

LA LOI D'HABILITATION DANS LES SYSTEMES CONSTITUTIONNELS D'AFRIQUE FRANCOPHONE

Ameth NDIAYE

Docteur en Droit Public

Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences juridiques et Politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Très certainement, en organisant le 16 septembre 2011¹ son premier séminaire spécialisé sur les lois d'habilitation, l'Assemblée parlementaire de la Francophonie², ne mesurait pas, l'odyssée nouvelle et prodigieuse que celles-ci allaient emprunter une décennie plus tard. Longtemps demeurées épisodiques et parcellaires, les lois d'habilitation tendent, aujourd'hui, de plus en plus à la systématisation. En effet, la vogue est aujourd'hui à la question de la loi d'habilitation. Elle occupe le devant de la scène. L'actualité tragique de l'année 2019 finissante³ a suscité dans la quasi-totalité des Etats du monde un regain d'intérêt pour les lois d'habilitation. Plusieurs facteurs explicatifs de cette « résurrection »⁴, après une longue période caractérisée par une certaine « survivance »⁵, peuvent être avancés. « La situation exceptionnelle » liée à la pandémie de la maladie à coronavirus (Covid-19) peuvent être évoquée à titre de facteur explicatif central. L'analyse de l'exposé des motifs, communiqués élaborés et défendus, ici et là, par l'Exécutif est édifiante⁶. La conséquence immédiate de cette nouvelle donne est la montée en puissance de l'Exécutif, et par voie de corollaire, la « mise en parenthèse » concomitante du Législatif. Paradoxalement, les Constitutions modernes, excepté le modèle américain, aménagent concomitamment la « séparation des pouvoirs »⁷ et « la confusion des pouvoirs »⁸. Le principe à valeur constitutionnelle de la

¹ Assemblée parlementaire de la Francophonie, « Actes du Séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation », Ouagadougou, 15 et 16 septembre 2011. Séminaire organisé en partenariat avec l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF).

² L'Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF), appelée à l'origine « Association internationale des parlementaires de langue française » (AIPLF), est une organisation interparlementaire créée en 1967 et constituée en commun la langue française. Elle relève de la loi du 1^{er} juillet 1901.

³ Le 16 novembre 2019, dans la province de hubei (en Chine centrale), apparaît la pandémie de Covid-19. Par la suite, cette maladie infectieuse se propage dans le monde, semant désolation et désarroi.

⁴ ROUSSEAU (Dominique), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, pp 5-22. L'auteur montre comment à travers, le Conseil constitutionnel, la notion de constitution est profondément ressuscitée.

⁵ « Une survivance : la notion de constitution » est un extrait de l'ouvrage de Georges BURDEAU (1905-1988). Dans cet extrait, l'auteur pousse la réflexion sur la forme de la constitution française pour évoquer son déclin, sa survie. On se rappelle de sa funeste prophétie : « la déchéance qui frappe le concept de constitution...édifice rationnel élevé pour des êtres de raison qui n'est plus qu'un temple allégorique habité par des ombres ».

⁶ **Exposés des motifs de lois d'habilitation** : Loi n° 2020-13 du 02 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 pandémie de Covid-19 et autorisant la prorogation de l'état d'urgence (Sénégal) ; Loi L/2019/AN du 30 décembre 2019 portant habilitation du Président de la République à prendre, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi ; **Communiqué** : Communiqué de la Présidence de la République de Côte d'Ivoire du 19 mars 2020 : « par ailleurs, compte tenu de la situation exceptionnelle liée à l'épidémie de la maladie à Coronavirus 2019 (Covid-19) et des mesures sanitaires urgentes adoptées par le Gouvernement pour lutter contre la propagation de cette maladie en Côte d'Ivoire, qui rend difficile la tenue des réunions parlementaires, le Président de la République, vu l'urgence, procédera à la modification du Code électoral par voie d'ordonnance, etc.

⁷ LOCKE (John), *Traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais, Paris, Calixte Volland, édition revue et corrigée exactement, sur la dernière de Londres, 1802, p. 228 : « Chapitre XI. Du pouvoir Législatif, Exécutif, et Confédéral d'un Etat. » ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, chapitre VI du livre XI p. « c'est une

séparation des pouvoirs⁹, « radicalement hostile à l'idée d'une délégation des formes de volonté »¹⁰, répudie, *a priori*, toute délégation de pouvoirs. La séparation des pouvoirs¹¹ est portée par l'un des grands piliers du constitutionnalisme consistant dans l'affirmation dogmatique selon laquelle : « la loi est votée par le Parlement ». A l'unisson, les constituants consacrent la mission essentielle confiée à la représentation nationale confondue dans l'exercice du pouvoir législatif. C'est précisément ce que prévoit l'article 24 de la Constitution française de 1958 aux termes duquel : « le Parlement vote la loi ». Cette proclamation sera reprise dans les différents corpus constitutionnels des Etats africains de succession francophone. La confusion des pouvoirs se manifeste dans ces mêmes Constitutions à travers les mécanismes de « législation déléguée »¹², pour reprendre l'heureuse formule de Jean-Marc Sauvé. Ceux-ci se distinguent des mécanismes de la « délégation permanente ». A l'unisson également, ces mêmes Constitutions vont reprendre, avec une fidélité variable, les dispositions de l'article 38 de la Constitution française de 1958¹³. Par ce fait, tous nos Etats témoins ont adhéré à cette « délégation du pouvoir législatif ». Technique qui consacre l'intrusion de l'Exécutif dans l'espace législatif. Sous l'influence agissante de la Constitution française, qui est la référence matricielle en la matière, les corpus constitutionnels consacrés dans les Etats d'Afrique noire francophone

expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir, est porté en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites (...). Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

⁸ Le POURHIET (Anne-Marie), *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, L.G.D.J./Systèmes Lextenso, novembre 2011, 178.

⁹ MONEMBOU (Cyrille), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, thèse, Université de Yaoundé II, 2011, p. 427 : « le nouveau constitutionnalisme camerounais est caractérisé par le réveil du principe de la séparation des pouvoirs et son enracinement progressif dans l'Etat camerounais » ; SOMA (Abdoulaye), « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *Afrilex*, janvier 2018, p. 4, consulté le 6 janvier 2021 à 20 h 00 : « la séparation des pouvoirs est l'un des concepts les plus célèbres du droit constitutionnel contemporain, qui en irrigue à la fois l'historicité et l'actualité » ; SOYEON (Shim), « La séparation des pouvoirs au bord du précipite : le rôle du contre-pouvoir de la Cour constitutionnelle dans la procédure de destitution du Président en Corée du Sud », *RFDC*, n° 113, 2018, pp. 219-243 ; SENOU (Jean Innocent), « Les figures de la séparation des pouvoirs en Afrique », *RDP*, n° 1, 2019, pp. 183-201 ; NAREY (Oumarou) (dir.), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs*, Actes des 1^{ères} journées scientifiques de droit constitutionnel, Palais des Congrès de Niamey, du 10 au 13 octobre 2017, Dakar, L'Harmattan, Sénégal, 2019, 518 p.

¹⁰ HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1916, p. 697.

¹¹ DIAKHATE (Meïssa), « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelles dans les Etats de l'Afrique noire francophone », *RDP*, 2015 n° 3, p. 2.

¹² SAUVÉ (Jean-Marc), « La législation déléguée », Allocution d'ouverture in *La législation déléguée*, sous la direction de Philippe LAUVAUX et Jean MASSOT, Collection Colloques, journée du 6 juin 2014, 4 novembre 2014, pp. 3-18.

¹³ Aux termes de son article 38 modifié par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, article 14, portant modernisation des institutions de la V^e République : « 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 (**alinéa 1**). 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 (**alinéa 2**). 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 (**alinéa 3**) ».

l'ont très favorablement accueillie¹⁴. L'Afrique du nord¹⁵ ne méconnaît pas non plus ce mécanisme. Sa rencontre avec la France peut fournir un début d'explication. En somme, comme le fait remarquer Joseph Owona, « *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 législatif[...]* »¹⁶. Cette situation est bien analysée par le doyen Duguit lorsqu'il observe que « *le gouvernement souvent participe [...] à la fonction législative en formulant, sous le contrôle direct du parlement, des règles générales appelées ordonnances* »¹⁷. Le fondement juridique des ordonnances est que « *la Constitution autorise le gouvernement à se substituer au parlement en édictant tout ou partie des normes générales nécessaire* »¹⁸. L'unanime adhésion à ce mécanisme est reflétée par la formule laconique, mais suggestive, selon laquelle l'Exécutif peut prendre « *des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* »¹⁹. C'est donc en vertu d'une disposition

¹⁴ **Benin** : 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 7 novembre 2019 ; **Burkina Faso** : article 107, alinéa 1 de la loi constitutionnelle n° 002/97/ADP du 27 janvier 1997 portant Constitution du Burkina Faso, révisée par la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 ; Cameroun : article 28, alinéa 1 de la Constitution du Cameroun du 2 juin 1972, révisée par la loi constitutionnelle n° 2008/001 du 14 avril 2008 ; **Congo** : article 158, alinéas 1, 2 et 4 de la Constitution de la République du Congo du 6 novembre 2015, *Journal officiel de la République du Congo*, édition spéciale n° 8, 6 novembre 2015, pp. 3-21 ; **Côte d'Ivoire** : article 106, alinéa 1 de la loi constitutionnelle n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, *Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire*, numéro spécial, n° 16, 9 novembre 2016, pp. 129-143, révisée par la loi constitutionnelle n° 2020-348 du 19 mars 2020 ; **Gabon** : 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 ; **Guinée** : article 76, alinéas 1 et 2 de la Constitution du 6 avril 2020, *Journal officiel de la République de Guinée*, numéro spécial, 14 avril 2020, pp. 2-22 ; **Madagascar** : article 104, alinéa 1 de la Constitution de Madagascar du 11 décembre 2010 ; **Mali** : article 74, alinéa 1 de la Constitution du Mali du 27 février 1992 ; **Niger** : article 106, alinéas 1 et 2 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010, révisée par la loi constitutionnelle n° 2017-56 du 8 juin 2017 ; **RD Congo** : 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 ; **Sénégal** : article 77 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019 ; **Togo** : article 86, alinéa 1 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992, révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-003 du 15 mai 2019.

¹⁵ L'Afrique du Nord est un sous-continent culturel de la partie septentrionale de l'Afrique. Le Bureau du recensement des Etats-Unis définit l'Afrique du nord comme étant l'Algérie, la Libye, le Maroc et la Tunisie. Un survol sommaire de leurs corpus constitutionnels permet de relever une bissection ne matière de « loi d'habilitation ». Certains Etats prévoient dans leurs Constitutions le mécanisme de la loi d'habilitation. C'est le cas du Maroc et de la Tunisie. L'article 70, alinéa 3, de la Constitution du Maroc du 29 juillet 2011 en témoigne. En témoigne également, l'article 70, alinéa 2, de la Constitution de la Tunisie du 27 janvier 2014, *Journal officiel de la République tunisienne*, numéro spécial, 20 avril 2015, pp. 3-30. Par contre, dans d'autres Etats, l'Algérie et l'Egypte, par exemple, ce mécanisme est méconnu des constituants.

¹⁶ OWONA (Joseph), « Le pouvoir exécutif », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, tome premier L'Etat et le droit, p. 116.

¹⁷ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, tome deuxième, 1928, p. 809.

¹⁸ KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*. Traduit de l'allemand par Henri THEVANEZ, éditions de la Baconnière-Neutchatel, 1953, p.125.

¹⁹ Article 38 modifié par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (**France**) ; article 102 de la Constitution du **Bénin** du 11 décembre 1990 modifiée par la loi constitutionnelle n° 2019-40 du 7 novembre 2019 ; article 107 de la Constitution du 27 janvier 1997 révisée par la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 (**Burkina Faso**) ; article 28 de la Constitution du 2 juin 1972 révisé par la loi constitutionnelle n° 2008/001 du 14 avril 2008 (**Cameroun**) ; article 158 de la Constitution de la **République du Congo** du 6

constitutionnelle que l'immixtion de l'Exécutif, le Gouvernement ou le Président de la République, dans le domaine de la loi *stricto sensu* est rendue possible. Cependant, cette intrusion de l'Exécutif dans le champ normatif du Parlement exige un préalable incontournable, une habilitation parlementaire, connue sous la dénomination de « loi d'habilitation ». Ces éléments de considération témoignent de l'attrait de l'actualité dont bénéficient les lois d'habilitation. Mais, ce serait méconnaître gravement leur raison d'être que de les ravalier à un simple point de vue événementiel. La passion intellectuelle que l'on éprouve à leur égard, ne saurait être dissociée de la réflexion²⁰. Réflexion à laquelle nous convie notre présente étude consacrée à la « *loi d'habilitation en Afrique* ».

Mener une telle étude exige de se parer d'un « *luxe de précautions* »²¹, pour reprendre la belle formule d'Augustin Loada.

Une première précaution nous installe irréductiblement dans une quête de sens. En effet, des clarifications conceptuelles sur la notion de « loi d'habilitation » s'imposent. Elles permettront de lever le voile sur la sémantique de cette catégorie normative. En France, la loi d'habilitation est consacrée à l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958. À l'alinéa 2 de la disposition susvisée, le constituant français emploie explicitement le terme « loi d'habilitation » sans toutefois en donner la définition. Dans les Etats survolés, la loi d'habilitation n'a pas fait l'objet d'une définition légale. La Haute Cour constitutionnelle malgache (HCC)²² a tenté de combler cette lacune en définissant la loi d'habilitation comme une « *délégation de pouvoir de légiférer [...] offerte au Président de la République de prendre des textes de loi ordinaire ou organique par ordonnance ; qu'elle signifie le transfert temporaire du pouvoir législatif du Parlement au Président de la République et non de tous ses pouvoirs* ». Affinant son acception, cette dernière estime « *[...] qu'une délégation de pouvoirs, dans le cadre de la relation entre le Parlement et le Président de la République [...] est considérée comme un acte juridique par lequel une autorité (le délégant) se dessaisit d'une fraction des pouvoirs qui lui sont conférés et les transfère à une autre autorité (le délégataire) ; [...]* »²³. Cependant, cette conception prétorienne casuistique n'est pas suffisamment générique pour cerner la « loi d'habilitation » en tenant compte des différents pays où celle-ci existe. 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 ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la*

novembre 2015 ; article 106 de la loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la **République de Côte d'Ivoire**.

²⁰ GICQUEL (Jean) et GICQUEL (Jean-Éric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 26^e édition, 2012, p. 17.

²¹ LOADA (Augustin), « Introduction », in *Transitions démocratiques en Afrique de l'Ouest : processus constitutionnels, société civile et institutions démocratiques*, Augustin LOADA et Jonathan WHEATLEY (dir.), Paris, L'Harmattan, 2014, 249 p.

