BON (P) , « Les actes législatifs de l'exécutif », *XVe Cours internationale de justice constitutionnelle* , A.I.J.C , 2003, p. 482.

constitutionnelle vise à renforcer la protection de la constitution. Le Parlement ne saurait se dépouiller de ses prérogatives conférées par la constitution même momentanément pour satisfaire les exigences de l'Exécutif. Ainsi, est annihilée toute possibilité juridique habilitant le Président à être constituant à la place du constituant. C'est dans ce sens que professeur Ismaila Madior FALL affirmait : « *Le Président peut être habilité par le Parlement à être un législateur momentanée mais pas un Constitution, fut-il temporaire.* » Les matières législatives organiques sont aussi exclues de même que celles exclusivement réservées à la loi de finances comme l'affirmait M. Ameth Ndiaye. En effet au Sénégal, la constitutionnalité de la loi d'habilitation du 2 avril 2020 se pose lorsque sont citées dans les dispositions de l'article 1^{er} les mesures « *d'ordre budgétaire* » parmi les mesures que le Président de la République est autorisée à prendre. C'est sur ce fondement qu'est signée l'ordonnance n°07 - 2020 du 17 juin 2020 modifiant la loi n° 2019-17 du 20 décembre 2019 portant loi de finances pour 2020. Or il est de jurisprudence constante depuis les décisions du Conseil constitutionnel français relatives à la portée de l'article 38 de la Constitution française, notamment la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004¹²⁷, que la délégation législative ne saurait prendre en compte les lois de finances. La compétence législative du gouvernement étant une compétence exceptionnelle et, pourrait-on dire, anormale, il n'est pas illogique que certaines matières législatives particulièrement importantes soient soustraites à la compétence du « *législateur gouvernemental* », pour reprendre l'heureuse formule de Pierre BON. Ainsi les constitutions distinguent, à côté des matières laissées à la compétence du législateur ordinaire, des matières réservées à la compétence du législateur organique, ce qui est le cas en Espagne, en France et au Portugal depuis 1989, les matières relevant de la compétence du législateur organique ne peuvent faire l'objet d'une délégation législative à l'exécutif. La règle est clairement posée par la constitution espagnole, dans la mesure où l'article 81 de la Loi fondamentale a défini le domaine et la procédure d'adoption des lois organiques, l'article 82-1 dispose : « *les Cortes générales pourront déléguer au gouvernement la faculté d'édicter des normes ayant force de loi sur des matières déterminées ne figurant pas à l'article précédent* ». En France, à l'inverse, on ne trouve aucune interdiction expresse dans la constitution. L'article 38, premier alinéa, se borne à préciser que le Parlement peut habiliter le gouvernement à prendre « *des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Rien n'exclut donc que des matières organiques soient visées dans la loi d'habilitation. Toutefois,

¹²⁷ Dans cette affaire, lui est déferée la loi de simplification du droit dont les dispositions autorisent le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel a jugé que « *l'article 38 de la Constitution n'exclut pas la délégation de la loi sur des matières déterminées ne figurant pas à l'article précédent* ». ».

saisi d'un recours contre une loi d'habilitation , le juge constitutionnel a affirmé que cette loi « ne méconnaît pas... les dispositions de la constitution relatives aux lois organiques dès lors que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne permet aucunement l'intervention d'ordonnances dans des matières que la Constitution réserve à de telles lois »¹²⁸ En Afrique , à titre de droit comparé on note par exemple le juge constitutionnel malgache qui à travers son Avis du 25 avril 2019 qui estime que : « La délégation du pouvoir de légiférer correspond à la possibilité offerte au Président de la République de prendre des textes de loi ordinaire ou organique. »¹²⁹ Ainsi il procède à l'extension de la loi d'habilitation aux lois organiques. Il faut aussi noter la récupération de la compétence du Parlement. En effet la seule conclusion que tire expressément les articles 38 et 77 des Constitutions respectives française et sénégalaise de l'expiration du délai d'habilitation est la compétence exclusive du Parlement. Pour modifier les dispositions matériellement législatives de l'ordonnance. Cette affirmation peut étonner *prima facie*, puisqu'en principe les ordonnances n'ont vocation à contenir que des dispositions matériellement législatives, ou pour reprendre les termes mêmes de l'article 77 de la constitution du Sénégal « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi » En réalité, il peut toutefois arriver qu'une ordonnance contienne des dispositions matériellement réglementaires. C'est-à-dire qui relèvent normalement du domaine de l'article 34 et 76 des Constitutions (France –Sénégal). En France, le troisième alinéa de l'article 38 ne fait donc que tirer les conséquences de «la mixité substantielle de ce type de norme »¹³⁰ en indiquant qu'à l'expiration du délai d'habilitation , seul le Parlement peut intervenir sur les dispositions relevant matériellement de la loi , peu important ici l'existence d'une ratification . Cette récupération du Parlement de sa compétence à l'expiration du délai d'habilitation est logique, puisque à cette date, « la fenêtre ouverte au pouvoir réglementaire pour intervenir dans le domaine de la loi s'est refermée »¹³¹ Durant la crise sanitaire de 2020, au Sénégal et un peu partout on a constaté une largesse du champ d'application des ordonnances.

¹²⁸ Voir en ce sens, Cons. Const., déc. N°81-134 DC du 5 janvier 1982

¹²⁹ Voir, Avis n° 07-HCC/AV du 25 avril 2019 sur le pouvoir du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire.

¹³⁰ LEVADE (A) , « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement I » , *SJEG* , 29 juin 2020, n° 26 , p. 1185.

¹³¹ BARTHELEMY (C), *op.cit.*

PARAGRAPHE 2 : LA LARGESSE DU SPECTRE D'INTERVENTION DES ORDONNANCES

L'an deux mille vingt a été marqué par la survenance de la maladie à coronavirus ou COVID-19 dans le monde entier. Très rapidement cette maladie est devenue une crise sanitaire mondiale sans précédent qui a affecté l'ensemble des Etats de la planète. Cette situation inédite a provoqué un bouleversement dans la vie normale des institutions étatiques. Et de ce fait, presque tous les Etats ont dû adapter leur législation pour contenir la pandémie. Les Etats ont apporté des réponses juridiques, institutionnelles, différentes mesures draconiennes que certains observateurs ont assimilées à des atteintes légitimes à la liberté d'aller et de venir¹³². Sans oublier le recours au mécanisme de la législation déléguée, à travers cet instrument normatif : l'ordonnance. Bien que la majorité des constitutions contemporaines prévoie la possibilité pour le pouvoir législatif de déléguer à l'exécutif certaines de ses compétences sous des conditions, temporelles et matérielles précises. Cette possibilité trouve son point culminant en période d'urgence comme l'a été la crise sanitaire de 2020. Il ne s'agit pas que le Parlement accorde au gouvernement voire au Président de la République un « *chèque en blanc* ». Bien au contraire, la loi d'habilitation doit comprendre des matières législatives définies avec une « *précision suffisante* »¹³³ et indiquer le « *domaine d'intervention* »¹³⁴ dans lequel l'ordonnance interviendra. Les matières déléguées doivent donc être définies de façon particulièrement précise. Ainsi, en Italie, l'article 76 de la Constitution dispose que : « *l'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au gouvernement que si les principes et critères directeurs en sont établis et seulement... pour des objets définis* ». En Espagne, la délégation ne peut concerner, selon les deux formules employées par la Constitution, que « *des matières déterminées* », article 82-1 de la Constitution ou une « *matière concrète* », article 82-3. Au Portugal, l'article 165-2 de la Constitution dispose que : « *les lois d'autorisation législative doivent définir l'objet, le sens et l'étendue ... de l'autorisation* ». Cependant, au Sénégal cette précision n'est pas totalement établie. En effet une lecture attentive de l'article 77 alinéa 2 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 révisée, permet de constater que le constituant sénégalais semble indiquer une certaine

¹³² Q. FASSASSI, « Réflexion sur la qualification du COVID-19 en droit des contrats », *Bulletin ERSUMA de pratique et professionnel*, Numéro spécial-Droit OHADA ET COVID-19, 1^{ère} Série n° 031, mars 2020, p. 4.

¹³³ Voir en ce sens, Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à reformer la protection sociale*, Cons.17.

¹³⁴ Décision n° 86-207 DC du 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Cons.13.

limitation des matières déléguées. Notamment lorsqu'il dispose : « *dans les limites de temps et de compétence fixées par la loi d'habilitation [...]* ». Mais la loi d'habilitation n° 2020-13 du 2 avril 2020 qui autorise le Président de la République à prendre par ordonnances, des mesures relevant normalement du domaine de la loi pour faire face à l'épidémie de corona virus de même que la prorogation de l'état d'urgence¹³⁵. La rédaction de ladite loi peut prêter à interprétation pour les esprits avertis. En effet, elle dispose que : « *Dans les conditions prévues à l'article 77 de la constitution, le Président de la République est habilité à prendre par ordonnance [...] toute mesure , relevant du domaine de la loi , afin de faire face aux besoins d'ordre économique , financier , budgétaire , sécuritaire et sanitaire .* » L'expression « toute mesure » semble être un fourre-tout qui sème le doute. C'est ainsi que l'ancien député Thierno Bocoum, a estimé que : « *la loi d'habilitation risque de justifier des légiférations qui n'auront rien à voir avec la gestion de la pandémie, offrant les pleins pouvoirs à Macky Sall au prétexte de l'urgence sanitaire.* »¹³⁶ . Face à ces inquiétudes le député Abdou Mbow a introduit un amendement¹³⁷ pour la suppression de la loi d'habilitation les concepts « *de tous ordres* » « *juridique* » pour apaiser la situation d'alors. Cette loi d'habilitation a fait l'objet de beaucoup de polémiques. Ce qui fait dire à M. Ndiaye que « *cette loi s'écarte du chemin jusqu'ici suivi par le Sénégal en la matière.* » Il faut le noter la pratique parlementaire a été plus ou moins précise sur les matières déléguées par rapport aux lois d'habilitations. Par exemple la loi n° 89-11 du 17 janvier 1989 portant loi habilitation a autorisé le Président de la République , et pendant deux ans « *en cas d'urgence* » et de nécessité impérieuse d'intérêt national, à apporter des modifications, par ordonnances aux droits d'importation et d'exportation inscrits au tarif des douanes et aux impôts, droits et taxes prévus par le Code général des impôts. Même s'il faut le noter le contexte était différent car c'était un contexte de turbulence économique. En France, le nombre d'ordonnances prises durant la crise sanitaire a atteint un record inédit ; le dernier avait été atteint en 2005 avec 85 ordonnances. En 2020, 125 ordonnances ont été publiées dont 99 avaient pour objet la lutte contre la pandémie, la gestion de la crise sanitaire et ses conséquences économiques et sociales¹³⁸. La loi du 23 mars 2020 ayant habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances, lui a ainsi permis de modifier le droit dans plusieurs domaines, largement au-delà de l'ordre sanitaire. A titre

135 Voir, Journal Officiel de la République du Sénégal, Numéro Spécial, n° 7296, du 3 avril 2020, pp. 797-798

136 Voir, [www. Jeuneafrique.com](http://www.Jeuneafrique.com), consulté le 26 octobre 2022 à 12h 00

137 Le droit d'amendement est le droit de soumettre au vote des assemblées parlementaires des modifications aux textes dont elles sont saisies qu'il s'agisse de projets de loi ou de propositions de loi.

138 Voir en ce sens, Secrétariat général du Gouvernement (France), « Indicateurs de suivi de l'activité normative - Edition 2021 »

d'exemple, dans une ordonnance prise le 25 mars 2020¹³⁹ le gouvernement a modifié le droit du travail en permettant aux employeurs de fixer les jours de congés et de repos. C'est dans ce sens que Sarah Massoud, Secrétaire nationale du Syndicat de la magistrature disait : « *On a vraiment assisté à une déflagration réglementaire qui allait bien au-delà de la crise sanitaire, notamment dans des domaines étrangers à la matière sanitaire en droit du travail, droit de l'environnement etc.* » Toujours en droit comparé, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français est très claire, en effet dans sa Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977 dite « Territoire des Afars et des Issas » le juge constitutionnel français estime que « *les matières dans lesquelles le gouvernement légifère par ordonnances doivent être indiquées avec précision* ». Au Gabon par exemple, le constituant contrairement à son homologue sénégalais ne consacre aucune obligation à indiquer les matières déléguées.¹⁴⁰ En France, le Conseil constitutionnel a, depuis longtemps interprété l'article 38¹⁴¹ de la Constitution française du 04 octobre 1958, comme faisant au gouvernement l'obligation d'indiquer au Parlement « *avec précision* » la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leurs domaines d'intervention. Pour autant, le gouvernement n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (décision 99-421 DC, 16 décembre 1999). Il peut au demeurant faire dépendre ce contenu des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions (décision 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986). En plus, le domaine de la loi d'habilitation peut comprendre, aux termes même de l'article 38, « *toute matière qui relève du domaine de la loi en application de son article 34* » (décision 99-421 DC, 16 décembre 1999). Aussi s'il est rare que des habilitations soient votées dans certaines matières, par exemple en droit pénal, ceci ressort d'une « *coutume et non d'une règle constitutionnelle* ». Le dessaisissement du Parlement par la voie de l'article 77 n'est, bien sûr que momentané. Il est loisible au Parlement d'amender le contenu des ordonnances, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification, soit de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au gouvernement en application de l'article 38 de la Constitution en France. Bien plus, une loi adoptée avant l'expiration de ce délai peut régulièrement modifier et ratifier

¹³⁹ Voir Ordonnance n° 2020-06 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la crise sanitaire.

¹⁴⁰ Voir, article 52 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant constitution de la République gabonaise, révisée par la loi constitutionnelle n° 046 /2020 du 11 janvier 2020 qui dispose : « Le Gouvernement peut, en cas d'urgence, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation, de faire prendre par ordonnance pendant l'intersession parlementaire, les mesures qui sont normalement du domaine de la loi. »

¹⁴¹ « 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'Etat. »

tacitement les dispositions d'une ordonnance, en l'absence de toute opposition d'irrecevabilité par le gouvernement selon la décision n° 86-2224 DC, 23 janvier 1987 du Conseil constitutionnel français. Enfin, le Conseil constitutionnel a, par sa décision 2004-501 DC du 20 janvier 2004, été amené à préciser que seul le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances. Il faut aussi noter que la loi d'habilitation encadre l'habilitation dans des limites de temps bien déterminées par cette dernière. Ce qui occasionne un dessaisissement *ratione temporis* du Parlement.

SECTION 2 : UN DESSAISISSEMENT *RATIONE TEMPORIS* DU PARLEMENT

Dans les pays d'Afrique noire francophone, l'existence de la législation déléguée dans le système juridique desdits Etats constitue un héritage colonial français du fait même du « *mimétisme constitutionnel* »¹⁴² qui a prévalu parfois avant, mais surtout à la suite de leur accession à l'indépendance¹⁴³. Le Sénégal n'a pas été une exception en la matière. La Constitution du 24 janvier 1959 prévoyait déjà en son article 37 la possibilité pour l'Exécutif de recourir aux ordonnances¹⁴⁴ ; une disposition d'ailleurs fortement inspiré de l'article 38 de la Constitution française du 04 octobre 1958¹⁴⁵. Plus tard, le système des ordonnances sera consacré par des dispositions de la Constitution de la 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} République du Sénégal. Il s'agit respectivement de la Constitution du 22 août 1960 en son article 43, celle du 7 mars 1963 en son article 53 bis et enfin celle du 22 janvier en son article 77. Depuis sa consécration par la Constitution originelle du 22 janvier 2001, ledit article n'a fait l'objet que peu de modifications¹⁴⁶. En France la Constitution de la V^{ème} République a été conçue pour rationaliser le parlementarisme et redonner du pouvoir à l'exécutif. Pour ce faire, le

¹⁴² GIRAUDEAU (C-C) , « Le mimétisme constitutionnel en Afrique : regards sur une pratique juridique contestée », *Académia .edu* , 2013, p. 12.

¹⁴³ TALL (S.N) , *Droit constitutionnel et ordonnances dans les Etats d'Afrique Noire Francophone* , Dakar , l'Harmattan –Sénégal , 2021, pp.34-45.

¹⁴⁴ Article 37 : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme , demander à l'Assemblée législative , l'autorisation de prendre par ordonnance , pendant un délai limité , des mesures qui sont normalement du domaine de la loi .*

Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de la loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée législative avant la date fixée par la loi d'habilitation .

A l'expiration 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 »

¹⁴⁵ Voir le texte original de la Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁴⁶ D'abord par la loi constitutionnelle n° 2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat qui a remplacé le terme « Assemblée nationale » par celui de « Parlement » et ensuite la loi constitutionnelle n° 2012 -16 du 28 septembre 2012 supprimant le Sénat qui a remplacé le terme « Parlement » par celui « d'Assemblée nationale »

constituant de 1958 a notamment donné à ce dernier les moyens d’agir sur le processus législatif. Cela s’illustre principalement par l’article 39, qui confie l’initiative des lois au Premier ministre et aux membres du Parlement, et par l’article 38 de la Constitution qui donne au gouvernement la possibilité d’intervenir dans le domaine législatif par ordonnance. Ces dernières sont d’ailleurs, selon Hugues Portelli, l’ : « *illustration caricaturale de l’omnipotence législative du gouvernement* »¹⁴⁷. La pandémie de la Covid -19 qui a secoué le monde entier a poussé bon nombre d’Etats à recourir aux ordonnances pour faire face à l’urgence sanitaire qui sévissait un peu partout dans le monde. C’est ainsi qu’au Sénégal et dans plusieurs pays, les différents Parlements ont voté des lois d’habilitation permettant ainsi soit au Président de la République ou le Gouvernement à prendre des mesures relevant du domaine de la loi pour faire face à l’urgence. La loi d’habilitation, cantonne l’habilitation sur le plan matériel mais aussi sur le plan temporel. Ce dernier se manifeste à travers les délais impartis¹⁴⁸. Une lecture attentive de la loi d’habilitation n° 2020-13 du 2 avril 2020 permet de constater que le législateur, a enserré l’habilitation dans un champ d’application et une séquence temporelle bien déterminée. Ce qui dessaisit le parlement durant la période d’habilitation (**paragraphe 1**) quoique les délais d’habilitation semblent relativement longs (**paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1 : DURANT LA PERIODE D’HABILITATION

Consacré par l’article 77 de la constitution sénégalaise de 2001, modifiée, le mécanisme des ordonnances dispose que : « *L’Assemblée nationale peut habiliter par une loi le Président de la République à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Dans les limites de temps et compétences fixées, le Président de la République prend des ordonnances qui entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques*¹⁴⁹ si le projet de

¹⁴⁷ PORTELLI (H) , « Les ordonnances : les raisons d’une dérive », *Droits*, 2006/2, n°44, p. 7.

¹⁴⁸ En matière de délimitation *rationae temporis* de l’habilitation accordée à l’Exécutif, il y a lieu de distinguer le délai d’habilitation du délai de ratification. Le premier correspond au délai pendant lequel l’exécutif est « *autorisé à prendre, par ordonnances, des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi* ». Le second, quant à lui, correspond au délai imparti au pouvoir exécutif pour déposer devant le Parlement ou l’Assemblée nationale un projet de loi de ratification afin d’éviter que les mesures prises par ordonnances ne deviennent caduques.

¹⁴⁹ Par exemple en France, le Conseil d’Etat a été conduit à constater la caducité d’une ordonnance. Saisi d’un recours pour excès de pouvoir contre l’ordonnance n° 2002-327 du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation aux transports intérieurs dans le département de Guadeloupe , de Guyane et de la Martinique et

ratification n'est pas déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. L'Assemblée nationale peut les amender à l'occasion du vote de la loi de ratification ». La base de ces ordonnances est une habilitation parlementaire¹⁵⁰. C'est une dérogation, une sorte de pouvoir exceptionnel donné au Président de la République pour un temps limité et sur des matières déterminées. Ce qui fait dire Bernard Mathieu éminent professeur de droit que l'ordonnance a un caractère « *clandestin* »¹⁵¹. Au Sénégal, c'est sur la base de la loi d'habilitation n°2020-13 du 2 avril 2020 que le Président de la République a signé plusieurs ordonnances¹⁵², dont certaines ne posent aucun problème du point de vue de la légalité et ou leur conformité aux dispositions de l'article 77 de la Constitution. C'est le cas de l'ordonnance n° 002-2020 du 23 avril 2020 portant sur les mesures fiscales à prendre pour soutenir les entreprises dans la mesure où la fiscalité fait partie du domaine de la loi tel que fixé par l'article 67 de la Constitution du Sénégal. C'est également le cas de l'ordonnance n° 001-2020 du 8 avril 2020 qui aménage des mesures dérogatoires au licenciement et au chômage technique puisque le droit du travail entre dans le domaine de la loi, conformément au même article 67 précité. De nombreux autres pays ont aussi fait usage des ordonnances dans le cadre de la riposte globale contre le Coronavirus. A titre illustratif, nous pouvons citer le Congo avec l'ordonnance n°20/026 du 19 avril 2020 modifiant et complétant l'ordonnance n° 20 /014 du 24 mars 2020 portant proclamation de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de Covid -19 ou encore la Côte d'Ivoire qui adopta un certain nombre d'ordonnances dont celle n°2020-440 du 6 mai 2020 portant Pénalités de retard en matière de marchés et de commandes publics et l'ordonnance n° 2020-357 du 8 avril 2020 portant mesures fiscales dans le cadre du plan de riposte à la pandémie du Coronavirus. Ainsi la constitutionnalisation de ce mécanisme montre l'esprit du constituant, empreint d'une volonté forte de rehausser l'organe exécutif en permettant des immixtions dans le domaine de

création d'agences de transports publics de personnes dans ces départements , il a déclaré le recours devenu sans objet dans la mesure où l'ordonnance était frappée de caducité du fait de l'absence de dépôt d'un projet de loi de ratification avant la date butoir du 30 juin 2002.

¹⁵⁰ Sur le rôle du Parlement dans une démocratie, se référer à l'avis du Conseil constitutionnel de la République de Côte d'Ivoire, avis n° 2005-013 / CC/ SG du 15 décembre 2005, cité par Luc SINDJOUN , *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africaines*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

¹⁵¹ MATHIEU (B) , « Les rôles respectifs du Parlement , du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38 », *RFDA* , 1987, p. 721.

¹⁵² Il s'agit de :

- L'ordonnance n° 002-2020 du 23 avril 2020 relative aux mesures fiscales de soutien aux entreprises dans le cadre de la pandémie de la Covid -19 qui insère dans le Code général des impôts de nouvelles dispositions ;
- L'ordonnance du 30 avril 2020 relative à l'aménagement des mesures dérogatoires au fonctionnement des conseils départementaux, municipaux et de ville ;
- L'ordonnance n° 001-2020 du 08 avril 2020 aménageant des mesures dérogatoires au licenciement et au chômage technique durant la période de la pandémie de Covid-19.

la loi¹⁵³, afin d'éviter certains écueils. Mais il faut préciser que l'habilitation donnée au pouvoir exécutif d'intervenir dans le domaine du pouvoir législatif n'est ni un blanc-seing, ni une renonciation parlementaire à des attributions conférées par la Constitution¹⁵⁴. Elle comporte des limites prévues par la Constitution. Parmi lesquelles il y'a les limites temporelles. La loi d'habilitation précise le délai dans lequel le Gouvernement peut agir, ainsi que la date limite à laquelle il devra obligatoirement déposer un projet de loi de ratification¹⁵⁵. En effet la loi d'habilitation fixe deux délais généralement : un délai d'action durant lequel le Président de la République peut prendre des mesures relevant du domaine de la loi, et un autre délai de caducité imparti au gouvernement pour déposer devant le Parlement un projet de loi de ratification afin d'éviter que les mesures prises par ordonnance ne deviennent caduques. En effet au-delà de l'autorisation préalable, les ordonnances doivent faire l'objet d'une procédure de ratification par le Parlement dans un délai fixé par la loi d'habilitation. Durant la crise sanitaire de 2020, la loi d'habilitation n° 2020-13 a fixé un délai de 3 mois pour permettre au Président de la République de prendre des ordonnances. C'est dans ce sens que l'article premier de ladite loi énonce : « *Dans les conditions prévues à l'article 77 de la Constitution, le Président de la République est habilité à prendre, par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, relevant du domaine de la loi, afin de faire face aux besoins d'ordre économique, budgétaire, sécuritaire et sanitaire.* » Ainsi durant ces trois mois le Parlement perd momentanément sa capacité de légiférer dans les matières visées par la loi d'habilitation, ce dessaisissement dure autant que dure l'habilitation. Par voie de conséquence l'exécutif par l'entremise du Président de la République pour le cas du Sénégal, pour d'autres pays le gouvernement¹⁵⁶ s'arroge ainsi sur les matières déléguées compétences à légiférer. Il faut le préciser, toute ordonnance prise après le délai fixé par la loi d'habilitation est considérée comme un acte administratif empiétant irrégulièrement sur le domaine de la loi et serait entachée d'illégalité comme émanant d'une autorité incompétente. En France, on note des délais d'habilitation hétérogènes mais dont la moyenne est stable depuis 2007. En effet depuis 2007, le délai d'habilitation consenti par le Parlement pour la publication des ordonnances se situe en moyenne autour de onze mois (11). Ces délais sont semblablement supérieurs à ceux qui étaient constatés au

¹⁵³ A-M. LE POURHIER, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, p. 25 ; J-C. COLLIARD, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? », *Mélanges Yves Jegouzo*, 2009, p. 131 ; J-E GICQUEL, « Ordonnances », *Jurisclass adm. fasc.* 35 mars 2015, n° 1 ; S.N. TALL, « Les ordonnances en Afrique noire francophone », *Revue EDJA*, n° 64, janvier -février-mars 2005, p. 67.

¹⁵⁴ S. N. TALL, « Les ordonnances en Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 67.

¹⁵⁵ Voir la décision du Conseil constitutionnel, du 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC.

¹⁵⁶ En France par exemple le Conseil Constitutionnel dans sa Décision, DC du 20 janvier 2005, estime « Seul le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances. »

cours de la période 1984-2001, durant laquelle ils n'ont jamais, hormis une exception, été supérieur à neuf mois. Toutefois, si les délais d'habilitation accordés par le Parlement ont été particulièrement stables entre 2007-2012 et 2012-2017 (onze mois et vingt-cinq jours). Cependant on note une diminution significative, car le délai d'habilitation est de neuf mois (9) depuis le 14 mai 2017. Ce raccourcissement des délais d'habilitation accordés au gouvernement est à attribuer au contexte d'urgence sanitaire survenu en 2020. En effet, la réponse à la crise sanitaire a entraîné une diminution historique des délais d'habilitation accordés par le Parlement. Hors habilitation liées à la crise sanitaire, le délai d'habilitation moyen constaté été de 11 mois et 21 jours. Par contre, les délais d'habilitation accordés au gouvernement pour prendre des mesures urgentes face à l'épidémie de Covid -19 se sont établis en moyenne à 2 mois.

Pendant le délai d'habilitation, c'est évidemment le Gouvernement qui est compétent pour adopter, modifier ou abroger les mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi. En effet une lecture des articles 38 de la Constitution française et 77 de la Constitution sénégalaise permet de constater cet état de fait. Mais cela signifie-t-il pour autant que le Parlement soit dessaisi, c'est-à-dire qu'il ne peut plus intervenir sur les domaines faisant l'objet de l'habilitation législative ? En France par exemple, sous les Républiques précédentes, le recours aux décrets lois n'interdisait pas le Parlement de récupérer sa compétence¹⁵⁷. Ensuite, certains pays ne retiennent plus cette solution. En Belgique par exemple, les chambres demeurent compétentes pour adopter des lois dans les matières ayant fait l'objet des pouvoirs spéciaux. Autrement dit, et pour reprendre les termes de Michel Leroy, « *les pouvoirs spéciaux ne mettent pas le Parlement en vacance* »¹⁵⁸. La Constitution française de 1958 comporte toutefois un article qui implique une forme d'incompétence du Parlement pendant le délai d'habilitation : l'article 41. Ce dernier prévoit en son premier alinéa que : « *s'il apparait au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le Président de l'assemblée nationale saisie peut opposer l'irrecevabilité* » Cette disposition permet donc au gouvernement de se « *protéger de l'ingérence éventuelle du législateur* »¹⁵⁹ en opposant l'irrecevabilité d'une proposition de loi ou un amendement qui interviendrait dans une matière « *déléguée* » pendant le délai

¹⁵⁷ BOYER-MERENTIER (C), « Cette règle n'avait pas cours à l'époque des décrets lois » *RFDA*, p. 177.

¹⁵⁸ LEROY (M), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P), MASSOT (J) (dir.), *La législation déléguée*, Journée d'étude du 6 juin 2014, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol 24, 2014, p. 99.

¹⁵⁹ BOYER- MERENTIER (C), *op. cit*, p. 176.

d'habilitation . Il faut noter que cet article utilise le terme de « délégation » alors que la thèse de la délégation est largement minoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence¹⁶⁰. En tout état de cause, cet article 41 permet au gouvernement de « *prévoir toute immixtion* »¹⁶¹ du Parlement dans les domaines ayant fait l'objet de l'habilitation législative. La durée de l'habilitation a été considérée comme sensiblement longue.

PARAGRAPHE 2 : UN DELAI D'HABILITATION RELATIVEMENT LONG

Une fois que le Parlement a habilité le gouvernement à agir dans un domaine précis, se pose la question de la durée de la délégation. En effet de même que le domaine de la délégation ne saurait être illimité, sa durée aussi ne saurait dépassée une certaine séquence temporelle plus ou moins longue. La règle est d'application générale. En Espagne, l'article 82-3 dispose que la loi de délégation doit déterminer la durée de l'habilitation et revient quelques lignes plus loin sur le problème en précisant que l'habilitation ne saurait être consentie pour un temps indéterminé. Il en va de même au Portugal avec l'article 165-2 de la Constitution qui fait référence à une durée définie. En Italie de même qu'en France, les dispositions constitutionnelles sont en apparence plus contraignantes puisque l'article 76 de la Constitution italienne parle de « durée limitée », à l'instar de l'article 38 de la Constitution française qui évoque un « délai limité ». En cas de contestations sur une durée prétendument excessive de l'habilitation, il n'est pas facile pour la juridiction constitutionnelle de contrôler les appréciations du législateur en la matière. En tout état de cause, l'affirmation selon laquelle la durée de la délégation doit être définie ou limitée ne résout pas tous les problèmes. On peut se demander si cette durée peut être prorogée. L'article 165-2 de la Constitution portugaise le permet expressément. Durant la crise sanitaire de 2020, on a constaté des délais d'habilitation plus ou moins long. Ce qui fait dire au professeur Gicquel que « *les contraintes temporelles initiales perdent de leur intérêt* »¹⁶² Si au Sénégal, à travers la loi d'habilitation 2020-13 du 02 avril 2020 le délai imparti au Président pour prendre des mesures relevant du domaine de la loi est de trois (3) mois¹⁶³. Une étude de quelques lois d'habilitation prises au Sénégal permet

¹⁶⁰ Voir en ce sens , pour un résumé de l'état de la doctrine sur ce sujet : BARTHELEMY (C) « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi », *RFDA* , 2020, p. 887.

¹⁶¹ Sénat , *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution* , février 2014 , p. 18.

¹⁶² E. Gicquel , « Ordonnances » , *Jurisclasser Administratif* , Fasc. N° 35, p. 11.

¹⁶³Cf. loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 au Sénégal

de constater une certaine fluctuation du délai d'habilitation. En effet si la loi d'habilitation n° 60-043 du 20 août 1960 fixait un délai de trois (3) mois, celle de 1989 peut constituer un cas d'école dans la mesure où c'est un délai de 2 ans qui a été imparti au Président de la République pour prendre des ordonnances. La perspective comparative privilégiée dans le cadre de cette étude permet de constater que le délai d'habilitation peut être relativement long. Au Burkina Faso, le délai d'habilitation est quasi long dans la mesure où dans ce pays les lois d'habilitation couvrent une période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre¹⁶⁴. Le Togo¹⁶⁵ fait aussi cas d'école avec 6 mois comme délai d'habilitation, avec la possibilité de proroger¹⁶⁶. Le point de départ de l'habilitation peut varier en fonction du pays concerné. Au Niger, on fixe un jour déterminé comme point de départ du délai d'habilitation. Des pays comme le Burkina Faso et le Sénégal ont choisi comme point de départ de l'habilitation la publication¹⁶⁷. Par contre en République du Congo et la RD Congo la promulgation constitue le point de départ de l'habilitation. Il faut préciser que le juge constitutionnel peut être amené à contrôler le délai d'habilitation. En effet une analyse de la jurisprudence constitutionnelle en Afrique de quelques pays permet de déceler deux types de contrôle des délais d'habilitation. Parfois le juge constitutionnel effectue un contrôle rigoureux du délai d'habilitation, c'est l'exemple de la Cour constitutionnelle du Niger qui à travers un avis a estimé que « *la loi 2019-37 du 05 juillet 2019 habilite le Gouvernement, pour la période allant de 02 juillet 2019 au 20 septembre 2019, à prendre des ordonnances dans plusieurs domaines [...]* »¹⁶⁸. Il en est

164 Article 2 de la loi n° 036-2020 /AN portant habilitation du Gouvernement à ratifier par ordonnances les accords et conventions de financement signés entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers : « l'habilitation accordée couvre la période allant du 1er janvier

165 Article premier de la loi 2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi « *sous peine de caducité, les ordonnances prises en exécution de la présente loi doivent faire l'objet de loi de ratification à déposer sur le bureau de l'Assemblée nationale dans un délai de quatre-vingt (90) jours suivant la fin du délai d'habilitation.* »

166 Article premier alinéa 2 de la loi n°2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi : « *ce délai peut être, au besoin, prorogé par la loi.* »

167 PUGET (HENRY), SECHE (Jean Claude), « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *La revue administrative*, n°69, mai-juin 1959, pp. 26-248 ; GOUGEON (Pascal), « Nul n'est censé ignorer la loi. La publication au journal officiel : genèse d'un mode d'universalisation de la puissance publique », *Politix* vol 8, n° 32, quatrième trimestre, 1995. Le pouvoir des légistes .p. 66 « La pratique de la publication au journal officiel représente aujourd'hui une forme " naturelle " parmi d'autres d'objectivation de la "puissance publique " »

168 Cour constitutionnel du Niger, avis n° 25 / CC du 12 septembre 2019. Le juge constitutionnel estime que « la loi 2018-41 du 05 juin 2018 habilite le Gouvernement, pour la période allant du 03 juin au 30 septembre 2018, à prendre des ordonnances dans plusieurs domaines dont les textes de forme législative nécessaire à la mise en œuvre du volet sécuritaire du Programme du Gouvernement[...] ; le projet d'ordonnance portant prorogation de l'état d'urgence dans la région de Diffa s'inscrit, dès lors dans les[...] délai prévu par la loi 2018-41 du 05 juin 2018 habilite le Gouvernement et ne contient aucune disposition contraire à la constitution [...] ».

ainsi au Togo¹⁶⁹ . En France, la crise sanitaire a vu naître une pratique inédite, la prolongation de l'ensemble des délais d'habilitation en cours. En effet, 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 (4) mois des délais dans lesquels le gouvernement avait été autorisé à prendre par ordonnance des mesures relevant du domaine de la loi. Au Togo, durant la crise sanitaire de 2020, les députés ont voté une loi visant à proroger le délai d'habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi dans le cadre de la lutte contre le coronavirus pour une période de six mois (6).

169 Au Togo, la Cour constitutionnelle dans un avis de 2020 a estimé qu' « [...] en vertu de l'article 86, alinéa 1er de la Constitution, l'Assemblée nationale a adopté la loi d'habilitation, promulguée le 30 mars 2020, qui autorise le Gouvernement à prendre par voie ordonnance, dans un délai de six(6) mois, à compter du 16 mars 2020, toute mesure relevant du domaine de la loi pour lutter contre la propagation du coronavirus (COVID-19) et protéger la population des risques de contamination [...] le délai de six (6) mois imparti par la loi d'habilitation au gouvernement pour prendre des ordonnances, les mesures de la compétence de la loi expire le 15 septembre à minuit ; que le gouvernement est encore dans les délais pour demander une nouvelle prorogation des mesures prises dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 jusqu'au 15 septembre 2020 dans le souci de précaution : qu'en conséquence, il convient de déclarer le projet d'ordonnance portant prorogation des mesures relatives à la gestion de la Covid-19 prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire conforme à la constitution[...] »

CHAPITRE 2 : L'AFFAIBLISSEMENT DU CONTROLE PARLEMENTAIRE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE SANITAIRE

Serge Salma, professeur de droit public à l'Université Grenoble- Alpes affirmait : « *Dans un Etat de droit et une démocratie, on s'attend à un contrôle parlementaire extrêmement exigeant lorsqu'un régime d'exception est mis en place, Or, ce contrôle a été très décevant.* » En effet, la survenance de la pandémie a façonné le mode de fonctionnement de toute l'administration et des institutions de la République, notamment le Parlement dans le cadre de la mise en œuvre des réponses à la pandémie de la COVID-19. La question était de savoir comment assurer le fonctionnement effectif des institutions avec des mesures barrières édictées par le gouvernement tels que la distanciation sociale , l'interdiction des rassemblements de plus de 50 personnes, le port de la bavette , le lavage des mains au savon et l'utilisation de gel hydro-alcoolique ...Ainsi , il a été relevé que dans le cadre de la lutte contre la propagation de la COVID-19 d'importantes mesures ont été prises , ce qui a affecté le fonctionnement normal ou régulier des institutions de l'Etat. Par exemple, il a été décidé de réduire le nombre de personnel au strict minimum, dans divers services, d'interdire la tenue des ateliers et séminaires, de réaménager les horaires de travail¹⁷⁰, de restreindre les visites des usagers des services publics. Cela a eu un impact considérable sur l'accès des citoyens au service public, un droit fondamental qui a été notamment remis en cause avec la suspension de l'établissement de certains actes indispensables à la vie civile au niveau des juridictions. Sans prétendre faire une analyse approfondie du dysfonctionnement constaté au sein de l'ensemble des institutions, l'attention particulière doit être portée sur le fonctionnement du Parlement durant cette crise sanitaire de 2020. Face à l'ampleur de la crise sanitaire, la plupart des Etats choisissent, dans un premier temps de consacrer une législation d'exception¹⁷¹. En France par exemple, le Gouvernement a fait fortement recours aux ordonnances, pas de moins de 62 ordonnances liées à la gestion de la pandémie de COVID-19

¹⁷⁰ Au Niger par exemple , voir l'article 1^{er} de l'arrêté n° 0488 / MFP/RA du 27 mars 2020 par lequel le Ministre par intérim de la fonction publique et de la Réforme administrative , qui dispose : « Par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'arrêté n° 0742/MFP/T du 30 juin 2010, déterminant l'organisation de la journée de travail continu dans les administrations publiques , les collectivités territoriales , entreprises et établissements publics , pendant la durée de la pandémie du COVID-19 , est organisée comme suit du lundi au vendredi : de 8heures à 14 heures sans interruptions » .

¹⁷¹ Voir notamment en ce sens : E. Bottini , C. Severino , « La réaction juridique italienne face à la crise sanitaire du Covid-19 » ; A. Torres Gutierrez, « De la nécessité de procéder à une profonde révisions des règlements du Congrès des députés et du Sénat » in E. CARTIER , B. RIDARD , G. TOULEMONDE , *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des Parlements en Europe*, Fondation Robert Shuman, 2020, pp. 41-49 ; DIR . S. MUNOZ MACHADO, « Coronavirus... y otros problemas », *EL Cronista*, mars-avril 2020, n°86-87, p. 139.

ont été adoptées entre les mois de mars et de juin 2020¹⁷². Mais face à ce recours « *abusif* » à ces instruments normatifs, beaucoup de critiques ont été développées. Parmi lesquelles le défaut sinon l'ineffectivité du contrôle parlementaire durant cette période sur les mesures prises par l'exécutif sur habilitation législative. C'est dans ce sens qu'en 1964, Michel Ameller disait « *c'est à l'étendue de leurs moyens de contrôle que se mesure aujourd'hui la force des assemblées parlementaires* »¹⁷³. Ces propos démontrent avec force l'importance des moyens de contrôle pour les Parlements. Les systèmes démocratiques assignent au Parlement plusieurs fonctions¹⁷⁴ comme l'élaboration des lois, vote de la loi et depuis quelques années le contrôle de l'action du gouvernement et l'évaluation des politiques publiques sans oublier la fonction de contrôle. « *Longtemps bornée à la faculté [...] de renverser le gouvernement*¹⁷⁵ » selon le rapport du comité présidé par Edouard Balladur en 2007, la fonction de contrôle doit s'affirmer de manière plus concrète et plus opérationnelle, moins évanescence, dirait Pierre Avril. C'est une nécessité car le contrôle parlementaire est un des piliers de l'Etat de droit. Mais durant la crise sanitaire de 2020 on a constaté que ledit contrôle sur les ordonnances était limité (**section 1**) ce qui pouvait entraîner un risque de déséquilibre institutionnel (**section 2**)

SECTION 1 : UN CONTROLE PARLEMENTAIRE LIMITE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE

Dominique Rousseau disait : « *C'est en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important. Plus les pouvoirs sont concentrés entre les mains de l'exécutif plus les pouvoirs de contrôle doivent être importants. Contrôle du Parlement, contrôle des juges, contrôle de la presse. Et il est important que les parlementaires continuent à siéger et à exercer ce rôle de contrôle de l'exécutif* ». Mais face à la première vague épidémique déferlant à travers le monde en mars 2020, les parlements ont été contraints de réagir rapidement. Confrontés à un ralentissement soudain et généralisé de l'activité économique et sociale. Face à cette situation épidémique, certaines assemblées parlementaires ont dû adapter leur organisation et leur fonctionnement, d'autres ont décidé simplement de ne plus siéger. Ce qui rend limitant, le contrôle effectué, notamment des ordonnances durant cette période de

¹⁷² Voir en ce sens, <https://www.vie-publique.fr/dossier/273985-les-ordonnances-covid-19-mars-juin-2020-dossier>].

¹⁷³ Michel Ameller, *Les questions, instrument du contrôle parlementaire*, LGGJ, 1964, p. 9

¹⁷⁴ Jean-Claude ZARKA, *Introduction au droit constitutionnel*, 5e éd, Paris, Ellipses, 2014, p. 22

¹⁷⁵ Edouard Balladur, *Une Ve République plus démocratique*, Fayard, 2007, p. 102

crise sanitaire. Cette limitation du contrôle parlementaire peut être analysée à partir de l'absence de suivi des ordonnances (**paragraphe 1**) et surtout un contrôle parlementaire des ordonnances *a posteriori* minimaliste (**paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1 : UNE ABSENCE DE SUIVI DES ORDONNANCES

Au Sénégal, l'Assemblée nationale avait voté à l'unanimité une loi d'habilitation qui permettait au Président de la République de légiférer par ordonnances, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19. Pour lutter contre la COVID-19 des mesures ont été prises par les autorités sénégalaises contre l'éventualité d'une invasion virale dans le pays. Seulement, il se trouve que ces dernières semblent emboucher la même trompette d'alarme que leurs homologues européens de telle sorte que les mêmes mesures sont reprises *hic et nunc*. Ainsi, face au COVID-19, le Président de la République a fait recours au régime légal d'exception. Le droit de la crise dont l'application était renvoyée « aux calendres grecques » trouve son utilité. En effet, la nécessité de prendre des mesures urgentes dans le cadre de la lutte contre la pandémie a conduit le Président de la République à faire usage de ses prérogatives constitutionnelles en temps de crise. Ainsi le 3 mars 2020, le Président de la République, dans un discours adressé à la nation annonçait qu'il allait décréter l'état d'urgence¹⁷⁶, et ce, à travers, la mise en œuvre des dispositions de l'article 69 de la Constitution du 22 janvier 2000. Cette déclaration sera concrétisée par le décret n° 2020-92 du 03 avril 2020 proclamant l'état d'urgence sur toute l'étendue du territoire national¹⁷⁷. Mais aussi à obtenir de l'Assemblée nationale l'autorisation de légiférer par voie d'ordonnance dans le domaine de la loi, pendant une durée bien déterminée et dans des domaines bien définis, par le biais d'une loi¹⁷⁸ pour lutter contre la pandémie. Ce délai maximum fixé par l'Assemblée nationale sera « saucissonné » tel qu'il résulte du décret en date du 3 avril 2020¹⁷⁹ pour permettre au Président de la République, initiateur de la procédure d'apprécier la situation afin de pouvoir gérer les phases séquentielles en fonction de l'évolution de la

¹⁷⁶ La décision du Président de la République de recourir à l'article 69 de la Constitution est un acte de gouvernement insusceptible de recours juridictionnel. Voir, CE, Ass. ,02 mars 1962, Rubin de Servens , in M. LONG et autres , *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* , Paris , 18^e édition , Dalloz, 2011, p. 532.

¹⁷⁷ Décret n° 2020-830 du 23 mars 2020.

¹⁷⁸ Il s'agit de la loi 2020-13 du 02 avril 2020 autorisant le Président de la République à proroger la durée de l'état d'urgence pour une période de 3 mois . *JORS* , n° 7296, 03 avril 2020, p. 797.

¹⁷⁹ *JORS* n° 7296 bis 165^{ème} Année du Vendredi 03 avril 2020, p. 799.

pandémie¹⁸⁰. Cette manière de légiférer a été fortement critiquée par certains observateurs de la vie politico-institutionnelle qui soutenaient que la loi d'habilitation était un « cavalier » à la loi prorogeant l'état d'urgence. Mais, force est de constater, que même si comme l'a fait remarquer un auteur que : « *la Constitution est un lieu d'opposition, aussi paradoxal que cela puisse être* »¹⁸¹. Il ne faut pas occulter que les normes constitutionnelles présentent souvent des liens de connexité et que la mise en œuvre de l'une peut induire parfois à l'application de l'autre.¹⁸²

Le mercredi 1^{er} avril 2020, c'est une Assemblée nationale exceptionnellement épurée, précautions sanitaire obligent qui a adopté en plénière la loi d'habilitation n°2020-13 du 2 avril 2020 habilitant le Président de la République des mesures relevant normalement du domaine de la loi. Assortie d'une prolongation de trois mois de l'état d'urgence. Les 33 députés présents sur 165 avaient votés à l'unanimité le texte autorisant le chef de l'Etat sénégalais à légiférer par ordonnance sans pour autant passer par l'Hémicycle sur des questions d'ordre économique, budgétaire, financière, juridique, sanitaire et sécuritaire. Tout ceci dans le cadre de la riposte contre la crise sanitaire. Et ce, pendant trois (3) mois. Une loi votée « *pour éviter de devoir faire se réunir l'Assemblée nationale à chaque fois qu'il est question de prendre d'urgence des décisions* » précise le texte. C'est dans ce sens qu'avait ainsi défendu dans l'hémicycle, le garde des Sceaux d'alors Malik SALL, en estimant qu' : « *il importe de passer à une étape supérieure dans la prise en charge de l'épidémie en prenant, dans la célérité et en tant que de besoin, des mesures exceptionnelles destinées à garantir la continuité et le fonctionnement optimal de l'Etat* »

Le Gouvernement se voit doter, sans partage, de la prérogative de solliciter auprès de la représentation nationale l'autorisation de se comporter en « *législateur d'exception* » pour reprendre l'heureuse formule d'Yves GAUDEMET¹⁸³.

Les Parlements ont été mis temporairement « *en coma artificiel* », soit qu'ils ne se réunissaient plus, soit qu'ils déléguaient l'essentiel de leur pouvoir normatif aux autorités exécutives, soit qu'ils abandonnaient toute prétention à contrôler l'action du gouvernement.

¹⁸⁰ Cf. exposé des motifs du décret 2020-925 du 03 avril 2020.

¹⁸¹ SALL (A), « Interprétation normative et norme interprétative à propos des décisions du Conseil constitutionnel », *Afrilex*, 2012

¹⁸² La notion de « *réseaux normatifs* » est utilisée par M. GUYOMA, dans ses conclusions sous CE. Sect., 10 avril 2008, Conseil national des barreaux.

¹⁸³ Voir GAUDEMET (Y) n « La loi administrative », *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2006, p. 69. Selon l'auteur : « *La législation déléguée est comme une parenthèse dans l'exercice normal des fonctions du législateur* » Pour lui les mécanismes de la « législation déléguée » doivent être distingués de ceux de la « législation permanente »

Le rapport au temps qu'ont développé les Parlements au cours de cette crise sanitaire est assez complexe. La COVID -19 a eu un impact sur la première institution démocratique de nos pays¹⁸⁴. Le contrôle parlementaire n'imposant pas nécessairement la présence physique des parlementaires, comme en témoigne la procédure des questions écrites¹⁸⁵, on aurait pu penser que la Covid -19 ait peu d'impact sur cette mission essentielle du Parlement. La réalité fut tout autre. Les moyens du contrôle ont été adaptés à leur fonctionnement a finalement révélé l'artifice qu'ils ont pu représenter, que ce soit en matière de questions ou de missions de suivi. En effet, au Sénégal l'article 03 de la loi d'habilitation 2020-13 du 02 mars 2020 avait prévu une sorte de suivi en disposant « *A la demande de l'Assemblée nationale , les autorités administratives communiquent toute mesure prise ou mise en œuvre en application de la présente loi* ». En effet, ledit article 3 de la loi d'habilitation prévoit qu'à la demande des députés, le gouvernement peut venir s'expliquer sur n'importe quelle mesure prise dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire de 2021. Ce dispositif aurait pu être mis en œuvre par les députés pour obtenir des ministères concernés, des explications sur le manque de transparence évoqué dans l'attribution des marchés pour l'approvisionnement en denrées alimentaires¹⁸⁶. Mais dans la pratique en lieu et place d'un suivi par les parlementaires c'est un comité de suivi des opérations du FORCE COVID 19¹⁸⁷ qui a été mis en place par le Président de la république par le biais du décret n° 2020-977 portant nomination des membres du comité de suivi de la mise en œuvre des opérations du FORCE COVID 19 même s'il faut préciser que trois (3) membres de l'Assemblée nationale ont été nommés il s'agit de M. Seydou DIOUF, représentant de la majorité parlementaire à l'époque, de M. Toussaint

¹⁸⁴ Carré de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, I , p. 285. Il estime : « *Dans les hiérarchies des pouvoirs publics, le Gouvernement, autorité exécutive, dont le maintien est subordonné à la volonté parlementaire, étant considéré comme placé dans une position inférieure : son rôle est d'exécuter la loi* »

¹⁸⁵ Prévu par les différents Règlements des Assemblées nationales, les questions écrites sont une procédure qui constitue une prérogative individuelle des députés. Elle est la seule procédure parlementaire de ce type à s'exercer hors du cadre de la séance et dont l'effet est différé. Les questions écrites sont posées par un député à un ministre, seules celles qui portent sur la politique générale du Gouvernement sont posées au Premier ministre. Elles doivent être sommairement rédigées et se limiter aux éléments strictement indispensables à la compréhension de la question. Elles ne doivent contenir aucune imputation d'ordre personnel à l'égard de tiers nommément désignés. En outre, le principe de la séparation des pouvoirs et d'irresponsabilité du Chef de l'Etat interdit à l'auteur d'une question écrite de mettre en cause les actes du Président de la République.

¹⁸⁶ Voir en ce sens, Le Rapport définitif dénommé « Contrôle de la gestion du fonds de riposte et de solidarité contre les effets de la COVID-19 (FORCE COVID) gestions 2020 et 2021. »

¹⁸⁷ Afin d'atténuer l'impact économique de la pandémie du coronavirus, son Excellence Monsieur Macky Sall , Président de la République du Sénégal a créé un Fonds de riposte et de solidarité contre les effets du COVID -19, FONDS FORCE COVID-19 , qui sera doté de 1000 milliards de FCFA. Ledit fonds a été alimenté par l'Etat, le secteur privé , les partenaires au développement et les bonnes volontés. Dont 50 milliards ont été alloués à l'achat des vivres pour l'aide alimentaire d'urgence. De même que des mesures fiscales générales et spécifiques pour le soutien des entreprises. Sans oublier des mesures spécifiques pour les secteurs les plus affectés par la crise sanitaire du COVID-19, en particulier l'hôtellerie, la restauration, le transport et le culture...

MANGA, représentant de l'opposition parlementaire et M Issa SALL, représentant des non-inscrits à cette époque. Mais quoique le Parlement fût représenté, il n'en demeure pas moins que compte tenu de l'importance de cette manne financière le Parlement devait constituer la majorité des membres dudit comité sinon initié une commission d'enquête parlementaire à cet effet. Contrairement au Parlement allemand, à l'instar de nombreux parlements nationaux en Europe a accordé des pouvoirs importants à l'exécutif. Toutefois en contraste avec d'autres parlements, il ne l'a envisagé que dans un champ précisément délimité et ne s'est pas livré à un dessaisissement de ses pouvoirs législatifs au profit de l'exécutif. Bien au contraire, le Bundestag a continué d'exercer ses compétences en matière législative et de contrôle tout en adaptant ses pratiques aux exigences liées à la situation épidémique. A cet égard, le système allemand est bien la preuve à la différence de plusieurs Etats ayant cédé à la tentation de la concentration momentanée de pouvoirs entre les mains de l'exécutif que les situations exceptionnelles n'appellent pas forcément une réaction exceptionnelle mais plus le maintien de procédures démocratiques dans le strict respect de l'Etat¹⁸⁸. Au Sénégal, dans l'opinion publique, l'image du Parlement reste celle d'une assemblée trop dépendante de la volonté du Président de la République. Surtout avec le développement du fait majoritaire. Et cela déteint naturellement sur le contrôle effectué sur les ordonnances.

PARAGRAPHE 2 : UN CONTROLE PARLEMENTAIRE DES ORDONNANCES A POSTERIORI MINIMALISTE

Le déclin du Parlement sous la Vème République est un phénomène qui a fait couler beaucoup d'encre¹⁸⁹. Une des fonctions clés de l'Assemblée législative consiste à contrôler les gouvernants. Résumant la documentation existante, *Manning et Stapenhurst* (2002) notent que les Assemblées législatives remplissent trois fonctions importantes. D'abord, elles élaborent les politiques et adoptent les lois. C'est la fonction législative. Ensuite, elles représentent les citoyens. C'est la fonction de représentation. Enfin, elles surveillent et contrôlent l'action du Gouvernement en ce qui concerne la mise en œuvre des politiques avec,

¹⁸⁸ S. Jurgensen et F. Orlowki, « Critique and Crisis : The German Struggle with pandemic Control Measures and the state of Emergency », *Verssugsblog*, 19 avril 2020.

¹⁸⁹ TOULEMONDE (G), « *Le déclin du Parlement sous la Ve République : mythe et réalités* », Thèse, université Lille -II, 1998 ; DABEZIERS (P), « Le déclin du Parlement », *Projet*, n° 56, juin 1971, p. 671 ; DURAND (P), « La décadence de la loi dans la Constitution de la Ve République », *JCP*, 1959, n° 1470 ; CARCASONNE (G), « La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle », in PARODI (J-L) (dir.), *La Constitution de la Ve République*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2^e édition, 1988, p. 330.

notamment, la capacité d'exiger une reddition de comptes. C'est la fonction de contrôle¹⁹⁰. Il est paradoxal de noter que, malgré l'intérêt croissant des chercheurs et des praticiens pour le contrôle législatif notamment en ce qui concerne la dimension relative au renforcement du pouvoir parlementaire, il n'y pas de consensus sur la définition du contrôle¹⁹¹.

La fonction de contrôler, dans le cadre d'un Etat de droit, comporte diverses acceptions et domaines selon l'institution concernée. Au Sénégal, c'est l'article 59¹⁹², alinéa premier de la Constitution du 22 janvier 2001, modifiée qui consacre le contrôle parlementaire. En France depuis 2008, la Constitution précise que « *Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du gouvernement. Il évalue les politiques publiques* »¹⁹³, ce qui est une conception plus large et plus ambitieuse du rôle des assemblées que celle qui a prévalu en 1958. Par loi il faut traditionnellement entendre non seulement la loi ordinaire, mais aussi la loi organique et la loi de finances (budget). Toujours en France, plus récemment sont venues s'ajouter la loi de financement de la sécurité sociale et les lois de programmations, définissant notamment les orientations pluriannuelles des finances publiques et s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.¹⁹⁴ *In caudra venenum*¹⁹⁵, traiter, à la fin d'une série de contributions sur le contrôle parlementaire, la question de ses effets revient à risquer

¹⁹⁰ Manning et Stapenhurts (2002) font aussi état d'une quatrième fonction : le recrutement de futurs leaders. Ils pensent que les Assemblées législatives sont des tremplins et des lieux de préparation pour les personnes visant de hautes fonctions au sein du gouvernement. Par ailleurs, Luc Sindjoun attribue à l'Assemblée législative d'autres fonctions qui, même si elles n'apparaissent pas dans le discours officiel, sont loin d'être symboliques. Il écrit : « Au Cameroun, le Parlement joue plusieurs rôles notamment d'exhibition de la modernité institutionnelle, d'assimilation réciproque de diverses composantes ethniques, de rétribution du militantisme des bureaucrates ».

¹⁹¹ Si par exemple Schick (1976) suggère que le contrôle consiste à exercer une surveillance *ex post* des politiques et des programmes mis en place par le Gouvernement, Maffio (2002) préconise une approche plus large qui inclut la surveillance *ex ante* des propositions législatives de l'exécutif. Pour le premier, le contrôle s'exercerait sur les politiques gouvernementales une fois qu'elles sont mises en place alors que, pour le second, le Parlement aurait aussi pour fonction de contrôler les *projets* du Gouvernement avant qu'ils soient adoptés. S'agissant du budget, le contrôle *ex post* se limite à vérifier la conformité des dépenses avec les crédits votés en début d'année, alors que le contrôle *ex ante* se préoccupe d'abord des effets attendus des allocations budgétaires.

¹⁹² Voir article 59 de la Constitution sénégalaise modifiée : « *L'Assemblée représentative de la République du Sénégal porte le nom d'Assemblée nationale. Elle exerce le pouvoir législatif. Elle vote, seule la loi, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques.*

Les membres de l'Assemblée nationale portent le titre de député.

Les députés sont élus au suffrage universel direct. Leur mandat est de cinq ans. Il ne peut être abrégé que par dissolution de l'Assemblée nationale.

Les sénégalais de l'extérieur élisent des députés.

Les cours et tribunaux veillent à la régularité de la campagne électorale et du scrutin dans les conditions déterminées par une loi organique.

Une loi organique fixe le nombre des membres de l'Assemblée nationale, leurs indemnités, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités. »

¹⁹³ Voir article 24 alinéa 1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁹⁴ GICQUEL (J-E), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 30^e édition, 2015, p. 254.

¹⁹⁵ Se dit d'un texte ou d'un discours débutant gentiment, ce qui relâche le lecteur, et finissant soudainement sur un ton tranchant et méchant.

d'aborder un sujet qui pourrait fâcher : le contrôle parlementaire produit –il vraiment, en pratique, des effets ? Autrement dit quel est le degré d'intensité du contrôle parlementaire des ordonnances *a posteriori* ? Mais aussi si ce contrôle de l'acte pris sur délégation législative peut prendre la forme de ratification ou d'une homologation. En principe la réponse est négative. L'idée même de délégation implique une ratification.

La faiblesse du contrôle parlementaire *a posteriori* sur les ordonnances peut s'expliquer par le caractère non contraignant de la ratification. En effet, en France l'article 38 ne mentionne aucune obligation de ratification. Seul le caractère *exprès* est obligatoire. Autrement dit, si l'ordonnance est ratifiée, elle doit l'être expressément, mais elle peut tout à fait ne jamais être ratifiée. En effet la sanction de caducité des ordonnances mentionnée dans les articles 38 et 77 des Constitutions française et sénégalaise n'est pas la résultante de l'absence de loi de ratification, mais du défaut de dépôt du *projet* de loi avant une date fixée par la loi d'habilitation. C'est pourquoi Catherine Boyer-Marentier parle de « *projet de non caducité* » pour désigner ce projet de loi de ratification. Ainsi, l'absence de ratification ne rend pas caduque l'ordonnance¹⁹⁶. Simplement, cette dernière ne pourra pas être considérée comme une loi, elle demeurera un acte réglementaire. Il faut le préciser, en France l'article 38 de la Constitution impose au gouvernement dans la loi d'habilitation de mettre à même le Parlement en mesure de ratifier les actes pris sur délégation. Elle doit en effet fixer une date appelée communément date de ratification, avant laquelle le gouvernement doit déposer devant le Parlement un projet de loi ayant pour objet la ratification des ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation¹⁹⁷. Si le gouvernement ne dépose pas dans le délai prescrit le projet de loi de ratification, les ordonnances deviennent caduques¹⁹⁸. L'ordonnance frappée de caducité, signifie qu'elle disparaît de l'ordonnancement juridique, qui se trouvera « rétabli dans son état antérieur »¹⁹⁹. Le dépôt dans le délai prescrit du projet de loi de ratification suffit à satisfaire aux exigences constitutionnelles : les ordonnances continuent à s'appliquer avec valeur d'acte administratif tant qu'elles n'ont pas été ratifiées ; à partir du

¹⁹⁶ Rappelé par CE, 17 décembre 1999, n°208623, Union hospitalière privée, qui indique que « la circonstance que ce projet de loi n'ait pas été inscrit, depuis son dépôt, à l'ordre du jour de la discussion parlementaire n'est pas de nature à rendre caduques les dispositions de l'ordonnance précitée ».

¹⁹⁷ A. DIEYE, « Les lois d'habilitation en droit comparé. La situation dans quelques Etats d'Afrique noire francophone et en France », *Annales de l'Université de Toulouse I, Capitole*, tome IV, 2014, p. 133 et s ; C. GAUTRON ET M. ROUGEVIN BAVILLE, *Droit public du Sénégal*, Paris, éd. Pédone, 2^e éd., 1977, p. 104.