²² Haute Cour constitutionnelle malgache (HCC), 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 (considérant 8), <http://www.hcc.gov.mg>, consulté le 11 décembre 2020 à 17 h 30.

²³ Haute Cour constitutionnelle malgache, décision n° 04-HCC/D3 du 05 février 2020 relative à une requête aux fins de caducité, d'ordonnances prises en Conseil des ministres par le président de la République (considérant 11), <http://www.hcc.gov.mg/decisions/d3/decision-n04-hcc-d3-du-05-fevrier-2020-relative-a-une-requete-aux-fins->, consulté le 5 janvier 2021 à 11 h 00.

loi. Cette autorisation fait l'objet d'une loi qui doit fixer le délai d'habilitation »²⁴. Cette approche conceptuelle n'opère pas dans les Etats où l'autorisation est une prérogative exclusive du Président de la République. La loi d'habilitation, comme son nom l'indique, est d'abord une loi. *Lato sensu*, la loi est la règle qui fixe ce qui doit être. L'étymologie des mots est en général instructive. Celle de la loi l'est tout particulièrement²⁵. Du latin *lex*²⁶, la loi, en droit, est une règle juridique. Installée depuis longtemps dans notre imaginaire politique qui la considère comme une référence absolue et immuable, la loi, comme le souligne fort justement Denis Baranger²⁷, est en profonde transformation depuis des années. Le juge constitutionnel²⁸, gardien de la cohérence de l'Etat de droit démocratique²⁹, devient un intrant décisif dans sa perception et sa compréhension. Cette saisie prétorienne a complètement refondé l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, entre autres. Il y a 231 ans, ledit article 6, affirmait « *la loi est l'expression de la volonté générale.* ». Or, disons-le d'emblée, cet âge est révolu. La souveraineté d'hier fut enterrée dans le cercueil de la Constitution de 1958³⁰ sur lequel le Conseil constitutionnel français vint délicatement poser un *obiter dictum* : « *la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »³¹. Malgré cela, par sa symbolique et l'étendue des domaines qu'elle couvre, la loi reste encore la norme qui se trouve au cœur de l'édifice juridique³². Dès lors, deux prismes peuvent être empruntés pour une entreprise définitionnelle de la loi. Un premier prisme

²⁴ De VILLIERS (Michel), Le DIVELLEC (Armel), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2011, p. 179.

²⁵ BRODEUR (Jean-Paul), « La sanction dans ses différents états, Convergences et opposition », cairn.info, dans *Informations sociales* 2005/7 (n° 127), pp. 6-11.

²⁶ Du moyen français *loy*, de l'ancien français *loi, lei*, du latin *legem*, accusatif de *lex*.

²⁷ BARANGER (Denis), *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 12.

²⁸ SY (Papa Mamour), *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, thèse, Université de Dakar, 1998, 414 p. ; NZE-BITEGHE (Jean-Christophe), *Le système gabonais de justice constitutionnelle : l'exemple de la Cour constitutionnelle*, thèse, Toulouse 1, 2000 ; ABDOURAHMANE (Boubacar Issa), *Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique. Analyse à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger*, thèse, Bordeaux 4, 2002, 406 p. ; MBORANTSUO (Marie-Madeleine), *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 p. ; NDIAYE (Ameth), *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemples du Gabon et du Sénégal*, thèse, Montpellier I, 2003, 575 p. ; SALAMI (Aboudou Ibrahim), *La protection de l'État de droit par les Cours constitutionnelles africaines. Analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, thèse, Université François Rabelais de Tours, 2005 ; SY (Mouhamadou Mounirou), *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal*, thèse, Toulouse 1, 2005 ; du même auteur, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, 564 p. ; AÏVO (Frédéric Joël), *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2007, 222 p. ; HASSANE (Boubacar Amadou), *Justice constitutionnelle et démocratie dans les États d'Afrique noire francophone : cas du Bénin, du Mali et du Niger*, thèse, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2014, 432 p. ; KRA KPRI (Kobenan), *Le Conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis*. Droit. Université Bourgogne Franche-Comté, Université Félix Houphouët-Boigny, 2018, 512 p.

²⁹ BADINTER (Robert), « Quelques réflexions sur l'Etat de droit en Afrique », in « L'Afrique en transition vers le pluralisme politique », Gérard CONAC (dir.), *La vie du droit en Afrique*, Paris, Economica, 1993, p. 8. Cette formulation peut être rapprochée de celle proposée par la doctrine habermassienne ; Cf. HABERMAS (Jürgen), *Théorie de l'agir constitutionnel*, 1981, trad. Fr. 1987, rééd. Fayard, 2001.

³⁰ BRUNET (Pierre), « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, 2005/3 (n° 114), pp. 5-19.

³¹ Conseil constitutionnel français, Décision 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

³² ARKWRIGHT (Edward) et alii, *Les institutions de la France*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 42.

évoque l'aspect matériel de la définition. Matériellement, la loi sera entendue comme toute règle de droit générale, impersonnelle et écrite. La loi est, ici, envisagée à travers son contenu³³. Cette approche matérielle de la loi ne laisse pas entrevoir la ligne de partage entre le domaine de la loi et celui du règlement³⁴. Elle ne sera donc pas retenue. Un deuxième prisme nous projette dans la définition formelle. Il permet d'appréhender la loi comme toute disposition émanant de l'organe étatique investi du pouvoir législatif par la Constitution et élaborée selon les formes prévues par celle-ci. En France par exemple, il s'agit de celle qui émane du Parlement³⁵. Cependant, comme le souligne, avec justesse, Ismaïla Madior Fall, « *les certitudes autour de la loi s'atténuent au fur et à mesure qu'on rentre dans la typologie des lois* »³⁶. La loi d'habilitation est ensuite une « *habilitation* ». L'habilitation apparaît dans toutes les branches du droit et dans l'ensemble de ses rameaux ou de ses sous-domaines. Ici encore, l'étymologie est instructive. Du latin *habilitatio*, de *habilitare*, l'habilitation est le fait de rendre apte. Elle 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* »³⁷.

Par ailleurs, même si les accointances sont manifestes entre « *loi d'habilitation* » et « *loi-cadre* », des distinctions utiles peuvent être soulignées³⁸. Cette remarque est également valable pour ce qui concerne la nécessité de distinguer la loi d'habilitation parlementaire de l'habilitation constitutionnelle³⁹. S'agissant de l'habilitation constitutionnelle, elle peut s'opérer à tout moment sans la concertation du Parlement. En matière d'habilitation parlementaire l'Exécutif dépend de l'autorisation du Parlement. Cette deuxième hypothèse est celle envisagée dans le cadre de cette présente étude. C'est la même préoccupation qui justifie La mise à l'écart de la délégation consentie par l'Assemblée nationale au profit de sa

³³ PORTALIS (Jean-Étienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, (discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804), préface de M. MASSENET, Bordeaux, Editions Confluences, 2004, 78 p. Devant les rédacteurs du Code civil français, Portalis déclarait que : « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* ». Cf., PORTALIS, *ibid.*, p. 17.

³⁴ En France article 34 de la Constitution de 1958.

³⁵ CARRÉ De MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale*, *op. cit.*, p. 327.

³⁶ FALL (Ismaïla Madior), « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique francophone. Réflexion sur une norme particulière », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (RBSJA)*, 2014, p. 3.

³⁷ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2002, p. 431.

³⁸ L'appropriation conceptuelle de la notion de loi-cadre suffit pour établir ces distinctions. Du latin *lex* (loi, droit écrit) et *quadrum* (carré), la loi-cadre se laisse définir comme « *un texte législatif au contenu très général qui sert de cadre à des textes d'application et à des décrets. Elle décrit un programme avec des objectifs et des engagements* »³⁸. La première distinction tient dans le caractère « *très général* » de la loi-cadre qui tranche d'avec le caractère circonscrit de la loi d'habilitation. La seconde distinction est à rechercher dans le procédé utilisé pour leur mise en œuvre respective. Le décret se révèle être le procédé privilégié de la loi-cadre, là où l'ordonnance se présente comme le procédé de prédilection dans le cadre de la loi d'habilitation.

³⁹ Assemblée nationale du Burkina Faso, Rapport du Séminaire régional des parlementaires de la Francophonie sur le régime juridique et la pratique des lois d'habilitation dans les régimes parlementaires, Ouagadougou, 16 septembre 2011, p. 5.

commission des délégations. Au Sénégal, par exemple, c'est l'article 65 de la Constitution⁴⁰ qui aménage cette dérogation⁴¹. Un rapprochement entre loi d'habilitation et délégation de pouvoirs permet de caractériser la consubstantialité entre ces deux notions. Issue du droit public la délégation de pouvoir est décrite dès 1892, par le Conseil d'Etat, comme « *l'opération par laquelle l'organe titulaire d'une compétence (délégant) décide qu'un autre organe (délégataire) en disposera un certain temps, sans que soit pour autant abrogée la règle initiale* »⁴².

Tout bien considéré, nous entendons la loi d'habilitation comme la loi dans laquelle le pouvoir législatif (délégant) autorise le pouvoir exécutif (délégataire), Gouvernement ou Président de la République, à prendre par ordonnances, des mesures qui relèvent du domaine de la loi et cela dans des matières déterminées et pour un délai limité. Sauf précisions contraires, c'est sous ce sens générique que nous entendons le syntagme « *la loi d'habilitation* ».

Une deuxième précaution renvoie aux implications méthodologiques de notre réflexion. La méthodologie renvoie au « *procédé employé pour parvenir à un résultat* ». Ces implications peuvent être doublement appréhendées. Une première implication peut être située au niveau de l'utilité de la démarche comparatiste, moyen d'interprétation du droit⁴³. Cela est d'autant plus vrai que le chercheur africain, en l'occurrence le juriste, se situe au carrefour de plusieurs modes et a, plus que tout autre, vocation naturelle au droit comparé. En réalité, ce dernier est mû par une tension intellectuelle permanente résultant du fait que la science appliquée à l'Afrique porte en elle-même le germe de la comparaison. Ainsi, comme le fait remarquer fort judicieusement Vanderlinden, « *toute réflexion portant sur le droit africain, se résout en un incessant pèlerinage de l'esprit entre la réalité observable localement et le répertoire d'où a été tiré(é) telle notion ou tel concept* »⁴⁴. Le droit comparé devient un ingrédient dans la fabrique du droit⁴⁵. L'argument de droit comparé témoigne du « *dialogue horizontal* »⁴⁶. À titre de droit comparé, l'on se référera, à l'exemple des Etats d'Afrique francophone. Ceci explique le choix des Etats témoins d'Afrique de l'Ouest que sont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. L'expérience de l'Afrique centrale sera également convoquée, à travers le Cameroun, le Gabon, le Congo et la République Démocratique du Congo (RDC). Elle permettra d'établir le « *dialogue* » entre ces deux « *communautés francophones* » et de mesurer la part de convergences et de divergences

⁴⁰ Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 65 de la Constitution du 22 janvier 2001 révisée : « *L'Assemblée nationale peut déléguer à sa commission des délégations le pouvoir de prendre des mesures qui sont du domaine de la loi...* »

⁴¹ GAUTRON (J.-C.) et BAVILLE (M.-R.), *Droit public du Sénégal*, Paris, A. Pedone, 1977, 447 p.

⁴² Conseil d'Etat français, 2 décembre 1892, *Mogambury* : Recueil Lebon, p. 838.

⁴³ PFERSMANN (Otto), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, pp. 275-288.

⁴⁴ VANDERLINDEN (Jacques), « Les systèmes juridiques africains », coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1983, p. 6.

⁴⁵ MIALOT (Camille), « L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'Etat, un changement dans la fabrique du droit », *AJDA*, n° 26/2010, p. 1462.

⁴⁶ MIALOT (Camille), *ibid.*, p. 1463.

dans la famille du droit africain⁴⁷. Par le fait de la colonisation, ces pays ont hérité l'essentiel de leur système juridique du droit public français⁴⁸. D'où la nécessité, dans le cadre de cette étude, de ne pas occulter les leçons de l'expérience française en matière de loi d'habilitation. C'est à la faveur de la législation et de la pratique de ce mécanisme en Métropole, que s'appréciera la part d'héritage et d'originalité dans ces pays africains. Comme le fait remarquer Albert Bourgi, « *l'influence de la V^e République sur les systèmes politiques africains francophone [...] renvoie inévitablement aux origines mêmes du constitutionnalisme africain* »⁴⁹. « *Les liens avec la France restent très forts [...], tout concourt à expliquer que les premières Constitutions africaines furent le plus souvent, à quelques variantes près, un simple décalque du texte de 1958* », renchérit-il. L'Afrique du Nord sera également sporadiquement convoquée pour mesurer l'étendue de l'espace territorial couvert par le mécanisme de la loi d'habilitation en Afrique, de façon générale. L'expérience tunisienne servira de lieu de dialogue.

Cette étude confortera le « dialogue » entre l'Afrique continentale francophone de l'Ouest et du Centre et Madagascar, « *l'île rouge* » ou « *la Grande île* », marquée par son insularité. Si pendant longtemps Madagascar a été exclu du champ d'étude des Etats d'Afrique francophone, il semble que plusieurs arguments peuvent permettre une réconciliation. Comme le souligne Maurice Kamto, « *si géopolitiquement Madagascar fait partie de l'Afrique, elle se veut culturellement à part, et sans doute avec raison ; car elle est située à la croisée des*

⁴⁷ CABANIS (André), « Le droit africain constitue-t-il une famille ? Propos du juge Kéba Mbaye », in Mamadou BADJI, Amadou Abdoulaye DIOP, Paul NGOM (dir.), *La trace et le sentier, Mélanges dédiés au professeur Dominique Sarr*, Dakar, CREDILA/L'Harmattan Sénégal, tome 1, 2019, pp. 121-137.

⁴⁸ BIPOUN WOUM (Joseph-Marie), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique Noire d'expression française : le cas du Cameroun », *Revue juridique politique, indépendance et coopération*, 1972, pp. 359-388 ; BOCKEL (Alain), *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, p. 32 : « le droit administratif africain cherche encore sa voie, la reprise du modèle français peut être considéré comme une première démarche (...) » ; Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 129, avril 2009, p. 47 : « on ne saurait ignorer les ressemblances textuelles, les recopies d'articles (...), la reprise de systèmes forgés ailleurs, les conditions d'élaboration de nombreux régimes aboutissant à de véritables « copier-coller » » ; Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Sur une convergence et concurrence entre le droit français et les droits nationaux en Afrique : le recours à l'argument de droit français », in Ndèye Madjiguène DIAGNE et El Hadji Omar DIOP (contributions réunies par), *Droit administratif : convergence ou concurrence des disciplines juridiques ? Mélanges en l'honneur de Demba SY*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, tome 2, 2020, p. 17 : « n'est-ce pas le sort destiné au droit français que d'être, plus ou moins, il est vrai, l'objet de l'argument de droit comparé ? » ; MESCHERIAKOFF (Alain Serge), « Contribution de l'Afrique à l'évolution du droit administratif français », in Maurice KAMTO, Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ, Brusil Miranda METOU (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 155 : « l'influence des institutions et du droit administratif français sur les institutions publiques des Etats d'Afrique, anciennement colonies françaises, a été abondamment étudiées » ; MARKUS (Jean-Paul), « Le droit administratif africain à la recherche de ses propres modèles », in ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick Edgar) (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque de organisé à l'Université de Yaoundé-II du 19 au 20 janvier 2017, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 25 : « c'est aujourd'hui un truisme d'affirmer que depuis la décolonisation, les législateurs et les institutions des pays africains francophones ont pour la plupart été calquées sur celles de l'ancienne métropole (...) ». « L'influence des institutions et du droit administratif français sur les institutions publiques des Etats d'Afrique, anciennement colonies françaises, a été abondamment étudiées ».