¹⁹⁸ Le Gouvernement Jospin a été confronté à la caducité de deux ordonnances ; l'ordonnance 2000-1255 du 21 décembre 2000 relative au Code de la route et l'ordonnance 2002-324 du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation sur les transports de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane. Voir aussi, CE .17 décembre 1999, Union hospitalière privée, n°0208623

¹⁹⁹ Voir en ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, LGDJ ? 15^e édition, 2001, p. 669.

moment où elles ont été ratifiées, elles acquièrent valeur législative ; mais cette ratification est facultative, ce qui est obligatoire, c'est la simple dépôt du projet de loi de ratification. Compte tenu des prérogatives particulières dont dispose le gouvernement en matière de fixation de l'ordre du jour des assemblées ²⁰⁰ parlementaires, il en résulte d'ailleurs que les ordonnances ne seront, en pratique, ratifiées que si le gouvernement, en application de l'article 48 de la constitution, les inscrit à l'ordre du jour. En d'autres termes le contrôle exercé par le Parlement sur les ordonnances prises sur la base de la loi d'habilitation dépend presque de la diligence du gouvernement. La maîtrise de l'agenda parlementaire par le Président de la République peut être constatée à plusieurs étapes. D'abord, particulièrement en Côte d'Ivoire, il est informé de la tenue de la Conférence des Présidents, organe parlementaire chargé de déterminer l'ordre du jour²⁰¹ des sessions parlementaires. Aussi peut-il se faire représenter ?²⁰² Ceci constitue une opportunité pour influencer l'ordre du jour des sessions dans le sens qui lui est favorable. Ce qui est quand même paradoxal. Et rend ce type de contrôle minimaliste car les députés sont mis devant le fait accompli. C'est ce qui a expliqué toujours en France, que la Parlement, sur la période 1958-1990, a voté 23 lois d'habilitation ayant permis au gouvernement d'édicter 158 ordonnances, il n'ait été statué que sur 9 lois de ratification, ratifiant 20 ordonnances²⁰³. En outre, la ratification implicite²⁰⁴ a fait l'objet de vives contestations au niveau de la doctrine publiciste de même qu'au niveau de la classe politique. Ce qui explique, qu'en France, la ratification expresse²⁰⁵, reste la seule modalité désormais autorisée en la matière. Ceci depuis la révision constitutionnelle de 2008 opérée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. En effet les ordonnances ne peuvent plus être ratifiées de manière implicite. Jusqu'en 2008 la jurisprudence a admis que la ratification puisse être implicite. Le Conseil constitutionnel a ainsi accepté dès 1972 qu'une ordonnance puisse faire l'objet d'une ratification implicite. Dans sa décision 72-73 L du 29 février 1972, le juge constitutionnel français, a déclaré que « *L'article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la*

²⁰⁰ L'ordre du jour désigne la liste des sujets qu'une assemblée doit aborder au cours d'une séance.

²⁰¹ MIRE (P.) , « L'ordre du jour sous la Ve République » ,*R.F.D.C.* 1991 , p. 195. Il fait remarquer que « la détermination de l'ordre du jour des assemblées parlementaires, c'est-à-dire l'organisation du programme de chacune de leurs séances plénières , est un élément essentiel dans l'architecture constitutionnelle. »

²⁰² Voir en ce sens , l'art 20, al 4 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de la Côte d'Ivoire.

²⁰³ Voir en ce sens, *JOURNAL OFFICIEL FRANÇAIS*, Deb. AN 1990, Question, p. 1849

²⁰⁴ C'est-à-dire qu'il n'y a pas de loi de ratification des ordonnances spécifique mais on considère que toute loi intervenant par la suite dans un domaine concerné par une ordonnance peut valoir une ratification implicite de l'ordonnance.

²⁰⁵ La ratification expresse résulte en principe de l'inscription à l'ordre du jour du Parlement et du vote d'un projet de loi de ratification ou comportant une mesure de ratification, mais elle peut aussi résulter de l'adoption d'un amendement à un projet de loi ordinaire, ce qui est d'ailleurs de plus en plus fréquent.

Constitution ne faisait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celles de l'adoption du projet de loi de ratification » et que « *par suite, cette ratification pouvait résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais exprimée par le Parlement* ». Il a confirmé sa position en 1987 à travers sa décision n° 86-224 –DC du 23 janvier 1986 sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence en estimant : Il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui sans avoir cette ratification pour objet direct , l'implique nécessairement ...saisi d'une loi de cette nature, il appartient au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution. Adoptée par voie d'amendement à l'initiative de M. Jean Luc Waksman, l'article 14 de la loi constitutionnelle précitée a imposé le principe de la ratification expresse. Cette évolution répondait à 3 critiques comme le rappelle le rapport de M. Jan jacques Hyst : « *D'abord, plus encore que la ratification par voie d'amendement parfois contestée , la ratification implicite interdit un débat approfondi sur les dispositions prises dans le cadre d'une ordonnance* », « *Ensuite, elle entretient le doute sur la possibilité de contester devant le juge une mesure prise par ordonnance et nourrit ainsi une réelle insécurité juridique* », « *Enfin, la pratique des ratifications tacites suscite des interrogations sur le champ de la ratification qu'il appartient in fine , le plus souvent, au juge de délimiter* ». Au Sénégal, par souci d'efficacité , plutôt que d'introduire dans le circuit normatif autant de projets de lois de ratification qu'il n'y a d'ordonnances à ratifier , toutes les ordonnances prises en application de la loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 sont susceptibles de faire l'objet d'une seule et même ratification dans un support législatif unique²⁰⁶. Laquelle technique est dénommée « *pratique des ratifications groupées* » dans la tradition normative au Sénégal. C'est ce qui a été fait avec la loi n° 61-22 du 27 février 1961 portant ratification des ordonnances prises en vertu de la loi d'habilitation n° 60-043 du 20 aout 1960 a ratifié en même temps huit (8) ordonnances.

En droit comparé, la France et le Sénégal sur ce point se distinguent de nombreux Etats qui pour la plupart ont intégré une obligation de ratification sous peine de caducité. Par exemple, la Constitution turque prévoit non seulement une obligation de soumission des décrets lois à

²⁰⁶ TOURE . P. A , « L'ordonnance : un instrument normatif hybride au service de la riposte contre le COVID-19. » *op. cit* . p. 6.

la Grande Assemblée nationale le jour de leur publication, sous peine de caducité, mais également la nécessité d'une adoption par cette assemblée, à défaut de quoi les décrets lois « *perdent leurs effets le jour de la publication de la décision de rejet au Journal officiel* »²⁰⁷. De même les ordonnances autrichiennes doivent être soumises sans délai au Conseil national qui décidera dans les quatre semaines, « *soit d'ajouter, à la place de l'ordonnance, une loi fédérale correspondante, soit de prendre une décision demandant au gouvernement fédéral d'abroger sans retard l'ordonnance* »²⁰⁸. C'est également le cas en Grèce, où les actes législatifs pris exceptionnellement par le Président de la République en vertu de l'article 44.1 doivent être soumis à la Chambre des députés et ratifiées par elle dans les trois mois, à défaut de quoi ils deviendront caducs pour l'avenir²⁰⁹. En Italie, les décrets lois « *perdent leur efficacité depuis le début, s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication* »²¹⁰, tout comme au Brésil en ce qui concerne les mesures d'urgence de l'article 62 de la Constitution brésilienne.²¹¹ La Belgique s'éloigne aussi de la France et du Sénégal mais son cas est particulier. En effet, la Constitution ne prévoyant pas directement le mécanisme de l'habilitation législative, aucune obligation générale de « confirmation » des arrêts royaux de pouvoirs spéciaux (ARPS) n'est par suite inscrite dans le texte constitutionnel²¹². Toutefois, dans l'esprit de la Constitution « *cette confirmation s'impose lorsque l'ARPS règle des matières réservées par la Constitution au législateur fédéral (infractions pénales, procédure pénale, impôts, etc.)* »²¹³. En outre, il faut relever qu'en pratique, toutes les lois de pouvoirs spéciaux (c'est-à-dire les lois d'habilitation) exigent une telle confirmation au point que Michel LEROY constatait un « *un recours systématique à la confirmation législative des arrêtés pris en vertu de pouvoirs spéciaux à partir de 1983* »²¹⁴. Plusieurs cas de figure peuvent alors se présenter. Soit la loi d'habilitation prévoit une « *ratification sous peine d'abrogation* »²¹⁵ : dans ce cas, si l'ARPS n'est pas confirmé dans le délai prévu par la loi de pouvoirs spéciaux, il cessera de produire ses effets. Soit la loi

²⁰⁷ Art. 91 de la Constitution turque du 7 novembre 1982.

²⁰⁸ Art. 18.4 de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1^{er} octobre 1920.

²⁰⁹ Art. 44.1 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975.

²¹⁰ Art. 77 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

²¹¹ Art. 62.3 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988.

²¹² DELPERRE (F), « Belgique. Les délégations législatives », *RFDA*, 1987, p. 724.

²¹³ VERDUSSEN (M), « La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique », in *Le confinement forcé général est-il légal ? Rapport de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP) et l'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(e)s (IDHAE)*, octobre 2020, p. 284. Pp. 278-290.

²¹⁴ LEROY (M), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », in LAUVAUX (P), MASSOT (J) (dir.), *La législation déléguée. Journée d'étude du 6 juin 2014*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 24, 2014, p. 105.

²¹⁵ *Id.*, p. 104.

prévoit une « *ratification, condition d'entrée en vigueur* »²¹⁶ ; dans ce cas l'ARPS n'entrera pas en vigueur tant que la ratification n'est pas intervenue. Dans les deux cas, cela conduit à imposer la ratification pour que l'arrêté produise ses effets.

En sus, la logique « *négative* »²¹⁷ du parlementarisme ne conférant qu'une influence négative aux Parlements. Il semblait se déployer avec vigueur durant la crise sanitaire. Nombre d'observateurs constatent ainsi un « *auto-sabordage* »²¹⁸ du Parlement, une « *atrophie parlementaire* »²¹⁹ et une « *mise en sommeil des assemblées* »²²⁰, dont l'état de santé serait désormais « *alarmant* »²²¹. Or la séparation des pouvoirs repose sur la distinction au sein de l'Etat des trois fonctions : législative, exécutive et juridictionnelle. Elle postule que l'exercice de ces trois pouvoirs soit confié à des organes distincts composés de personnes différentes. Ainsi par un jeu de collaboration indispensable et surtout de contrôle réciproque, on aboutit à l'équilibre du système et à la rationalisation du pouvoir politique d'Etat.²²² Il faut toutefois relativiser car d'un autre côté la mobilisation par les assemblées des outils de contrôle démontre que le Parlement, loin de s'effacer, joue au contraire un rôle très actif durant la période de crise sanitaire de 2020. En effet si le Parlement a accepté de laisser la main à l'exécutif sur la détermination du contenu de l'état d'urgence sanitaire, et sur le dispositif de contrôle prévu dans la loi²²³, il n'a pas pour autant entendu délaissé sa fonction constitutionnelle de contrôle de l'action du Gouvernement²²⁴. L'inertie du Parlement et la

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ A. DIVELLE, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française », *JUS POLITICUM*, 2011, n° 6.

²¹⁸ Voir en ce sens, T. MULIER, « La crise du COVID-19 reflète des anomalies du fonctionnement de la Ve République », *BLOG JUS POLITICUM*, 11 juin 2020

²¹⁹ T. MULIER, *ibid.*

²²⁰ J-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, « Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire », in E. CARTIER. B. RIDARD. G. TOULEMONDE, *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des Parlements en Europe*, Fondation Robert Schuman, 2020, pp. 51-59

²²¹ J-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, *ibid.*

²²² A. SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *Revue du droit public (RDP)*, n°4-2014, p. 1020.

²²³ C'est un amendement du rapporteur Jean-Jacques Urvoas qui avait permis d'introduire un article dans la loi en date du 20 novembre 2015 aux termes duquel : « *L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». En outre, lors de l'élaboration de la loi du 21 juillet 2016, le Parlement avait de nouveau utilisé la loi pour renforcer ses pouvoirs de contrôle dans le cadre de la mise en œuvre de l'état d'urgence. Dominique Raimbourg avait proposé une modification par l'adjonction suivante : « *Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi* ». A l'occasion de l'examen de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, les parlementaires ont réussi à transposer le contrôle imposé dans le cadre de l'état d'urgence à cette nouvelle loi dans la mesure où ses quatre premiers articles en étaient inspirés : voir Priscilla Jensei-Monge et Audrey de Montis « Le Parlement français et la lutte contre le terrorisme : une atténuation du déséquilibre institutionnel de la Vème République » in Oesten Baller, *Violent Conflicts, Crisis, State of Emergency Peacebuilding*, Berlin, BWV, 2019, pp. 107-129.

²²⁴ Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la fonction de contrôle du Parlement figure à l'article 24 de la Constitution française du 4 octobre 1958. Jusqu'alors la fonction de contrôle était indirectement

concentration des pouvoirs au profit de l'exécutif peut faire planer un risque de déséquilibre institutionnel.

SECTION 2 : LE RISQUE D'UN DESEQUILIBRE INSTITUTIONNEL

« Dans tous les pays libéraux, l'Etat de droit a été confronté à un facteur essentiel de déstabilisation : la montée en puissance de l'exécutif »²²⁵. En France, cette montée en puissance dont parle Jacques Chevalier s'est traduite en 1958 par la reconnaissance et la consécration d'un pouvoir réglementaire autonome (article 37 de la constitution française et 76 de celle sénégalaise) et d'une « autonomie normative nouvelle »²²⁶ qui s'illustre notamment par le mécanisme de l'habilitation législative. En quoi ce mécanisme pouvait déstabiliser l'Etat de droit ? En ce qu'il « semblait saper les fondements de la hiérarchie des normes »²²⁷ et la séparation des pouvoirs, et en particulier la séparation fonctionnelle en permettant au pouvoir exécutif de prendre des normes dans le domaine législatif. En effet, selon cette séparation fonctionnelle qui découle d'une vision absolue de la séparation des pouvoirs chaque organe « est attributaire exclusif de l'intégralité d'une fonction étatique – législative, exécutive ou judiciaire- et forme à ce titre un pouvoir qui n'a aucune part à l'exercice d'une fonction dévolue à un autre pouvoir »²²⁸.

L'équilibre des pouvoirs est un principe consubstantiel à celui de la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Dans la théorie politique et constitutionnelle, la séparation des pouvoirs désigne traditionnellement l'indépendance des trois fonctions essentielles ou pouvoirs ou pouvoirs constitutifs de l'Etat : législatif, exécutif et judiciaire. Cette indépendance fonctionnelle offre une garantie de l'équilibre entre les trois pouvoirs qui se contrôlent, pour ainsi dire, mutuellement. Chaque pouvoir agirait comme un contre-pouvoir pour les autres²²⁹. Ils font partie intégrante des principes élémentaires de la démocratie

reconnue par l'article 20 de la Constitution aux termes duquel « Le Gouvernement est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 de la Constitution »

²²⁵ CHEVALLIER (J), *L'Etat de droit*, LGDJ, coll. « Clefs », 6^e éd. 2017, p. 66.

²²⁶ *Id*, p. 68.

²²⁷ *Id*, p. 69.

²²⁸ LAHMER (M), « Séparation et balance des pouvoirs », in ALLAND (D), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1407.

²²⁹ La doctrine des « *Check and balances* » a fortement inspiré les rédacteurs de la Constitution américaine, qui ont institué en 1787 un régime présidentiel organisé selon une séparation stricte des trois pouvoirs, tempérée par l'existence de moyens de contrôle et d'action réciproques conçus conformément à la doctrine des « *check and balances* » que l'on peut traduire par l'existence de procédures de contrôle et de contrepoids. Afin d'éviter que chacun des pouvoirs n'abuse de ses prérogatives, les constituants américains ont ainsi prévu un strict partage des

libérales dont ils constituent le socle. L'on parle à bon droit de « double principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et de l'équilibre des pouvoirs²³⁰ », en tant qu'élément essentiel de la démocratie²³¹. Dans le contexte d'une démocratie libérale de type occidental qui renvoie *in globo* à une forme de gouvernement présidentiel ou parlementaire garantissant des droits et libertés à tous les citoyens. La séparation des pouvoirs suppose donc que les fonctions législative, exécutive et judiciaire soient indépendantes au sein d'un Etat de droit. Elle assure par ricochet la souveraineté du peuple à travers ses représentants élus, l'indépendance de la justice rendue en son nom tout en évitant le « gouvernement des juges »²³², la dictature du Parlement et l'absolutisme du Gouvernement. Elle s'affirme alors aux antipodes d'une concentration ou confusion des pouvoirs de l'Etat aux mains d'un individu ou encore d'une seule institution, caractéristique des régimes autocratiques, despotiques et dictatoriaux. L'équilibre des pouvoirs est présumé être garanti par un système de contrôle mutuel des poids et contrepoids institué par les dispositions constitutionnelles. Durant la crise sanitaire de 2020, on a constaté dans plusieurs Etats, l'omnipotence, l'omniprésence du pouvoir exécutif par rapport aux autres pouvoirs surtout du par rapport au pouvoir législatif. Créant ainsi un risque de déséquilibre institutionnel qui peut être démontré à partir de deux facteurs : une centralisation politique des principales compétences de la gestion de la crise (**paragraphe 1**) mais aussi le recours aux ordonnances peut constituer un risque de confusion des pouvoirs (**paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1 : UNE CENTRALISATION POLITIQUE DES PRINCIPALES COMPETENCES DE LA GESTION DE LA CRISE

compétences entre organes fédéraux et Etats fédérés. Ils ont également réparti le pouvoir législatif entre deux assemblées n'ont donné au Président un droit de veto sur les textes législatifs, et reconnu parallèlement au Sénat la faculté de s'opposer aux nominations relevant du Président ou encore aux traités internationaux négociés par l'administration.

²³⁰ Avis n° 695/2012 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur l'équilibre des pouvoirs dans la Constitution et la législation de la Principauté de Monaco, p. 5.

²³¹ Résolution des Nations unies A/RES/59/201 du 20 décembre 2004 relative au renforcement des organisations et mécanismes régionaux et sous régionaux et autres en vue de promouvoir et consolider la démocratie prise en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

²³² Les termes « gouvernement des juges » sont empruntés au juriste Edouard Lambert, qui avait, il y a exactement un siècle de cela, décrit dans son célèbre ouvrage le rôle politique déterminant joué aux Etats-Unis par la Cour suprême. Il est depuis fréquemment utilisé en France, chaque fois que l'on redoute ou que l'on constate la propension des juges à se substituer au pouvoir politique (constituant législatif ou exécutif) dans l'exercice du pouvoir normatif.

En 2020, l'apparition d'un nouveau coronavirus a mis à l'épreuve l'équilibre institutionnel des démocraties parlementaires. Partout, face à l'urgence de la situation les Parlements se sont rapidement dessaisis de leur capacité de décision au profit des exécutifs. Cet abandon a mené à une centralisation politique des principales compétences de gestion de la crise sanitaire en faveur des gouvernements²³³. La riposte apportée au COVID-19 a poussé les Etats à prendre des « mesures exceptionnelles », qui selon le cas, sont saluées, critiquées ou purement et simplement défiées : report des échéances électorales²³⁴, réaménagement du fonctionnement des institutions²³⁵, mise en place de cordons sanitaires, mise en quarantaine systématique à l'arrivée, fermeture des frontières, interdiction de rapatrier les dépouilles des victimes du COVID-19²³⁶, distanciation physique²³⁷.

La notification officielle de le COVID-19, le 2 mars 2020 a placé le Sénégal au rang de quatrième pays africain ayant enregistré un cas de Covid. Dès lors, la menace sanitaire n'était plus lointaine avec son lot de spéculation mais une réalité proche. L'inquiétude était grandissante dans les pays africains ou le secteur de la santé est appelé à « se refaire »²³⁸. Au Sénégal, le faible plateau technique disponible pour les malades fut la plus grande inquiétude des épidémiologistes du pays. Ainsi la coordonnatrice du centre de traitement de l'épidémie à l'hôpital universitaire de FAN de Dakar s'inquiétant au début de la pandémie du manque d'équipement dédié au traitement du coronavirus, du nombre de lits très limité (12) pour tout le pays et du faible approvisionnement en oxygène²³⁹. Cette réalité perceptible dans beaucoup de pays africains faisait craindre des millions de morts²⁴⁰, avec la propagation du

²³³ Voir en ce sens : A. Fourmont, B. Ridard, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire . » *Questions d'Europe*, n° 558, du 11 mai 2020, p. 15

²³⁴ S. M. OUEDRAGO et D. OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du COVID-19 : une mise en lumière en Afrique de l'Ouest francophone », *Afrilex*, avril 2020.

²³⁵ D. EMMANUEL, « Le juge constitutionnel et les conséquences de l'état d'urgence sur le fonctionnement du Parlement. Commentaire croisé des avis n° 08/CC du 30 mars 2020 de la Cour constitutionnelle de la République du Niger et avis N° 002/- ACC-SVC / 20 du 30 mars 2020 de la Cour constitutionnelle de la République du Congo », *Afrilex*, juin 2020.

²³⁶ L'autorité administrative s'est fondée sur l'avis du Comité National de lutte contre les Epidémies pour prendre la mesure. Cette mesure avait fait l'objet d'un contentieux devant la Cour suprême au Sénégal, en effet une requête a été déposée au niveau de la cour de céans pour obtenir la levée de l'interdiction du rapatriement des corps des Sénégalais décédés du COVID-19 à l'étranger. Mais finalement la Cour a donné raison à l'Etat du Sénégal sur son refus de rapatrier les corps.

²³⁷ M. ND. MBAYE, « Tenir les réunions : le dilemme des organes de gouvernance des sociétés commerciales de l'espace OHADA pendant la crise sanitaire du COVID-19 », *Bulletin ERSUMA de pratique et professionnel*, Numéro –spécial, Droit OHADA et COVID-19, 1^{ère} Série, n° 031, mars 2020, p. 7.

²³⁸ E. Eben –Moussi, *L'Afrique doit se refaire une santé. Témoignage et réflexion sur 4 décennies de développement sanitaire*, Paris, Harmattan, 2006, p. 45.

²³⁹ « Coronavirus au Sénégal : garder le virus à distance », BBC News –Afrique, 5 octobre 2020, en ligne www.bbc.com/afrique/region -5441278, consulté le 25 octobre 2022 à 12h

²⁴⁰ Antonio Guterres, secrétaire général de l'Organisation de Nations Unies (ONU), interview accordé le 27 mars à France 24 et RFI.

coronavirus sur le continent. Entre les prévisions des institutions internationales et la limite des moyens pour contenir l'épidémie, l'Etat du Sénégal a privilégié une gestion centralisée pour faire face à la crise sanitaire. De même qu'en France cette centralisation a été constatée. C'est dans ce sens que, pour mettre en évidence ladite centralisation que Priscilla Jensel-Monge et Audrey de Montis²⁴¹, ont estimé : « *Pour compenser la centralisation des compétences de la gestion de la crise sanitaire à leur détriment, les parlementaires français souhaitent investir leur mission de contrôle* ». Ils y ont d'ailleurs été fortement encouragés par le Premier ministre d'alors Edouard Philippe, qui avait évoqué le caractère « *indispensable* » du contrôle « dans une démocratie » indiquant que « *le Gouvernement en avait besoin* »²⁴². En effet, en période de crise, le contrôle parlementaire apparaît essentiel. Dans la mesure où la gestion de la crise sanitaire conduit à conférer des marges de manœuvre poussées à l'exécutif²⁴³.

L'architecture institutionnelle « *à la française* » est caractérisée par la verticalité, ce tempérament bonapartiste qui veut qu'une personnalité forte exerce le pouvoir politique, à l'image des monarques de l'Ancien régime. Ce n'est pas pour rien qu'on l'a parfois qualifiée de « monarchie républicaine ». Durant la crise sanitaire de 2020, on a retrouvé ces deux versants : un exécutif fort, centré autour de la figure du Président de la République, qui prend des décisions importantes, parfois restrictives, comme le confinement grâce à l'arsenal institutionnel (les ordonnances, les lois d'exception ...) tout en respectant les règles de base de la démocratie.

Durant la gestion de la crise, les gouvernements autoritaires et populistes ont caché ou faussé les informations concernant la gravité de l'épidémie. Une action qui érode de façon permanente la confiance de la population et, dans le cas du populisme, l'efficacité des mesures prises. En France, les premières mesures pour lutter contre la pandémie sont fondées sur le Code de la santé publique²⁴⁴, le Gouvernement voulant faire face à la pandémie qui

²⁴¹ Voir en ce sens, P. Jensel-Monge, A. de Montis, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la COVID-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », *Confluences des droits*, juillet 2020, p. 14.

²⁴² Voir, E. PHILLIPE, *J.O. Senat Débats*, séance du 19 mars 2020, p. 2488.

²⁴³ S. Warserman, in Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *Doc An Novembre*, 2020, p. 12.

²⁴⁴ Le Code de la santé publique français, est une création d'après –guerre qui a permis de prendre en charge les générations de la guerre mais aussi leurs enfants. Il est la traduction de l'inscription du droit à la santé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, créé en 1953, il contient des textes législatifs qui régissent tous les aspects de la santé. Ledit code a été refondu par ordonnance en 2000 pour la partie législative et par cinq importants décrets pour la partie réglementaire entre 2003 et 2005.

prenait de l'ampleur à instaurer un nouvel état d'exception « l'état d'urgence sanitaire »²⁴⁵ afin de répondre « aux d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelle »²⁴⁶, consacré par la loi du 23 mars 2020²⁴⁷. Ce nouveau régime d'exception s'inspire de celui de l'état d'urgence reconnu par la loi du 03 avril 1955 jugé non pertinent pour la crise sanitaire²⁴⁸. L'exposé des motifs du projet de loi d'urgence précise que l'objectif est alors « de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence ». Ce dispositif confère une réelle prévalence aux décisions gouvernementales dans la gestion de la crise sanitaire, occasionnant ainsi une certaine centralisation. C'est en ce sens que Beraud disait « Notre Etat pyramidal, un des plus centralisés du monde, a failli. »

Les données indiquent que, durant la gestion de la crise de COVID-19, la tendance mondiale a été de centraliser les prises de décisions. Partout, la réponse à la crise sanitaire de la part des autorités politiques relève d'une centralisation politique de la gestion de la crise. En effet elle implique un rôle central de chaque gouvernement, seul à même de coordonner la lutte, de prendre l'initiative, de fixer la stratégie et de mobiliser les ressources nécessaires. La pandémie a été un moment d'affirmation de la centralité du politique.

La gestion de la pandémie a été marquée par un fonctionnement centralisé et vertical de la part de l'Etat, en décalage parfois avec les attentes de certains acteurs dont les initiatives, les compétences et les outils auraient pu être mis à contribution plus efficacement. Ce qui a fait dire à certains observateurs que le gouvernement aurait dû davantage associer les collectivités territoriales durant cette période de crise pour une gestion inclusive et intégrative. Le dialogue entre les préfets et les collectivités s'est résumé pendant des mois à détailler les décisions de l'Etat et non à impliquer directement les acteurs locaux dans les défis à relever. Pour des esprits avertis la centralisation de la gestion de la crise est responsable de la mauvaise coordination entre les différents échelons du pouvoir, de la cacophonie entourant l'imposition

²⁴⁵ En droit français, l'état d'urgence sanitaire est une mesure exceptionnelle pouvant être décidée en conseil des ministres en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie, mettant en péril la santé de la population. Le Premier ministre peut, par un décret, aux fins de garantir la santé publique, notamment : restreindre la circulation des personnes et des véhicules, ordonner la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées, ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public, sauf ceux fournissant des biens ou services de première nécessité, limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique, prendre des mesures temporaires de contrôle des prix. Le cas échéant le Préfet peut être habilité à prendre lui-même ces mesures à l'échelle locale

²⁴⁶ Exposé des motifs du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 en France

²⁴⁷ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (1), *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 2.

²⁴⁸ Cette appréciation a pu faire l'objet de critiques, voir en ce sens : P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? », *Blog Mediapart*, 24 mars 2020 ; S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire ; droit d'exception et exception au droit » *RDS*, 2020, n° 95, p. 372-378.

de mesures différenciées, et du manque de légitimité de celles-ci. Malgré les multiples lois de décentralisation, et l'inscription du principe dans la constitution, le pouvoir central, lui-même de plus en plus présidentiel, conserve la majeure partie du pouvoir décisionnel. A l'inverse, les landers allemands – les Etats fédérés du pays possèdent bien plus de marge de manœuvre que ce soit en termes de santé et d'imposition. En côte d'ivoire, le premier cas est officiellement annoncé le 11 mars 2020 et de nombreuses réunions du Conseil national de Sécurité (CNS) se sont succédé ainsi que des prises de parole de l'exécutif pour annoncer continuellement un train de mesures. Ainsi, en trois mois, six réunions du CNS ont été organisées, ponctuées de plusieurs interventions solennelles du chef de l'Etat et du Premier ministre. Malgré la mise en œuvre de toutes ces décisions, le pays était toujours en proie avec la pandémie. Ceci peut s'expliquer par une gestion centralisée de la crise de COVID-19 par les pouvoirs politiques ivoiriens et surtout du fait que les décisions publiques été peu préparées et mal appliquées. En effet l'analyse de la phase d'application des décisions gouvernementales montre une impréparation et une mauvaise application. Avec l'évolution de la pandémie, le gouvernement a pris, à des périodes bien précises, des décisions énergiques jugées bonnes et cruciales dans la lutte contre la pandémie. Cependant elles n'ont pas été appliquées comme souhaitées car différées. Les résultats obtenus sur le terrain en termes de niveau de contamination montrent les faiblesses de la stratégie mise en œuvre. En effet, à de nombreux points de rupture dans la gestion de la crise sanitaire, les décisions prises ont été marquées du sceau de l'impréparation et de la centralité, voire de l'urgence.

« La gestion de la crise par l'Etat a révélé des failles et des dysfonctionnements de l'action publique qui renvoient à des traits structurels » Voilà comment l'Institut Montaigne qualifie et évalue l'action du gouvernement français pendant les trois derniers mois de la crise. Un bilan sans concession qui met en lumière les bien connues lourdeurs administratives de l'Etat et la verticalité trop importante des mesures mises en place dans la gestion de la crise sanitaire de 2020. Le think-tank estime dans son rapport que la centralisation du pouvoir pendant les derniers mois a exacerbé et élargi la défiance politique. Une défiance qui se ressent dans les enquêtes d'opinion puisque d'après une étude Ipsos, la majorité des français se disent *« insatisfaits »* de l'action du gouvernement.

PARAGRAPHE 2 : LE RECOURS AUX ORDONNANCES : RISQUE DE CONFUSION DES POUVOIRS

La règle selon laquelle le Gouvernement et le Parlement se voient chacun attribuer « *des compétences qui leur sont propres* » règle qui englobe le principe plus restrictif de séparation des compétences législatives et réglementaires, est fondée sur l'article 16 de la Déclaration de 1789²⁴⁹ et le principe de séparation des pouvoirs qu'il consacre. La théorie de la séparation des pouvoirs postule une spécialisation fonctionnelle des trois pouvoirs.²⁵⁰ Comme la démocratie dont elle est l'expression institutionnelle, la séparation des pouvoirs est un fragile équilibre qui peut se rompre au bénéfice de l'un des pouvoirs. Quelles que soient la définition officielle du régime ou les prescriptions de la Constitution. En réalité, la séparation des pouvoirs telle que conçue par les constituants de 1958 s'éloignait de cette vision stricte. Comme le relève Emilien Quinart, ces derniers ont « *cherché à redéfinir la séparation fonctionnelle en substituant à la distinction 'législation /exécution'- héritée du XVIIIe siècle - une distinction 'gouvernement/contrôle'* »²⁵¹. Cette distinction correspond à une conception plus souple de la séparation des pouvoirs, inspirée de la pensée de Montesquieu et des constituants de 1789 qui ont consacré ce principe à l'article 16 de la DDHC²⁵². Elle ne passe pas par une spécialisation fonctionnelle : plusieurs organes peuvent donc participer à la réalisation d'une même fonction, tant qu'il existe des instruments pour éviter qu'un seul organe s'approprie la totalité des pouvoirs. Il n'y a plus, en fait de séparation des pouvoirs effective à partir du moment où l'un d'eux concentre effectivement la réalité du pouvoir et domine l'autre sans subir ni contrepoids, ni contrôle, en pareil cas il ne peut y avoir de séparation des pouvoirs effective. Longtemps proscrite par les principes constitutionnels et contestée par la doctrine, la délégation du pouvoir législatif finit par s'imposer partout même si elle prend des formes variées. La législation déléguée désigne un procédé qui permet au gouvernement de solliciter une habilitation législative au Parlement pour édicter des actes qui relèvent normalement du domaine de la loi. Ces actes sont diversement désignés selon les Etats mais portent généralement le nom d'ordonnances. Si en Belgique par exemple on parle

²⁴⁹ Voir article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »

²⁵⁰ Jean Innocent SENO, « Les figures de la séparation des pouvoirs en Afrique », *Revue de droit public (RDP)*, n°1-2019, p. 186.