⁴⁹ BOURGI (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 2002/4 (n°52), p. 721.

océans et au carrefour des influences culturelles venues d'Afrique et d'Asie»⁵⁰. Cette exception *malagasy*⁵¹ peut être infléchiée par les dynamiques convergentes caractérisées. Madagascar partage avec l'Afrique, non seulement son espace, mais également une grande partie de son histoire longtemps marginalisée. Étant entendu que l'adhésion au commun ne peut guère effacer la spécificité du singulier.

Une deuxième implication méthodologique permet d'identifier le matériau au soutien de cette réflexion. Dans le cadre de cette étude, la méthodologie retenue est à la fois d'ordre pragmatique⁵² et positiviste⁵³. Ainsi, elle englobe d'une part, les ressources juridiques sur lesquelles on compte s'appuyer pour construire une démonstration en réponse à la problématique. Cet aspect commande de faire une revue documentaire de la thématique de l'étude. Cette revue recouvre les sources textuelles et doctrinales en rapport avec les pays à l'honneur dans le cadre de l'analyse circonscrite. À côté de la quête textuelle de la loi d'habilitation, la compulsation et l'analyse de l'œuvre prétorienne secrétée par les juridictions constitutionnelles africaines francophones en la matière sera au cœur de la réflexion. Cette étude de la jurisprudence peut être un moyen d'évaluer les résultats de cette politique des « *pouvoirs publics* », de la juger sur le terrain de la réalité judiciaire, la seule qui vaille.

Une troisième précaution nous conduit à l'évocation de l'intérêt de l'étude. Celle-ci remet sur le métier cet ouvrage, dédié à « la loi d'habilitation en Afrique », sous un jour nouveau et stimulant à plus d'un titre. *Prima facie*, à en juger par la littérature juridique qu'elle a déjà suscitée, il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude systématique dédiée à la présentation de la loi d'habilitation dans l'aire géographique africaine francophone. On est même saisi par la faible production doctrinale en matière de loi d'habilitation. Telle une *arlésienne*, la loi d'habilitation ne semble pas particulièrement attirer l'attention de l'expertise constitutionnelle pourtant si alerte et prolifique⁵⁴. À la notable exception, à notre connaissance, du lointain séminaire spécialisé sur les lois d'habilitation organisé par l'Assemblée parlementaire de la Francophonie le 16 septembre 2011⁵⁵ et de l'étude de Abdoulaye Diéye dédiée aux lois d'habilitation en droit comparé⁵⁶, il n'existe pas d'étude sur la loi d'habilitation en Afrique. Ce désintérêt est également perceptible dans « l'univers doctrinal » français. Une tentative d'explication pourrait être recherchée dans l'ombrageux intérêt porté sur l'étude tentaculaire dédiée aux ordonnances⁵⁷. À la vérité, « *les ordonnances de par leur ombre semblent*

⁵⁰ KAMTO (Maurice), *Pouvoir et Droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 46.

⁵¹ ANDRIANETTRAZAFY (Hemerson), « L'africanité en question : l'exception malagasy ? », Friedrich Ebert Stiftung, Antananarivo, décembre 2015, p. 14.

⁵² OPPETIT (Bruno), *Philosophie du droit*, Paris Dalloz, 1999, p. 57.

⁵³ CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences sociales*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 9, p. 11 ; Cf. également, NIANG (Yaya), *Le contrôle juridictionnel du processus électoral en Afrique francophone : les exemples du Sénégal et du Bénin*, thèse, 2018 à Bordeaux, 519 p.

⁵⁴ BA (Boubacar), « Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique », *Afrilex*, janvier 2016, 36 p., document consulté le 10 janvier 2021 à 18 h 00.

⁵⁵ A.P.F., « Actes du Séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation », précité.

⁵⁶ DIEYE (Abdoulaye), « Les lois d'habilitation en droit comparé. La situation dans quelques pays d'Afrique noire francophone et en France », *Annales de l'Université de Toulouse 1 Capitole*, Tome LV, 2014, pp. 133-167

⁵⁷ **En Afrique** : la seule référence renvoie à l'excellent et exhaustif article de Saïdou Nourou TALL. Voir, TALL (Saïdou Nourou), « Les ordonnances en Afrique noire francophone », in *Mélanges africains, constitutions et institutions publiques africaines*, Dakar, Editions juridiques africaines EDJA, n° 64, janv.-fév.-mars, 2005, pp.

empêcher toute vie au-delà »⁵⁸. Et, les lois d’habilitation, les premières, ont été victimes de cette situation. Celles-ci, semble-t-il, ont monopolisé l’essentiel des préoccupations, des attentions et des questionnements. L’ambition doublement nourrie par la présente étude consiste, d’une part, à « ré-habiller » les lois d’habilitation et à restituer leur part de gesticulations, de réalités, de forces et de faiblesses à la lumière des textes, de la jurisprudence et de la doctrine observés dans les différents Etats étudiés. Cette ambition, d’autre part, consiste à améliorer la compréhension de la loi d’habilitation dans nos différents Etats témoins. Tel qu’il est formulé, le sujet part d’un constat évocateur de son second intérêt. Dès l’aube des indépendances, les constitutions issues de la « *fièvre décolonisatrice* »⁵⁹ ont adhéré au mécanisme de la loi d’habilitation. Après un séculaire « impressionnisme », la vogue est aujourd’hui à un prégnant « expressionnisme ». Poussée par l’accélération du temps et les pressions multiples et variées, les lois d’habilitation sont advenues avec une intensité jamais égalée auparavant. L’expression « *loi d’habilitation* », semblant scellée par des décennies de codification, s’est rapidement révélée être paradoxalement très nouvelle. Son étonnante résurgence se laisse facilement observer dans les Etats d’Afrique francophone et témoigne, à l’évidence, d’un intérêt renouvelé.

Il s’infère de toutes ces considérations une interrogation centrale : ***à l’aune des textes constitutionnels et de la jurisprudence, quelle est l’identité de la loi d’habilitation dans les Etats d’Afrique de tradition juridique francophone ?*** La recherche d’une identité de la loi d’habilitation en Afrique porte à investiguer le singulier et le similaire, l’*ipse* et l’*idem* de la loi d’habilitation, pour reprendre la démarche ricœurienne⁶⁰.

209-253. **En France**, la littérature dédiée aux ordonnances est considérable. Sans prétendre à l’exhaustivité, on peut citer : V.; PASTOR (Jean-Marc), « Les travaux pratiques du Conseil d’Etat sur les ordonnances non ratifiées de l’article 38 de la Constitution », <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/travaux-pratiques-du-conseil-d-etat-sur-ordonnances-non-ratifiees-de-l-article-38->, 05 janvier 2021, consulté le 14 mars 2021; PASTOR (Jean-Marc), « Le regard neuf du Conseil d’Etat sur les ordonnances ratifiées », [Le regard neuf du Conseil d’Etat sur les ordonnances non ratifiées - Acte | Dalloz Actualité \(dallos-actualite.fr\)](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/travaux-pratiques-du-conseil-d-etat-sur-ordonnances-non-ratifiees-acte), 18 décembre 2020, consulté le 14 mars 2021 à 12 h 00 ; PASTOR (Jean-Marc), « Les ordonnances non ratifiées prennent de la hauteur au sein de la pyramide des normes », *AJDA*, 2020, p. 1087 ; Direction de la Séance-Sénat, « Les ordonnances prises sur le fondement de l’article 38 de la Constitution », février 2014, senat.fr/role/ordonnances/etud_ordonnances.html, consulté le 10 mars 2021 à 19 h 00; TAQUET (François), *L’essentiel des ordonnances Macron*, GERESO Edition, 2018, 151 p. ; RAMDANI (Louis-Sami), « Les ordonnances à l’épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel », *Actu-Juridique.fr*, publié le 27/10/2020, actu-juridique.fr/constitutionnel/les-ordonnances-a-lepreuve-de-la-qpc-haro-sur-le-conseil-constitutionnel/, consulté le 10 mars 2021; BENOIT (Estelle), « Une ordonnance non ratifiée peut acquérir valeur de loi », *Dalloz actualité*, 3 juin 2020 ; CASSIAS (Paul), « En république française, le gouvernement légifère », 8 juin 2020, le blog de Paul CASSIAS, <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/070620/en-republique-francaise-le-gouvernement-legifere>, consulté le 10 mars 2021 à 20 h 00 ; LEVADE (Anne), « Conseil constitutionnel et ordonnances ; l’in vraisemblable revirement ! », *JCP A*, 2020, p. 350; JENNEQUIN (Anne), « Les ordonnances de l’article 74-1 de la Constitution », *RFDA*, 2008, n° 5, pp. 920-930, etc.

⁵⁸ CONAC (Gérard), « Portrait du Chef d’Etat », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 121. En comparaison avec la fonction présidentielle qui a pendant longtemps porté ombrage aux pouvoirs législatif et judiciaire.

⁵⁹ À rapprocher avec la « *fièvre constitutionnelle* » de Maurice AHANHANZO GLÉLÉ. En effet, immédiatement après la « *fièvre* » liée au mouvement de décolonisation, les Etats africains ont été saisis par une nouvelle « *fièvre* » propre à la rédaction de nouvelles constitutions. Voir, AHANHANZO GLÉLÉ (Maurice), « La Constitution ou Loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l’Afrique*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, tome premier L’Etat et le droit, p. 31.

⁶⁰ RICOEUR (Paul), *Temps et récit*, Seuil, 1983-1985, 320 p.

À la vérité, le caractère ambivalent de la loi d'habilitation se manifeste à tous les niveaux d'analyse. Avec netteté et éclat, l'ambivalence de cet ouvrage traverse de part en part tous ses segments. C'est l'ambivalence qui rythme toute la première partie dédiée à l'examen de la loi d'habilitation et qui la présente comme étant **une habilitation législative ambivalente (I)**. Le constat établi à ce premier stade de l'étude révèle tantôt des constantes s'expliquant par l'appartenance commune des Etats témoins à la tradition juridique francophone, symbole d'une certaine uniformité. Ce constat est également révélateur de variantes liées aux trajectoires de chacun d'eux, témoignage d'une certaine modularité. Pour les constantes comme pour les variantes, il est possible de souligner la prégnance de cette ambivalence. C'est également le caractère ambivalent qui irradie toute l'analyse de notre deuxième partie vouée à la loi d'habilitation envisagée comme **une habilitation limitée ambivalente (II)**. Partout, la méthode retenue, qui est celle du droit constitutionnel, de recenser et d'analyser dans une démarche comparative la loi d'habilitation telle qu'elle est « *cadrée* »⁶¹ par les textes et la jurisprudence, renvoie au niveau de la délimitation, à des mouvements centripète et centrifuge. Aux dynamiques convergentes se proposent, concomitamment, des dynamiques divergentes. Là encore, l'ambivalence est féconde.

I. Une habilitation législative ambivalente

Parmi les missions essentielles dévolues au pouvoir législatif, monocaméral ou bicaméral, celle de « *fabrication* »⁶² de la loi est très certainement la plus importante et la mieux perçue. De façon péremptoire, toutes les Constitutions, à l'honneur dans cette étude, l'ont consacrée avec solennité. Ici, « *la loi est votée par le Parlement* »⁶³, là, « *la loi est votée par l'Assemblée nationale* »⁶⁴. Cette option monopolistique de la fonction de « *voter la loi* » est renforcée dans certaines Constitutions par le rajout de l'adjectif « *seul/e* ». Ainsi, en République du Congo, aux termes de l'article 125 de la Constitution : « *le Parlement vote seul la loi* »⁶⁵. Cette exclusivité renforcée est également perceptible à la lecture de la Constitution guinéenne. L'article 80 dispose, en effet, que « *l'Assemblée nationale vote seule la loi* »⁶⁶. En parallèle, ces mêmes Constitutions vont habiliter l'Exécutif et lui permettre d'intervenir dans le domaine de la loi. L'acquiescement par la loi d'habilitation (**B**) qui consacre l'habilitation parlementaire est l'aboutissement d'un processus déclenché par le projet de loi d'habilitation (**A**) déposé par les soins exclusifs du pouvoir exécutif, Gouvernement ou Président de la République, selon des modalités précises.

⁶¹ FALL (Ismaïla Madior), *op. cit.*, p. 7.

⁶² AVRIL (Pierre), « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, vol. 114, n° 3, 2005, p. 89.

⁶³ Voir : article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958 ; article 93 de la Constitution de la République de Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016 portant Constitution modifiée par la loi constitutionnelle n° 2020-384 du 19 mars 2020 ; article 84 de la Constitution de Madagascar du 11 décembre 2010 ; article 100, alinéa 2, de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution.

⁶⁴ Voir : article 96 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution du Bénin, révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019 portant révision ; article 70 de la Constitution de la République du Mali du 27 février 1992 ; article 67 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019.

⁶⁵ Article 125 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.

⁶⁶ Article 80 de la Constitution de la République de Guinée du 6 avril 2020, adoptée par référendum le 22 mars 2020.

A. Le déclenchement par le projet de loi d'habilitation

Dérivé savant du latin *initiare*, « initier, instruire, commencer », l'initiative ou le droit d'initiative est entendu comme « l'acte par lequel on propose l'adoption d'un texte »⁶⁷. « Texte qui s'il est adopté deviendra loi »⁶⁸. Fait rare, seul le pouvoir exécutif est détenteur de ce droit d'initiative. En effet, la loi d'habilitation prend nécessairement la forme d'un projet de loi puisque toutes les constitutions, à l'honneur dans cette étude, la présentent comme une « demande » de l'Exécutif. Le caractère concurrentiel de l'initiative (1), confiée tantôt au Gouvernement, tantôt au Président de la République, est enserré dans des justifications (2).

1. Une initiative exclusive

D'emblée, il faut le dire, l'initiative de la loi d'habilitation appartient exclusivement au pouvoir exécutif⁶⁹. Il s'agit alors d'un projet de loi. Cependant, la compulsation des normes constitutionnelles et règlementaires dans les Etats témoins sont révélateurs d'une ambivalence de l'initiative de la loi d'habilitation. Si certains Etats ont fait l'option de l'initiative gouvernementale (a), d'autres Etats, par contre, ont choisi la voie de l'initiative présidentielle⁷⁰ (b).

a. L'exclusivité gouvernementale

La première tendance dans les Etats témoins est constituée par ce qu'il conviendrait d'appeler « le modèle gouvernemental » de l'initiative de la loi d'habilitation. C'est le modèle dominant. L'initiative de la loi d'habilitation appartient au Gouvernement ou au chef du Gouvernement. La première variante du « modèle gouvernemental » témoigne d'une fidèle reproduction du modèle matriciel français⁷¹. Le Bénin, le Burkina Faso, le Congo, le Gabon, le Mali, le Niger, la RDC et le Togo en sont les porte-étendards⁷². Cette initiative gouvernementale a été constatée par la doctrine⁷³. L'exégèse des normes constitutionnelles de

⁶⁷ CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, QUADRIGE/PUF, 12^e édition, 2018, p. 1178.

⁶⁸ DUHAMEL (Olivier), MENY (Yves) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 510.

⁶⁹ FAVOREU (Louis) et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 21^e édition, 2019, p. 912.

⁷⁰ 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, 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 ».

⁷¹ Article 38, alinéa 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷² 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 158, alinéa 1 de la Constitution de la République du Congo adoptée par référendum le 25 octobre 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 106 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010 révisée par la loi constitutionnelle n° 2017-56 du 8 juin 2017 ; 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.

⁷³ AJAMI (S. Michel), « Les institutions constitutionnelles du présidentielisme gabonais », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n° 4, octobre-novembre 1975, p. 443 : « [...] s'inspirant du régime 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 (Télesphore), *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

ces Etats met en lumière un mimétisme⁷⁴ saisissant. À l'instar de la France, ces Etats ont attribué au Gouvernement l'initiative de la loi d'habilitation. Ce dernier étant une institution collégiale, le projet de loi d'habilitation est alors adopté en Conseil des ministres. La seconde variante du « *modèle gouvernemental* », quant à elle, semble s'éloigner de l'influence française en octroyant l'initiative de la loi d'habilitation au Premier ministre, chef du Gouvernement. Ce modèle existe en Tunisie. En vertu de l'article 70, alinéa 2 de la Constitution de la République tunisienne du 27 janvier 2014, « *l'Assemblée des représentants du peuple peut [...] habiliter par une loi [...] le Chef du Gouvernement [...]* ».

Dans la pratique de ces Etats, à l'exception notable du Bénin⁷⁵, il revient au Premier ministre de demander au Parlement l'habilitation de s'immiscer dans son domaine de compétences. Comme le fait remarquer Serigne Diop, « *la distinction entre les textes qui attribuent les compétences au Premier ministre ou au Gouvernement [...] en réalité [...] n'a aucun intérêt sur le plan pratique [...]. Quel que soit le cas en effet, c'est le Premier ministre, en particulier ses services, qui exercent l'essentiel des attributions gouvernementales en matière de procédure législative* »⁷⁶. Ces propos sont relayés et renforcés par Max Remondo lorsqu'il établit que « *c'est le gouvernement donc le Premier ministre, qui demande à l'Assemblée d'intervenir dans les matières législatives [...]* »⁷⁷.

En cela, les deux variantes du « *modèle gouvernemental* » de l'initiative de la loi d'habilitation se rejoignent pour se distinguer de la tendance observée dans les Etats ayant opté pour le « *modèle présidentiel* » de l'initiative.

b. L'exclusivité présidentielle

Quelques Etats témoins ont décidé de se démarquer du modèle français. L'option choisie est celle du « *modèle présidentiel* » de l'initiative. Dans ce cadre, seul le Président de la République a été investi de l'initiative de la loi d'habilitation. Le Cameroun⁷⁸, la Côte

parlementaire » ; FALL (Ismâïla Madior), « Observations », in *Annuaire béninois de justice constitutionnelle, Dossier spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, I-2013, Cotonou, Presses universitaires du Bénin, janvier 2014, p. 234 : « [...] l'Exécutif béninois peut bénéficier de la procédure de la législation déléguée qui, aux termes de l'article 102 autorise " le gouvernement pour l'exécution de son programme à demander à l'Assemblée nationale de voter une loi l'autorisant à prendre par ordonnance pendant un délai limité des mesures qui sont normalement du domaine de la loi " » ; SOUMANA (Boubacar), *Le parlement au Niger*, thèse, Université de Lyon, 2, 2016, p. 854 : « Les projets de loi ou textes de loi à l'initiative du gouvernement ».

⁷⁴ CADOUX (Charles), « Le statut et les pouvoirs des chefs d'Etat et des gouvernements », in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, Collection La vie du droit en Afrique, 1979, p.83 : « toutes les constitutions prévoient la possibilité de "législation gouvernementale" par voie d'ordonnance sur habilitation du parlement [...] selon une procédure inspirée de celle de l'article 38 de la Constitution française de 1958 [...] » ; Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Le mimétisme postcolonial et après ? », *op. cit.*, p. 47 : « on ne saurait ignorer les ressemblances textuelles, les recopies d'articles de constitution, la reprise de systèmes forgés ailleurs, les conditions d'élaboration des nombreux régimes aboutissant à de véritables "copier-coller" ».

⁷⁵ Au Bénin, en raison de l'absence d'un premier ministre, il revient au président de la République de demander au parlement l'autorisation de prendre des ordonnances dans les matières relevant du domaine de la loi.

⁷⁶ DIOP (Serigne), *Le premier ministre africain. La renaissance du bicéphalisme exécutif en Afrique à partir de 1969*, thèse, Université de Dakar, 1985, p. 286.

⁷⁷ REMONDO (Max), *Le droit administratif gabonais*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 71-72.

⁷⁸ Article 28 de la Constitution du Cameroun du 2 juin 1972 révisée par la loi constitutionnelle n° 2008/001 du 14 avril 2008.

d'Ivoire⁷⁹, la Guinée Conakry, Madagascar⁸⁰ et le Sénégal⁸¹ sont les terres de prédilection de ce modèle. Abdoulaye Dièye, dans ses analyses fait observer que « *l'autorisation de prendre des ordonnances[...] peut aussi résulter d'une demande du Président de la République* » et, renchérit-il, « *c'est là, une des manifestations du caractère présidentieliste du régime politique sénégalais* »⁸². Si cette justification paraît valable pour le Sénégal, elle mérite d'être relativisée, car, les Etats témoins de type présidentiel⁸³ comme le Bénin, ou « *hyperprésidentieliste* »⁸⁴ comme le Gabon, ont confié l'initiative de la loi d'habilitation au Gouvernement. À la vérité, il apparaît très nettement que la nature du régime indiffère quant à l'option « *gouvernementale* » ou « *présidentielle* » de l'initiative de la loi d'habilitation.

Cette option est, avec quelques particularités, celle retenue par le constituant guinéen. Le Président de la République en droit constitutionnel guinéen a la faveur exclusive de la Constitution concernant l'initiative en matière d'habilitation. Cette option monopolistique est doublement consacrée par la Loi fondamentale. La lecture combinée des articles 76 et 90 en offre une saisissante illustration. Fait inédit, la Constitution guinéenne a consacré deux procédures de loi d'habilitation. La première, prévue à l'article 76 de la Constitution du 6 avril 2020, dispose en ces termes : « *[...] l'Assemblée nationale habilite le Président de la République [...]* ». La seconde, qui a son siège à l'article 90 de ladite Constitution, dispose que « *[...] l'Assemblée peut habiliter, par une loi, le Président de la République [...]* ». La mainmise constitutionnelle du Président de la République est turgescence.

Cependant, que la loi d'habilitation soit la manifestation de la volonté du Gouvernement ou qu'elle soit la traduction de celle du Président de la République, l'initiative reste enserrée dans des justifications diversement aménagées.

2. Une initiative justifiée

Même si les textes lui reconnaissent l'exclusivité de l'initiative en matière de loi d'habilitation, ces mêmes textes ensèrent l'Exécutif dans des obligations. Le recours à la loi d'habilitation doit être justifié. Une première justification est articulée autour de la notion de « *programme* » (a). À cette justification « *précellente* » se greffent des justifications « *subsidiaries* », alternées ou combinées, qui tiennent de « *l'urgence* » et/ou de la « *technicité* » (b).

a. Une justification précellente : l'exécution du programme

Un furtif tour d'horizon de nos différents Etats permet de relever l'élément fondamental de la justification de la demande d'habilitation gouvernementale ou présidentielle. La large

⁷⁹ Article 106, alinéa 1 de la loi constitutionnelle n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

⁸⁰ Article 104 de la Constitution de Madagascar du 11 décembre 2010.

⁸¹ Article 77 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019.

⁸² DIÈYE (Abdoulaye), « La problématique de la loi d'habilitation dans un régime parlementaire », in *Actes du séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation*, Ouagadougou (Burkina Faso), 15 et 16 septembre 2011, p. 25.

⁸³ SIMICLAH (Etienne), « Le régime présidentiel béninois : nature et fonctionnement des institutions », *Nouvelles Annales africaines*, n° 2/2011, p.173 : « conformément à l'option retenue lors de la Conférence des forces vives de la nation au Bénin, le régime est présidentiel [...] ».

⁸⁴ ONDO (Télesphore), *Plaidoyer pour un nouveau régime politique au Gabon*, Saint-Denis, Publibook, 2012, p.15.

adhésion autour de la notion de « *programme* » réconcilie, ici et là, les textes et les pratiques. D'emblée, nous ferons remarquer que la notion de « *programme* » doit être utilisée avec un luxe de précautions. Cela permet d'établir clairement que celle-ci inscrite n'est pas équivalente à celle ayant trait à l'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale. À la vérité, l'expression susvisée signifie que le Gouvernement doit justifier la demande d'habilitation en indiquant la finalité des mesures qu'il entend prendre par voie d'ordonnance, comme le rappelle la Direction de la séance du Sénat français⁸⁵. Les exceptions camerounaise, guinéenne, sénégalaise et tunisienne susmentionnées en livrent une décisive confirmation.

Cette clarification opérée, il est possible de constater que des consensus forts se sont dégagés autour de ce moyen au soutien de la demande. L'article 38 de la Constitution française est sans appel lorsqu'il dispose que l'habilitation pour légiférer par ordonnances est donnée au Gouvernement « *pour l'exécution de son programme* »⁸⁶. À travers un mouvement d'ensemble, les Etats à l'honneur dans cette étude ont convergé autour de la notion de « *programme* ». Une présentation alphabétique de l'état du droit positif dédié à la loi d'habilitation, dans ces différents Etats, en offre une lecture effarante. Au Bénin, c'est l'« *exécution de son programme* » qui fonde la demande du Gouvernement⁸⁷. Sur la rive gauche de l'*Oti*⁸⁸, le voisin burkinabé met en place une législation similaire. L'article 107 de la Constitution en vigueur confère au Gouvernement du Faso la possibilité de demander à la représentation nationale l'autorisation de prendre par ordonnances « *pour l'exécution de ses programmes* », pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. La même tendance se manifeste chez leur voisin, plus lointain, malien. « *Le Gouvernement peut pour l'exécution de son programme* » demander l'autorisation parlementaire. Ces éléments extraits de l'article 74, alinéa 1 de la norme-mère, de la *Grundnorm*⁸⁹ pour reprendre les allemands, témoigne de l'adhésion massive à la formulation en vigueur en France métropolitaine. Il est cependant possible de relever la nuance portant sur le fait que le constituant mentionne de façon incongrue et inopportune le terme « *Parlement* » en lieu et place de celui plus approprié d'Assemblée nationale. Le Constituant togolais⁹⁰ justifie également le recours à la loi d'habilitation par la notion de « *programmes* ».

L'Afrique centrale vient, en appui, consolider cette fidélité dans la reproduction des textes français, comme le fait remarquer Jean Du Bois De Gaudusson⁹¹. À titre d'exemple, on retrouve la même formulation en droit constitutionnel gabonais. L'article 52 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution de la République gabonaise

⁸⁵ Direction de la séance, « Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution », senat.fr/role/ordonnance/etude_ordonnances0.html, consulté le 25 février 2021.

⁸⁶ Article 38 de la Constitution française de la Constitution de 1958.

⁸⁷ Article 102 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990.

⁸⁸ La *Pendjari* ou *Oti* est une rivière d'Afrique de l'Ouest qui coule au Burkina Faso, au Bénin, au Togo et au Ghana.

⁸⁹ La *Grundnorm* est un postulat, une norme hypothétique, supposée ou non posée. Elle est un choix épistémologique qui nous permet de comprendre la juridicité de la Constitution et donc de l'ensemble de l'ordre juridique. C'est le maître de Vienne, Hans KELSEN, qui l'introduit dans son système.

⁹⁰ Article 86 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992, modifiée par la loi constitutionnelle n° 2019-003 du 15 mai 2019.

⁹¹ Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Le mimétisme colonial, et après ? », *op. cit.*

révisée⁹² consacre la faculté pour le Gouvernement en cas d'urgence, pour « *l'exécution de son programme* », de prendre par ordonnances, pendant l'intersession parlementaire, les mesures qui sont normalement du domaine de la loi. L'emprunt⁹³ terminologique par son voisin mitoyen congolais⁹⁴ confirme cette large communion autour de la notion de « *programme* ». De l'autre côté du fleuve Congo, en RD Congo, la constitution⁹⁵ consacre également la notion de « *programme* ». Ainsi, 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 Gaudemet⁹⁶. On peut conforter cette analyse par l'adhésion du constituant gabonais au concept de « *programme* ». Même si dans ce pays, dans la pratique, et ce contrairement aux termes de l'article 52 de la Loi fondamentale gabonaise, le Président de la République est le bénéficiaire de l'autorisation parlementaire, la demande du Gouvernement doit s'appuyer sur « *l'exécution de son programme* ». Malgré la spécificité ivoirienne conférant le droit d'initiative au Président de la République, on retrouve une commune adhésion autour de la notion de « *programme* ». En Côte d'Ivoire, « *l'exécution de son programme* » permet au Président de la République de demander l'habilitation parlementaire⁹⁷. Fait inédit à Madagascar, alors que l'alinéa 2 de l'article 104 de la Constitution du 11 décembre 2010 ne consacre pas la notion de « *programme* », la Haute Cour constitutionnelle (HCC) édicte pourtant celle-ci comme condition de la loi d'habilitation. Cette dernière considère que « *l'alinéa 2 de l'article 104 de la Constitution instaure la seconde limite[...] fixée par la loi d'habilitation, en l'occurrence l'exécution du programme général de l'Etat* »⁹⁸.

Cette consécration largement majoritaire est cependant, comme cela a été observé et souligné tout au long de cette étude, contrebalancée par quelques « *îlots de résistance* » attestant de « *la fracture constitutionnelle* »⁹⁹. Certains constituants, assurément envahis par le désir de

⁹² Article 52 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution de la République gabonaise révisée la loi constitutionnelle n° 046/2020 du 11 janvier 2021.