²⁵¹ QUINART (E) , *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université Lille , Dactyl., 2019, p. 404.

²⁵² CHEVALLIER (J) , « La séparation des pouvoirs » in Association française des constitutionnalistes , *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, *Economica* , coll. « Droit public positif », 1990, p. 115.

des arrêts royaux de pouvoir, en Espagne, elles prennent la dénomination de décret-loi royal. Il s'agit d'un législateur d'exception dans la mesure où le gouvernement quitte son domaine réglementaire pour intervenir dans le domaine de la loi selon des modalités précises. Elle peut être vue comme source de dérèglement juridique et politique²⁵³ vecteur d'une confusion des pouvoirs²⁵⁴. La démocratie commence avec la distinction des pouvoirs et s'achève avec leur confusion. Les périodes de crise sont souvent propices à l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif au détriment des assemblées et des libertés fondamentales. Ainsi durant la crise sanitaire de 2020 on a pu noter une certaine montée en puissance de l'Exécutif dans plusieurs Etats. Au Sénégal, des *Quotidiens* durant cette période ont titré : « *Macky Sall seul maitre à bord* » titre *Vox Populi* avant de préciser que « *la Président de la République concentre, désormais , les pouvoirs exécutif et législatif pour trois mois* » , un autre exemple, avec *L'AS quotidien* qui a titré à l'époque « *L'Assemblée livre toutes les armes à Macky* » , sous le titre « *Tirs de barrage du Pur, Tekki et Pastef* », *Walf Quotidien* explique « *Pourquoi Pur , Sonko et Mamadou Lamine Diallo se sont abstenus* » lors du vote de la loi d'habilitation. En effet ces trois partis politiques d'opposition « *soulignent que cette loi d'habilitation renforce davantage les pouvoirs de Macky Sal qui va réduire l'Assemblée nationale à sa plus simple expression* ».

Le recours et la multiplication des ordonnances fait l'objet de contestations. C'est principalement le caractère peu démocratique de la technique qui fréquemment montré du doigt. La loi ordinaire est l'expression de la volonté générale formalisée par le biais des représentants du peuple élus démocratiquement, et chargés d'établir la loi ainsi voulue .Son dessaisissement au profit du pouvoir exécutif peu dès lors apparaitre critiquable à bien des égards.

En France, l'activité législative du Parlement a été volontairement limitée pour laisser la main à l'exécutif, les deux chambres se montrant conciliantes durant la procédure législative, pourtant extrêmement rapide²⁵⁵ afin qu'aboutissent les initiatives gouvernementales. Par la suite, malgré un regain du débat parlementaire en particulier au Sénat ²⁵⁶ et une reprise de

²⁵³ Voir en ce sens , P. Delvolvé, « L' été des ordonnances », *RDFA*, 2005, p. 909..

²⁵⁴ A-M. Le Pourhiet , *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français* ,LGGJ,2011. P. 65.

²⁵⁵ Le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a été déposé le 18 mars 2020 au Sénat et a été adopté en Commission mixte paritaire le 22 mars 2020. La navette parlementaire a donc été effectuée en seulement cinq jours et la loi n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, afin de ne pas retarder sa publication au Journal Officiel.

²⁵⁶ A titre d'exemple, la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, a fait l'objet d'un désaccord en Commission mixte paritaire et le Sénat a rejeté le texte en nouvelle lecture par l'adoption d'une question préalable le 2 juillet 2020.

l'activité législative « classique »²⁵⁷. Durant cette période le Parlement a paru très effacé derrière l'organe exécutif. Ce sentiment n'est, certes pas nouveau, en effet le Parlement serait « *L'homme malade de la Ve République* »²⁵⁸, le « *vassal obéissant d'un exécutif dominant et surpuissant* »²⁵⁹. Si l'association des outils du parlementarisme rationalisé au fait majoritaire conduit à un déséquilibre institutionnel en faveur de l'exécutif, la crise sanitaire et surtout le recours aux ordonnances comme moyens d'action juridique de riposte contre la pandémie semble exacerber la confusion des pouvoirs. En outre dans sa décision rendue le 28 mai 2020 par le Conseil constitutionnel français est venue à rebours de la volonté du constituant de 2008 qui a tenu à préciser à l'article 38 de la constitution, que les ordonnances « *ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.* » pour éviter tout risque de « ratification implicite ». Cette décision a accentuée l'interrogation légitime sur le risque de confusion des pouvoirs. A travers cette décision relative à une QPC sur l'installation d'une éolienne, les sages du Palais Royal spécifient qu'en « *des termes inédits* » qu'une ordonnance n'ayant fait l'objet d'aucune procédure de ratification par le Parlement pourrait avoir rétroactivement force de loi une fois le délai d'habilitation dépassé, à la condition que le projet de la loi de ratification des ordonnances ait été déposé dans le temps imparti par la loi d'habilitation. Autrement dit, passé le délai d'habilitation, les ordonnances « *les ordonnances doivent être regardées comme des dispositions législatives* ». Par cette décision le Conseil constitutionnel français octroie donc un véritable pouvoir législatif à l'exécutif qui conduit naturellement à un risque de confusion de pouvoirs. En amputant au Parlement l'une de ses compétences fondamentale de contrôle. Force est de constater qu'en dépit de la séparation des pouvoirs, le Président de la République dispose de prérogatives lui permettant de se substituer au Parlement²⁶⁰ et de prendre des actes législatifs²⁶¹. Le pouvoir de substitution répond en réalité au souci de remédier au refus ou à la négligence d'un organe d'accomplir un acte qui entre normalement dans le cadre de ses attributions²⁶².

« *Rompant avec la séparation fonctionnelle qui caractérise le régime présidentiel américain, la présidence impériale à l'africaine renoue avec les règles du parlementarisme classique et*

²⁵⁷ Ce terme vise ici l'activité législative relative à des textes étrangers à l'état d'urgence sanitaire.

²⁵⁸ Voir en ce sens, M. AMELLER, G. BERGOUIGNOUS, *L'Assemblée nationale*, Paris, P.U.F, coll. *Que sais-je ?*, 2^e éd, 2000, p. 124

²⁵⁹ Voir X. VANDENDRIESSCHE, « Le Parlement entre déclin et modernité », *POUVOIRS*, 2001, n° 99, p. 59.

²⁶⁰ LE POURHIET A-M, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, op. cit, p. 1. En effet elle pense que cette substitution de l'exécutif au Parlement constitue la forme la plus radicale du renforcement de l'exécutif constaté dans les régimes politiques contemporains.

²⁶¹ Voir en ce sens, BON .P. , « Les actes législatifs de l'exécutif » op. cit, p. 472.

²⁶² VIGNES (C.-H) , « Le pouvoir de substitution » *R.D.P*, 1960, pp. 737-738.

fait du chef de l'exécutif un législateur actif »²⁶³. Cette affirmation est d'une actualité brûlante en Afrique, voire les régimes politiques contemporains dans le monde²⁶⁴. On note une participation active du Président de la République à la fonction législative par le biais des ordonnances. Les raisons pour lesquelles les ordres constitutionnels consacrent une participation du Président de la République au pouvoir législatif tiendraient « *aux idées de paralysie, de démagogie, de rapidité et de technicité* »²⁶⁵. Pour le professeur Gérard Conac, en donnant d'importants pouvoirs au Président de la République dans le domaine législatif, les constituants ont voulu éviter les crises institutionnelles, telles les risques de cohabitation conflictuelle, qui pourraient subvenir au cas où la majorité parlementaire ne lui serait pas fidèle²⁶⁶. Cette explication permet de comprendre le fonctionnement du système institutionnel, surtout les relations entre le pouvoir exécutif et législatif. Mais le constat est que « *ces précautions constitutionnelles ont l'inconvénient de limiter à l'excès le rôle du Parlement.* »²⁶⁷ Pouvant occasionner un risque de confusion des pouvoirs et surtout un déséquilibre institutionnel. Cela paraît paradoxal dans la mesure la consécration exclusive du rôle du Parlement en matière législative est évidente : la loi est votée par le Parlement qui exerce le pouvoir législatif²⁶⁸. Certains constituants se veulent plus catégoriques à cet égard en indiquant que le Parlement « *détient le pouvoir législatif* » et qu'il vote seul la loi, et énumère les matières qui relèvent du domaine de la loi²⁶⁹.

C'est précisément aux Etats – Unis que le problème de la constitutionnalité de la législation déléguée a été posé avec plus d'acuité lorsque la pratique commença à se généraliser. Considérant que la séparation des pouvoirs établie par la Constitution ne pouvait être remise en cause même d'un commun accord entre les parties, la Cour suprême trouva dans l'inconstitutionnalité de la délégation consentie à Roosevelt par le Congrès un excellent

²⁶³ HOLO (T), « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *R.B.S.J.A.*, n° 9, 1987, p. 7.

²⁶⁴ DU BOIS DE GAUDUSSON (J), « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat en Afrique ? », *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 1999, p. 335. Il explique que la prééminence du Chef de l'Etat correspond à une tendance générale observée dans les démocraties contemporaines.

²⁶⁵ Voir en ce sens, BON (P), « Les actes législatifs de l'exécutif », *XVe Cours internationale de justice constitutionnelle*, A.I.J.C., 2003, p. 472 ; Voir aussi LE POURHIET (A-M), *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, op. cit., pp. 2 et s.

²⁶⁶ CONAC (G), « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain », *Actes de la deuxième réunion préparatoires au symposium de Bamako : Les institutions de la démocratie et de l'Etat de droit*, mars 2000, p 30.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Voir art 59 de la Constitution du Sénégal, art 79 al.2 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990, art 24 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

²⁶⁹ Voir art 67 de la Constitution du Sénégal ; art 98 de la Constitution du Bénin ; art 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

moyen juridique pour annuler la réglementation du *New Deal*²⁷⁰. Mais elle a dû nuancer considérablement cette position après sa défaite de 1937 : aujourd'hui, la délégation est admise de manière très large lorsqu'elle porte sur des questions intéressant les affaires extérieures et spécialement le commerce international²⁷¹ ; en matière de politique intérieure, elle serait inconstitutionnelle si elle conférait au Président un pouvoir absolument discrétionnaire, mais elle ne l'est pas si elle conférait au Président un pouvoir absolu discrétionnaire, mais elle ne l'est pas si elle précise les buts à atteindre et indique les méthodes à employer²⁷². En juin 1983, la Cour suprême déclarera inconstitutionnelle la pratique du veto législatif qui, étendue par le Congrès à un grand nombre de décisions entrant dans les pouvoirs normaux du Président, avait fini par porter atteinte, au profit du Congrès cette fois, au principe de la séparation des pouvoirs.

En France, la pratique des ordonnances fut dès l'origine vigoureusement critiquée par la majorité de la doctrine comme contraire au principe : « *En droit public français, les compétences s'exercent et ne se délèguent pas* ». Il est certain qu'en effet que la Constitution de 1875 qui avait conféré le pouvoir législatif au Parlement ne le lui avait pas donné comme une propriété qu'il pouvait aliéner, mais comme une attribution qu'il était seul à pouvoir exercer au nom du peuple parce qu'il était lui-même élu du peuple. Mais l'absence de tout contrôle de constitutionnalité priva ces protestations d'effets immédiats²⁷³. Il faut le préciser, en France, la révision constitutionnelle de 2008 avait pour but affiché de renforcer et revaloriser le Parlement afin de « *rééquilibrer ses pouvoirs par rapport à ceux de l'exécutif* » selon les termes mêmes du chef de l'Etat de l'époque²⁷⁴. L'exposé des motifs de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 met également en lumière ces objectifs, justifiés par « *le constat d'un équilibre de nos institutions au détriment du pouvoir législatif* »²⁷⁵ et par la critique du parlementarisme rationalisé tel qu'il a été pensé en 1958 et accentué par les

²⁷⁰ Voir l'arrêt *Panama Refining Co. Ryan* de janvier 1935, 293 US 388.

²⁷¹ Cf. D. Carreau, « Le Président, le Congrès et le commerce international : l'exemple d'un conflit constitutionnel mal résolu », in *Mélanges Burdeau, op. cit.*, pp. 497 et s..

²⁷² Les Etats Unis ont su trouver une solution originale au problème de la répartition des compétences en matière de gestions de l'économie en créant des Agences qui empruntent leurs compétences aux trois pouvoirs.

²⁷³ Cf. Dragos . Russu, *Les décrets lois dans le régime constitutionnel de 1975*, Thèse, Bordeaux, 1942 ; et R. de Lacharrière, « Le système des décrets lois et le régime parlementaire », *Revue d'hist. Polit. Et constit.* 1939, pp. 122 et s.

²⁷⁴ Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Edouard Balladur le 18 juillet 2007, dans le numéro spécial de la *RFDC*, « *Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008 ?* » 2008, p. 251.

²⁷⁵ Exposé des motifs de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

réformes constitutionnelles successives²⁷⁶. Ce n'est pas la première fois qu'une telle volonté était recherchée par les constituants²⁷⁷ français. Parmi les mesures phares, figurent notamment le partage de l'ordre du jour mais également l'inscription de la mission de contrôle du Parlement par exemple l'accroissement du rôle des commissions parlementaires.

²⁷⁶ Notons, en particulier, celle issue de la loi n° 62 -1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel ; mais également la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République.

²⁷⁷ Voir en ce sens, LEVADE (A) , « Rapport introductif . Un Parlement, pour quoi faire ? », in CACQUERAY (S) , HUTIER (S) et LAMOUROUX (S) , *Le Parlement depuis 2008 , Renforcement , statu quo ou retour aux fondements de la Ve République*, IFDJ (Institut francophone pour la justice et la démocratie) , coll. « Colloques & Essais » , 2019 , pp. 13-19^{er} spéc , p. 14.

DEUXIEME PARTIE : DIFFICILE CONCILIATION ENTRE L'URGENCE ET LA COMPLEXITE DES ORDONNANCES

La COVID-19²⁷⁸ est une maladie causée par le virus du SARS-COV-2 identifiée en janvier 2020 à Wuhan en Chine. Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a qualifié la situation mondiale liée au COVID-19 de pandémie. Face à cette situation alarmante, les autorités politiques ont adopté des réponses juridiques et institutionnelles. Généralement, lesquelles réponses ont été interprétées différemment par les spécialistes de la science juridique notamment publicistes. C'est dans ce sens que le professeur D. TRUCHET affirmait : *« L'épidémie de COVID-19 est interprétée différemment par les diverses disciplines du droit public. Un spécialiste du droit administratif de la santé peut ainsi noter, à propos de cette affaire que, d'une part elle traduit le vieux réflexe legaliste français (recourir à la loi pour régler le problème ad hoc) et que, d'autre part, elle relève l'extraordinaire difficulté devant laquelle se trouvent placés les « décideurs » pour adapter au cas par cas, mesure après mesure, la réaction de l'Etat »*²⁷⁹. On remarque aisément toute la complexité de cette épidémie du Coronavirus au regard des conséquences et des mesures prises pour l'extirper. Fondamentalement les décideurs politiques ont fait face à deux dilemmes quant à l'usage des ordonnances comme moyen juridique d'action face à la crise: entre un encadrement byzantin des ordonnances et l'exigence de célérité (**Chapitre 1**) et une procédure lourde des ordonnances et la diligence exigée dans la prise des mesures (**Chapitre2**)

²⁷⁸ Rectifié par l'Académie française suite au double emploi tantôt masculin, tantôt féminin, l'Académie tranche pour la féminisation dans la mesure où le mot suit la règle qui s'applique aux acronymes dont le genre s'accorde avec le mot principal. Dans ce cas, COVID s'accorde avec *disease* maladie en anglais.

²⁷⁹ D. TRUCHET, « COVID-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », le blog de *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel, 27 mars 2020, p. 8.

CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE BYZANTIN DES ORDONNANCES ET L'EXIGENCE DE CELERITE

Lato sensu, l'ordonnance s'entend comme l'acte qui habilite le Parlement à se dessaisir momentanément de sa compétence au profit du Gouvernement. *Stricto sensu*, les ordonnances sont des actes pris par le Gouvernement dans un domaine qui relève normalement de la compétence du législateur parlementaire. Si la notion d'ordonnance peut révéler une certaine homogénéité conceptuelle, sa nature juridique traduit une profonde hétérogénéité. Le régime juridique des ordonnances est construit autour de leur régime contentieux. Ce régime a suivi les différentes phases d'élaboration de l'ordonnance. A compter de son édition et dans l'attente de sa ratification par le Parlement, l'ordonnance est considérée comme un acte réglementaire puisqu'elle émane du Gouvernement. Lors de sa ratification Parlement, l'ordonnance est qualifiée d'acte législatif. L'ordonnance est donc un acte « *hybride* » qui possède une nature tantôt règlementaire, tantôt législative. Ce qui constitue une de ses principales caractéristiques, c'est-à-dire l'identité plurielle de la nature juridique de l'ordonnance (**Section 1**), ce qui déteint naturellement sur son régime contentieux hybride (**Section 2**).

SECTION 1 : L'IDENTITE PLURIELLE DE LA NATURE JURIDIQUE DES ORDONNANCES

A l'occasion de son discours devant le Conseil d'Etat, le 27 aout 1958, Michel DEBRE qui était chargé d'élaborer la nouvelle Constitution française d'alors, évoque les difficultés passées des régimes d'assemblée, notamment les IIIe et IVe Républiques. Il a tenu à rappeler que « *les assemblées, en régime parlementaire, ne sont pas des organes permanents de la vie politique. Elles sont soumises à des sessions bien déterminées et assez longues pour que le travail législatif, le vote du budget et le contrôle politique soient assurés dans de bonnes*

conditions, mais aménagées de telle sorte que le Gouvernement ait son temps de réflexion et d'action ». Dans le cadre de cette véritable rationalisation du régime parlementaire, il apparaît clairement que le Gouvernement doit également être amené à intervenir au sein des compétences normatives. Cette intervention est nécessaire afin que l'exécutif ne soit pas complètement soumis au Parlement. La collaboration entre les pouvoirs exécutif et législatif est ainsi pleinement renforcée. Sous la III^e République, le mécanisme du *décret-loi* illustre déjà un tel partage normatif, toutefois diffère de celui qui existe aujourd'hui. En effet, la Chambre se dessaisissait de son rôle de législateur, dans un domaine précis, pour un temps déterminé, au profit de l'exécutif avant que le texte ne soit ratifié ensuite par le Parlement²⁸⁰.

L'ordonnance est un acte de nature hybride qui présente une complexité. En effet si *d'un point de vue organique*, il s'agit d'un acte pris par le Gouvernement (en France) ou le Président de la République (au Sénégal) sur habilitation du Parlement. Par voie de conséquence, c'est un acte organiquement administratif. Par contre *d'un point de vue matériel*, c'est un acte dont le *negotium* c'est-à-dire le contenu relève du domaine de la loi.

Incontestablement l'ordonnance est un acte complexe. Catherine Boyer-Mérentier parlait de « *puzzle* » pour désigner ce processus²⁸¹. Charles Debbasch évoque quant à lui une « *nature démoniaque* »²⁸². Matériellement législative mais organiquement réglementaire, l'ordonnance est un acte de l'exécutif qui ne témoigne pas de l'exercice du pouvoir réglementaire ordinaire, et dont l'élaboration est soumise à plusieurs étapes, de nature bien différentes. En inscrivant cette procédure à l'article 38 et 77 des constitutions respectivement française et sénégalaise, les constituants sénégalais et français ont eu le mérite de définir juridiquement cet acte complexe, faisant de lui un « *acte spécifique* », « *pris en vertu d'une procédure déterminée et dans un domaine qui lui est propre* »²⁸³. En France, cela a également permis d'éteindre les controverses tenant à la constitutionnalité du procédé, qui avait caractérisé les décrets lois sous les Républiques précédentes²⁸⁴. Un autre auteur a écrit que : « *la nature des ordonnances varie dans le temps à la manière du caméléon* »²⁸⁵. C'est-

²⁸⁰ MARABITO (M), *Histoire constitutionnelle de la France. De 1789 à nos jours*, 14^e édition, LGDJ, 2016, p. 256.

²⁸¹ BOYER-MERENTIER (C), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 19.

²⁸² DEBBASCH (C), « Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 octobre 1958 », *JPC La semaine juridique*, 1962, p. 1701.

²⁸³ BOYER-MERENTIER (C), *op.cit.* p. 18.

²⁸⁴ *Id.*, p. 17.

²⁸⁵ GICQUEL (J) et GICQUEL(J.E), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 31^e édition, 2017, p. 708, n° 1286.

à-dire les ordonnances sont des actes de forme réglementaire avant la ratification **(Paragraphe 1)** et des actes de forme législative après la ratification **(Paragraphe 2)**

PARAGRAPHE 1 : LES ORDONNANCES : ACTES DE FORME REGLEMENTAIRE AVANT LA RATIFICATION

Les ordonnances sont des actes de formes réglementaires avant leur ratification. Entrant en vigueur dès leur publication au *Journal Officiel*, elles sont des actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par une loi. Selon l'expression retenue par le Conseil constitutionnel français, les ordonnances sont « *des actes de forme réglementaire* » et le demeurent « *tant que la ratification législative n'est pas intervenue* » et à la condition qu'elles aient « *fait l'objet du dépôt du projet de la loi de ratification prévue par l'article 38 de la Constitution* »²⁸⁶.

Le critère organique, est basé sur la qualité de l'auteur de l'acte. Autrement dit, il consiste à tirer du caractère administratif de l'autorité une nature administrative à ses actes. Appliquée à l'ordonnance, cela conduit à une solution inverse de la précédente. L'auteur d'une ordonnance est le pouvoir exécutif puisqu'il s'agit d'un acte pris par le Gouvernement ou le Président de la République selon le pays concerné. Cela confère donc, en vertu du critère organique, un caractère administratif à cette dernière. Or le juge administratif étant traditionnellement juge de droit commun de la légalité des actes administratifs²⁸⁷. Ainsi on admet que « *les ordonnances ont un caractère réglementaire entre le moment où elles ont été édictées et la date limite de l'habilitation. Par la suite, elles conserveront ce caractère tant que le*

²⁸⁶ Voir en ce sens , la Décision du Conseil constitutionnel n° 72-73-L du 29 février 1972, rendue sur saisine du Premier Ministre sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution en vue de déterminer la nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnances du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

²⁸⁷ Le Conseil constitutionnel français a fait figurer « *au nombre des Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel , à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la reformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents , les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* », Cons. const. décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence » , cons.15.

*gouvernement n'aura (dans le délai qui lui a été imparti) sollicité du Parlement leur ratification »*²⁸⁸.

Il faut noter qu'on constate des critiques doctrinales du critère organique. En effet des critiques ont également pu être formulées, sur un plan davantage théorique, à l'encontre du critère organique comme fondement de la hiérarchie des normes. Denys de Béchillon, dont la thèse a précisément pour ambition de dépasser la vision organiciste afin d'élaborer une théorie fonctionnelle de la hiérarchie des normes²⁸⁹, résume ces critiques en quatre points principaux. En premier lieu, la notion même d' « organe » est ambiguë. Elle peut recouvrir diverses définitions, ce qui rend l'identification de l'organe en question difficile sur le plan pratique²⁹⁰. En deuxième lieu, au-delà des difficultés pratiques, le critère organique peut « *s'avérer théoriquement délicat à utiliser* »²⁹¹. En effet, il suppose d'admettre qu'il existe une hiérarchie entre les organes de l'Etat, ce qui ne va pas de soi selon l'auteur. Enfin, les deux dernières objections reprennent peu ou prou les critiques tenant à l'inadéquation de ce critère au Droit public positif²⁹². Il faut s'arrêter sur un argument en particulier, qui nous intéresse directement : les ordonnances de l'article 38 sont selon Denys de Béchillon un indice de l'invalidation du critère organique par le droit public. Autrement dit, la thèse organique ne permet pas de rendre compte de l'hypothèse de ce qu'il appelle sciemment « *la législation déléguée* »²⁹³. Dans un article plus récent, l'auteur s'éloigne incontestablement de la thèse organique pour déterminer la « *vraie nature des ordonnances* »²⁹⁴. S'écartant de l'interprétation dominante qui avait été faite de la décision *Conseil national de l'ordre des médecins*, le Professeur considère que cette dernière confirme au contraire la valeur législative des ordonnances, qu'elles soient ratifiées ou non²⁹⁵. Toutefois, il faut relativiser car sur le plan doctrinal, on constate des controverses doctrinales sur la nature juridique des ordonnances, c'est-à-dire la place qu'elles occupent dans la pyramide juridique. A ce propos, pour certains auteurs, les

²⁸⁸ MORAND-DEVILLER (J) , *Cours de Droit administratif*, Paris, Montchrestien , 6^e édition 1999, p. 340.

²⁸⁹ DE BECHILLON (D) , *Hiérarchies des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat* , Economica, coll. « Droit public positif » , 1996, p. 555.

²⁹⁰ *Id.* , p. 9.

²⁹¹ *Id.* , p. 10.

²⁹² *Id.* , p. 12.

²⁹³ *Id.* , p. 12.

²⁹⁴ DE BECHILLON (D), « La vraie nature des ordonnances », in *Le dialogue des juges . Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 209-215.

²⁹⁵ *Id.* , p. 13.

ordonnances sont des actes législatifs dès leur édition. Cette solution était défendue au Sénégal²⁹⁶ .

Toujours en France, on note une remise en cause du critère organique. En effet l'introduction en France d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a fait disparaître la finalité première qui avait motivé le Conseil d'Etat à retenir une approche organique de l'ordonnance. Pour rappel, la raison principale pour laquelle le Conseil d'Etat avait fait prévaloir le critère organique pour déterminer la nature de l'ordonnance, tient à la nécessité de contrôler de tels actes. Autrement dit, le critère organique permettait de qualifier l'ordonnance non ratifiée d'acte administratif ce qui ouvrait alors sa compétence. *A contrario*, s'il avait retenu le critère matériel, l'ordonnance aurait dû être considérée comme un acte de nature législative, d'où la prévalence du critère organique pour déterminer la nature administrative de l'ordonnance non ratifiée. Or à cette époque, le contrôle juridictionnel sur de tels actes n'était pas possible *a posteriori*. Il existait, certes, un contrôle de conventionalité²⁹⁷, mais limité au litige en cause, et n'ayant pas la portée *erga omnes* qui caractérise le contrôle objectif de légalité.²⁹⁸ On comprend donc aisément que cette justification ait « *perdu de son acuité* »²⁹⁹ depuis

²⁹⁶ GAUTRON (J-C) et BAVILLE (M-R), *Droit public du Sénégal*, op. cit. , pp. 81-82. Pour ces auteurs, jusqu'à la révision constitutionnelle de 1967, l'article 66 de la Constitution du 7 mars 1963 traitait sur le même pied les délégations que l'Assemblée nationale en faveur de sa Commission des Délégations et celles effectuées au profit du gouvernement

²⁹⁷ En droit français, on appelle contrôle de conventionalité un contrôle relatif à la conformité d'une norme au regard des conventions internationales. Dans sa décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel français a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* » (Décision n° 47-54 DC du 15 janvier 1975, *recueil* p. 19)

²⁹⁸ La distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif a été posée pour la première fois par Léon DUGUIT, qui a proposé une classification des contentieux administratifs alternative à celle élaborée au XIX^{ème} siècle par Léon AUROC et Edouard LAFERRIERE. En effet, alors que ces derniers proposaient de classer les différents recours en fonction des pouvoirs du juge, du DUGUIT présentait quant à lui une classification basée sur la question posée au juge. Or, cette question peut être de deux grands ordres, qui déterminent la qualification qui prévaudra pour le contentieux. IL y aura « *juridiction subjective* » lorsque la question présente un caractère subjectif, c'est-à-dire si elle consiste à demander au juge la reconnaissance de droits individuels ou d'une situation particulière. En conséquence, la décision du juge n'aura un effet qu'à l'égard des parties, c'est-à-dire *inter partes*, et ne vaudra « *que pour le point qui était en question et qui a été l'objet de la solution* » . Sont traditionnellement rangés dans la catégorie des contentieux subjectifs, les contentieux de la responsabilité (contractuelle et extracontractuelle). Au contraire, il y aura « *juridiction objective* » si la question porte sur la conformité d'un acte par rapport aux normes supérieures, autrement dit il s'agit d'une question de légalité au sens large. Cette fois –ci, la décision aura une portée générale *erga omnes* , ce qui implique que l'acte sera « *anéanti et nul ne pourra s'en prévaloir* devant aucune juridiction comme aucune juridiction ne pourra en faire application. ». Sont classés dans cette catégorie le REP, le recours en appréciation de légalité mais également les recours de « *plein contentieux objectif* » tels que le contentieux fiscal ou électoral par exemple.

²⁹⁹ VILLETTE (V), Conclusions sur le Conseil d'Etat, Ass. , 16 decembre2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et autres « *Le contrôle des ordonnances adoptées dans le domaine de la loi* », *RFDA 2021*, p. 171.

l'introduction de la QPC, dont l'objet est précisément de permettre un tel contrôle *a posteriori*. Le rapporteur public Vincent Villette, dans ses conclusions sur une des décisions ayant contribué à restructurer le contentieux des ordonnances en 2020, l'explique parfaitement : la QPC a « *conduit à ce que la loi soit plus aisément contestable à tout moment, de sorte qu'elle a par ricochet relativisé l'enjeu protecteur traditionnellement associé à la qualification de l'ordonnance comme acte de forme réglementaire plutôt que comme acte de forme législative* »³⁰⁰. De même Thibault Carrère constatait que « *l'introduction de la QPC semble rendre obsolète l'argument de la possibilité immunité contentieuse des ordonnances non ratifiées, et permet d'envisager d'autres solutions* »³⁰¹. Ce point avait d'ailleurs été soulevé dès la discussion sur le projet de loi constitutionnelle, notamment par Jean –René Lecerf lors de la séance du 23 juin 2008 au Sénat en France. Ce dernier proposait un amendement tendant à conférer force de loi aux ordonnances dès leur publication et le justifiait en ces termes : « *Dès lors qu'il existerait un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, rien ne justifierait plus de donner provisoirement aux ordonnances le caractère d'acte administratif pour permettre le contrôle du Conseil d'Etat pendant la période de temps, certes très variable, qui précède la ratification* »³⁰².

En France, on a noté un tournant majeur qui est opéré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 mai 2020³⁰³, et ce, à plusieurs égards. Premièrement, la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution française se voit « *réinventé* ». Le Conseil constitutionnel estime dans ladite décision qu'une ratification implicite des ordonnances est suffisante pour leur consacrer une nature législative. Ces ordonnances « *doivent être regardées comme des dispositions législatives* » après le délai d'habilitation alors même que les dispositions n'ont pas été expressément ratifiées par le Parlement. La seule existence d'un projet de loi de ratification suffit pour conférer à ces dispositions une valeur législative si elles entrent dans le domaine de la loi. Cette appréciation étonne en ce sens que la constitutionnalisation des ordonnances de l'article 38 en 1958 ambitionnait de mettre fin aux controverses de la pratique des décrets lois des IIIème et IVème République. Elles permettent

³⁰⁰ VILLETTE (V), *op. cit.*

³⁰¹ CARRERE (T), « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, n° 4, p. 1107.

³⁰² Discussion en séance publique du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, séance du lundi 23 juin 2008, J.O.R.F, *Sénat* du mardi 24 juin 2008, p. 3219.

³⁰³ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 (Association Force 5 : Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité)

de déroger ponctuellement à la séparation des domaines de la loi et du règlement. Cette décision paralyse en outre la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³⁰⁴ qui imposait une ratification parlementaire expresse des ordonnances pour qu'elles acquièrent une valeur législative. La volonté du Parlement se voit donc présumée dès lors qu'est déposé un projet de loi de ratification, sans vote et sans débat.

Par contre à titre de droit comparé, en droit espagnol, les décrets législatifs sont, selon les termes même de l'article 82 de la Constitution, des « *normes ayant rang de lois* ». Ils sont considérés comme des actes législatifs dès leur édicition. C'est ainsi que, pour le Tribunal constitutionnel³⁰⁵ si les *Cortes générales*, en tant que représentantes du peuple espagnol, titulaire de la souveraineté, sont les dépositaires ordinaires du pouvoir législatif, le gouvernement peut participer à l'exercice de ce pouvoir législatif au cas de délégation consentie dans les conditions posées par la Constitution. De son côté, le Tribunal suprême attribue aux décrets législatifs la nature et le rang des lois.

PARAGRAPHE 2 : LES ORDONNANCES : ACTES DE FORME LEGISLATIVE APRES LA RATIFICATION

Selon l'article 106 de la Constitution ivoirienne, la possibilité pour le Président de la République de prendre des actes dans le domaine de la loi est subordonnée à une condition, celle d'avoir une autorisation parlementaire. Une fois l'habilitation obtenue, il peut prendre des mesures relevant du domaine de la loi. Par le biais d'un instrument normatif communément appelé ordonnance. Cette dernière est présentée comme étant un acte de nature législative après ratification. C'est affirmé que les ordonnances perdent la force réglementaire qui leur était attachée, au profit d'une force législative. Cela principalement en raison du fait

³⁰⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, relative à la modernisation des institutions de la Ve République.

³⁰⁵ Décision n°51/1982 du 19 juillet 1982, (Le Tribunal constitutionnel a annulé un précepte du décret législatif de procédure du travail parce que, en supprimant la possibilité de faire appel contre le jugement des Tribunaux en matière de classification professionnelle, le Gouvernement avait dépassé les limites de la délégation législative accordée par les Cortes Générales (le Parlement) pour refondre la réglementation de procédure des conseils de prud'hommes. Toutefois, il a précisé qu'il « n'existe aucun précepte constitutionnel qui impose la double instance comme nécessaire » en matière de travail. De ce fait, le Parlement (pas le Gouvernement) pouvait supprimer l'appel dans ce genre de procès, ce qu'il a finalement fait (principe de base 24 de la loi 7/1989, du 12 avril, loi-cadre de la procédure en matière de travail, qui a donné lieu à l'art 137.3 du texte refondu par le Décret Royal Législatif 521/1990, du 27 avril).

que la nature juridique des ordonnances varie en fonction de l'existence ou non d'une loi de ratification. Toutefois, les choses n'ont pas toujours été aussi simples que cela laisse à penser. En effet, pour d'aucuns, partisans de la thèse de la nature législative de l'ordonnance, ces dernières étaient des actes législatifs dès leur signature par le Président de la République. En fait, pour certains auteurs, à l'instar de Marcel WALINE : « *Les ordonnances (...) sont des actes législatifs non seulement parce qu'elles peuvent modifier des lois antérieures et demeurer des lois du fait qu'elles concernent des objets prévus par la Constitution. Mais aussi parce qu'elles ne pourront plus être modifiées par le Gouvernement après l'expiration du délai fixé par le Parlement pour l'exercice de ce pouvoir. Il faudra une loi pour les modifier ou les abroger* ». Même s'il est vrai que les arguments avancés pour justifier la possible nature législative des ordonnances sont plausibles car logiques, il n'en demeure pas moins que le droit positif révèle tout autre chose. En effet, comme nous avons pu le démontrer au sujet de la nature réglementaire des ordonnances avant ratification parlementaire, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sont inextricablement attachés à la considération des ordonnances comme des actes législatifs, qu'à la seule condition qu'une loi de ratification ait été faite par le Parlement. On comprend aisément que le Doyen VEDEL ait affirmé : « *Seules les ordonnances ont force et valeur égale à la loi* »³⁰⁶. En termes clairs, si le Parlement ratifie les ordonnances, leurs dispositions subissent en quelque sorte une transformation, qui leur donne depuis leur signature la valeur législative dont elles avaient été provisoirement dépourvues. Dès lors la légalité de ces dispositions ne peut plus être contestée, et ces actes ne pourront être modifiés que par une nouvelle loi. De ce qui précède, il importe de souligner qu'après intervention de la loi de ratification, les ordonnances deviennent pleinement des actes législatifs. Ainsi donc les dispositions ayant un contenu législatif (au sens matériel) redeviennent des dispositions législatives à titre définitif. Par conséquent, il convient de retenir qu'au regard de l'article 106 de la Constitution ivoirienne, article 77 de la Constitution sénégalaise et 38 de la Constitution française, les ordonnances sont organiquement des actes réglementaires, car prises par le Gouvernement ou le Président de la République mais matériellement des actes législatifs car leurs ratifications par le Parlement, les transforment en des lois. S'il est vrai que cela paraît simple à concevoir, il n'en demeure pas moins qu'actuellement on note une incohérence théorique sur la nature des ordonnances. Le principal élément de complexité de cette nouvelle répartition du contentieux, tient à ce qu'elle

³⁰⁶ Doyen VEDEL, cité dans Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, dans ; *Droit constitutionnel* ; 21^e édition, 2019, p. 918.

engendrer une incohérence théorique sur la nature de l'ordonnance. Cette hybridité était néanmoins facile à appréhender intellectuellement, puisqu'elle « *résultait de séquences successives* »³⁰⁷. Autrement dit, l'ordonnance était réglementaire à un moment n , et législative à un moment $n+1$. Or, cette hybridité est depuis 2020 poussée à l'extrême puisque la nouvelle solution « *suppose de regarder l'ordonnance comme concomitamment réglementaire et législative* '' au sens de '' »³⁰⁸. C'est-à-dire qu'à un même moment n , une disposition de l'ordonnance pourra être regardée comme réglementaire ou législative, en fonction du moyen soulevé à son encontre. La doctrine s'est empressée de pointer les problèmes que cela engendrerait. Un collectif d'éminents auteurs³⁰⁹, a qualifié à cet égard l'ordonnance non ratifiée dont le délai d'habilitation est dépassé, de « *chauve-souris juridique* »³¹⁰, en s'inquiétant du risque que cela engendrerait pour la sécurité juridique. Agnès Roblot -Troisier parle dans le même sens, d'une « *découverte de l'acte 'réglementaire-législatif'* » ou de « *disposition legislativo-reglementaire* ». Clément Malverti et Cyrille Beaufils sont quant à eux convaincus que ce nouveau régime contentieux « *accroît la complexité d'un ensemble déjà subtil* » et que « *les justiciables ne gagnent guère en simplicité* »³¹¹. Selon Xavier Prétot, la restructuration opérée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat « *ouvre devant le justiciable un véritable labyrinthe, et confirme ainsi le caractère, à tous égards, ésotérique d'un système juridictionnel qui donne fréquemment le sentiment de n'avoir pour effet, sinon pour effet que d'égarer le justiciable* »³¹². Valentin Lamy est même allé jusqu'à parler de « *chaos juridictionnel* »³¹³. Force est de constater que le régime contentieux des ordonnances est ambivalente.

SECTION 2 : UN REGIME CONTENTIEUX HYBRIDE DES ORDONNANCES

La crise sanitaire de la pandémie de la Covid-19 a donné lieu à l'adoption de la loi n° 2020-13 du 2 avril 2020 qui a permis au Président de la République du Sénégal de prendre des

³⁰⁷ VILLETTE (V), *op. cit.*.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Par exemple : Pierre Avril, Jean -Pierre Camby, Pierre Delvolvé, Renaud Denoix de Saint-Marc, Yves Gaudemet, Anne-Marie Le Pourhiet, Anne Levade, Pierre Mazeaud, Jean -Eric Shoettl, et Pierre Steinmetz.

³¹⁰ AVRIL (P) et autres (collectif), « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées : réflexions sur une chauve -souris juridique », *SJEG*, n° 46, du 9 novembre 2020, pp. 2005-2013.

³¹¹ MALVERTI (C), BEAUFILS (C), « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

³¹² PRETOT (X), « Que reste -t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle... », *SJEG*, n° 7, 15 Février 2021, p. 342.

³¹³ LAMY (V), « Ordonnances non ratifiées de l'article 38 : le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert », *AJDA*, 2020, p. 2266.

mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi, à travers des instruments normatifs communément appelés ordonnances. On considère que des motifs liés à l'urgence sont de ceux qui peuvent justifier une demande de recourir aux ordonnances. Ainsi elles constituent une technique qui permet une extension occasionnelle du pouvoir réglementaire dans le domaine de compétence du législateur. C'est à la lumière de ce constat certainement que Michel VERPEAUX³¹⁴ disait : « *Les ordonnances, sous la Ve République, sont un moyen volontaire de méconnaître la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement.* ». La nature des ordonnances varie dans le temps. Initialement, entre la loi d'habilitation et la date du dépôt du projet de ratification, l'ordonnance s'analyse comme un acte réglementaire. L'ordonnance, acte administratif : jusqu'au dépôt du projet de loi de ratification, l'ordonnance est un acte administratif. Prévue par la Constitution Sénégalaise, la ratification est le processus censé conférer une valeur législative à l'ordonnance édictée.³¹⁵ Cette complexité de la nature juridique de l'ordonnance déteint sur le régime contentieux des ordonnances. Le contentieux des ordonnances fait l'objet d'une répartition entre la juridiction administrative et celle constitutionnelle. Il s'agit de sa spécificité première. Ainsi se décline un contentieux binaire : Compétence du juge administratif avant la ratification (**Paragraphe 1**) et la compétence du juge constitutionnel après la ratification (**Paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1 : COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF AVANT LA RATIFICATION

La nature juridique de l'ordonnance avant l'intervention de la loi de ratification s'avère déterminante quant à l'identification des acteurs du contrôle. En effet, en France, la nature réglementaire de l'ordonnance non ratifiée écarte le recours aux mécanismes traditionnels du contrôle de constitutionnalité au profit du Conseil d'Etat. Le juge administratif français admis

³¹⁴ Professeur de droit à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris-I), Directeur du Centre de recherches de droit constitutionnel.

³¹⁵ Logiquement, à partir de la ratification, l'ordonnance est soustraite au contrôle du Conseil d'Etat avec un effet rétroactif jusqu'à la création du texte : CE, 19 décembre 1969, Dame Priard. Cette décision fait suite à la décision du Conseil constitutionnel de 1966 : « considérant que cette ratification lui a conféré forme législative à compter de la date à laquelle elle est intervenue(...) », Cons. const. 10 mars 1966, n°66-36, Rec., p. 23 ; *RJC*, p.II-23-JO du 20 mars 1966.

le 3 novembre 1961³¹⁶, la recevabilité par recours pour excès de pouvoir intenté à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée. Le Conseil constitutionnel a par la suite confirmé cette compétence du juge administratif dans une décision du 8 août 1985³¹⁷ en ces termes : « *Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel ne peut porter que sur les lois, et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution, celles-ci n'en sont pas moins soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* ». Autrement dit le juge administratif est compétent pour apprécier la validité de l'ordonnance non encore ratifiée. Elle relève d'un régime contentieux administratif. C'est de ce régime que découle la nature administrative de l'ordonnance. Le juge administratif a admis sa compétence par simple rattachement organique. Selon une jurisprudence traditionnelle, un acte qui émane d'une autorité administrative est un acte administratif. Le Conseil d'Etat évite de rechercher la nature de l'acte. Il se contente de vérifier l'un des éléments fondant la nature administrative de l'acte : l'organe d'édiction, pour en déduire le régime contentieux.

Mais quelle est la nature de ce contrôle exercé par le juge administratif ? Pour Catherine BOYER-MERENTIER, le Conseil d'Etat exerce à cette occasion un contrôle de constitutionnalité analogue à celui que le Conseil constitutionnel fait sur les lois.³¹⁸ Elle se fonde sur la jurisprudence du Conseil d'Etat lui-même qui dans l'arrêt *Fédération Nationale des Syndicats de Police* du 24 novembre 1961³¹⁹, a censuré l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 août 1960, au motif « *qu'ayant pour effet de transférer au Gouvernement d'une manière permanente le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées au personnel de police (...) ledit article viole l'article 34 de la Constitution* ». Explicitement, le Conseil d'Etat s'est ainsi érigé en gardien de la constitutionnalité de l'ordonnance qui, jusqu'à ce qu'elle soit ratifiée, reste un acte administratif réglementaire. Pour retenir une telle qualification, il a fallu au préalable considérer que les ordonnances sont « *le fruit d'une extension de la compétence réglementaire et non d'une délégation de la compétence législative.* »³²⁰. Toutefois il faut le

³¹⁶ CE, 3 novembre 1961, Sieur Damiani, Rec. 607 ; voir aussi CE, 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, p. 658. ; note J.THERY, *AJDA*, 1962, p. 114. Il faut souligner que, depuis l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est* du 6 décembre 1907, le juge administratif a estimé que le critère organique détermine à lui seul la recevabilité dudit recours : tout acte émanant d'une autorité administrative est un acte administratif.

³¹⁷ Cons. const. 8 août 1985, n° 85-196 DC ; *GDCC*, Evolution de la Nouvelle-Calédonie, 12 édition, 2003, p. 633 et s. Voir aussi note L. HAMON, *GDCC*, 7^e édition 1993, n° 39, p. 609 ; aussi note François LUCHAIRE, *AJDA*, p. 45.

³¹⁸ Pour un développement sur cette question voir : David DOKHAN, « Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs », *LGDJ*, 2001, p. 93 et s. Voir aussi Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958. », *Economica*, PUAM, 1996, p. 155.

³¹⁹ Rec. P.658 ; *AJDA*, 1962, p. 312.

³²⁰ GUETTIER (C), « Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République », *RDP*, 5/6, 1998, p. 1731.

préciser, le Conseil d'Etat ne contrôle ces ordonnances que lorsque celles –ci ne sont pas ratifiées par le Parlement. S'il lui appartient de censurer la violation directe de la Constitution ou des principes généraux du droit par une ordonnance, il ne peut par contre prendre en compte l'inconstitutionnalité qui n'affecte l'ordonnance qu'à travers la loi qui la fonde³²¹.

Au Sénégal, l'instauration d'une formation spéciale de la Cour suprême, à savoir la chambre administrative, se prononçant en dernier ressort sur toutes les affaires administratives, constitue une « *garantie contre le déclin du régime administratif* »³²² selon l'expression de BOCKEL.

Comme tout acte réglementaire et tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée, sa régularité peut être contestée devant le juge administratif, soit directement, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, soit indirectement, par la voie d'exception, à l'occasion d'un recours formé contre une mesure d'application. Le Conseil d'Etat français l'a d'ailleurs rappelé en ces termes « *qu'il résulte des dispositions de l'article 38 de la Constitution , ainsi que des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution , que les ordonnances prises dans le cadre de l'article 38 ont , alors même qu'elles interviennent dans une matière ressortissant en vertu de l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles au domaine de la loi , le caractère d'actes administratifs ; qu'à ce titre , leur légalité peut être contestée aussi bien par la voie d'un recours pour excès de pouvoir formé conformément aux principes généraux du droit que par la voie de l'exception à l'occasion de la contestation de décisions administratives ultérieures ayant pour fondement une ordonnance : que , cependant , des lors que sa ratification est opérée par le législateur, une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature* »³²³. Comme pour les décrets, le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des recours formés contre les ordonnances. Le juge administratif vérifie que l'ordonnance dont il doit apprécier la légalité a bien été prise « *dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ainsi que des engagements internationaux de la France* ».³²⁴ Le Conseil d'Etat a ainsi été conduit à apprécier la légalité de dispositions issues d'ordonnances à l'aune de

³²¹ Voir sur le régime juridique de ces ordonnances, RIVERO (J) et WALINE (J) , *Droit administratif*, Dalloz, 20^e édition , p. 257.

³²² Voir BOCKEL (A), *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, p. 456.

³²³ Arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mars 1997, Société Baxter.

³²⁴ Arrêt du Conseil d'Etat du 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province.

principes constitutionnels tels que l'égalité devant les charges publiques³²⁵, la liberté du commerce et de l'industrie³²⁶, la liberté individuelle³²⁷, ou encore le principe d'indivisibilité de la République³²⁸. Il a en outre, mais rarement, dû censurer des dispositions issues d'ordonnances dont il a estimé qu'elles portaient atteinte à des principes constitutionnels. A la suite d'une décision du 20 octobre 1997 du Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat, dans deux arrêts des 1^{er} décembre 1997, Caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe, et 12 juin 1998, Conseil national de l'Ordre des médecins, a ainsi rappelé que « *par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, il appartient au législateur de fixer les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* » et a jugé qu'en prévoyant, par une ordonnance du 24 avril 1996, que les litiges liés à la décision d'une caisse primaire d'assurance maladie de placer un professionnel hors d'une convention relèveraient désormais de la compétence des tribunaux administratifs, le Gouvernement avait indûment modifié les règles de répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires. Le Conseil d'Etat contrôle également la conformité des ordonnances aux engagements internationaux de la France. Ainsi par exemple, il a décidé dans un premier temps de suspendre l'exécution de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des seuils d'effectifs des entreprises³²⁹, après avoir sursis à statuer sur la légalité de cette ordonnance et décidé un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJEC), les moyens tirés de la méconnaissance de deux directives européennes étant « *propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée* » et l'urgence justifiant la suspension de l'exécution de l'ordonnance étant avérée³³⁰. La Cour de justice a statué sur cette affaire, le 18 janvier 2007, dans le sens d'une non-conformité de l'ordonnance aux directives européennes conformément aux conclusions de son avocat général présentées le 12 septembre 2006³³¹. A la suite de cet avis, le Conseil d'Etat n'a pu que constater qu'il découlait de l'interprétation ainsi donnée par la CJCE que les dispositions en cause de l'ordonnance contestée étaient incompatibles avec les directives et des lors, a annulé l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août

³²⁵ Arrêt du Conseil d'Etat, du 4 novembre 1996 précité ; arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1997, précité.

³²⁶ Arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée du 28 mars 1997, précité.

³²⁷ Arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} décembre 1997, Union des professions de santé libérales SOS Action Santé.

³²⁸ Arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 2003, Fédération régionale ovine du Sud Est : modification par décret des modalités d'exercice de la police de la chasse insérée à l'article L. 427-6 du code de l'environnement par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000.

³²⁹ Arrêt du Conseil d'Etat du 23 novembre 2005, Confédération générale du travail – Force ouvrière.

³³⁰ Arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 2005, Confédération générale du travail et autres.

³³¹ Arrêt de la CJEC, (deuxième chambre) du 18 janvier 2007, affaire C-385/05.

2005³³². Dans le cadre de son contrôle le juge administratif, vérifie également que l'ordonnance respecte le cadre de l'habilitation consentie³³³ et que les mesures prises sont proportionnées à l'objectif défini³³⁴. En effet le juge administratif effectue un contrôle sur la légalité externe et sur la légalité interne de l'ordonnance contestée. Par rapport à la légalité externe le juge administratif vérifie la compétence de l'auteur de l'acte, la procédure suivie et forme de l'acte. Le Conseil d'Etat français par exemple a jugé que les dispositions imposant la saisine d'organismes consultatifs préalablement à l'édiction de textes réglementaires s'appliquent aussi aux ordonnances de l'article 38, en raison de la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes³³⁵. Par rapport au contrôle de la légalité interne, le bloc de légalité que doivent respecter les ordonnances comprend quatre séries de normes. Le juge administratif exerce son contrôle en comparant l'ordonnance à la loi d'habilitation, aux règles et principes de valeur constitutionnelle ainsi que les lois organiques, aux principes généraux du droit et aux textes internationaux. Le juge administratif contrôle le respect du domaine visé par la loi d'habilitation. Dans le cadre de son contrôle, le juge administratif vérifie que l'ordonnance respecte le cadre de l'habilitation consentie et que les mesures prises sont proportionnées à l'objectif défini. Il confronte la mesure non seulement à la liste des matières mais aux finalités prévues par la loi d'habilitation³³⁶. Enfin le juge administratif vérifie que le Gouvernement, autorisé à intervenir par voie d'ordonnances dans un but déterminé, épuise la compétence qui lui a été confiée et sanctionne les cas d'incompétence négative³³⁷.

³³² Arrêt du Conseil d'Etat du 6 juillet 2007, Confédération générale des travailleurs et autres.

³³³ Arrêt Conseil d'Etat, Assemblée du 3 juillet 1998, Syndicat des médecins Aix et région ; en créant par ordonnance un conseil national de la formation médicale continue, ses auteurs n'ont pas « outrepassé le cadre de l'habilitation » définie comme la possibilité de prendre toutes mesures relatives à la formation des professions médicales ; en revanche, par exemple de censure ; Arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 10 mai 2004, M. Guy X : la modification des règles de répartition des compétences entre juridictions administratives et judiciaire est indépendante de la réalisation de l'objectif défini par la loi d'habilitation comme « L'amélioration de la qualité des soins et la maîtrise des dépenses de santé ».

³³⁴ Arrêt du Conseil d'Etat du 26 novembre 2001, Association Liberté Information Santé : l'institution de vaccination obligatoire est proportionnée à l'objectif qui est d'assurer la protection de la santé ; elle porte une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain et ne méconnaît ni le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ni celui de la liberté de conscience.

³³⁵ Voir en ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat, du 27 avril 1999, CSFM.

³³⁶ Contrôlant le respect de la portée de l'habilitation donnée par le législateur, le Conseil d'Etat a censuré une disposition de l'ordonnance n° 2005-1129 du 8 septembre 2005 portant simplification en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement et l'élimination des déchets, prise en application de l'article 51 de la loi n° 2004-1343 du 09 décembre 2004 de simplification du droit, qui tendait à abroger une disposition de forme législative du Code de l'environnement, adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 et portant sur une matière réglementaire. En effet, il a estimé que cette abrogation excédait « les limites de l'habilitation donnée par le législateur » car celle-ci se limitait à l'abrogation des dispositions du Code de l'environnement « devenues sans objet », c'est-à-dire soit devenues redondantes avec d'autres dispositions en vigueur, soit devenues obsolètes par suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait.

³³⁷ Voir en ce sens l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1998 précité « en renvoyant à un arrêté du ministre chargé de la santé le soin de fixer le montant de chacune des impositions visées à l'article L.367-10 du

S'appuyant sur l'article L 521-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat, saisi en tant que juge des référés, peut ordonner la suspension de l'exécution d'une ordonnance aux motifs que l'urgence le justifie et qu'il fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Dans ce cadre, on se trouve en présence d'une ordonnance valable, mais suspendue, susceptible de devenir une loi après ratification par le Parlement. Dans l'immédiat les dispositions de l'ordonnance incriminée cessent d'être applicables³³⁸. Au Sénégal, avec la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême, on parlait de « sursis à exécution » (SAE). En effet, l'article 73-2 de cette loi disposait que : « *Sur demande expresse de la partie requérante, la Cour suprême peut, à titre exceptionnel ordonner le sursis à exécution des décisions des autorités administratives contre lesquelles a été introduit le recours en annulation. Le sursis à exécution ne peut être accordé que si les moyens invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et si le préjudice encouru par le requérant est irréparable.* ». Cependant l'invocation d'un moyen qui paraît sérieux et l'existence d'un préjudice irréparable, étaient difficilement appréhendables en dehors de tout subjectivisme :

-Moyens sérieux, c'est-à-dire s'ils ont la pertinence idoine ou, à tout le moins, des chances de succès. L'analyse du caractère sérieux d'un moyen était manifestement tributaire d'une appréciation fondée sur un apriorisme et était forcément teinté de subjectivisme.

-Préjudice irréparable : l'on a longtemps entendu par là un dommage ineffaçable, impossible à réparer. Ainsi une question s'impose avec le recul : finalement est-ce qu'un tel préjudice peut exister en droit ? Par conséquent, cette procédure de suspension et non forcément d'urgence, comportait en elle-même les causes de son inefficacité. La critique esquissée tantôt

Code de la santé publique, le Gouvernement agissant dans le cadre de l'article 38 de la constitution, est resté en deçà de la compétence de l'autorité investie du pouvoir de prendre des mesures relevant du domaine de la loi ».

³³⁸ Dans un arrêt rendu par la section du contentieux, le Conseil d'Etat a décidé, le 23 novembre 2005, de suspendre l'exécution de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des seuils d'effectifs des entreprises. Il répond favorablement à la requête déposée par le CGT-FO. Cette ordonnance prévoit que, notamment pour l'application des règles relatives aux institutions représentatives du personnel, les salariés embauchés à compter du 22 juin 2005 et âgés de moins de 26 ans ne sont pas pris en compte, jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge, dans le calcul de l'effectif du personnel de l'entreprise. Et ce jusqu'au 31 décembre 2007. La condition d'urgence est réunie dans la mesure où, parmi les dispositions dont l'application peut se trouver écarter ou différée, figurent celles qui imposent aux entreprises la mise en place d'institutions représentatives du personnel appelés, notamment, à intervenir dans la procédure de licenciement collectif pour motif économique. L'application de cette mesure porte une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts que la CGT-FO entend défendre et ce même si la mesure contestée a été inspirée par l'objectif de favoriser l'emploi. En outre le Conseil évoque les motifs de même nature que ceux l'ayant conduit dans sa décision du 19 octobre 2005, à voir une difficulté sérieuse justifiant la saisine, pour interprétation, de la CJEC. Ces motifs sont propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée. Il s'agit des motifs tirés de la méconnaissance des dispositions des directives n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 et n° 2002/14/CE du 11 mars 2002.

à propos des limites du sursis à exécution, a certainement poussé le législateur à mettre en place de nouveaux outils à l'instar des référés. La loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême instaure ces nouveaux outils³³⁹. Parmi lesquels le référé-suspension (ancien SAE), article 84 de la loi organique qui dispose : « *Quand une décision administrative fait l'objet d'une requête en annulation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction n un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

Lorsque le juge de l'excès de pouvoir est saisi suivant les conditions prévues par la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la cour suprême. Il exerce un contrôle assez limité. En effet concernant la légalité externe, il contrôle si l'ordonnance querellée respecte les règles relatives à la compétence de l'autorité signataire (le Président de la République est seul habilité à signer les ordonnances)³⁴⁰. Par rapport à la légalité interne, le juge de l'administration sénégalais vérifie l'ordonnance n'a pas violé la constitution, à la loi d'habilitation, de même que les principes généraux du droit qui ont une valeur infra-législative et supra-décrétale. Il faut préciser que la jurisprudence admet que l'ordonnance peut déroger à un principe général du droit si la loi d'habilitation l'indique nécessairement³⁴¹. Toujours au Sénégal, au cours d'un procès, les justiciables peuvent ainsi soulever l'exception d'illégalité de l'ordonnance non ratifiée devant les juridictions de fond³⁴², lorsque de l'examen de sa légalité dépend la solution du litige.

Le choix du critère organique par le Conseil d'Etat conduit certes à soumettre au contrôle du juge une partie des ordonnances : celles qui n'ont pas été ratifiées. Néanmoins, une fois la ratification intervenue, l'auteur de l'acte change : ce n'est plus l'Exécutif, mais bien le législateur qui s'approprie le texte. Selon la logique retenue par le Conseil d'Etat, c'est-à-dire le critère organique, la ratification conduit donc à son dessaisissement. Autrement dit, l'ordonnance ratifiée devient insusceptible de recours devant le Conseil d'Etat³⁴³, et les

³³⁹ Voir article 83 de ladite loi : « il est institué un juge des référés en matière administrative. Il statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais. Est juge des référés, le premier président de la Cour suprême ou le magistrat qu'il désigne à cet effet. »

³⁴⁰ Voir article 43 de la Constitution du Sénégal.

³⁴¹ Voir CE, 29 octobre 2004, Sueur et a. *Rec.*, CE, 2004, p. 405. *AJDA* 2004, p. 238, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2004, p. 110, concl. D. Casas.

³⁴² Cour d'appel, Tribunal de grande instance et Tribunal d'instance.

³⁴³ CE, 11 juin 1990, Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances, n° 74293 ; rappelé par CE, 8 décembre 2000, M. Hofer et autres, n° 1999072.

recours pendants tombent puisque la ratification a un effet rétroactif³⁴⁴. Cette jurisprudence s'inscrivait également dans la continuité de celle retenue à propos des décrets-lois³⁴⁵. Or, avant 2010, aucun contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'existait en France. Par conséquent, mis à part le contrôle de conventionalité exercé par voie d'exception par le juge ordinaire, au même titre que les lois ordinaires³⁴⁶ l'ordonnance ratifiée bénéficiait d'une immunité contentieuse, au moins par voie d'action. La ratification conférant à l'ordonnance une valeur législative, dès lors le juge constitutionnel devient compétent.

PARAGRAPHE 2 : COMPETENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL APRES LA RATIFICATION

L'exécutif dispose de certaines prérogatives le conduisant à participer à l'action du législateur et notamment par celle de l'initiative des projets de lois, procédé qui existe au Sénégal, en France et un peu partout dans le monde. Et qui a une importance essentielle car constituant aux dépens des propositions d'origine parlementaire la majeure partie des textes soumis au vote du Parlement. Pour ces raisons, on serait enclin à penser que les compétences législatives du pouvoir exécutif³⁴⁷ renvoient au mécanisme traditionnel du « *dépôt des lois* » à l'acception classique de participation au processus d'élaboration législative. Mais il ne s'agit que d'une compétence « *accessoire* », alors que le processus de la délégation ou habilitation³⁴⁸ législative fait participer directement l'exécutif à l'édiction de normes à valeur législative dont le juge constitutionnel aura à connaître³⁴⁹.

³⁴⁴ Cons. const. , décision n° 66-36 L du 10 mars 1966 ; CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec.593)

³⁴⁵ Voir par exemple, CE, 9 mars 1951, Guiolet (Rec. 146) ou encore, CE, sect., 25 janvier 1957, Société Etablissements Charlionais et Cie, n° 30726 (Rec. 54)

³⁴⁶ CE, Ass. , 20 octobre 1989, Nicolo n° 108243 (Rec. 190).

³⁴⁷ Voir en ce sens, PALADIN (L), « Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs : Aspects de droit comparé », *RFDC* , 32-1997, pp. 677-691.