⁹³ Voir : DIOP (El Hadji Omar), « De quelques emprunts du droit constitutionnel au droit administratif : le pouvoir d'injonction des juridictions constitutionnelles africaines », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *La justice administrative en Afrique*, Actes des deuxièmes rencontres de Dakar, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 41-70.

⁹⁴ Article 158, alinéa 1 de la Constitution de la République du Congo adoptée par référendum le 25 octobre 2015.

⁹⁵ Article 129, alinéa 1 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 révisée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 : « le Gouvernement peut, pour l'exécution urgente de son programme [...] ».

⁹⁶ GAUDEMET (Yves), « La loi administrative », *RDV*, 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 Gaudemet, les « mécanismes de la « *législation déléguée* » doivent être distingués de ceux de la « *législation permanente* ».

⁹⁷ Les termes de l'alinéa 1^{er} de son article 75 disposent ainsi que « *le Président de la République, peut, pour l'exécution de son programme, demander à l'Assemblée nationale l'autorisation de prendre par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

⁹⁸ Haute Cour constitutionnelle de Madagascar (HCC), décision n° 05- HCC/D3 du 13 février 2019 concernant la loi n° 2019-001 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République (Considérant n° 10), <http://www.hcc.gov.mg>, consulté le 10 janvier 2021 à 11 h 00.

⁹⁹ AÏVO (Frédéric-Joël), « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in Frédéric Joël AÏVO (études coordonnées par), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 34 : « [...] la distance notée entre les nouvelles constructions normatives, institutionnelles et juridictionnelles de nombre de pays africains et les modèles occidentaux classiques, accrédite l'idée d'une fracture constitutionnelle ».

rompre avec le récurrent débat autour du « mimétisme constitutionnel »¹⁰⁰ vont se comporter en iconoclastes. Le Sénégal, une fois de plus va « briller » par sa propension à la démarcation. En plus de l'initiative accordée au Président de la République, il va se distinguer en s'abstrayant d'évoquer le vocable « *programme* »¹⁰¹. De nouveau, la Guinée retrouve le modèle sénégalais, avec lequel elle partage, finalement, beaucoup d'affinités. Leur proximité géographique et leur trajectoire historique similaires sont indéniablement des causes facilitatrices et explicatives. Par une magie opératoire, on retrouve une volonté identique dans l'opération constituante guinéenne. Les articles 76 et 90 de la Constitution du 6 avril 2020¹⁰² organisant la loi d'habilitation ne font aucune référence à la notion « *de programme* ». Là encore le ralliement du Cameroun à ce qu'il conviendrait de qualifier de « mouvement tripartite » éclaire sur l'existence d'un « *patrimoine commun* » autour de l'axe Sénégal-Guinée-Cameroun. La dynamique convergente au niveau du bénéficiaire de la loi d'habilitation, en l'occurrence le Président de la République, se renforce avec la trajectoire similaire postulée par le « *black-out* » total observé dans l'emploi de la notion de « *programme* » consacrée par l'article 38 de la Constitution française. En effet, au Cameroun l'habilitation parlementaire accordée au Président de la République ne mentionne nullement cette terminologie consacrée. C'est ce qui ressort, sans équivoque, à la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 28 de la Constitution du 2 juin 1972¹⁰³.

D'autres justifications fondatrices de l'habilitation parlementaire sont, à côté de celle fondamentale tenant à « *l'exécution de son programme* », construites autour de la notion « *d'urgence* » et de celle de « *technicité* ». Elles se présentent au final comme des justifications subsidiaires dans leur relation avec la notion de « *programme* ».

b. Deux justifications subsidiaires : l'urgence et la technicité

Certains Etats vont appairer le concept « *de programme* » à celui « *d'urgence* ». L'Afrique centrale s'affirme vigoureusement. En effet, cette approche est perceptible au Gabon et en République Démocratique du Congo. La lecture combinée des articles 129¹⁰⁴ et 52¹⁰⁵ de leurs

¹⁰⁰ DARGENT (Fleur), « Les échecs du mimétisme constitutionnel en Afrique noire francophone », *RDP*, n° 333, septembre-octobre 2017, n° 5, p. 1347. Voir également : Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in Dominique DARBON et Jean Du BOIS De GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 309 : « une habitude bien ancrée dans la littérature juridique et constitutionnelle sur l'Afrique est de rendre compte des régimes constitutionnels (et plus généralement des systèmes juridiques) en termes de mimétisme [...] ».

¹⁰¹ Loi constitutionnelle n° 2012-16 du 28 septembre 2012. L'alinéa premier, de l'article 77 de sa Constitution 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...* ». Aucune référence n'est faite dans ce passage à la notion de programme. Les raisons et les manifestations seront envisagées plus loin dans les développements.

¹⁰² Article 76 de la Constitution du 6 avril 2020, *Journal officiel de la République de Guinée*, numéro spécial, 1^{er} avril 2020, pp. 2-22.

¹⁰³ Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 28 de la Constitution du 2 juin 1972 : « *dans les matières énumérées à l'article 26, alinéa 2, ci-dessus, le Parlement peut autoriser le Président de la République, pendant un délai limité et sur des objets déterminés, à prendre des ordonnances* ». À l'instar du Cameroun, le constituant de la Tunisie fait l'impasse sur la notion de « programme ».

¹⁰⁴ Article 129 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

¹⁰⁵ 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 2021.

Constitutions respectives confirme cette option. Aux termes de l'article 129, alinéa 1 de la Constitution congolaise : « *le Gouvernement peut, pour l'exécution urgente de son programme [...]* ». Le très proche voisin gabonais le confirme. En terres gabonaises, le constituant a lié la condition « *d'urgence* » à l'acquiescement parlementaire relatif à la demande d'habilitation introduite par les soins du Gouvernement. L'article 52, alinéa 1 de la Constitution est à ce titre élogieux¹⁰⁶. Il apparaît avec netteté que dans ces deux pays l'exigence d'une « *urgence* » se révèle être la condition *sine qua non* qui sous-tend l'autorisation accordée au Gouvernement pour légiférer par voie d'ordonnance. Cette option traduite dans les textes constitutionnels congolais et gabonais fait écho, en Afrique de l'Ouest, au schéma consacré par le constituant guinéen de 2020. Adoptée par référendum le 22 mars 2020, la Constitution guinéenne, notamment en son article 76, rapproche ces deux espaces communautaires, anciennement sous domination française. L'alinéa 1^{er} dudit article est révélateur de ce trait d'union entre ces deux communautés. Il dispose que l'habilitation est accordée « *[...] s'il y a urgence [...]* ». En métropole, la porosité des textes a été comblée grâce à l'œuvre constructive du Conseil constitutionnel. Dans leur décision du 16 décembre 1999¹⁰⁷, les locataires de la Rue de Montpensier¹⁰⁸ ont considéré que « *l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution* ». Dans la foulée, ils renchéiront en estimant que cette urgence peut résulter de la nécessité de surmonter « *l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire* ». Les contours équivoques de la notion « *d'urgence* » sont souvent au cœur de furieuses divergences et interpellations. Son appréciation est souvent délicate. En témoignent, les prises de position de Mme Christiane Taubira à l'Assemblée nationale française lors de sa deuxième séance¹⁰⁹ du 29 juin 2011¹¹⁰.

¹⁰⁶ L'article 52, alinéa 1, dispose que « *le gouvernement peut, en cas d'urgence, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de faire prendre par ordonnances pendant l'intersession parlementaire, les mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

¹⁰⁷ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

¹⁰⁸ Le Conseil constitutionnel français a son siège à l'Aile Montpensier du Palais-Royal, 2 rue de Montpensier, 75001 Paris.

¹⁰⁹ Le 1^{er} juillet 2008, M. Laurent Bêteille, alors rapporteur du projet de loi de modernisation de l'économie au Sénat, a présenté un amendement limitant la portée de l'habilitation en matière de fiducie à ses aspects les plus techniques : « *Animée par le souci d'apporter une réponse plus circonstanciée qu'une habilitation générale, la commission spéciale propose de légiférer par des mesures d'application directe sur une partie de ce dispositif. [...] Pour autant, la commission estime qu'il n'est pas nécessaire de procéder par la voie d'une habilitation générale. Elle préfère réserver cette voie, d'une part, à des domaines relativement techniques, comme les règles juridiques de l'imposition des biens des personnes physiques transférés dans le cadre d'un patrimoine fiduciaire, et, d'autre part, aux très nombreuses coordinations qui s'avéreront nécessaires dans le droit des successions et dans celui des majeurs protégés pour mettre en œuvre ce nouveau dispositif.* »

¹¹⁰ L'appréciation de l'urgence peut toutefois donner lieu à débat comme l'illustrent les prises de paroles de certains parlementaires ultra-marins à l'Assemblée nationale lors de la deuxième séance du 29 juin 2011 où était examiné le projet de loi sur les collectivités territoriales de Guyane et de Martinique. L'article 10 de ce 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 les règles budgétaires, financières et comptables. Mme Christiane Taubira, alors député de Guyane, a ainsi estimé que si cet article se justifiait initialement par le calendrier qui avait été retenu pour l'installation de ces nouvelles collectivités, il n'en allait plus de même depuis que cette installation avait été reportée de juillet 2012 au premier trimestre 2014 « *[...] Par conséquent, le Parlement a le temps de faire son travail en toute sérénité, et il n'y a pas de raison qu'il se dessaisisse en faveur du Gouvernement en le laissant régler ces questions par ordonnance. Voilà pourquoi ces amendements sont totalement fondés : nous demandons au Gouvernement, plutôt que de se surcharger de travail, d'accepter que le Parlement fasse le sien.* »

Les juges constitutionnels africains ne sont pas en reste dans l'appréciation de l'urgence. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Gabon a jugé qu' : «[...]il était urgent pour le gouvernement de traduire en normes les résolutions ainsi prises par la classe politique ;[...]il y a lieu de déclarer l'ordonnance querrellée conforme à la Constitution quant à l'urgence »¹¹¹. En plus de l'urgence, les parlementaires peuvent également s'appuyer sur la technicité de certains textes pour accorder l'autorisation sollicitée par l'exécutif, Gouvernement ou Président de la République. En France, seuls les « *domaines relativement techniques* », c'est la position des parlementaires¹¹², doivent justifier leur accord. Le souci manifesté est d'éviter au maximum « *l'habilitation générale* » pour privilégier une « *réponse circonstanciée* ». Il apparaît ici, que les deux critères pour apprécier l'opportunité du recours à l'article 38 sont « *l'urgence* » et la « *technicité* ». Tantôt les parlementaires recourent à l'un ou l'autre pour fonder leur approbation, tantôt ils recourent à l'un et l'autre pour justifier leur consentement. C'est dans ce sens qu'on peut relever les propos de M. Philippe Marini : « *les conditions de technicité et d'urgence étant remplies, la commission considère que la procédure d'habilitation se justifie* »¹¹³.

Une fois enclenchée l'initiative gouvernementale ou présidentielle, la représentation nationale, souverainement, va apprécier le bien-fondé de l'autorisation demandée en se forgeant une conviction par l'examen des justifications susmentionnées fournies par le pouvoir exécutif. L'adoption d'une loi d'habilitation est le signal que les parlementaires ont acquiescé à la demande de l'Exécutif.

B. L'acquiescement par la loi d'habilitation

À travers l'adoption de la loi d'habilitation, c'est-à-dire l'« *acte par lequel l'objet d'une délibération devient définitif et officiel* »¹¹⁴, le pouvoir exécutif reçoit l'« *onction parlementaire* ». Le pouvoir législatif, pour un temps limité et dans des matières déterminées, lui transfère sa « *condition* ». Cette adoption qui installe l'Exécutif dans les « *habits d'un 'législateur d'exception'* »¹¹⁵ se manifeste par son « *hybridité* » (1) et la « *protéiformité* » de ses effets (2).

1. Une adoption hybride

L'adoption de la loi d'habilitation dans nos différents Etats établissent une ligne de fracture entre deux pôles. Un premier pôle regroupe les Etats qui recourent à une adoption caractérisée

¹¹¹ Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 142/CC du 26 septembre 2002 relative à la requête présentée par l'Union du peuple gabonais tendant à voir déclarer inconstitutionnelle l'ordonnance n° 5/2002 du 14 août 2002 portant modification de certaines dispositions de la loi n° 7/96 du 12 mars 1996 portant dispositions communes à toutes les élections politiques, modifiée par la loi n° 10/98 du 10 juillet 1998, *Hebdo informations*, n° 460, 28 septembre 2002, pp. 168-169.

¹¹² La technicité des textes permet également de justifier la position du parlement sur les demandes d'habilitation. Ainsi, le 1^{er} juillet 2008, L. Laurent Bêteille, alors rapporteur du projet de loi de modernisation de l'économie au sénat, a présenté un amendement limitant la portée de l'habilitation en matière de fiducie.

¹¹³ Lors de l'examen au Sénat du projet de loi de régulation bancaire et financière, M. Philippe Marini a ainsi répondu à M. Bernard Vera qui s'opposait à la procédure de l'article 38 s'agissant de la transposition de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements : « *les conditions de technicité et d'urgence étant remplies, la commission considère que la procédure d'habilitation se justifie[...]* ».

¹¹⁴ Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales, cntrl.fr/definition/adoption. Voir également, CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire Juridique*, op. cit., p. 32.

¹¹⁵ GAUDEMET (Yves), « La loi administrative », *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2006, p. 69.

par sa simplicité. Dans le second pôle, on retrouve les Etats qui ont retenu l'adoption symbolisée par une certaine complexité. On le voit bien, l'adoption de la loi d'habilitation dans nos Etats témoins oscille entre simplicité et complexité. Tantôt l'adoption est simplifiée (a), tantôt elle est complexifiée (b).

a. L'adoption simplifiée

Comme le rappelle avec justesse Abdoulaye Dièye, « *la loi d'habilitation [...] est d'abord une loi* »¹¹⁶. Dans ce sens, l'écrasante majorité des Etats étudiés ont opté pour la formule de l'adoption simplifiée de la loi d'habilitation. Là encore, l'inspiration française est féconde. La formule laconique de l'alinéa 1^{er} de l'article 38 de la Constitution de 1958 a fait l'objet d'une large reconduction dans les corpus constitutionnels africains. L'Afrique de l'Ouest a massivement manifesté son adhésion à la formule de l'adoption simplifiée. C'est le schéma reconduit en Côte d'Ivoire. Il est prévu dans le système ivoirien l'adoption de la loi d'habilitation à la majorité simple des membres de l'Assemblée nationale en fonction¹¹⁷. On retrouve une démarche similaire dans l'œuvre constituante malienne. Au Mali, le vote de la loi d'habilitation se fait à la majorité simple¹¹⁸. En Afrique Centrale, les constituants des deux Congo ont, eux aussi, consacré l'adoption simplifiée de la loi d'habilitation. Au Congo, l'article 158, alinéa 2, de la Constitution adoptée par référendum le 25 octobre 2015 dispose que « *cette autorisation est accordée à la majorité simple des membres du Parlement* ». En RDC, ni la Constitution¹¹⁹ ni les règlements intérieurs respectivement de l'Assemblée nationale¹²⁰ et du Sénat¹²¹ ne précisent explicitement la majorité requise pour l'adoption de la loi d'habilitation. Implicitement¹²², ce pays rejoint son voisin mitoyen congolais. On peut enserrer dans cette dynamique les expériences en cours au Gabon¹²³, en Guinée¹²⁴, au Niger¹²⁵ et au Sénégal¹²⁶. Ces Etats ont renforcé leur dispositif en exigeant l'adoption à la majorité absolue des suffrages exprimés pour la validité de la loi d'habilitation. Celle-ci obéit à la votation de droit commun de la loi. Il n'y a donc pas une singularité du mode de votation de la loi d'habilitation. Ailleurs, une autre option a été choisie.

b. L'adoption complexifiée

¹¹⁶ DIÈYE (Abdoulaye), « La problématique des lois d'habilitation dans un régime parlementaire », *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁷ Cela résulte implicitement de la loi constitutionnelle n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire. Le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de Côte d'Ivoire n'apporte aucune précision sur ce point.