³⁴⁸ Voir sur la distinction entre le terme « délégation » et « habilitation », HAURIOU (M), « Précis de droit constitutionnel », *Recueil Sirey*, 1929, réél. CNRS, p. 265, note 13. II. En effet l'auteur : « *préfère le terme « habilitation » quand il estime que « les discussions qui ont eu lieu sur la possibilité de la délégation législative(...) ne se seraient pas élevées si l'on avait eu une bonne distinction des pouvoirs publics et des fonctions. Mais faute de cette distinction, on a confondu continuellement les deux notions et , pratiquement , on a raisonné uniquement sur la délégation du pouvoir législatif, locution équivoque, parce que la délégation n'est qu'une fonction, ou sur la délégation des compétences , autre locution équivoque, qui peut s'entendre également du pouvoir et de la fonction »*. Voir aussi Catherine BOYER-MERENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Economica, PUAM*, 1996, p. 11.

³⁴⁹ Voir FAVOREU (L) et autres, « Droits constitutionnel », *Dalloz*, 12^e édition, 2009, p. 264.

L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de prendre par ordonnance, dans un délai limité, des mesures dans des matières relevant du domaine de la loi, que la Constitution (article 34) réserve en principe au Parlement. Après avoir reçu l'autorisation de ce dernier (loi d'habilitation), le Gouvernement prend une ordonnance, puis dépose un projet de loi pour obtenir sa ratification. Cette ratification par le Parlement donne à l'ordonnance le statut d'une véritable loi, qui ne peut donc plus être attaquée devant le juge administratif. Depuis le début de la Ve République, le Conseil d'Etat puis la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel jugeaient que les ordonnances constituaient avant leur ratification par le Parlement, des actes administratifs que le Conseil d'Etat pouvait contrôler, y compris au regard de la Constitution, comme il le fait pour tous les actes réglementaires émanant du Gouvernement. Par deux (2) décisions de mai et juillet³⁵⁰, le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence en affirmant que les dispositions d'une ordonnance « *doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions d'une législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.* »

Le régime juridictionnel des ordonnances a été construit de manière dualiste au terme d'une jurisprudence constante. Cette jurisprudence révèle non seulement la « mixité » juridique de l'ordonnance, mais également celle de son contentieux. Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du contentieux des ordonnances non ratifiées, tandis que le Conseil constitutionnel contrôle les ordonnances ratifiées. Chaque juridiction dispose donc d'un « *bloc de compétence* » visiblement imperméable qui repose sur la nature juridique des ordonnances. Avant la ratification du Parlement, l'ordonnance est qualifiée d'« *acte réglementaire émanant du pouvoir exécutif* » et relève en conséquence de la juridiction administrative. Après ratification du Parlement, l'ordonnance est qualifiée d'acte législatif et peut par voie de conséquence être déférée devant la juridiction constitutionnelle.

S'il est bien une décision de l'année 2020 qui a suscité de l'émoi dans le monde juridique, c'est celle rendue le 28 mai par le Conseil constitutionnel français : « *curieux épisode juridique* »³⁵¹ ; « *décision étrange* »³⁵² ; « *étonnantes solutions* »³⁵³ ; « *invraisemblable*

³⁵⁰ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 et décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020.

³⁵¹ EVEILLARD (G), « Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative...des "dispositions législatives" dépourvues de valeur législative », *Droit administratif*, novembre 2020, n° 11, p. 52.

revirement »³⁵⁴ ; « décision très préoccupante »³⁵⁵ ; « neutralisation de la portée démocratique de l'article 38 »³⁵⁶ et même une « bombe à retardement »³⁵⁷...Nombre de commentateurs se sont inquiétés –ou simplement interrogés – sur ce revirement de jurisprudence opéré par les juges de la rue Montpensier. La raison de ce retentissement se trouve au onzième paragraphe de cette décision dite la jurisprudence *Force 5*³⁵⁸, dans laquelle le Conseil constitutionnel français considère qu'à l'expiration du délai de l'habilitation législative, les dispositions d'une ordonnance non ratifiée devaient être « regardées comme des dispositions législatives »³⁵⁹. En cela, il rompt avec une jurisprudence de longue date et semble s'approprier un contentieux qui revenait jusqu'alors au Conseil d'Etat. Outre l'aspect contentieux, cette décision remet sur le tapis la question de la valeur des ordonnances, classiquement considérées comme des actes administratifs en l'absence de ratification par le Parlement. la décision *Sofiane A.*³⁶⁰ est venue à son tour, modifier significativement la nature juridique des ordonnances non ratifiées et, parallèlement, le régime contentieux. Le Conseil constitutionnel a déclaré qu'une ordonnance non ratifiée pourra faire l'objet d'une QPC dans l'hypothèse où elle contiendrait des dispositions relevant du domaine de la loi et où le délai d'habilitation ait expiré. En admettant explicitement sa compétence à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Conseil constitutionnel français accepte implicitement que certaines ordonnances non ratifiées soient assimilées à de véritables normes législatives .La jurisprudence *Sofiane A* n'a pas manqué de recevoir des critiques légitimes de la part de la doctrine³⁶¹. Ces critiques « ont ravivé l'imminence d'une crise juridictionnelle ». En effet, la jurisprudence *Sofiane A* laissé craindre un *casus belli* entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans la répartition du contentieux des ordonnances.

³⁵² DE VILLIERS (M), LE DIVELLEC (A), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12ème édition, 2020, p. 267.

³⁵³ LAGRAULER (P-E), « Incidence de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 sur les dispositions des ordonnances relatives au droit de la copropriété », *SJEG*, 15 juin 2020, n° 24, p. 1094.

³⁵⁴ LEVADE (A), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement ! », *SJEG*, 29 juin 2020, n° 26, p. 1185.

³⁵⁵ SCHOETTL (J-E), CAMBY (J-P), « Ordonnance : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020.

³⁵⁶ PERROUD (T), « La Constitution « total » », *Recueil Dalloz*, 2 juillet 2020, n° 24, p. 1390.

³⁵⁷ ROGER (P), « Le Conseil constitutionnel consacre aux ordonnances une valeur législative », *Le Monde*, 6 juin 2020.

³⁵⁸ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020. *Force 5*.

³⁵⁹ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Cons.11.

³⁶⁰ Décision n° 2020-851/ 852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre*.

³⁶¹ Pour Bertrand Mathieu, cette décision constitue : « un revirement de jurisprudence brutal et inattendu », in « Le Conseil constitutionnel sème le désordre dans le statut des ordonnances non ratifiées ». 12 juin 2020, le blog du club des juristes. Pour Jean –Pierre Camby et Jean –Eric Schoettl, cette jurisprudence est qualifiée de « très préoccupante », *Le Figaro*, 14 juin 2006.

Une ordonnance ratifiée est susceptible d'un recours devant le Conseil constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Elle permet à tout justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition législative à l'occasion d'un procès devant une juridiction administrative ou judiciaire, lorsqu'il estime qu'un texte porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et précisée par la loi organique du 10 décembre 2009. Entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010, elle institue un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Seules les dispositions législatives peuvent faire l'objet d'une QPC. Il s'agit des textes votés par le Parlement : lois ordinaires et organiques ainsi que les ordonnances ratifiées par le Parlement. Les décrets ou les ordonnances non ratifiées ne peuvent pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce sont des actes administratifs dont le contrôle de constitutionnalité relève du Conseil d'Etat.³⁶²

Au Sénégal, la loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 a apporté d'importantes innovations à la justice constitutionnelle, la loi organique n° 2016 -23 du 14 juillet 2016 abrogeant les dispositions contraires à la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992, a procédé à une réorganisation de la juridiction constitutionnelle et à une extension de ses compétences. Par rapport à sa composition, le Conseil constitutionnel sénégalais est désormais composé de sept (7) membres nommés par décret pour six ans renouvelables, dont un président, un vice. Ces membres sont choisis parmi les hauts magistrats, les professeurs titulaires de droit, les inspecteurs généraux d'Etat, les avocats et les fonctionnaires de la hiérarchie A. Ayant au moins vingt ans d'ancienneté dans la fonction ou vingt ans d'exercice de leur profession. La loi organique du 14 juillet 2016 a innové en prévoyant la possibilité pour le président du Conseil constitutionnel de choisir trois (3) magistrats des Cours et tribunaux pour assister temporairement les membres du Conseil constitutionnel³⁶³. De même que l'autonomie

³⁶² En ce sens voir, décision du Conseil d'Etat du 11 mars 2011, n°341658. En ce qui concerne l'article L. 232-23 du Code du sport : « *Considérant que les dispositions de l'article L. 232-32 du code du sport déterminent les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'Agence française de lutte contre le dopage ; que dès lors que la sanction appliquée en l'espèce sur le fondement de ces dispositions était encourue à la date de la commission des faits en cause , la version de cet article applicable au litige est celle , en vigueur à la date de la décision du 6 mai 2010 , qui est issue de l'article 12 de l'ordonnance du 14 avril 2010 relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage : que cette ordonnance n'a pas été ratifiée dans les conditions désormais prévues à l'article 38 de la Constitution ; que , par suite , les dispositions de l'article L. 232-32 du code du sport applicable au présent litige ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l' article 61-I de la Constitution et l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles ne sont , en conséquence , pas susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ».*

³⁶³ Article 9, alinéa 1^e de la loi organique 2016-23 du 14 juillet 2016 relative à l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel (au Sénégal).

financière du Conseil constitutionnel³⁶⁴ et le Président du Conseil constitutionnel est l'ordonnateur du budget. La juridiction constitutionnelle exerce des compétences de principes et des compétences résiduelles³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel est le juge de la constitutionnalité des lois ; il s'agit là, de sa principale attribution. La juridiction constitutionnelle se prononce notamment sur la constitutionnalité des lois organiques et des lois ordinaires³⁶⁶. Ainsi la Constitution fait du Conseil constitutionnel le « *chef d'orchestre du contrôle de la constitutionnalité des lois* »³⁶⁷. Au Sénégal, pour les ordonnances ratifiées, la question préjudicielle de constitutionnalité³⁶⁸ ou l'exception d'inconstitutionnalité qui est définie par le *Lexiques des termes juridiques* comme « *un moyen de défense pris de la non-conformité d'un texte légal à la constitution et aux exigences constitutionnelles* »³⁶⁹. L'exception d'inconstitutionnalité constitue une compétence essentielle du Conseil constitutionnel. Elle consiste à apprécier la conformité à la constitution des lois déjà promulguées à l'occasion d'un procès³⁷⁰. Il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Les citoyens peuvent ainsi obtenir l'application des garanties fondamentales reconnues par la Constitution même après l'entrée en vigueur des actes législatifs. L'exception d'inconstitutionnalité est une voie de droit consistant à l'occasion d'un procès, à soulever l'inconstitutionnalité d'une loi et à conclure à son inapplicabilité au cas d'espèce. Donc par voie de conséquence, l'ordonnance ratifiée qui a une valeur législative peut faire

³⁶⁴ Article 11 de la loi organique du 14 juillet 2016.

³⁶⁵ MBODJI (F), « Les compétences du Conseil constitutionnel à l'épreuve des saisines. Quelques remarques sur les pouvoirs du juge constitutionnel au Sénégal », *EDJA*, n° 78, juillet-août-septembre 2008, p. 7 ; NDIAYE (I.Y), « Le Conseil constitutionnel sénégalais », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/4, n° 45, p. 77-103.

³⁶⁶ SYLLA (S), « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Sénégal », *RIPAS*, octobre-décembre 1984, p. 817-888 ; MELIN-SOUCRAMANIENH (F). DAYUAN, *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Chine*, Dalloz, 2014.

³⁶⁷ DIOP (El .H. O), *La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution , les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoirs juridictionnel*, Dakar , CREDILA- OVIPA , 2013 , p. 172 ; EL .H. DIOP , « Le contrôle de la loi promulguée par le juge constitutionnel dans l'espace francophone », *Annales africaines* , nouvelle série , vol 02 , n° 03 , décembre 2015, p. 187.

³⁶⁸ OVONO (A .E), « La question préjudicielle de constitutionnalité dans les Constitutions africaines », in , *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges à l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan 2014 , p. 525 et s .

³⁶⁹ *LEXIQUES DES TERMES JURIDIQUES 2018-2019*, Paris Dalloz, 2018, p.470. Cette définition générique ne semble pas pour autant couvrir tous les contours de l'opération en droit positif, car l'exercice du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception embrasse parfaitement les engagements internationaux. Sur le plan technique, le mécanisme se décrit non pas comme une exception de procédure, mais une voie de recours, un moyen de fond qui appelle l'arbitrage du juge habilité en en connaître. Si on s'en réfère à la position du professeur Boubacar BA. A titre illustratif, la chambre administrative de la Cour suprême s'est essayé à la classification conceptuelle lorsqu'elle soutient dans son arrêt n° 50 du 26 septembre 2013, « Cheikh Tidiane Sy et autres c/ Etat du Sénégal » que « *L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une exception de procédure mais un moyen de fond visant à établir le défaut de base légale de l'acte attaqué qui se fonde sur un texte de la loi dont la constitutionnalité est contestée.* »

³⁷⁰ FALLA (I.M) *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Dakar-Paris, CREDILA-CRESPO, p. 74.

l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité. Il s'agit d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois « *qui marque un progrès important pour l'Etat de droit* »³⁷¹. Le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité est considéré comme un instrument de protection des droits fondamentaux et de renforcement de l'Etat de droit. Il faut préciser qu'avec la loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution³⁷², on a constaté un élargissement des compétences du Conseil constitutionnel en matière d'exception d'inconstitutionnalité. Ceci en vertu de l'article 92 de la Constitution du Sénégal modifiée, le Conseil constitutionnel connaît « *des exceptions d'inconstitutionnalité soulevés devant la Cour d'appel ou la Cour suprême* ». Avec cette modification, les justiciables peuvent soulever, au cours d'une instance devant la Cour d'appel, la non-conformité d'une disposition législative à la Constitution. Cependant seul le Conseil constitutionnel est habilité à statuer sur l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée. La Constitution ne le précise pas mais l'exception d'inconstitutionnalité constitue une question préjudicielle devant la Cour d'appel. En effet, cette dernière juridiction, saisie de l'exception, devra surseoir à statuer et renvoyer l'affaire devant le Conseil constitutionnel³⁷³. L'autre problème de la législation déléguée, c'est-à-dire le recours aux ordonnances est relatif à la procédure lourde de ces instruments normatifs corroboré à la nécessité de célérité exigée par la situation d'urgence.

³⁷¹ SY (P.M), *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de Doctorat Dakar, 1998.

³⁷² JORS n° 6926 du jeudi 7 avril 2016, p. 505.

³⁷³ La loi organique du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel a consacré expressément cette solution. Aux termes de l'article 22 de ce texte : « *lorsque la solution d'un litige porté devant la Cour d'appel ou la Cour suprême est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution, la juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé* ». La juridiction constitutionnelle se prononce dans un délai d'un mois à compter de la date de sa saisine. Moyen de fond qui appelle l'arbitrage du juge habilité en en connaître. Si on s'en réfère à la position du professeur Boubacar BA. A titre illustratif, la chambre administrative de la Cour suprême s'est essayé à la classification conceptuelle lorsqu'elle soutient dans son arrêt n° 50 du 26 septembre 2013, « *Cheikh Tidiane Sy et autres c/ Etat du Sénégal* » que « *L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une exception de procédure mais un moyen de fond visant à établir le défaut de base légale de l'acte attaqué qui se fonde sur un texte de la loi dont la constitutionnalité est contestée.* »

³⁷³ FALLA (I.M) *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Dakar-Paris, CREDILA-CRESPO, p. 74.

³⁷³ SY (P.M), *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de Doctorat Dakar, 1998.

³⁷³ JORS n° 6926 du jeudi 7 avril 2016, p. 505.

³⁷³ La loi organique du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel a consacré expressément cette solution. Aux termes de l'article 22 de ce texte : « *lorsque la solution d'un litige porté devant la Cour d'appel ou la Cour suprême est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution, la juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé* ».

CHAPITRE 2 : UNE PROCEDURE LOURDE DES ORDONNANCES ET LA DILIGENCE EXIGEE DANS LA PRISE DES MESURES

Création de la Vème République, l'ordonnance est un moyen pour le gouvernement de légiférer rapidement, sans passer par l'habituel processus parlementaire. Le gouvernement put ainsi mettre en place des mesures très rapidement. Le recours à cet instrument normatif est parfois ressenti dans l'opinion comme une initiative unilatérale du Président de la République en ce qui concerne le Sénégal ou par le Gouvernement pour le cas de la France. Qui par elle-même dessaisirait le Parlement de ses compétences législatives dans certains domaines. Le juriste n'ignore pas qu'une telle possibilité est subordonnée à l'adoption d'un projet de loi ou d'un amendement en ce sens de la part du Parlement. L'autorisation requise n'est pas un blanc-seing. Elle est assujettie à des exigences qui ont notamment pour but de ménager pour l'avenir les prérogatives du Parlement. Le régime juridique des ordonnances diffère selon les pays. Ainsi, le recours aux ordonnances est dans certains pays subordonné à l'avis préalable de certaines institutions. Au Niger par exemple, l'article 106 de la Constitution précise : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis de la Cour constitutionnelle* ». L'avis qui doit être recueilli est ici obligatoire³⁷⁴ même s'il n'est pas conforme³⁷⁵. D'ailleurs la loi organique n° 2012-35 du 19 juin 2012 relative à la Cour constitutionnelle du Niger opère la distinction entre avis et décision. Même si l'avis demandé peut être facultativement suivi, « *il serait surprenant (...) que l'Exécutif passe outre, dans le montage de son projet d'ordonnance, les conseils avisés de l'organe consulté* »³⁷⁶. C'est ainsi que sur le fondement de l'article précité, la Cour a rendu l'avis n°09/CC du 28 juillet 2021 sur la conformité à la Constitution du projet d'ordonnance portant prorogation de l'état d'urgence dans le département de Flingué³⁷⁷. Par contre en Côte d'Ivoire, la sollicitation de l'avis du Conseil constitutionnel est facultative³⁷⁸. Ainsi l'Exécutif a un pouvoir discrétionnaire sur la question. Il peut décider de recueillir ou non l'avis du Conseil constitutionnel. C'est ainsi que l'article 75 de la Constitution ivoirienne dispose que « *Les ordonnances sont prises en Conseil des*

³⁷⁴ L'acte administratif avant d'être pris peut être précédé de la consultation d'un organisme appelé à émettre un avis sur la décision à prendre. Ainsi l'avis est obligatoire, lorsque l'autorité administrative a l'obligation de demander l'avis mais n'est pas obligée de suivre ledit avis.

³⁷⁵ Lorsque l'avis obligatoire est conforme l'administration est non seulement tenue de solliciter mais aussi de suivre l'avis qui a été donné.

³⁷⁶ TALL (S.N), *Droit constitutionnel et ordonnances dans les Etats d'Afrique Noire francophone*, op.cit , p. 161.

³⁷⁷ La Cour a considéré que le projet en question était conforme à la Constitution.

³⁷⁸ Quand la demande d'avis est facultative, l'autorité administrative n'est pas obligée de demander l'avis encore moins de le suivre.

ministres après avis éventuel du Conseil constitutionnel. ». Par avis n° CI -2021-146/A/26-11/CC/SG du 26 novembre 2021, le Conseil constitutionnel ivoirien a déclaré conforme à la Constitution la demande du Président de la République tendant à vérifier la conformité à la Constitution du projet d'ordonnance portant modification de la loi organique n°2018-867 du 19 novembre 2018 déterminant la composition et le fonctionnement du Conseil économique , social environnemental et culturel. Au Mali, c'est la Cour suprême qui doit être consultée *a priori*, c'est ce qui ressort de l'article 74 de la Constitution malienne aux termes duquel : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres, après avis de la Cour suprême* ». Toutefois, le Parlement n'est pas exclu, il intervient en amont et en aval dans le processus. Ainsi si une autorisation du Parlement est nécessaire (**Section 1**) il n'en demeure pas moins que le régime juridique de la ratification est contraignant (**Section 2**)

SECTION 1 : UNE AUTORISATION NECESSAIRE DU PARLEMENT

A S'en tenir aux termes du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution sénégalaise, la mise en œuvre de cet article suppose une autorisation du Parlement. En effet il existe une répartition des fonctions normatives entre le domaine de la loi³⁷⁹ et le domaine du règlement³⁸⁰. Le domaine de la loi est limitativement défini. Aussi bien qu'en France qu'au Sénégal, le constituant procède à une énumération des domaines d'intervention du législateur, en distinguant les domaines où le législateur interviendra intégralement et ceux dans lesquels il ne fixera que le cadre général. Par contre les domaines qui ne sont pas évoqués relèvent du pouvoir réglementaire. Mais il faut en convenir avec JEAN RIVERO³⁸¹ que « *s'il fut un temps où les domaines respectifs de la loi et du règlement étaient exclusifs, cette époque est*

³⁷⁹ Voir article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958 et article 67 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 modifiée.

³⁸⁰ Voir article 76 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 modifiée ; article 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁸¹ RIVERO (J), « Rapport de synthèse », Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement. Colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille sous la direction de LOUIS FAVOREU, *Presses Universitaires d'Aix Marseille*, 1971, p. 269. Pour lui : « *Cette obsession qui est le nôtre , à nous juristes de droit administratif plus spécialement , de la recherche du critère , de la recherche du signe objectif , qui va permettre à tout coup , à coup sûr , de départager le juste et l'injuste , le blanc et le noir , la compétence judiciaire et la compétence administrative , le droit public et le droit privé , le législatif et le réglementaire , que cette recherche du critère , l'objet de notre attention passionnée et exclusive , est peut-être une recherche vouée a priori à l'échec et que la directive ou le standard qui laisse évidemment place à l'appréciation subjective , répond mieux à la nature des choses que le critère qui cherche des limites certaines dans un domaine qui n'en comporte pas nécessairement et où les transitions sont plus fréquentes que les frontières.* »

maintenant révolue ». Toutefois, la limitation du domaine de la loi et la compétence du pouvoir réglementaire sont complétées par la possibilité donnée au Parlement d'autoriser le Gouvernement à édicter lui-même, pour l'exécution de son programme des mesures relevant du domaine de la loi. Matière que le constituant réserve pourtant au législateur. C'est la procédure des ordonnances prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat (article 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958), qu'en t'au Sénégal c'est l'article 77 de la Constitution du 22 janvier 2001 modifiée qui prévoit la procédure des ordonnances. Contrairement à la France où c'est le Gouvernement qui peut prendre l'initiative, au Sénégal, c'est la Président de la République qui en est l'initiateur. Elle a l'avantage principal de permettre au Gouvernement d'agir vite, en décidant lui-même, là où normalement il aurait fallu soumettre son texte à une longue discussion parlementaire. Surtout avec la crise sanitaire de 2020 où la célérité était le maître mot car tout était urgent. Mais la législation déléguée est subordonnée à une autorisation : d'où la loi d'habilitation en amont (**paragraphe 1**) et la ratification en aval (**paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1 : EN AMONT : LA LOI D'HABILITATION

Pour prendre des ordonnances, le Gouvernement a besoin d'une autorisation préalable du Parlement, qui s'effectue par le biais d'une loi d'habilitation. De manière générale, l'habilitation désigne « *l'attribution d'un titre à agir, octroi d'un pouvoir ou d'une compétence à accomplir un ou plusieurs actes juridiques* » qui « *permet d'agir juridiquement mais sans prescrire ou imposer absolument un comportement* »³⁸². Le professeur DIEYE affirmait que : « *La loi d'habilitation comme son nom l'indique est d'abord une loi* »³⁸³. Pour la doctrine, la loi d'habilitation est une « *autorisation donnée par le Parlement au Gouvernement, à la demande de ce dernier et pour l'exécution de son programme de prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Cette autorisation fait l'objet d'une loi qui doit fixer le délai d'habilitation* »³⁸⁴. » La loi d'habilitation est une autorisation, c'est la base juridique, la source normative sans laquelle aucune ordonnance ne peut être prise. Du latin *habilitatio*, de *habilitare*, l'habilitation est le fait de rendre apte. Elle

³⁸² DE VILLIERS (M), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12^{ème} éd., 2020, p. 189.

³⁸³ DIEYE (A), « La problématique de la loi d'habilitation dans un régime parlementaire », in *Actes du séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation*, Ouagadougou (Burkina Faso) p. 25.

³⁸⁴ DE VILLIERS (M), LE DIVELLEC (A), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2011, p. 179.

est définie comme « *la procédure par laquelle une autorité publique en autorise une autre à faire quelque chose que sans cette permission elle ne pourrait pas faire.* »³⁸⁵. Il faut souligner qu'on constate une certaine similitude entre « *loi d'habilitation* » et « *loi-cadre* » quoiqu'une certaine nuance s'impose³⁸⁶. L'initiative est « *l'acte par lequel on propose l'adoption d'un texte* »³⁸⁷. Si l'article 80 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 modifié dispose que « *l'initiative des lois appartient concurremment au Président, au premier ministre et aux députés* »³⁸⁸. Dans le cadre d'une loi d'habilitation, le Parlement n'a pour prérogative finale que le vote, l'amendement ou le rejet de la loi. Dès lors l'initiative de la loi d'habilitation appartient exclusivement au pouvoir exécutif³⁸⁹. On note une certaine originalité dans le régime juridique des lois d'habilitation au Congo (Brazzaville). En effet, la Constitution congolaise prévoit la possibilité pour l'Exécutif de légiférer par ordonnance après avis de la Cour suprême si la loi d'habilitation a été rejetée par le Parlement³⁹⁰. Il faut préciser qu'on constate une certaine « *ambivalence* » par rapport à l'initiative de la loi d'habilitation. En effet l'initiative peut être soit d'origine gouvernementale soit présidentielle³⁹¹. Certains Etats ont opté pour « *le modèle gouvernemental* » par rapport à l'initiative de la loi d'habilitation. Dans ce cadre l'initiative appartient au Gouvernement ou au chef du Gouvernement. A ce titre des Etats comme le Bénin, le Burkina Faso, le Congo, le Gabon, le Mali, le Niger, la RDC, et le Togo³⁹² en sont « *les porte –étendards* ». Cette tendance à l'initiative gouvernementale de la loi d'habilitation a été constatée par la doctrine³⁹³. La loi d'habilitation

³⁸⁵ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2002, p. 431.

³⁸⁶ La nuance réside au caractère « général » de la loi-cadre qui diffère du caractère « encadré » de la loi d'habilitation

³⁸⁷ Cornu (G) (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, QUADRIGE/PUF, 12^e édition, 2018, p. 1178.

³⁸⁸ Le poste de Premier ministre a été rétabli par la loi n° 2021-41 portant révision de la Constitution.

³⁸⁹ Favoreu (L) et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 21^e édition, 2019, p. 912.

³⁹⁰ Article 158 de la Constitution congolaise de 2015 : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres, après avis de la Cour suprême(...) Lorsque la demande d'habilitation est rejetée, le Président de la République peut, sur décision conforme de la Cour constitutionnelle de légiférer par ordonnance* »

³⁹¹ Rapport du séminaire régional des parlementaires de la Francophonie sur le régime juridique et la pratique des lois d'habilitation dans les régimes parlementaires du 15 au 16 septembre 2011, p. 7 : « *il s'agissait de savoir qui peut solliciter l'autorisation du Parlement. La pratique révèle que les situations, diffèrent selon les Etats. Il peut s'agir soit du Gouvernement soit du Président de la République* ».

³⁹² Article 102 alinéa 1 de la loi constitutionnelle n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-40 du 07 novembre 2019 ; article 107 alinéa 1 de la Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991 révisée par la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 ; article 52 alinéa 1 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution de la République gabonaise, révisée par la loi constitutionnelle n° 046 /2020 du 11 janvier 2021 ; article 74 alinéa 1 de la Constitution du Mali du 27 février 1992 ; article 129 alinéa 1 de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 révisée par la loi constitutionnelle n° 11 / 002 du 20 janvier 2011 ; article 86 alinéa 1 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-003 du 15 mai.

³⁹³ AJAMI (S.M), « *Les institutions constitutionnelles du présidentielisme gabonais* », *Revue juridique et politique indépendance et coopération* , n° 4 , octobre –novembre 1975, p. 443 : « *S'inspirant du régime*

est la norme de référence. Elle est la source normative des ordonnances. Elle donne au Gouvernement une compétence *rationne materiae* et *rationne temporis*.

Une perspective de droit comparé nous permet de constater que le cadre juridique des lois d'habilitation au Burkina Faso a été institué depuis la première constitution dont le pays s'était doté en 1960 au lendemain de son accession à l'indépendance en son article 45. Depuis lors, la même disposition à quelques détails près, a été reconduite dans les trois autres constitutions qui se sont succédé pour fonder respectivement la II^e République, la III^e République et la IV^e République. IL faut le noter c'est au cours de la 4^e République instituée par la Constitution de 1991 « *que les premières lois d'habilitation ont été votées* ». Aux termes de ladite Constitution, la loi d'habilitation est une loi ordinaire mais dont la procédure d'adoption est spécifique. Au Burkina Faso, l'initiative de la loi d'habilitation est exclusivement réservée au gouvernement. Autrement dit ni à l'Assemblée nationale, ni les citoyens à travers des pétitions populaires ne peuvent l'exercer. Et pour le gouvernement il s'agit d'une simple faculté et non d'une obligation. Cela veut dire qu'il peut y recourir comme il peut souverainement décider de ne pas y recourir. S'il décide d'y recourir, la Constitution prévoit que c'est pour l'exécution de « *son programme* ».

En France, dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, la loi d'habilitation consiste à donner la possibilité au gouvernement de prendre des dispositions qui sont normalement hors de champ de compétence. Le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler les lois d'habilitation, en vertu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution française³⁹⁴ du 4 octobre 1958. Au fur et à mesure de ses décisions, il a construit un cadre juridique à la loi d'habilitation. Le juge constitutionnel français a apporté des précisions sur le champ d'application de la loi d'habilitation. En effet, l'article 38 reste assez vague puisqu'il indique

parlementaire, la Constitution gabonaise permet au Président de la République pour la réalisation de son programme, de demander à l'Assemblée nationale l'autorisation, pour un délai limité, de prendre par ordonnances des mesures relevant d'après l'article 37 de la Constitution du domaine législatif » ; ONDO (T), *LE droit parlementaire gabonais*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 182 : « en vertu de l'article 52 précité, c'est désormais le gouvernement et non le Président de la République comme avant, qui détient l'initiative de cette procédure pendant l'intersession parlementaire ; FALL (I.M), « Observation » in *Annuaire de justice constitutionnelle. Dossier spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin* (1991-201), I-2013, Cotonou, Presses universitaires du Bénin, janvier 2014 p. 234.

³⁹⁴ Article 61 de la Constitution française : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au referendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. »

que l'habilitation peut porter sur « *des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* », étant entendu que ce n'est pas « *toute mesure* » mais des mesures nécessaires à l'exécution du programme du gouvernement. Cette notion a soulevé des interrogations : fallait-il entendre de ce terme au sens de l'article 49 de la Constitution française de 1958³⁹⁵, c'est-à-dire le programme sur lequel le gouvernement engage sa responsabilité devant l'Assemblée nationale ? Où c'est une notion autonome, détachée de cet article ? Le Conseil constitutionnel français a tranché, dans sa décision du 12 janvier 1977³⁹⁶, dans laquelle il exclut la possibilité d'interpréter l'alinéa premier de l'article 38 au regard de l'article 49 de la Constitution. En termes simples, la notion de « programme » de l'article 49 est différente de celle de l'article 38 de la Constitution française.

Ensuite, la loi d'habilitation est soumise à certaines règles de procédure. Pour l'essentiel, ce sont celles de la procédure législative ordinaire. Le Conseil constitutionnel a notamment confirmé la possibilité d'appliquer l'article 40 de la constitution, relatif aux irrecevabilités financières³⁹⁷. Mais la procédure à laquelle est soumise la loi d'habilitation présente tout de même des spécificités. En particulier, l'initiative de cette loi d'habilitation doit absolument provenir du gouvernement (en France) : c'est donc une dérogation à l'article 39 de la Constitution selon lequel « *l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement* ». Le Conseil constitutionnel français l'a confirmé dans une décision du 20 janvier 2005³⁹⁸. Au Sénégal, il faut le préciser, l'initiative de la loi d'habilitation appartient au Président de la République au regard de l'alinéa premier de l'article 77 de la Constitution : « *L'Assemblée nationale peut habiliter par une loi le Président de la République à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la*

³⁹⁵ Article 49 de la Constitution du 4 octobre 1958: « *Le premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale.*

L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée nationale. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session ordinaire.

Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session. Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale. »

³⁹⁶ Cons. const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, cons.3.

³⁹⁷ Cons. const., décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, cons.2.

³⁹⁸ Cons. const., décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons.28.

loi. ». En outre, ladite loi ne peut avoir pour vecteur une loi de finances³⁹⁹. Elle est évidemment soumise à certaines règles de fond qui encore une fois sont soit spécifiques aux lois d'habilitation, soit communes à toutes les lois. En ce qui concerne les règles et principes de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel veillera au respect de ces principes, et se laisse la possibilité de formuler des réserves d'interprétations⁴⁰⁰. Pour les règles particulières, le Conseil constitutionnel français a affirmé dès 1977 que la loi d'habilitation devait préciser la finalité⁴⁰¹, mais également le domaine d'intervention des mesures qui seront prises par ordonnances⁴⁰². Toutefois, cela n'implique pas une obligation pour le gouvernement d'indiquer la teneur des ordonnances qu'il compte prendre⁴⁰³. Enfin aussi bien l'article 38 de la Constitution française que l'article 77 de la Constitution sénégalaise mentionnent deux délais que la loi d'habilitation doit impérativement préciser. D'une part *le délai d'habilitation*, c'est-à-dire le délai pendant lequel le gouvernement ou le Président de la République selon le système constitutionnel concerné pourra prendre des ordonnances, qui est nécessairement limité selon les dispositions constitutionnelles. L'expiration de délai emporte des conséquences, qui feront l'objet de développements spécifiques au sein de cette étude. D'autre part le délai au cours duquel le projet de loi de ratification doit obligatoirement être déposé, sauf à rendre l'ordonnance caduque. Il est désigné comme le *délai de dépôt du projet de loi de ratification (PLR)*.

Il faut noter le caractère impersonnel de la loi d'habilitation. En effet, en France, à travers un arrêt du Conseil d'Etat en date du 05 mai 2006, à propos d'une ordonnance n° 2005-647 du 6 juin 2005 modifiant le code des juridictions financières prises sur le fondement de l'article 64 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, a permis de préciser le caractère impersonnel des lois d'habilitation. S'agissant d'une ordonnance prise par le Gouvernement de M. Dominique de Villepin sur le fondement d'une habilitation demandée et obtenue par le Gouvernement précédent, dirigé par M. Jean -Pierre Raffarin, la question posée était de savoir si l'article 38 de la Constitution réservait au seul Gouvernement en fonction au moment du vote de la loi d'habilitation le pouvoir de prendre des ordonnances. Après avoir rappelé les termes du premier alinéa de l'article 38 de la Constitution, le Conseil d'Etat a affirmé, dans un considérant de principe, que « *sous réserve de précisions contraires apportées par la loi d'habilitation prise sur le fondement de ces dispositions, l'autorisation*

³⁹⁹ Conseil d'Etat, *Rapport public pour 2010*, p. 122.

⁴⁰⁰ Cons. const., n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 14 et 15.

⁴⁰¹ Cons. const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, cons.2.

⁴⁰² Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons.13.

⁴⁰³ Cons. const., décision n° 86 -207 du 26 juin 1986, cons. 21.

donnée par le Parlement produit effet jusqu'au terme prévu par cette loi, sauf si une loi ultérieure en dispose autrement, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le Gouvernement en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi d'habilitation diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance ». Constatant en l'espèce, d'une part que le délai d'habilitation n'était pas expiré et, d'autre part qu'il ne ressortait pas des termes de la loi d'habilitation que le législateur ait habilité le seul Gouvernement en fonction à la date de son entrée en vigueur, le Conseil d'Etat a conclu à la légalité de l'ordonnance contestée. En statuant par cet arrêt de principe sur une question non tranchée jusque-là par la jurisprudence, le Conseil d'Etat a consacré un usage constant sous la Ve République. La pratique montrant que de nombreuses lois d'habilitations ont été utilisées par un autre gouvernement que celui investi initialement de l'autorisation. Ainsi à titre d'exemple, les ordonnances publiées entre la date de prise de fonction de François Hollande, Président de la République, avaient pour source normative la loi d'habilitation accordée au Gouvernement précédent.

PARAGRAPHE 2 : EN AVAL : LA LOI DE RATIFICATION

Il s'agit de « *l'ultime phase* »⁴⁰⁴ de la procédure de l'article 38 de la Constitution française, 77 de celle sénégalaise et 106 de la Constitution ivoirienne. Alors que l'habilitation constitue une autorisation préalable, la ratification intervient en aval et relève davantage de la confirmation. Toutefois, ce terme est ambigu puisqu'il peut faire songer à la pratique des validations législatives : or, validation et ratification sont deux choses différentes. La validation législative désigne la pratique du législateur qui consiste à valider un acte juridique en général, un acte administratif, en vue de le « *soustraire aux périls contentieux* »⁴⁰⁵. Autrement dit, la validation intervient lorsque l'acte administratif est illégal, et n'a pas pour effet de changer sa nature juridique. Avec la ratification, il n'est pas question de corriger un acte de l'exécutif, mais de conférer rétroactivement valeur législative à un acte. Pour reprendre les termes du Professeur GAUDEMET⁴⁰⁶, la ratification « *renferme la parenthèse* » de l'habilitation et « *rétablit l'ordre des compétences* » qui avait été modifié par cette dernière.

⁴⁰⁴ BOYER-MERENTIER (C), *op.cit.*, p. 127.

⁴⁰⁵ VAN LANG (A), GONDOUIN (G), INSERGUET-BRISSET (V), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaire Sirey », 7ème éd, 2015, p. 481.

⁴⁰⁶ GAUDEMET (Y), « La loi administrative », *RDP*, 2006, n°1, p. 65.

En France, avant la révision constitutionnelle de 2008⁴⁰⁷, la ratification pouvait revêtir plusieurs formes. Elles pouvaient être expresse, c'est-à-dire issue d'une loi ayant spécifiquement pour objet la ratification d'ordonnances. Mais elle pouvait également être implicite, c'est-à-dire résulter d'une loi « *qui sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement* »⁴⁰⁸, notamment en le modifiant. Les différentes juridictions composant l'ordre judiciaire français l'admettaient sans problème⁴⁰⁹. Si elle s'inscrivait dans la lignée de la jurisprudence applicable sous l'empire des décrets lois⁴¹⁰, cette jurisprudence admettant la ratification implicite n'en fut pas moins critiquée en raison de « *l'instabilité et de la confusion normatives* »⁴¹¹ qu'elle pouvait engendrait. C'est pourquoi la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié l'article 38 en y ajoutant l'exigence de la ratification expresse des ordonnances. Il convient de préciser que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont considéré que la ratification pouvait également être implicite et résulter de la modification par le législateur des dispositions de l'ordonnance, ou même de la référence qu'il fait à celles-ci dans un texte de loi. Le constituant de 2008 a souhaité remettre en cause ces jurisprudences, sources d'incertitudes et d'insécurité juridique et peu compatibles avec l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁴¹².

La loi de ratification est susceptible de recours devant le Conseil constitutionnel. En effet, La loi de ratification, à l'instar de la loi d'habilitation, doit respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle : elle peut à ce titre être contrôlée par le Conseil constitutionnel⁴¹³. A cette occasion, ce dernier accepte également de contrôler indirectement l'ordonnance qui fait

⁴⁰⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁴⁰⁸ Cons. const, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons.24 ; CE, 17 décembre 1999, *Union hospitalière privée*, n°208623

⁴⁰⁹ Pour le Conseil constitutionnel ; voir les décisions n° 72-73 L du 29 février 1972 et n° 86 -224 DC (précitée) ; Pour le Conseil d'Etat, voir CE, 10 juillet 1972, *Cie Air Inter*, n° 77961 (Rec.537) ; Pour la Cour de cassation, voir , COM, 6 octobre 1992, n° 90-16.755. Pour le Tribunal des conflits, voir TC, 19 mars 2007, n° C3622.

⁴¹⁰ CE, 15 février 1939, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du Rhône*, n° 60650 (Rec.90) ; CE, Sect., 25 janvier 1957, *Société Etablissement Charlionais et Cie*, n° 30726 (Rec.54).

⁴¹¹ FELDMAN (G), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RDP*, 2011, n° 6, 1565.

⁴¹² Voir Cons. Const, 16 déc. 1999, n° 99-421 DC ; 17 janv.2002, n°2001-454 DC ; 13 janv.2005, n°2004-509 DC ; 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC ; 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC. Le Conseil constitutionnel indique que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont « *un objectif de valeur constitutionnelle* » qui découle selon lui, de plusieurs dispositions de la Déclaration de 1789. Le législateur doit, en effet, exercer pleinement sa compétence et ne pas s'en remettre aux autorités administratives et juridictionnelles en leur confiant l'application des règles imprécises ou équivoques. Car, dans ce cas, au-delà de l'interprétation qui peut être nécessaire au regard des éléments d'un dossier, ces autorités fixeraient, *de facto*, elles-mêmes la règle, faisant courir aux sujets de droit un risque d'arbitraire.

⁴¹³ Cons. const .décision n° 83-156 DC du 28 mai 198 ; rappelé récemment par Cons. Cons, décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, cons.4.

l'objet de la ratification. En outre, le Conseil constitutionnel s'octroie la possibilité de formuler des réserves d'interprétations⁴¹⁴.

Il contrôle la loi de ratification mais aussi les dispositions ratifiées, car il se limiterait à un simple contrôle de la procédure de ratification sans aborder le fond. Mais ce contrôle du fond ne peut se faire que sur les dispositions modifiées par la loi, pas sur l'ensemble de l'ordonnance

Dans l'hypothèse où une ordonnance aurait outrepassé le cadre de l'habilitation et en l'absence de contentieux sur ce point, cet empiètement sur le domaine législatif ne sera plus par la suite susceptible de sanction : dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi de simplification du droit, a en effet considéré : « *qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation* » ; par cette affirmation , il considère que la ratification des dispositions d'une ordonnance excédant le champ d'habilitation équivaut à une régularisation.

En contrôlant les lois d'habilitation, le juge constitutionnel interprète à la fois la Constitution et la loi d'habilitation en précisant ce que le Gouvernement peut faire et ne peut pas faire afin de respecter aussi bien la Constitution que la loi d'habilitation. Il a en effet affirmé , depuis la décision 81-134 DC , que le Gouvernement n'était pas dispensé , dans l'édition des ordonnances « *du respect des principes constitutionnels* » (cons.6) , ce qui conduit le juge à vérifier la loi d'habilitation et à la déclarer conforme « *sous l'express condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution* » (décision , 207 DC, cons.15). Le rappel de ce respect de la Constitution est une constante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, sans oublier que la Constitution est devenue « *les règles et principes de valeur constitutionnelle* »⁴¹⁵

On a longtemps considéré la ratification implicite comme la règle en France. En effet, elle était définie initialement par le Conseil constitutionnel français comme celle résultant d'une « *manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimé par le Parlement* »⁴¹⁶. Elle était donc basée sur un critère *subjectif*, qui nécessitait de rechercher la volonté du législateur

⁴¹⁴ Cons. const, décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, cons.38.

⁴¹⁵ Voir en ce sens, les décisions du Conseil constitutionnel français : déc.207 DC, cons.14 . 208 DC, cons.8, déc. 421 DC

⁴¹⁶ Cons. const . , décision n° 72-73 L du 29 février 1972, cons. 3.

clairement exprimée : la frontière entre ratification implicite et expresse était alors floue⁴¹⁷. Cette définition a évolué pour faire primer un critère *objectif* : la ratification implicite résulte de ce point de vue d'une « loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement »⁴¹⁸. Autrement dit, une ordonnance est considérée comme ratifiée implicitement lorsqu'une loi ne résulte pas du projet de loi de ratification, y apporte des modifications telles qu'elles impliquent une volonté du Parlement de transformer l'ordonnance en loi sans que la représentation nationale n'ait nécessairement manifesté clairement cette volonté. Guillaume LETHUILLIER parle, pour désigner ces ratifications implicites, de «ratifications juridictionnelles»⁴¹⁹, puisqu'elles ne résultent que de l'interprétation par le juge de la volonté implicite du Parlement. La ratification implicites ont longtemps été admises, tant par la jurisprudence⁴²⁰ que par le constituant lui-même. En effet, l'absence d'interdiction des ratifications implicites dans le texte originel de l'article 38 résulte d'une « œuvre consciente des rédacteurs de la Constitution »⁴²¹. Lors de la séance du Comité consultatif constitutionnel du 13 août 1958, le garde des sceaux soulignait ainsi : « l'unanimité de la doctrine et des praticiens pour connaître l'intérêt de la ratification implicite »⁴²². Le professeur Marcel WALINE renchérit en considérant : « que la ratification expresse n'est pas souhaitée, et que la ratification implicite est bien préférable »⁴²³. Plus récemment, l'intérêt de la ratification implicite a pu être relevé par le député Jean-Luc WARSMANN qui a pourtant déposé l'amendement obligeant la ratification expresse lors de la révision constitutionnelle de 2008. Il estimait en effet que « la pratique des ratifications implicites était nécessaire afin d'assurer la sécurité juridique des dispositions concernées dont il n'est pas bon qu'elles gardent longtemps une valeur juridique incertaine »⁴²⁴. Si cet argument peut être pertinent notamment dans le cas de la codification par ordonnances⁴²⁵, il ne saurait prospérer face aux

⁴¹⁷ Voir en ce sens, BOYER-MERENTIER (C), *op. cit.*, p. 206 et s.

⁴¹⁸ Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 24.

⁴¹⁹ LETHUILLIER (G), « La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *LPA*, n° 212, 2009, p. 9.

⁴²⁰ Pour le Conseil constitutionnel français, voir Cons. const., décision n° 72-73 L du 29 février 1972, cons. 3 ; Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 24. Pour le Conseil d'Etat français, voir CE, 10 juillet 1972, *Cie Air Inter*, n° 77961 (Rec. 537) ; CE, 11 juin 1990, *Congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 7493 ; CE, 7 février 1994, *Ghez*, n° 84933 ; CE, 29 octobre 2004, *Sueur*, n° 269814.

⁴²¹ BOYER-MERENTIER (C), *op. cit.*, p. 204.

⁴²² *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. La Documentation française, vol. II, 1998, p. 534.

⁴²³ *Id.*, p. 535.

⁴²⁴ WARSMANN (J-L), Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, n° 892 déposé le 15 mai 2008, p. 267.

⁴²⁵ CASTAING (C), « La ratification implicite des ordonnances. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, n° 58, p. 279.

nombreux inconvénients⁴²⁶ de la ratification implicite. D'où l'exigence de la ratification expresse en France. En dépit de l'absence de proposition de révision de l'article 38 de la Constitution par le comité Balladur en 2007, ledit article a finalement été modifié afin d'y ajouter une exigence de ratification expresse des ordonnances. L'idée a d'abord été émise par le député Arnaud MONTEBOURG lors de la réunion de la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 14 mai 2008. Son amendement fut rejeté, mais sa substance a été reprise dans un amendement présenté par le rapporteur de la Commission des lois Jean-Luc WARSMANN et adopté en séance publique du 27 mai 2008. Désormais, le deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution est ainsi rédigé : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. 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* ». Cette exigence de ratification expresse s'inscrit incontestablement dans l'objectif de renforcement du rôle du Parlement et de rééquilibrage des institutions. En effet, elle aboutit *a contrario* à interdire les ratifications dites « implicites », qui étaient considérées comme attentatoires aux droits du Parlement.

Il ne serait pas de superfétatoire, d'entrevoir les hypothèses dans lesquelles la loi de ratification est rejetée par le Parlement. En effet, en France, sous l'empire de la Constitution de 1946, Marcel WALINE avait soutenu que lorsque la demande de ratification est déposée, le décret-loi (ordonnance) demeure en vigueur « *sous la condition résolutoire du refus formel par le Parlement* ». Il en déduisait que si le Parlement rejette la demande de ratification « *le décret doit être réputé n'avoir jamais pu obliger les citoyens, qui pourraient agir en répétition des sommes versées en vertu de ce décret, les infractions, même antérieure à ce décret, ne pourraient plus motiver de condamnation, etc....* »⁴²⁷. Les premiers commentateurs de la Constitution de 1958 ont été d'avis que, si la ratification demandée est repoussée par le Parlement, les ordonnateurs deviennent caduques⁴²⁸, au moins « *pour l'avenir, comme dans le*

⁴²⁶ La ratification implicite soulève beaucoup d'inconvénients : l'insécurité juridique notamment en raison de l'incertitude des critères de la ratification implicite qui conduisait à ce que le requérant ne puisse pas anticiper sur la valeur de la disposition qu'il conteste, et soit contraint à attendre la décision du juge. Cet inconvénient est d'autant plus important concernant les ratifications partielles. (Voir sur ce point ,CASTAING (C) , *op. cit.*, pp. 281-296.). Ensuite la technique de la ratification implicite qui a pour effet d'empêcher tous débats et discussions parlementaire sur l'ordonnance. Le Parlement est ainsi mis à l'écart, tant dans la production de normes (les dispositions acquérant valeur législatives sans que le Parlement ne soit exprimé expressément en ce sens) que dans le contrôle des limites de l'habilitation et du contenu de l'ordonnance dans son entièreté.

⁴²⁷ Note sous CE, sect., 25 janvier 1957, *Société Etablissements Charlionais et Compagnie*, RD publ. 1957. P. 1057.

⁴²⁸ DE LAUBADERE (A), « Traité élémentaire de droit administratif », 3^e édition. 1963, LGDJ, p. 79

cas où le projet de la loi de ratification n'aurait pas été déposé en temps utile »⁴²⁹. La question a été posée en 1986 au Conseil constitutionnel sans qu'elle soit tranchée de façon explicite⁴³⁰. Dans sa thèse consacrée à l'article 38, Catherine Boyer-Merentier a soutenu que le refus de ratifier l'ordonnance laisse subsister son caractère réglementaire et n'emporte pas de caducité⁴³¹. La situation serait ainsi comparable à celle où l'ordonnance édictée n'est pas ratifiée. La ratification étant fondamentale pour l'ordonnance car déterminant sa nature législative ou réglementaire et mieux le dépôt du projet de loi de ratification sur le bureau de l'Assemblée permet d'éviter la caducité des ordonnances. Raison pour laquelle on constate un régime juridique contraignant de la ratification.

SECTION 2 : UN REGIME JURIDIQUE CONTRAIGNANT DE LA RATIFICATION DES ORDONNANCES

La loi de ratification est l'acte parlementaire qui change la nature juridique de l'ordonnance. Après avoir été autorisée à prendre des ordonnances dans des domaines déterminés et pour une durée circonscrite par l'entremise d'une loi d'habilitation, l'exécutif doit ensuite obtenir l'accord du Parlement quant au résultat de son travail par le truchement d'une loi de ratification. Ainsi la ratification désigne : « *une approbation a posteriori des mesures relevant du domaine de la loi et qui ont été prises dans le délai d'habilitation* »⁴³², c'est une phase très importante pour la « vie » de l'ordonnance voire même sa « survie ». En France, sous l'empire de la Constitution de 1958, le dépôt du projet de loi de ratification sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée empêche que l'ordonnance soit frappée de caducité et permet son maintien en vigueur avec la valeur juridique d'un acte réglementaire tant qu'elle n'est pas ratifiée. Sous le régime des décrets lois, le dépôt d'un projet de ratification conditionnait le maintien en vigueur du décret, hors le cas rarissime de circonstance exceptionnelle⁴³³. La sanction du non ratification ou du moins du non dépôt du projet de loi de ratification est la caducité. Il est patent que la caducité d'un acte juridique partage le même caractère de

⁴²⁹ VEDEL (G), « Droit administratif », 2^e édition. 1961, p. 175.

⁴³⁰ Décision n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986. Préc., Rec. Cons. const. P. 78, consid.11.

⁴³¹ BOYER-MERENTIER (C), *op. cit.*, p. 146.

⁴³² Voir TALL (S.N), *Droit constitutionnel et ordonnances dans les Etats d'Afrique Noire francophone, Op.cit.*, P. 171.

⁴³³ CE, sect., 27 avril 1945, *Josué, Lebon*, p. 84 ; D. 1945. 190, concl. , Jacques Donnedieu de Vabres. En réponse à un moyen tiré de ce que le décret du 1^{er} juin 1940, pris en vertu des pouvoirs que le gouvernement tenait d'une loi du 8 décembre 1939 n'avait pas été ratifié, le Conseil d'Etat relève que : « *depuis la publication du décret du 1^{er} juin 1939 les chambres n'ont siégé qu'en une session extraordinaire de deux jours dans des conditions telles que le dépôt de cet acte sur leurs bureaux était impossible* ».

sanction que l'annulation d'une décision administrative. C'est-à-dire l'acte perd sa charge normative. Donc la ratification est subordonnée à une batterie de contraintes procédurales dont l'inobservation conduit à une sanction : la caducité. De ce fait, on peut l'expliquer à travers le respect du délai de dépôt et de ratification (**Paragraphe 1**) et sans doute les effets de la ratification (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1 : LE RESPECT DU DELAIS DE DEPOT ET DE RATIFICATION

En vertu de l'article 77 de la Constitution sénégalaise, le Président de la République peut être habilité par la loi à intervenir dans le champ législatif, pour une durée et un objet déterminés. Les mesures qu'il prend ainsi entrent immédiatement en vigueur, mais ont vocation à être soumises tôt ou tard au Parlement sous la forme d'une loi de ratification. Le simple dépôt du projet de loi de ratification, dans le délai prévu par la loi d'habilitation, évite la caducité des ordonnances. L'ordonnance non ratifiée mais dont le projet de loi de ratification a été déposé dans le délai prescrit n'est donc pas caduque. Dans les matières législatives qu'elle a touchées, elle continue à produire des droits et obligations. Toutefois, comme l'estime le Conseil d'Etat depuis 1907, le statut contentieux de l'ordonnance non ratifiée reste celui d'un acte réglementaire, exposée, devant le Chambre administrative au Sénégal et le Conseil d'Etat en France, à un recours pour excès de pouvoir ou à une exception d'illégalité, notamment quant au respect des limites de l'habilitation. Cette vulnérabilité incite à la ratification qui doit être expresse depuis la révision constitutionnelle de 2008 en France. De plus, passé le délai d'habilitation, l'ordonnance ne peut plus être modifiée que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Pour ainsi dire les ordonnances doivent faire l'objet d'un projet de loi de ratification déposé devant le Parlement avant l'expiration du délai indiqué dans la loi d'habilitation. Dans l'hypothèse où le Parlement refuse la ratification, elles sont abrogées. Si la représentation nationale ne la vote pas, elles conservent une double nature : loi car seule loi peut la modifier ou l'abroger, et acte administratif car sa régularité peut être contestée devant le juge administratif. En France la première exigence résultant de l'article 38 de la Constitution en ce qui concerne la ratification des ordonnances est le dépôt, devant le Parlement, d'un projet de loi de ratification dans le délai prescrit par la loi d'habilitation. Ce seul dépôt évite la caducité des ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution, à la différence des ordonnances prises sur le fondement de l'habilitation permanente conférée au Gouvernement par l'article 74-1 de la Constitution qui deviennent

caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans un délai de 18 mois après leur publication. Le Conseil d'Etat a pu expressément énoncer que « *la circonstance que le projet de loi n'ait pas été inscrit, depuis son dépôt, à l'ordre du jour de la discussion parlementaire, n'était pas de nature à rendre caduques les dispositions de l'ordonnance... édictées sans condition de délai* »⁴³⁴. Il a également eu l'occasion de préciser que le dépôt d'un nouveau projet de loi de ratification n'était pas nécessaire en cas de changement de Gouvernement pour assurer la pérennité des ordonnances ayant donné ²² lieu, précédemment, au dépôt d'un tel projet de loi⁴³⁵.

Le juge s'assure de dépôt de projet de loi de ratification⁴³⁶. Les ordonnances maintenues en vigueur avec valeur réglementaire ne peuvent donner lieu à une QPC. Il existait donc une concordance sur ce point des jurisprudences du Conseil d'Etat⁴³⁷ et du Conseil constitutionnel⁴³⁸. Si le projet de loi de ratification n'est pas déposé en temps voulu, les ordonnances deviennent caduques. Le doyen VEDEL était d'avis que la caducité n'impliquait pas la nullité *ab initio* de l'ordonnance mais la disparition de sa « *force juridique à compter de l'expiration du délai dans lequel le projet de ratification aurait dû être déposé* ». Par une décision du 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, le Conseil d'Etat a fait sienne cette analyse.

Le respect du délai de ratification dépend du contrôle effectué par le juge constitutionnel. En effet dans une perspective de droit comparé on peut constater une ambivalence du contrôle des délais. Si certains juges constitutionnels effectuent un contrôle rigide du délai de ratification, d'autres exercent un contrôle plus ou moins souples.

En ce qui concerne les juges constitutionnels africains qui exercent un contrôle rigoureux du délai de ratification, on peut citer les juges constitutionnels : malien, gabonais, guinéen, nigérien et du Togo. Ils ont consacré un contrôle du délai de ratification rigide en le considérant comme un « *délai substantiel* ». A titre illustratif dans l'affaire du blocage des

⁴³⁴ Arrêt du Conseil d'Etat, du 17 décembre 1999, Union hospitalière privée.

⁴³⁵ Arrêt du Conseil d'Etat du 16 février 2001, Centre du château de Gieteins : « Considérant qu'un projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 96-3 46 du 24 avril 1996 a été déposé devant le Parlement le 29 mai 1996, c'est-à-dire dans le délai imparti par la loi d'habilitation du 30 décembre 1995 ; que la circonstance que le Gouvernement nouvellement formé le 4 juin 1997 n'a pas déposé un nouveau projet de loi de ratification devant le Parlement n'est pas de nature à rendre caduques les dispositions des articles 24 et 25 de l'ordonnance précitée, qui ont été édictées sans conditions de durée ».

⁴³⁶ CE, 23 avril 1965, *Pierre Justin*, Lebon. T. p. 827.

⁴³⁷ VEDEL (G), *Droit administratif*, 2^e édition, 1961, p. 175.

⁴³⁸ Cons. const., 10 février 2012, n° 2011-219 QPC, Rec. Cons. const. p. 113 ; Cons. const., 19 septembre 2014, n° 2014-412 QPC, Rec. Cons. const. p. 400, AJDA 2014. 1798 ; D. 2014.1826.

travaux parlementaires en 2000, la Cour constitutionnelle malienne a considéré que : « (...) *ladite loi d'habilitation précise en son article 2 que les ordonnances prises dans le cadre de la présente loi deviennent caduques si les projets de la loi de ratification ne sont pas déposés sur le bureau de l'Assemblée nationale avant le 15 octobre 1999 ; (...) considérant que par la lettre n° 057/ P-PM-SGG du 14 octobre 1999, le Gouvernement a déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 99-043/ P-PM du 30 septembre 1999* »⁴³⁹, elle en déduit que « (...) *le Gouvernement s'est trouvé dans le délai prévu par la loi d'habilitation* ». Au Gabon, sur saisine du Président de l'Assemblée nationale, la cour constitutionnelle a également été invitée à interpréter l'article 52 de la Constitution consacrant le délai de ratification⁴⁴⁰. La Cour semble être intransigente avec le respect du délai de ratification. Par contre, le juge constitutionnel malgache quant à lui opère un contrôle souple du délai de ratification. Si on analyse méticuleusement sa décision datée du 5 février 2020⁴⁴¹ relative à une requête aux fins de caducité d'ordonnances prises en Conseil des ministres par le Président de la République. En effet par lettre n° 03-2020/SENAT/P en date du 14 janvier 2020, la HCC a été saisi par le Président du Sénat aux fins de demander la caducité des ordonnances prises en Conseil des ministres par le Président de la République. Mais la HCC malgache considère que « *la procédure de déclaration de la caducité des ordonnances obéit à des conditions préalables ; qu'en sus du délai fixé pour le dépôt du projet de loi de ratification, a priori les autorités exécutives manifestent une résistance expresse ou un désintérêt explicite pour l'adoption du projet de loi de ratification ; que cette opposition devrait être consignée dans un procès-verbal de rencontre entre le Parlement et le Gouvernement ou dans un échange de correspondance entre les deux autorités, exécutives et législatives* ». Poursuivant sa leçon prétorienne du régime juridique de la ratification, le juge constitutionnel malgache estime « *qu'en l'absence des actes justifiant cette opposition, la*

⁴³⁹ Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 00-120 du 27 juillet 2000 relatif à la requête en date du 17 juillet 2000 du Président de l'Assemblée nationale aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution.

⁴⁴⁰ Au soutien de sa requête, le président de la chambre basse du Parlement gabonais expose « *qu'aux termes de l'article 52 de la Constitution, les ordonnances prises par le Gouvernement pendant l'intersession parlementaire doivent être ratifiées au cours de la session qui suit faute de quoi, elles deviennent caduques ; que cependant, dans la pratique, certaines ordonnances régulièrement déposées par le Gouvernement au Parlement ne sont pas ratifiées dans les délais fixés en raison notamment de la navette entre l'Assemblée nationale et le Sénat ; qu'au regard de cette situation, il demande à savoir si la navette ainsi instituée n'entraîne pas d'effet suspensif dans l'application de l'article 52 de la Constitution* ». En guise de réponse, la Cour constitutionnelle gabonaise affirma qu'« *aux termes de l'article 52 de la Constitution, le Gouvernement peut, en cas d'urgence, pour l'exécution de son programme demander au Parlement l'autorisation de faire prendre par ordonnances les mesures qui sont normalement du domaine de la loi : que ces ordonnances doivent être ratifiées par le Parlement dès sa prochaine session ; qu'en l'absence d'une loi de ratification, les ordonnances sont frappées de caducité* » (Considérant 3). La juridiction constitutionnelle gabonaise déclare que « *les dispositions ainsi soumises à l'examen de la Cour ne comportent ni doute, ni lacune ; que par conséquent, elles ne donnent lieu à interprétation* » (Considérant 4).

⁴⁴¹ HCC de Madagascar, décision n° 04-HCC /D3 du 05 février 2020.