¹¹⁸ Article 70 de la Constitution du Mali du 27 février 1992 ; article 74, paragraphe 8 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Mali du 15 octobre 2015.

¹¹⁹ Article 125, alinéa 2 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.

¹²⁰ Article 149 du Règlement intérieur de l'Assemblée de novembre 2006.

¹²¹ Article 139 du Règlement intérieur du Sénat.

¹²² Article 124 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.

¹²³ Article 57, alinéa 6 de la Résolution n° 1/1999 du 12 juin 1999 portant Règlement de l'Assemblée nationale modifiée.

¹²⁴ Article 84, alinéa 6 de la loi organique n° L/91/015/ du 23 décembre 1991.

¹²⁵ Article 85, paragraphe 5 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Niger.

¹²⁶ Article 71 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019.

L'adoption complexifiée de la loi d'habilitation est dévoilée à l'aune des expériences du Bénin, du Burkina Faso, de Madagascar, du Togo et de la Tunisie. Dans ces différents Etats les constituants ont complexifié la procédure d'adoption de la loi d'habilitation en exigeant pour sa validité, une majorité qualifiée.

Au Bénin, l'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 dispose que l'autorisation accordée au Gouvernement « [...] ne peut être accordée qu'à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale ». Cette majorité est exorbitante du droit commun constitutionnel. Comme le fait remarquer Kossi Somali, « cette exigence exorbitante à certains égards est de nature non seulement à empêcher les amis du Président de la République d'orchestrer des dessaisissements trop fréquents et vider ainsi de sa substance la procédure des ordonnances qui doit rester malgré tout exceptionnelle mais aussi de favoriser un large consensus de toute la classe politique béninoise sur l'habilitation demandée »¹²⁷. L'inconvénient essentiel de cette exigence est de laisser le Gouvernement à la merci d'une minorité qui pourrait empêcher l'adoption de la loi d'habilitation, malgré sa nécessité. Cependant, ce verrou constitutionnel saute lorsque le président de la République dispose d'une majorité confortable à l'Assemblée nationale béninoise¹²⁸, comme c'est actuellement le cas. Depuis l'éviction de l'opposition de l'Assemblée nationale béninoise, « oxygène de la démocratie »¹²⁹, la majorité des deux tiers (2/3) des membres de l'Assemblée nationale n'est plus rédhibitoire. « L'exception béninoise »¹³⁰ évoquée par Frédéric Joël Aïvo a sporadiquement disparu, l'Assemblée nationale du Bénin ayant été neutralisée et domestiquée par le Président de la République. Toutefois, dans la pratique, le Bénin vit une aridité en matière de loi d'habilitation. De 1992 à 2019¹³¹ aucune loi d'habilitation n'a été adoptée. La doctrine a constaté qu'« [...] aucune tentative de demande d'habilitation n'a été faite par le

¹²⁷ SOMALI (Kossi), *Le Parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo*, thèse, Université Lille 2-Droit et santé, 2008, p.146.

¹²⁸ ADELOUI (Arsène-Joël), « Le Parlement dans le régime politique béninois », in Frédéric Joël AÏVO (Études coordonnées par), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ*, Paris, L'Harmattan, collection Études africaines, 2014, p. 328 : « [...] le constituant béninois a opté pour un parlement monocaméral [...]. Ce choix du constituant béninois se justifie certainement par le souci de concentrer l'activité parlementaire au sein d'une seule chambre pour plus d'efficacité et éviter d'éventuels blocages de la deuxième chambre en cas de navette ».

¹²⁹ HOLO (Théodore), « L'opposition : l'oxygène de la démocratie. L'oubliée de la conférence nationale de 1990 », in Frédéric Joël AÏVO, Jean Du Bois de GAUDUSSON, Christine DESOUCHES, Joseph MAÏLA (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire, Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.657: « [...] l'opposition qui est l'oxygène de la démocratie [...] ».

¹³⁰ AÏVO (Frédéric Joël), *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo*, thèse, Université de Jean Moulin Lyon 3 et Université d'Abomey-Calavi, 2006, p. 532 et p. 533.

¹³¹ Assemblée nationale de la République du Bénin, première législature, Répertoire des lois votées du 3/04/1991 au 02/04/1995 : 88 lois votées ; deuxième législature, Répertoire des lois votées du 20/04/1995 au 19/04/1999 : 138 lois votées ; troisième législature, Répertoire des lois votées du 20/04/1999 au 19/04/2003 : 113 lois votées ; quatrième législature, Répertoire des lois votées du 22/04/2003 au 21/04/2007 : 115 lois votées ; cinquième législature, Répertoire des lois votées du 23/04/2007 au 22/04/2011 : 115 lois votées ; sixième législature, Répertoire des lois votées du 16/05/2011 au 15/05/2015 : 154 lois votées ; septième législature, Répertoire des lois votées du 16/05/2015 au 29 mars 2019 : lois votées, 1ère Législature | Assemblée Nationale du Bénin (assemblee-nationale.bj), consulté le 25 février 2021 à 22 h 00.

Gouvernement »¹³². Au Burkina Faso, une majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale est prévue¹³³. Dans ce pays, de 2016 à 2020, sept (7) lois d'habilitation¹³⁴ ont été recensées. À Madagascar, en raison du bicaméralisme, le constituant a imposé une majorité absolue des membres composant chaque Assemblée¹³⁵. Sur l'île rouge, une loi d'habilitation a été adoptée en 2019¹³⁶. Au Togo, également, la majorité des membres de l'Assemblée nationale est requise pour l'adoption de la loi d'habilitation¹³⁷. La loi d'habilitation prise en 2020¹³⁸ est suffisamment illustrative. En Tunisie, l'article 70, alinéa 2 de la Constitution de 2014 dispose que « *l'Assemblée des représentants du peuple peut, au trois-cinquième de ses membres [...]* ». Dans cet Etat, deux (2) lois d'habilitation¹³⁹ ont été recensées. La complexité de l'adoption de la loi d'habilitation explique, en partie, cette carence.

Les effets induits par l'adoption, simplifiée ou complexifiée, sont variés. Il est possible d'en restituer deux relatifs au dessaisissement de l'organe législatif, d'une part, et à la mise en œuvre de la législation par voie d'ordonnances, d'autre part.

2. Des effets protéiformes

L'adoption simplifiée ou celle complexifiée agissent identiquement sur ses effets induits. Dans l'une ou l'autre modalité, l'organe législatif se voit dépouillé de certaines de ses prérogatives ayant trait à sa mission de « *fabrication* » de la loi (**a**). Ce dépouillement entraîne dans son sillage la mise en branle de la « *législation par voie d'ordonnance* » (**b**).

a. La dépossession de l'organe législatif

Dans son discours de bienvenue lors du Séminaire régional des parlementaires de la Francophonie sur les lois d'habilitation, Mme Aline Koala Kaboré déclarait dès l'entame de

¹³² DJOGBENOU (Joseph) et alii, *Commentaire de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : esprit, lettre, interprétation et pratique de la Constitution par le Bénin et ses institutions*, Cotonou, Fondation Konrad Adenauer, juillet 2009, p. 172.

¹³³ Article 136, paragraphe 4 de la Résolution n° 001-2016/AN du 11 janvier 2016 portant règlement de l'Assemblée nationale du Burkina Faso modifiée par la Résolution n° 003-2018/AN du 10 décembre 2018.

¹³⁴ Loi n° 036-2020/AN du 19 octobre 2020 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'ordonnance les accords et conventions de financement signe entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers ; loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 portant habilitation du gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à coronavirus (Covid - 19) ; loi n° 052-2019/AN du 6 décembre 2019 ; loi n° 043-2018/AN du 18 décembre 2018 ; loi n° 002-2018/AN du 20 mars 2018 ; loi n° 007-2017/AN du 23 janvier 2017 ; loi n° 002-2016/AN du 12 avril 2016.

¹³⁵ Article 104, alinéa 1 de la Constitution de Madagascar du 11 décembre 2010.

¹³⁶ Loi n° 2019 -001 du 5 février 2019 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République.

¹³⁷ Article 115, alinéa 2 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale modifié par la résolution du 22 janvier 2019 : « cette autorisation ne peut être accordée qu'à la majorité des membres de l'Assemblée nationale ».

¹³⁸ Loi n° 2020-005 du 20 mars 2020 portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi, *Journal officiel de la République togolaise*, n° 10 bis, numéro spécial, 30 mars 2020, p. 7.

¹³⁹ Loi n° 2020-19 du 12 avril 2020, habilitant le Chef du Gouvernement à prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19) ; loi n° 2011-5 du 9 février 2011, habilitant le Président de la République par intérim à prendre des décrets-lois conformément à l'article 28 de la constitution.

son propos que « *les lois d'habilitation nous dessaisissent de notre fonction de légiférer* »¹⁴⁰. Lui succédant au pupitre M. Kanidoua Nahobo estimera, pour sa part, que « *les lois d'habilitation donnent toute la latitude à l'Exécutif [...]* ». Le contrepied d'un de leurs homologues sénégalais sonne dès lors comme un aveu d'impuissance lorsque celui-ci déclara lors de l'adoption de la loi d'habilitation du 1^{er} avril 2020 que « *la loi d'habilitation ne met pas entre parenthèses l'Assemblée nationale* »¹⁴¹. Cette situation qualifiée par Yves Gaudemet¹⁴² de « *parenthèse dans l'exercice normal de ses compétences par le législateur* » se retrouve au cœur de tous les dispositifs constitutionnels des pays à l'honneur dans cette étude. Abordant les ordonnances fiscales au Sénégal, Abdou Aziz Daba Kébé confirme ce constat. Il les envisage comme « *des techniques inhabituelles de législation, des thérapies constitutionnelles et atteintes provisoires aux règles de la répartition des compétences posées à l'article 67 de la Constitution sénégalaise* »¹⁴³. Bien avant lui, Saïdou Nourou TALL avait relevé « *l'absence d'étanchéité entre les domaines de la loi et du règlement du fait que la séparation des pouvoirs subit des tempéraments relatifs à la non-exclusivité parlementaire dans l'exercice de la fonction législative* »¹⁴⁴.

Certains des Etats étudiés ont jugé nécessaire de consolider l'habilitation accordée à l'Exécutif. Au Bénin, cette habilitation faite au profit du Gouvernement ne peut être remise en cause par le Parlement. Cela se manifeste dans la possibilité offerte au Gouvernement béninois de saisir les sept membres de la Cour constitutionnelle aux fins de voir opposer l'irrecevabilité à la proposition ou à l'amendement querellé. Telle est la compréhension qui se dégage de la lecture combinée des alinéas 2 et 3 de l'article 104 de sa Constitution. Aux termes de ceux-ci : « *s'il apparaît que la proposition ou l'amendement sont contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 102 de la présente Constitution, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de contestation sur les alinéas 1 et 3 du présent article, la Cour constitutionnelle, saisie par le président de l'assemblée nationale ou le gouvernement, statue dans un délai de huit jours* »¹⁴⁵. Par translation, l'inspiration semble trouver son ancrage dans le modèle colonial français. L'identité rédactionnelle est presque parfaite. En effet, l'article 41¹⁴⁶ de la Constitution française, l'un des moins connus, prévoit

¹⁴⁰ 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 à Ouaga (Burkina Faso) les 15 et 16 Septembre 2011.

¹⁴¹ Propos tenus par l'Honorable député Seydou DIOUF, Président de la Commission des finances, lors du vote, à l'unanimité, de la loi n° 2020-13 du 02 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 pandémie du Covid-19 et autorisant la prorogation de l'état d'urgence. Source : www.dakaractu.com, consulté le 10 mars 2021 à 22 h 00. Le député Thierno BOCOUM, à travers une démarche contraire, estimera 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 ». Source : www.jeuneafrique.com/919680/palitique/senegal-les-deputes-donnent-a-macky-sall-le-pouvoir-de-legifere-par-ordonnances, consulté le 10 mars 2021 à 21 h 00.

¹⁴² GAUDEMET (Yves), « La loi administrative », *op. cit.*, p. 10.

¹⁴³ KEBE (Abdou Aziz Daba), *La répartition des compétences entre le domaine de la loi et du règlement en droit fiscal sénégalais*, Thèse de doctorat en droit public, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2012, p. 281.

¹⁴⁴ TALL (Saïdou Nourou), « Les ordonnances en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁵ Article 104 de la Constitution du Bénin du 11 décembre révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

¹⁴⁶ L'article 41 est l'un des moins connus de la Constitution du 4 octobre 1958. Son prédécesseur, l'article 40 relatif aux irrecevabilités financières est plus célèbre en raison de son utilisation fréquente tout comme l'article

un dispositif d'irrecevabilité législative destiné à éviter que le Parlement ne statue en dehors du domaine de la loi. Il dispose ainsi que « *s'il apparaît 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 saisie 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*¹⁴⁷, statue dans un délai de huit jours ». Parmi les Etats de l'Afrique Centrale cooptés dans le cadre de cette étude, le Gabon se singularise dans ce domaine. L'article 56 de la Constitution, réaménagé par son pouvoir constituant dérivé issue de la révision de 1994¹⁴⁸, le confirme. Ainsi, dispose-t-il, « *s'il apparaît, au cours de la procédure législative, qu'un texte ou un amendement n'est pas du domaine de la loi, au sens de l'article 47 susvisé, ou dépasse les limites de l'habilitation législative accordée au Gouvernement en vertu de l'article 52, le premier ministre peut soulever l'irrecevabilité, ainsi que le Président de la chambre intéressée, à la demande du cinquième de ses membres. En cas de désaccord, la Cour constitutionnelle est saisie. Celle-ci statue dans le délai de huit jours* ». Sans faire partie de l'échantillonnage retenu, on peut utilement, relativement à cette aire géographique, convoquée la Constitution de la République centrafricaine qui adhère au mécanisme prévu en France à la faveur de l'article 41 susmentionné. L'article 67 de sa Charte fondamentale¹⁴⁹ prévoit que « *s'il apparaît 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 de pouvoirs accordée au Gouvernement, le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale ou un tiers (1/3) des députés peuvent opposer l'irrecevabilité* ». La clarté de ces dispositifs constitutionnels est contrebalancée par le silence observé par la majorité des constituants africains, de l'Ouest comme du Centre.