Cour de céans, sur saisine du Parlement, enjoint le Gouvernement à régulariser le dépôt du projet de loi de ratification sous peine de caducité des ordonnances prises par le Président de la République en 2019 ; que la ratification de l'ordonnance ne peut être qu'expresse, c'est-à-dire résultant du vote d'un projet de loi déposé à cet effet ». La HCC malgache ne se limite pas à l'« article 2, -le Gouvernement régularise le dépôt des projets de loi de ratification au cours de la prochaine session du Parlement, sous peine de caducité des ordonnances prises par le Président de la République en 2019 ». Ainsi la Haute Cour constitutionnelle malgache procède à un contrôle souple du délai de ratification. Prenant le contre-pied de ses homologues africains en décidant qu'« afin que la continuité de l'Etat et la sécurité juridique soient préservées, il convient de considérer la nature non substantielle de la date de ratification pour se focaliser sur sa réalisation dans les meilleurs délais »⁴⁴². Au regard de toutes ces considérations on peut noter que le respect du délai de ratification est fondamental pour la « survie » de l'ordonnance. Car la ratification comporte des effets très importants et intéressants pour cette dernière.

PARAGRAPHE 2 : LES EFFETS DE LA RATIFICATION

La ratification a pour effet de transformer rétroactivement l'ordonnance concernée en texte de valeur législative. Du fait de sa ratification, l'« ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature »⁴⁴³. La ratification a pour effet entre autres de consolider l'ordonnancement juridique. En conférant une valeur législative aux dispositions concernées, la ratification consolide l'ordonnancement juridique et évite que des normes intervenues dans le domaine législatif puissent être remises en cause à tout moment, au détriment de la sécurité juridique. A titre d'exemple une ratification rapide paraît particulièrement nécessaire pour les ordonnances de codification dans la mesure où les dispositions codifiées avaient précédemment rang législatif et n'étaient donc pas susceptibles d'être contestées devant le juge administratif : en opérant leur « déclasserement », la codification par voie d'ordonnance les rend vulnérables. Par exemple en France, on a constaté ainsi qu'en 2002 et 2004, le Parlement

⁴⁴² Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, décision n° 04-HCC / D3 du 05 février 2020 précédemment citée.

⁴⁴³ Arrêts du Conseil d'Etat du 8 décembre 2002 et du 17 mai 2002, M. HOFFER.

a pris l'initiative de ratifier plusieurs ordonnances de codification, ce qui a sécurisé certains pans du droit⁴⁴⁴.

La ratification législative est souvent définie à travers les conséquences qu'elle entraîne, à savoir conférer rétroactivement valeur législative à l'ordonnance⁴⁴⁵. Mais quelle est son intérêt, sa portée, son utilité ? Pour le comprendre il faut revenir à la manière dont elle a été conçue par la doctrine et la jurisprudence sous l'empire des décrets lois⁴⁴⁶. La ratification législative des décrets lois ne correspond pas à la définition classique de droit civil qui est faite de la ratification. En effet, selon la théorie civiliste, la ratification est définie comme une « *approbation par l'intéressé qui s'en approprie les conséquences de ce qui a été fait ou promis en son nom par un tiers démuné de pouvoirs* »⁴⁴⁷. Concrètement, cette théorie a vocation à s'appliquer dans le cadre du mandat⁴⁴⁸ : lorsque le mandataire a accompli des actes au-delà de ses pouvoirs donc irrégulièrement le mandant a la possibilité de les ratifier, ce qui a pour effet de les valider et les rendre opposables. Toutefois, transposer cette conception à la ratification des décrets lois était inenvisageable, car cela serait revenu à admettre l'irrégularité de ces derniers. Or, « *tout l'effort de la doctrine publiciste et de la jurisprudence est au contraire – d'entretenir la fiction du caractère administratif du décret-loi, c'est-à-dire d'en faire une manifestation parfaitement régulière et immédiatement exécutoire, du pouvoir réglementaire* »⁴⁴⁹. C'est pourquoi, une définition autonome de la notion de ratification a été développée par la doctrine. Lorsque le Parlement ratifie un décret-loi (aujourd'hui une ordonnance), il « *transforme en dispositions législatives des dispositions jusque-là simplement réglementaires* »⁴⁵⁰. La ratification n'est rien d'autre que « *l'approbation par les*

⁴⁴⁴ Voir en ce sens, l'ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action sociale et des familles a été ratifiée par l'article 87 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, la mesure de ratification ayant été introduite en commission mixte paritaire l'initiative des deux rapporteurs ; l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique a été ratifiée par l'article 92 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé de ratification ayant été introduite par un amendement présenté par le rapporteur de la commission des affaires sociales en première lecture au Sénat le 6 février 2020.

⁴⁴⁵ BOYER-MERENTIER (C), *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 201 : « la ratification a pour effet de donner valeur législative à l'ordonnance », Voir aussi ; Cons. const, décision n° 66-36 L du 10 mars 1966 ; CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec. 593)

⁴⁴⁶ QUINART (E), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Thèse Université de Lille, Dacty, 2019, p. 461.

⁴⁴⁷ GUINCHARD (S), DEBARD (T), *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 28^e édition, 2020, p. 869.

⁴⁴⁸ En France, voir les articles 439, 477, 812, 1431, 1432 et 1984 du Code civil ; « Acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques » (GUINCHARD (S), DEBARD (T), *op. cit.*,

⁴⁴⁹ QUINART (E), *op. cit.*, p. 462.

⁴⁵⁰ ROLLAND (L), « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP*, 1918, p. 576.

Chambres d'un décret réglementaire émis dans les conditions juridiquement normales. »⁴⁵¹ Ce faisant, la ratification paraît juridiquement « *explétive* »⁴⁵². Autrement dit, elle ne présente aucune utilité sur le plan juridique, puisqu'elle n'est pas *nécessaire* pour la régularisation de l'ordonnance. Cela ne signifie pas pour autant que la ratification ne présente aucune utilité. Son intérêt est essentiellement politique, voire « *symbolique* »⁴⁵³. Par la ratification, le Parlement se réapproprie les dispositions prises par l'exécutif dans le domaine de la loi. C'est-à-dire dans un domaine normalement réservé à la représentation nationale. L'enjeu politique est double. D'abord, elle rétablit l'ordre normal des compétences, tout « *en rappelant au pouvoir réglementaire qu'il n'est pas souverain et qu'il ne dispose pas, à tout le moins, d'une véritable délégation législative* »⁴⁵⁴. Ensuite, elle se présente comme un garde-fou pour le Parlement, une « *garantie contre l'abdication de ses droits* »⁴⁵⁵. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle était présentée sous la III^{ème} République au moment des votes des pleins pouvoirs⁴⁵⁶. De ce point de vue, la ratification apparaît comme une condition de l'effectivité du mécanisme de l'habilitation. Autrement dit, le Parlement acceptera plus facilement d'autoriser le Gouvernement à intervenir dans son domaine s'il sait qu'il récupérera la main par le biais de la ratification. C'est là que réside tout l'intérêt de la ratification : décrite sous l'empire des décrets lois comme une « *stratégie politique* »⁴⁵⁷, un « *compromis politique* »⁴⁵⁸, ou encore un « *hommage de style rendu à l'autorité parlementaire et un artifice politique pour obtenir le vote de la loi* »⁴⁵⁹, elle est perçue sous la V^{ème} République comme la « *clef de l'équilibre* »⁴⁶⁰ qui rend acceptable la législation déléguée.

Beaucoup d'auteurs en commentant la décision du 28 mai 2020, ont exprimé la crainte d'une remise en cause de la portée de la ratification qui aurait pour effet de porter atteinte aux prérogatives du Parlement. Une majorité d'auteurs considérerait comme en effet que le revirement ainsi effectué qui qualifie de législatives les dispositions d'une ordonnance

⁴⁵¹ MIGNON (M), *La pratique des décrets lois et les principes généraux du droit public*, Thèse Université de Lille, 1938, p. 203.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ PADOVANI (J), « Ordre ou désordre dans la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution ? A propos de la décision 2020-843 QPC du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020 », *Le Blog Droit administratif*, 2 juin 2020, p. 65.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ QUINART (E), *op.cit.* p.466.

⁴⁵⁶ *Ibid* , p. 465-466.

⁴⁵⁷ PADOVANI (J), *op .cit.* ,p. 465.

⁴⁵⁸ HENNING (J), « Les conditions posées pour le recours aux décrets lois sous la troisième République », *RDP*, 2019, n° 5, p. 1179.

⁴⁵⁹ ESMEIN (A) , NEZARD (H) , *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* , T.2 , 8^e édition, Recueil Sirey, 1928, p. 115.

⁴⁶⁰ PADOVANI (J), *op. cit.* .

intervenues dans le domaine de la loi après expiration du délai d'habilitation (et non plus au moment de la ratification) s'était fait au prix d'une dépossession⁴⁶¹ par le Parlement de sa prérogative de ratification. Jean-Pierre Camby et Jean-Eric Shoett estimaient que le Parlement était le grand perdant de ce revirement et que la ratification avait précisément été privée d'effet utile, « *puisque'il ne serait plus nécessaire de ratifier une ordonnance pour la hisser au niveau législatif* »⁴⁶². De même, selon Anne Levade, la décision du Conseil constitutionnel français « *prive de sens et de portée la loi de ratification que le Parlement peut délibérément décider de ne pas voter* »⁴⁶³. C'est également ce qu'exposait Julien Padovani, qui craignait une « *une mise à l'écart du processus de ratification, contre l'esprit de la Constitution, menant à une mise en péril de l'équilibre trouvé en la matière* »⁴⁶⁴. Emmanuel Cartier considérait quant à lui que revirement pouvait « *être perçue comme une atteinte supplémentaire aux prérogatives du Parlement conduisant à une horizontalisation des fonctions de législations* »⁴⁶⁵. Enfin, Christophe Barthélémy s'est également questionné sur l'affaiblissement de l'utilité de la ratification engendrée par la décision *Force 5* : « à quoi bon ratifier en effet, si le Parlement est satisfait de la teneur de l'ordonnance ? » se demande – t-il avant d'en conclure que le « *Conseil constitutionnel remet en cause la protection des droits Parlements* »⁴⁶⁶. Certes, les décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel consécutives à celles du 28 mai sont venues atténuer la portée du revirement. Mais aux yeux de certains auteurs, cela ne change rien aux « dénonciations » qui ont été relatées précédemment. Ainsi Xavier Prétot affirme-t-il qu'en statuant ainsi « *fut –ce dans les limites de l'article 61-1 de la Constitution* »⁴⁶⁷, le Conseil constitutionnel a non seulement privé « *pour une part d son objet et ,pour tout dire , de son intérêt la ratification des ordonnances* » mais a également « *infligé à la représentation nationale une capitis diminutio qui (...) méconnaît les exigences de l'équilibre des pouvoirs au sein de la République* »⁴⁶⁸.

En France, la ratification a aussi un impact sur les questions prioritaires de constitutionnalité. En effet, dès la ratification de l'ordonnance, que ce soit par voie d'action ou par voie

⁴⁶¹ In CARTIER (E), DEROSIER (J-PH) , « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020 » , Titre VII , n° 5 , *La sécurité juridique*, octobre 2020. P. 15.

⁴⁶² SHOETTL (J-E), CAMBY (J-P), « Ordonnance : une décision très préoccupante du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 14 juin 2020 , p. 65.

⁴⁶³ LEVADE (A), « Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement » *op. cit.*, p. 1185.

⁴⁶⁴ PADOVANI (J), *op. cit.* ,

⁴⁶⁵ CARTIER (E), *op. cit.*

⁴⁶⁶ BARTHELEMY (C), « Résurgence du débat sur la nature des ordonnances dans le domaine de la loi » *RFDA*, 2020, p. 887.

⁴⁶⁷ PRETOT (X), « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? Ou la règle de droit façon puzzle ... », *SJEG*, n° 7, 15 février 2012, p. 342.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

d'exception, sa régularité ne peut plus être contestée devant le juge administratif. L'effet rétroactif prive d'objet les recours pendants : le juge se borne alors à constater que « la requête est devenue sans objet »⁴⁶⁹. A cet égard, la ratification produit les mêmes effets qu'une validation législative : soustraire les dispositions en cause à la contestation juridictionnelle.⁴⁷⁰ Il faut le préciser, ratification et validation sont deux procédures différentes en effet, la validation doit être circonscrite à certains moyens de légalité, ce qui permet de continuer à pouvoir faire constater au juge les irrégularités qui n'entreraient pas dans le champ de la validation ; par ailleurs, une ordonnance ayant fait l'objet d'une validation demeure un acte administratif⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Arrêt du Conseil d'Etat du 23 octobre 2002, Société Laboratoires JUVA Santé.

⁴⁷⁰ Cependant le juge des référés du Conseil d'Etat a affirmé que la condition d'urgence nécessaire pour l'obtention de la suspension d'une ordonnance n'était pas satisfaite du simple fait que celle-ci était en voie de ratification (Conseil d'Etat, Ordonnance du 9 novembre 2006, Mlle Birk-Lévy).

⁴⁷¹ Arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 1997, Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales.

Conclusion

L'année 2020 a été marquée par la pandémie mondiale du coronavirus. Qui a suscité un regain d'intérêt pour les ordonnances qui ont fait couler beaucoup d'encre et de salives. Au sortir de cette étude, un constat général se dégage, les ordonnances de l'article 77 de la Constitution sénégalaise et 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958 constituent des instruments normatifs très efficaces pour la gestion des crises quoiqu'elles comportent plusieurs inconvénients, ce qui les rend d'ailleurs assez problématiques. Si elles offrent de larges marges de manœuvres à l'exécutif et constituent de puissants outils normatifs pouvant être mobilisés dans le cadre de la stratégie de gestion de crise. Elles sont décriées pour leur caractère peu démocratique, et la lourdeur procédurale qui s'y attache. Surtout avec l'évolution du contentieux des ordonnances qu'on a constaté en France. En effet, le contentieux des ordonnances de l'article 38 a été construit par le juge administratif suprême, à un moment où il n'existait pas de justice constitutionnelle à proprement parler. Le Conseil d'Etat, institution séculaire, apparaissait alors comme le juge privilégié de la protection juridictionnelle des droits et libertés. Face à lui, un Conseil constitutionnel nouvellement créé qui apparaissait comme un « *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics* »⁴⁷², plus que comme un véritable juge constitutionnel protecteur des droits et libertés. Ces considérations, combinés au fait que le Conseil d'Etat était juge des décrets lois sous les Républiques précédentes, ont conduit à ce qu'il estime naturellement compétent pour contrôler les ordonnances non ratifiées de manière approfondie allant jusqu'au contrôle de constitutionnalité. Cette solution répondait à la nécessité de ne pas soustraire ces dernières au contrôle juridictionnel, et de soumettre le gouvernement au principe de légalité, entendu dans son sens large. Pour cela, il était nécessaire qu'il fasse primer le critère organique dans la définition de l'ordonnance. Par conséquent, une fois ratifiée les ordonnances ne pouvaient plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; leur conformité à la Constitution ne pouvait être vérifiée qu'indirectement par le Conseil constitutionnel, par le biais de l'examen *a priori* de la loi de ratification. Cependant, le Conseil constitutionnel n'est pas resté le « *chien de garde de l'exécutif* » qu'il incarnait à ses débuts. Il a progressivement évolué vers un authentique juge constitutionnel des droits et libertés, à travers plusieurs étapes historiques : l'extension du bloc de constitutionnalité en 1971, l'ouverture de la saisine aux

⁴⁷² FAVOREU (L), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120.

parlementaires en 1974, et bien évidemment l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en 2010. Cette évolution a contribué à atténuer la légitimité de la répartition contentieuse classique des ordonnances, non seulement parce que ses fondements n'étaient plus forcément justifiés, mais également parce que ces nouvelles données ne favorisaient pas la cohérence du système. En ce sens, une évolution du contentieux des ordonnances pouvait être considérée comme nécessaire. Elle fut amorcée le 28 mai 2020 par le Conseil constitutionnel et construite en collaboration avec le Conseil d'Etat. Elle aboutit aujourd'hui à une triple répartition contentieuse :

-Les ordonnances non ratifiées seront contrôlées par le Conseil d'Etat dans les mêmes conditions qu'auparavant, dès lors que le délai d'habilitation n'est pas encore arrivé à son terme ;

-Les ordonnances non ratifiées dont le délai d'habilitation est expiré seront toujours contrôlées par le Conseil d'Etat, mais pourront en outre faire l'objet d'une QPC ;

-Les ordonnances ratifiées échapperont au contrôle du Conseil d'Etat et pourront être contrôlées par le Conseil constitutionnel par le biais de la QPC.

Cette évolution contentieuse s'inscrit dans une volonté de renforcer la protection juridictionnelle, facette matérielle de l'Etat de droit. En procédant à une diversification du prétoire et à l'élargissement du champ de la contestation, elle répond indéniablement à cet objectif. En revanche, la complexité nouvelle qui en découle et qui s'ajoute aux éléments de complexité préexistants non résolus, apparaît en contradiction avec cette finalité.

En fin de compte, cette technique normative pose, parmi d'autres, la question du rôle législatif du Parlement aussi bien en période normale que de crise.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

ARDANT Philippe, *Institutions Politiques et Droit constitutionnel*, 25^e Edition, Paris, LGD, 648 p.

BURDEAU Georges, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, LGDJ, 14^e Edition, 1969, 672 p.

CARRE De Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Tome 2, Paris, Sirey, 1922, 1526 p.

DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, Puf, Coll. Thémis, 10^e édition, 1968, 651 p.

GICQUEL Jean et Gicquel Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 26^e édition, 2012, 1008 p.

HAURIOU André, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, Montchrestien, Bordeaux IV, 2009, 826 p.

MERLIN Soucramanien & PACTET F P., *Droit constitutionnel*, 27 Edition, Paris, Dalloz, 2008, 672 p.

VEDEL Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1^{ère} Edition, 616 p.

AUCOC (L), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dumod, 1^{er} édition, 1869, T.1, 726 p.

BROYELLE (C), *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuels », 8^e édition , 2020, 548 p.

DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3^e édition, 1928, T.2, 888 p.

HAURIOU (M), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e édition, Sirey, 1929, 735 p.

LAFERRIERE (E), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1^{er} édition, 1887, T.1, 724 p.

DICTIONNAIRES

ALLAND (D), RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Lamy, coll. « Quadrige », 1^{er} édition, 2003, 1649 p.

DE VILLIERS (M), LE DIVELLEC (A), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 12^e édition, 2020, 422 p.

GUINCHARD (S), DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28^e édition, 2020, 1150 p.

DE VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, A. Colin, 1^{ère} édition 1998, 2003, 279 p.

OUVRAGES SPECIAUX

FALL Ismaila Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2008, pp. 312

LE POURHIET Anne – Marie, *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit public français*, L.G.D.J., Systèmes Lextenso, Novembre 2011, pp. 178

TALL Saidou Nourou, *Droit constitutionnel et ordonnances dans les Etats d'Afrique Noire Francophone*, l'Harmattan - Sénégal, 2021, pp. 394

TAQUET François, *L'essentiel des ordonnances Macron*, GERESO, Edition 2018, pp. 152

FALL Ismaila Madior , *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel*, CREDILA, Dakar, 2009

NZOUANKEU Jacques Mariel, *Constitution de la République du Sénégal, Texte consolidé, avril 2016*, édition 2017, 92 p.

ARTICLES

AUTEXIER (C), « République fédérale d'Allemagne. Les ordonnances et les délégations législatives » *in RFDA*, 1987, pp. 748-750

AVRIL Pierre, « Le parlementarisme rationnalisé », *in RDP*, 1998

BON Pierre, « Les substituts de la loi : les actes législatifs de l'exécutif », in *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 2004, n° 19, pp. 472-503

BOUDON Jean, « propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la constitution », in *ADJA*, 2019 /26

DELVOLVE Pierre, « L'été des ordonnances », in *RFDA*, 2005

DIEYE Abdoulaye, « La problématique de la loi d'habilitation dans un régime parlementaire », in *Actes du séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation, Ouagadougou*, 15 et 16 septembre 2011

GICQUEL Jean, « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007

JACQUES Robert, « Situations d'urgence en droit constitutionnel », in *Revue Internationale de droit comparé*, n°2 ,1990

MATHIEU Bertrand, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence législative », in *POUVOIR*, 2005 /3, n°114, pp.73-87

MBODJI El Hadji, « le contrôle parlementaire de l'Exécutif », in Colloque « Le Parlement dans la consolidation de la démocratie au Sénégal », Fondation Friedrich Naumann ; Institut des Droits de l'Homme et de la Paix, (Mbour 19-22 Novembre 1997)

MESNARD Andre-Hubert, « Ordonnances, lois d'orientation ou lois cadres ? », in *RDP*, 1964

NZOUANKEU Jacques Mariel, « Remarques sur le pouvoir réglementaire au Sénégal », *R.I.P.A.S.*, n°23 et 24, Dakar, Janvier-Décembre, 1990

NZOUANKEU Jacques Mariel, « Les domaines respectifs de la loi et du règlement en droit sénégalais », in *R.I.P.A.S.*, n°11, Dakar, Octobre-Décembre, 1984

OUEDRAOGO Emile, « Les normes d'urgence dans les constitutions des Etats francophones d'Afrique noire. », in *Annales de l'université Marien Ngouabi*, volume 8, n° 2, 2018

SOGLOHOUN, « Les fonctions législatives du Président de la République », *Revue Béninoise des sciences juridiques et administratives*, vol.33, 2004

TOUSCOZ Jean, « La notion d'ordonnance », in *Etudes de droit public*, Paris, Cujas, 1964

TROPER Michel, « La signature des ordonnances », *Pouvoir*, n°41 ,1987

VERPEAUX Michel, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°19, Janvier 2006 (Dossier : Loi et règlements)

THESES

BOYER-MERENTIER (C), *Les ordonnances de l'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958*, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 416 p.

DE BECHILLON (D), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Ecomica, coll. « Droit public positif », 1996, 555 p.

HEUSCHLING (L), *Etat de droit, Rechtsstaat, rule of law*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, 739 p.

MIGNON (M), *La pratique des décrets lois et les principes généraux du droit public*, Thèse Universitaire de Lille, 1938, 296 p.

SOUBEYROL (J), *Les décrets lois sous la Quatrième République*, Bordeaux, Samie, 1955, 232 p.

TEXTES OFFICIELS

Constitution de la République du Sénégal du 22 Janvier 2001

Constitution de la République française de 4 Octobre 1958

Loi-organique n° 2016-23 du 14 Juillet 2016 relative au conseil constitutionnel du Sénégal

Loi d'habilitation n°2020-13 du 2 avril 2020

Ordonnance n°002-2020 du 23 avril 2020 relative aux mesures fiscales en soutien aux entreprises dans le cadre de la pandémie du Covid-19

Ordonnance n°001-2020 du 08 avril 2020 aménageant des mesures dérogatoires au licenciement et au chômage technique durant la période de la pandémie du Covid 19.

Ordonnance du 30 avril 2020 relative à l'aménagement des mesures dérogatoires au fonctionnement des conseils départementaux, municipaux et de ville.

Décret n° 2020-830 du 23 mars 2020 proclamant l'état d'urgence au Sénégal Décret n° 2020-1014 du 03 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sur l'étendue du territoire

Décret n°2020-966 du 19 avril 2020 portant nomination du Président de du Comité de suivi de la mise en œuvre des opérations du « Force Covid 19 »

Arrêté n° 007782 du 13 mars 2020 portant interdiction provisoire de manifestations ou rassemblement

Arrêté n° 027 du 19 mars 2020 portant fermeture provisoire es mosquées de Dakar

Arrêté n°007782 du 13 mars 2020 portant interdiction provisoire de manifestations ou rassemblements

Arrêtés préfectoraux du 03 mai 2020 prescrivant provisoirement certaines mesures dans les grandes surfaces et fixant provisoirement les jours et horaires d'ouverture des lieux de commerce

Circulaire n° 017 du 17 avril 2020 relative au délai de liquidation et de paiement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) suspendue dans le cadre du code des investissements

Circulaire n° 019 du 05 mai 2020 relative au gel de lignes de dépenses pour le financement de la lutte contre le Covid -19

JURISPRUDENCE

Cons. const., décision n°60-6 DC du 15 janvier 1960

Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

Cons. const. ,décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977

Cons. const. ,décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986

Conseil Constitutionnel, Décision DC du 4 juin 1984, ordonnances en matière financière, *DALLOZ* / Recueil des décisions du Conseil constitutionnel –*LGDJ*

CE, Ass., 24 nov. 1961, Fédération nationale des syndicats de police, n° 52262 (Rec. 658)

CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, n°55049 et 55055

CE, 19 octobre 1962, Sieurs Canal, Robin et Godot, n° 58502

CE, 19 décembre 1969, Dame Piard (Rec.593)

CE, 29 octobre 2004, n° 26981, M. Sueur et autres, Recueil *Lebon*

CE, 30 juin 2003, Fédération régionale ovine du sud-est, Recueil *Lebon*

CE, 26 novembre 2001, Association Liberté information santé

CE, 28 mars 1997, Assemblée, société Baxter, Recueil *Lebon*

CE, 30 juin 2003, Mme Inaya X, Recueil *Lebon*

CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, n° 177162.

CE, 7 février 1994, Ghez, n° 84933

Décision CC 76-72 DC du 12 janvier 1977

Décision du Conseil constitutionnel n° 72-73L du 29 février 1972, Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle, (juripredis.com)

Décision n° 2020-84 QPC du 28 mai 2020

TC, 20 octobre 1997, Albert c. CPAM de l'Aude, n°3032

CE, 15 février 1939, Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône, n° 60650(Rec.90)

CE, Ass. , 31 juillet 1942, Monpeurt, n°71398(Rec. 239)

CE, Ass. , 1^{er} juin 1906, Alcindor (Rec. 516)

CE, Ass. , 29 mars 1901, Casanova, n° 94680 (Rec. 333)

Haute Cour constitutionnelle malgache, décision n° 04-HCC / D3 du 05 février 2020

Haute Cour constitutionnelle malgache, avis n° 07-HCC/AV du 25 avril 2019

Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 142/CC du 26 septembre

Cour constitutionnel du Togo, avis n° AV-007/20 du 25 août 2020

Haute Cour constitutionnelle malgache, décision n° 05-HCC/D3 du 13 février 2019

Conseil constitutionnel du Burkina Faso, avis n° 2020-001/CC du 23 juillet 2020

DOCUMENTS OFFICIELS

Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, rapport de direction de la Séance du sénat, février 2014 ; rapport disponible en ligne, 190 p.

Lois et règlement en vigueur. Approche statistique, Secrétariat du gouvernement, janvier 2011, rapport disponible en ligne

Les ordonnances-bilan au 31 décembre 2007 « Les documents de travail du Sénat, Série Etudes juridiques »

Conseil d'Etat, Rapport public, 2006, 411 p.

Conseil d'Etat, Rapport public, 2010, 447 p.

Conseil d'Etat, Communiqué de presse de la décision, CE, Ass. ,16 décembre 2020, *Fédération CFDDT Finances et autres*, n°440258, « Ordonnances de l'article 38 de la Constitution : le Conseil d'Etat précise le 'mode d'emploi' du contrôle qu'il continuera d'exercer sur leur légalité, avant leur ratification par le Parlement », Paris, le 16 décembre 2020.

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Rapport, « Une Ve République plus démocratique », 2007, 162 p.

Assemblée nationale française, Rapport de M. Jean- Luc WARSANN, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République*, n° 892, déposé le 15 mai 2008, 626 p.

WEBOGRAPHIE

www.gouv.sn

<http://www.sante.gouv.sn>

<https://interieur.sec.gouv.sn>

<http://www.impotsetdomaines.gouv.sn>

www.equite.gouv.sn

www.aps.sn

<https://www.afrilex.u-bordeaux.fr>

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

Table des matières

Avertissement.....	I
Dédicaces	II
Remerciements	III
Liste des sigles et abréviations	IV
Sommaire	V
Introduction	1
PREMIERE PARTIE : LE RECOURS AUX ORDONNANCES : UNE ENTORSE A LA SEPARATION FONCTIONNELLE DES POUVOIRS	19
CHAPITRE 1 : UN DESSAISISSEMENT DU PARLEMENT	21
SECTION 1 : UN DESSAISISSEMENT <i>RATIONE MATERIAE</i> DU PARLEMENT	22
PARAGRAPHE 1 : SUR LES MATIERES DELEGUEES	23
PARAGRAPHE 2 : LA LARGESSE DU SPECTRE D'INTERVENTION DES ORDONNANCES.	28
SECTION 2 : UN DESSAISISSEMENT <i>RATIONE TEMPORIS</i> DU PARLEMENT	31
PARAGRAPHE 1 : DURANT LA PERIODE D'HABILITATION	32
PARAGRAPHE 2 : UN DELAI D'HABILITATION RELATIVEMENT LONG	36
CHAPITRE 2 : L'AFFAIBLISSEMENT DU CONTROLE PARLEMENTAIRE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE SANITAIRE.....	39
SECTION 1 : UN CONTROLE PARLEMENTAIRE LIMITE DES ORDONNANCES DURANT LA CRISE.....	40
PARAGRAPHE 1 : UNE ABSENCE DE SUIVI DES ORDONNANCES	41
PARAGRAPHE 2 : UN CONTROLE PARLEMENTAIRE DES ORDONNANCES <i>A POSTERIORI</i> MINIMALISTE.....	44
SECTION 2 : LE RISQUE D'UN DESEQUILIBRE INSTITUTIONNEL	51
PARAGRAPHE 1 : UNE CENTRALISATION POLITIQUE DES PRINCIPALES COMPETENCES DE LA GESTION DE LA CRISE	52
PARAGRAPHE 2 : LE RECOURS AUX ORDONNANCES : RISQUE DE CONFUSION DES POUVOIRS	57
DEUXIEME PARTIE : DIFFICILE CONCILIATION ENTRE L'URGENCE ET LA COMPLEXITE DES ORDONNANCES	63
CHAPITRE 1 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE BYZANTIN DES ORDONNANCES ET L'EXIGENCE DE CELERITE	64
SECTION 1 : L'IDENTITE PLURIELLE DE LA NATURE JURIDIQUE DES ORDONNANCES.	64

PARAGRAPHE 1 : LES ORDONNANCES : ACTES DE FORME REGLEMENTAIRE AVANT LA RATIFICATION	66
PARAGRAPHE 2 : LES ORDONNANCES : ACTES DE FORME LEGISLATIVE APRES LA RATIFICATION	70
SECTION 2 : UN REGIME CONTENTIEUX HYBRIDE DES ORDONNANCES	72
PARAGRAPHE 1 : COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF AVANT LA RATIFICATION	73
PARAGRAPHE 2 : COMPETENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL APRES LA RATIFICATION	80
CHAPITRE 2 : UNE PROCEDURE LOURDE DES ORDONNANCES ET LA DILIGENCE EXIGEE DANS LA PRISE DES MESURES.....	86
SECTION 1 : UNE AUTORISATION NECESSAIRE DU PARLEMENT	87
PARAGRAPHE 1 : EN AMONT : LA LOI D’HABILITATION.....	88
PARAGRAPHE 2 : EN AVAL : LA LOI DE RATIFICATION.....	93
SECTION 2 : UN REGIME JURIDIQUE CONTRAIGNANT DE LA RATIFICATION DES ORDONNANCES.....	98
PARAGRAPHE 1 : LE RESPECT DU DELAIS DE DEPOT ET DE RATIFICATION	99
PARAGRAPHE 2 : LES EFFETS DE LA RATIFICATION.....	102
Conclusion.....	107
Bibliographie	109