En Afrique de l'Ouest ce mutisme des constituants se laisse observer au Burkina Faso, au Mali, au Niger, au Togo et au Sénégal. Rien dans l'article 123 de la Constitution du Faso¹⁵⁰ ne permet d'identifier un tel aménagement. Le même constat est fait à la lecture de l'article 73, logé au Titre VI¹⁵¹, de la Constitution malienne. Cette imprécision est manifeste dans le cadre constitutionnel nigérien. Ce ne sont pas les dispositions de l'article 103 du Titre V de la Constitution¹⁵² qui permettront de dire le contraire. La lecture de la Constitution, notamment son article 76, permet de ranger le Sénégal dans cette catégorie. Certains Etats d'Afrique Centrale consolident ce constat. Un survol de leur « *espace constitutionnel* » confirme cette tendance largement observée chez le voisin de l'Ouest. L'analyse de la douzaine d'articles

45 qui est un élément clé de la procédure parlementaire. L'article 41 concerne les relations entre le Parlement et gouvernement en matière d'écriture de la loi nationale.

¹⁴⁷ Dans la version initiale de la Constitution de 1958, seul le Gouvernement pouvait opposer l'irrecevabilité. C'était logique, dès lors que le gouvernement devait veiller à ce que le Parlement n'intervienne pas dans le domaine du pouvoir réglementaire.

¹⁴⁸ Loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution de la République gabonaise, modifiée par la loi n° 1/94 du 18 mars 1994.

¹⁴⁹ Décret n° 160218 du 30 mars 2016 portant promulgation de la Constitution de la République centrafricaine. Bien qu'il soit intitulé "projet de Constitution", ce texte est la version définitive de la Constitution du 30 mars 2016, adoptée par référendum et promulguée à la date ci-dessus indiquée.

¹⁵⁰ Constitution du 11 juin 1991.

¹⁵¹ Constitution du 25 février 1992.

¹⁵² Constitution du 25 novembre 2016 révisée par la loi constitutionnelle n° 2017-56 du 8 juin 2017.

constitutifs du Titre IV de la Constitution camerounaise¹⁵³ nous installe dans ce sentiment d'incomplétude. Les termes de l'article 146 de la Constitution congolaise de 2015 s'inscrivent dans ce sillage¹⁵⁴. En République Démocratique du Congo nous retrouvons un cadrage constitutionnel identique. C'est ce qui ressort de l'article 128 de la Constitution¹⁵⁵.

Notre étude a également révélé le caractère limité de la procédure d'habilitation. Là encore, des choix variés ont été aménagés par les textes ou précisés par l'œuvre prétorienne. En règle générale, 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 parce qu'il s'agit d'une procédure incompatible avec la lourdeur recherchée du processus de révision constitutionnelle. Sont également exclues les matières législatives organiques, mais également les matières exclusivement réservées à la loi de finances. Le juge constitutionnel français l'a affirmé dans deux décisions distinctes¹⁵⁶. Cette limitation en vigueur en France, a été diversement reprise dans certains de nos Etats. L'exemple guinéen est intéressant. La combinaison de la loi L/2019/0055/AN du 30 décembre 2019 et de l'ordonnance n° 001 du 29 janvier 2020¹⁵⁷ y afférente illustre cet intérêt. À travers la loi du 30 décembre 2019 l'Assemblée nationale a exclu du champ de l'habilitation « *les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, à la loi de finances, aux lois impliquant les finances de l'Etat et les lois relatives au statut des personnes* »¹⁵⁸. Contre toute attente, par l'ordonnance susmentionnée, le Président de la République a fixé les dispositions relatives au référendum. Il est possible, au regard de la matière sur laquelle porte cette ordonnance d'émettre de sérieuses réserves quant à sa conformité au contenu de la loi d'habilitation visée. Avec moins d'ambiguïté, le constituant tunisien a exclu du champ *ratione materiae* de l'habilitation les aspects relevant du régime électoral. La conséquence induite de cette exclusion se traduit, un peu partout, par l'interdiction de l'habilitation générale¹⁵⁹ et permanentes¹⁶⁰. Le juge constitutionnel malgache est marqué par deux approches. Une première approche lui a permis de procéder à l'extension de la loi d'habilitation aux lois organiques. C'est ce qui ressort de son Avis du 25 avril 2019. Il y déclara « *que la délégation*

¹⁵³ Constitution du 2 juin 1972 révisée par la loi constitutionnelle n° 2008/001 du 14 avril 2008.

¹⁵⁴ Constitution de la République du Congo adoptée par référendum le 25 octobre 2015. Ils disposent que « *les projets, les propositions de loi et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi, sont irrecevables. L'irrecevabilité est prononcée par le Président de la chambre intéressée, après délibération du bureau. En cas de contestation, la Cour constitutionnelle, saisie par le Premier ministre ou par le Président de la chambre intéressée, statue dans un délai de quinze (15) jours* ».

¹⁵⁵ L'article 128 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

¹⁵⁶ Décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982 et Décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984.

¹⁵⁷ Ordonnance n° 000005/2018 du 26 janvier 2018 modifiant et complétant la loi organique n° 001/PRG/SGG du 29 janvier 2020 portant dispositions relatives au référendum.

¹⁵⁸ Alinéa 4, loi L/2019/0055/AN du 30 décembre 2019 portant habilitation du Président de la République à prendre par ordonnance des mesures relevant du domaine de la loi.

¹⁵⁹ L'habilitation donnée par le Parlement à l'Exécutif ne doit pas être générale car le Parlement ne peut déléguer tout son pouvoir législatif. Cette leçon est dispensée par la Haute cour constitutionnelle malgache en ces termes : « *La délégation du pouvoir législatif du parlement de la République et non de tous ses pouvoirs* », et renchérit-elle, « *il appartient à la Cour de céans de vérifier que les domaines dans lesquels cette autorisation d'empiètement de l'exécutif sur le législatif a été donnée ne sont pas trop étendus car le législateur n'a pas le droit d'abandonner largement ses pouvoirs à l'Exécutif* ».

¹⁶⁰ Dans son arrêt du 3 mai 1962, la Cour suprême du Sénégal estime que : « *L'Assemblée nationale ne peut déléguer le pouvoir législatif de façon permanente, automatique et générale [...]* »

du pouvoir de légiférer correspond à la possibilité offerte au Président de la République de prendre des textes de loi ordinaire ou organique par ordonnance »¹⁶¹. Dans l'Avis susmentionné, il déploiera une autre approche tendant à l'exclusion du pouvoir constituant dérivé du champ de la délégation législative. Le Gabon¹⁶², le Togo¹⁶³ et la Côte d'Ivoire¹⁶⁴ offrent également des cas d'étude appropriés.

À la vérité, l'usage de la « *législation déléguée* » ne saurait conduire à retirer au pouvoir législatif l'examen de textes, qui compte tenu de leur domaine d'intervention et de leurs enjeux politiques, relèvent du « cœur de ses missions ». Cette analyse autorisée de Jean-Marc Sauvé¹⁶⁵, ancien Vice-président du Conseil d'Etat français, est relayée et confortée par la position de Mme Taubira sus-évoquée demandant au Gouvernement, plutôt que de se surcharger de travail, « *d'accepter que le Parlement fasse le sien* »¹⁶⁶.

b. Les légiférations par voie « d'ordonnances »

Comme l'a écrit Michel Verpeaux¹⁶⁷, « *les ordonnances sont un moyen volontaire de méconnaître la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement* ». Source de « *dérèglement juridique et politique* »¹⁶⁸, « *mécanisme de désinvestiture du législateur* »¹⁶⁹, vecteur d'une « *confusion des pouvoirs* »¹⁷⁰, caractère massif et « *expansif* »¹⁷¹. Comme a pu

¹⁶¹ 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.

¹⁶² **Texte** : ordonnance n° 15/PR/2015 du 11 août 2015 portant organisation et fonctionnement de la justice (ordonnance intervenue dans une matière de la loi organique annulée par la Cour constitutionnelle dans la décision n° 045/CC du 03 décembre 2015). **Jurisprudence** : Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 045/CC du 03 décembre 2015 tendant à l'annulation de l'ordonnance n° 15/PR/2015 du 11 août 2015 portant organisation et fonctionnement de la justice, Répertoire n° 045/GCC (grande décision). Après cet épisode, la possibilité pour le président de la République de légiférer par ordonnances dans les matières relevant de la loi organique a été consacrée à l'article 85, alinéa 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution de la République gabonaise en ces termes : « les lois organiques et **les ordonnances portant sur le domaine relevant de la loi organique** sont soumises par le Premier ministre à la Cour Constitutionnelle avant leur promulgation ou leur publication » (**article révisé par la loi constitutionnelle n° 001/2018 du 12 janvier 2018**).

¹⁶³ **Texte** : loi n° 2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi. Ordonnance n° 2020-005 du 30 juillet 2020 portant loi de finances rectificatives pour la gestion 2020 et relative aux mesures d'accompagnement d'ordre fiscal et douanier liées à la pandémie du coronavirus (Covid-19). **Jurisprudence** : Cour constitutionnelle du Togo, avis n° AV-007/20 du 25 août 2020.

¹⁶⁴ Intervention des ordonnances dans des domaines autres que ceux prévus par la disposition insérée dans la loi de finances initiale (la matière économique et financière) : ordonnance n° 2018-669 du 06 août 2020 portant suspension des délais en matière de procédure judiciaire et administrative, *Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire*, numéro spécial 007 du 14 avril 2020 ; etc.

¹⁶⁵ SAUVÉ (Jean-Marc), « La législation déléguée », Allocution d'ouverture in *La législation déléguée*, sous la direction de Philippe LAUVAUX et Jean MASSOT, Collection Colloques, Journée du 6 juin 2014, 4 novembre 2014, pp. 3-18.

¹⁶⁶ Propos tenus en tant que député de la Guyane lors de l'examen le 29 juin 2011, en deuxième séance, à l'Assemblée nationale française du projet de loi sur les collectivités territoriales de Guyane et de Martinique.

¹⁶⁷ VERPEAUX (Michel), « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « Loi et règlement », Études réunies par Jean-Bernard AUBY, n° 19-janvier 2006.

¹⁶⁸ DELVOLVÉ (Pierre), « L'état des ordonnances », RFDA, 2005, p. 909.

¹⁶⁹ GAUDEMET (Yves), « La loi administrative », RDP, 2006, p. 68.

¹⁷⁰ Le POURHIET (Anne-Marie), Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français », LGDJ, 2011, L.G.D.J./Systèmes, 178 p.

le faire remarquer l'ancien Vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, « *en dépit de toutes ces objurgations doctrinales* »¹⁷², la législation déléguée, autrement dit les ordonnances, semblent promises à un bel avenir. L'année 2020, du fait de la crise sanitaire liée à l'épidémie du Covid-19 aura été très favorable à la résurrection spectaculaire et massive des lois d'habilitation, et par voie de conséquence des ordonnances qui en sont la matérialisation. À l'unisson, toutes les constitutions ont proclamé la possibilité offerte à l'Exécutif de « *prendre par ordonnances* » des « *mesures* » qui « *sont normalement du domaine de la loi* ». L'alinéa 1^{er} de l'article 38 de la Constitution française, de façon tentaculaire, a irradié tout l'espace francophone et l'aura traversé de part en part. L'aire géographique ouest-africaine de succession francophone l'atteste massivement. Au Bénin, par exemple, l'alinéa 1^{er} de l'article 102 de la Constitution du 11 décembre 1990¹⁷³ permet au Gouvernement, avec l'autorisation de l'Assemblée nationale, de « *prendre par ordonnance, [...], des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». À l'identique, à une nuance près, le constituant burkinabé réplique la même disposition à travers son article 107¹⁷⁴. Son alinéa 1^{er} aménage pour le Gouvernement la possibilité, après avoir satisfait à certaines exigences constitutionnelles, « *de prendre par ordonnances [...], des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

En Côte d'Ivoire, excepté la nuance tenant au bénéficiaire de l'habilitation, le Président de la République, on retrouve la même démarche. L'éloquence de l'alinéa 1^{er} de l'article 75 de la Constitution est suffisamment illustrative. Ici, encore, le Président de la République peut, après avoir reçu l'autorisation parlementaire, « *prendre par ordonnance [...], des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Les mêmes choix constitutionnels sont opérés au Mali et au Niger. Là encore, ce sont les « *ordonnances* » qui donnent corps aux « *mesures* » visées et sollicitées par le Gouvernement relevant « *normalement du domaine de la loi* ». L'alinéa 1^{er} de l'article 74 de la Constitution du Mali¹⁷⁵ combiné à l'alinéa 1^{er} de l'article 106 de la Constitution du Niger¹⁷⁶ en restituent la teneur. De façon non dissonante, on retrouve la même formulation, un peu retouchée certes, dans le cadre du constitutionnalisme guinéen et sénégalais. La nuance rédactionnelle, non substantielle, permet au Président de la République guinéen, une fois habilité par l'Assemblée nationale, « *à prendre des mesures par ordonnance* ». Cette subtilité rédactionnelle est perceptible dans l'œuvre constituante sénégalaise. Elle se manifeste dans la césure opérée qui installe les « *mesures qui sont normalement du domaine de la loi* », à prendre par le Président de la République sur habilitation de l'Assemblée nationale, à l'alinéa 1^{er} de l'article 77. Les « *ordonnances* », quant à elles, se voient logées à l'alinéa 2 dudit article. Fait rare, pour être relevé, on voit se disloquer la proximité rédactionnelle à laquelle on était habitué. En somme, les finalités et les

¹⁷¹ GICQUEL (Jean), « Sur une source constitutionnelle du droit administratif : l'ordonnance », *Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, 2007, p. 341.

¹⁷² SAUVÉ (Jean-Marc), « La législation déléguée », *op. cit.*, p. 3.

¹⁷³ Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

¹⁷⁴ Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991 amendée en 2015.

¹⁷⁵ Constitution de la république du Mali adoptée le 12 janvier 1992.

¹⁷⁶ Constitution du 25 novembre 2010.

moyens sont dissociés, ce qui renforce les particularismes sénégalais en matière de loi d'habilitation.

L'aire géographique couvrant l'Afrique centrale de tradition juridique francophone manifeste également une unanime adhésion aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958 susmentionnées. Cependant, il est possible dans la présentation de mettre le curseur sur deux aspects. Un premier aspect renvoie aux « reproductions fidèles » construites sur le modèle de l'article 38 susvisé. Un second aspect permet de relever des « reproductions infidèles ». Les Républiques congolaise¹⁷⁷ et gabonaise¹⁷⁸ laissent entrevoir cette fidélité dans la reproduction du modèle français. Dans ces deux Etats, le Gouvernement est autorisé par le Parlement « à prendre, par ordonnance [...], des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Cependant, au Gabon, la pratique de la loi d'habilitation dévoile que c'est le Président de la République qui est habilité à prendre par ordonnances des mesures qui sont du domaine de la loi. Par contre, le Cameroun et la RD Congo se proposent, en la matière, avec une petite touche d'originalité. Au Cameroun, cette originalité prend appui sur les « objets déterminés » autour desquels sont prises les « ordonnances ». Ceux-ci sont évoqués en lieu et place des « mesures » très largement consacrées. En RD Congo, fait inédit, on relève une terminologie *sui generis* sous-tendue par « les ordonnances-loi »¹⁷⁹. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de la Constitution de 2006, une fois l'autorisation de l'une des deux chambres accordées, le Gouvernement peut par « ordonnances-lois » prendre « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi »¹⁸⁰ dans le cadre fixé par la délégation.

Au total, le principe de la délégation du pouvoir législatif au pouvoir exécutif est aujourd'hui bien ancré dans le paysage constitutionnel des différents Etats étudiés. Cette consécration s'accompagne d'une mise en place de conditions précises d'encadrement de la délégation de pouvoirs opérée.

II. Une habilitation délimitée ambivalente

Faisant suite à la volonté du pouvoir constituant, la loi d'habilitation encadre l'immixtion de l'Exécutif dans le champ normatif du Parlement. D'une part, La délégation de compétence que le Parlement a consentie n'est valable que pour des matières bien précise, *ratione materiae*. En effet, l'habilitation à recourir aux ordonnances concerne les matières législatives, mais pas toutes, et elle doit guider avec une précision suffisante les ordonnances prises par le Gouvernement. Une première indication est donnée par l'encadrement des matières déléguées (A). D'autre part, l'habilitation de l'Exécutif prendre des mesures qui sont du domaine de la loi est une procédure dérogatoire du droit constitutionnel commun. La

¹⁷⁷ Article 158 de la Constitution de la République du Congo.

¹⁷⁸ Article 52 de la Loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991.

¹⁷⁹ Ordonnance-loi n° 18/003 du 13 mars 2018 fixant la nomenclature des droits, taxes et redevances du pouvoir central ; ordonnance-loi n° 85-026 du 25 juillet 1985 relative au statut judiciaire des agents et fonctionnaires de l'Agence nationale de documentation ; ordonnance-loi n° 78-001 du 24 février 1978, relative à la répression des infractions flagrantes ; ordonnance-loi n° 66-512 du 19 septembre 1966 relative au drapeau de la République Démocratique du Congo, *Moniteur congolais*, n° 22, 1^{er} décembre 1966, p. 814 ; ordonnance-loi n° 35-115 du 7 mars 1960 ventes et prêts à tempérament, *Moniteur congolais*, 1960, p. 1074.

¹⁸⁰ Article 129 de la Constitution du 18 février 2006.

délégation est, dès lors, enserrée dans une durée bien déterminée, *ratione temporis*. C'est ce qui explique qu'elle soit organisée un peu partout dans des limites temporelles très précises. Une deuxième indication est délivrée par l'encadrement des délais accordés au Gouvernement ou au Président de la République pour mettre en œuvre « *des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* » (B).

A. La délimitation par les matières déléguées

L'encadrement par la loi d'habilitation vient rappeler que la compétence normative de principe revient aux parlementaires. Cette loi ne saurait dès lors servir de prétexte à l'Exécutif pour s'installer dans un « *procédé de droit commun de législation* »¹⁸¹. Dans nos différents Etats les textes, renforcés par la jurisprudence, déterminent et consolident l'encadrement de l'habilitation à travers un cadrage textuel fluctuant (1) associé à un contrôle prétorien variant (2).

1. Un cadrage textuel fluctuant

L'encadrement *ratione materiae* de l'habilitation révèle deux situations différentes : l'une marquée par la détermination précise des matières déléguées (a), l'autre reflétée par son indétermination (b).

a. Une détermination des matières déléguées

Sous la bannière de la Guinée, on peut évoquer les expériences en vogue dans une grande partie des Etats retenus dans le cadre cette étude. En Afrique de l'Ouest, les situations malienne, togolaise sont fortement illustratives. Les leçons fournies par l'exégèse du corpus constitutionnel guinéen révèlent un ancrage assumé. En vertu de l'article 76, alinéa de la Constitution du 6 avril 2020, « *la loi d'habilitation doit énumérer de manière exhaustive et limitative les matières pouvant en faire l'objet* ». Cette exigence est confirmée à la lecture de l'article 90 qui exige au Président de la République de prendre des ordonnances « *dans des matières qu'elle (la loi d'habilitation) précise* ». L'observation conjointe de ces dispositions constitutionnelles témoigne de l'attachement du constituant guinéen à l'impératif d'énumérer toutes les matières déléguées au Président de la République par le truchement de l'habilitation parlementaire. Cela tranche avec la pratique observée dans le passé¹⁸². Le constituant malien ne semble pas dire le contraire lorsqu'il dispose à l'alinéa 1^{er} de l'article 74 de la Constitution du 27 février 1992 que « *le Gouvernement peut pour l'exécution de son programme ou dans les domaines déterminés par la loi, [...]* ». Rendant effective cette norme, l'article 1^{er} de la loi n° 2019-076 du 24 décembre 2019 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures

¹⁸¹ GAUDEMET (Yves), *op. cit.*, p. 69.

¹⁸² Article premier de la loi d'habilitation L/2019/0055/AN du 30 décembre 2019, portant habilitation du Président de la République à prendre, par ordonnance, des « *mesures relevant du domaine de la loi* ». Aux termes de celui-ci, « *pendant la durée de la période d'intersession, le Président de la République est habilité à prendre, par ordonnance, des mesures concernant les matières législatives ci-après : - l'autorisation de ratification des conventions, notamment celles de financement ; - toutes autres lois nécessitées par les circonstances, en dehors de celles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, à la loi de finances, aux lois organiques, aux codes, aux lois impliquant les finances de l'Etat et les lois relatives aux statuts des personnes* ».

par ordonnances¹⁸³ dispose que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances « [...] certaines mesures tendant notamment à : - la création, à l'organisation et au contrôle des services et organismes publics ; - l'organisation de la production ; - fixer les règles concernant le statut du personnel ; - la ratification des traités et accords internationaux ». La liste des matières déléguées n'est pas limitative. Cette pratique est marquée par sa constance¹⁸⁴.

La Côte d'Ivoire et le Niger confirment cette tendance. En Côte d'Ivoire, l'article 23 de la loi n° 2020-972 du 23 décembre 2020 portant budget de l'Etat pour l'année 2021 dispose que « *le Président de la République est autorisé à prendre par ordonnance, pendant la gestion 2021, pour l'exécution de son programme en matière économique et financière, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Cette formule est coutumière¹⁸⁵. Au Niger, le législateur encadre aussi l'habilitation par les matières déléguées. L'article premier de la loi n° 2001-22 du 20 juillet 2001, habilitant le Gouvernement à prendre des ordonnances habilitait ce dernier à prendre ces dernières dans les domaines suivants : « - *la prise en compte des allègements attendus dans le cadre de l'initiative des pays très endettés (PPTE) ; - la privatisation ; - la ratification des accords de prêts [...]* ». D'autres lois d'habilitation¹⁸⁶ traduisent cette fixation des matières déléguées.

Dans le sillage de ces Etats, on peut ranger le Burkina Faso et le Togo, et ce malgré le silence des constituants de ces deux pays sur la détermination des matières déléguées. Au Burkina Faso, le libellé de l'alinéa 1 de l'article 107 de la Constitution du 11 juin 1991 révisée par la loi constitutionnelle n° 072-2015/CNT du 5 novembre 2015 est ainsi formulé : « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de ses programmes, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Cependant, la pratique de la loi d'habilitation révèle que le Parlement burkinabè détermine les matières déléguées en ces termes lancinants : « *le gouvernement du Burkina Faso est habilité à ratifier par voie d'ordonnances les accords et conventions de financement signés entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et*

¹⁸³ *Journal officiel de la République du Mali*, n° 45, 24 décembre 2019, p.1768.

¹⁸⁴ Loi n° 2018-073 du 27 décembre 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 47, 10 décembre 2018, p.1856 ; loi n° 2018-047 du 05 juillet 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 32, 14 septembre 2018, p.1273 ; loi n° 2018-006 /du 12 janvier 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnance, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 3, 19 janvier 2018, p.113 ; loi n° 2017-028/ du 14 juillet 2017 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 32, 11 août 2017, p.1242

¹⁸⁵ Article 23 de la loi n° 2019-1080 du 18 décembre 2019 portant budget de l'Etat pour l'année 2020 ; article 12 de la loi n° 2018-984 du 28 décembre 2018 portant budget de l'Etat pour l'année 2019 ; article 12 de la loi de la loi n° 2017-870 du 27 décembre 2017 portant budget de l'Etat pour l'année 2018 ; article 12 de la loi n° 2016-1116 du 8 décembre 2016 portant budget de l'Etat pour l'année 2017 ; article 12 de la loi n° 2015-840 du 18 décembre 2015 portant budget de l'Etat pour l'année 2016.

¹⁸⁶ Loi n° 2019-79 du 31 décembre 2019 portant habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances ; loi n° 2019-37 du 05 juillet 2019 portant habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances ; loi n° 2018-41 du 05 juin 2018 portant habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances ; loi n° 2011-08 du 23 juin 2011 habilitant le Gouvernement à prendre des ordonnances ; loi n° 2002-11 du 11 juin 2002 portant habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances.

financier »¹⁸⁷. La loi d'habilitation au Burkina Faso porte presque¹⁸⁸ toujours sur « *la ratification des accords et conventions de financement signés entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers* ». Au Togo, aux termes de l'article 86, alinéa 1^{er} de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-003 du mai 2019 : « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de ses programmes, demander à l'Assemblée nationale, l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Dans la pratique, la loi d'habilitation au Togo énumère abondamment les matières déléguées bien que la liste ne soit pas limitative. La loi n° 2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de loi¹⁸⁹ est illustrative.

Faisant écho à l'option choisie par ces différents Etats africains de l'Ouest, le Cameroun, le Congo et la RD Congo se sont signalés en Afrique Centrale. Au Cameroun, cette volonté du constituant est manifestée par les dispositions contenues dans l'alinéa 1^{er} de l'article 28 de la Constitution du 2 juin 1972 ainsi libellé « *dans les matières énumérées à l'article 26, alinéa 2 ci-dessus, le Parlement peut autoriser le Président de la République, [...] sur des objets déterminés, à prendre des ordonnances* ». En application de cette disposition, l'article 1^{er} de la loi n° 2011/007 du 06 mai 2011 autorisant le Président de la République à prendre des ordonnances sur la sécurisation des activités de renseignement au Cameroun, prévoit que « *[...] le Président de la République, est autorisé à prendre des ordonnances sur la sécurisation des activités de renseignement au Cameroun* ». C'est également l'entendement qui ressort de la lecture de l'alinéa 2 de l'article 158 de la Constitution du Congo du 6 novembre 2015. Celui-ci impose au Gouvernement d'indiquer « *la matière dans laquelle le Gouvernement souhaite que les ordonnances soient prises* ». Se conformant à cette norme, l'article premier de la loi n° 20-2020 du 10 mai 2020 habilitant le Gouvernement à édicter, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi, dans le cadre de la lutte contre le Covid-19¹⁹⁰ énonce que « *le Gouvernement est habilité à édicter, par ordonnance [...] toute*

¹⁸⁷ Article 1 de la loi n° 36-2020/AN du 19 octobre 2020 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'ordonnance les accords et conventions de financement signés entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers ; article 1 de la loi n° 052-2019/AN du 6 décembre 2019 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'ordonnance les accords et conventions de financement conclus entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers ; article 1 de la loi n° 043-2018/AN du 18 décembre 2018 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'ordonnance les accords et conventions de financement signe entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers ; article 1 de la loi n° 002-2018/AN du 20 mars 2018 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'ordonnance les accords et conventions de financement conclus entre le Burkina Faso et les partenaires techniques et financiers.

¹⁸⁸ La loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 portant habilitation du gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à coronavirus (COVID - 19) a entraîné un hiatus sortant le Burkina Faso de cette routinisation.

¹⁸⁹ La loi n° 2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de loi, *Journal officiel de la République togolaise*, numéro spécial, n° 10 bis, du 30 mars 2020, pp. 7-8.

¹⁹⁰ *Journal officiel de la République du Congo*, n° 19, 14 mai 2020, pp. 439-440 ; loi n° 2016-059/ du 30 décembre 2016 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnance, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 5, 3 février 2017, p.165 ; loi n° 2015-034/ du 16 juillet 2015 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnance, *Journal officiel de la République du Mali*, n° 35, 7 août 2015, p.1364. L'article 129 de la Constitution du 18 février 2006 révisée par la loi constitutionnelle n° 11/002 du 20

mesure relevant du domaine de la loi, en matière de santé publique, de sécurité des personnes et des biens ainsi qu'en matière sociale, économique et financière, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Coronavirus ' Covid-19 ' ». La RD Congo voisine ne fait pas moins. Restant sur cette dynamique, elle évoque à travers sa Constitution son attachement à la détermination des matières déléguées.

En Afrique du Nord, la Tunisie opère ce ralliement. L'alinéa 2 de l'article 70 de la Constitution de 2014 énonce que « *l'Assemblée des représentants du peuple peut, au trois-cinquième de ses membres, habiliter par une loi, le Chef du Gouvernement, pour une période ne dépassant pas deux mois et, en vue d'un objectif déterminé, à prendre des décrets-lois, dans le domaine relevant de la loi* »¹⁹¹.

À cette volonté de déterminer les matières déléguées, clairement affichée par certains constituants, s'oppose la démarche, observée chez d'autres constituants, symptomatique d'une indétermination des matières déléguées.

b. Une indétermination des matières déléguées

L'indétermination des matières déléguées dans la loi d'habilitation est perceptible à travers le déchiffrement des textes en vigueur dans certains de nos Etats témoins. Parmi ceux-ci, le Gabon, Madagascar et le Sénégal se proposent comme des laboratoires attrayants. Au Sénégal, l'alinéa 2 de l'article 77 de la Constitution du 22 janvier 2001 révisée par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019 dispose que « *dans les limites de temps et de compétence fixées par la loi d'habilitation, le Président de la République prend des ordonnances [...]* ». La référence aux « *limites de compétence fixées par la loi d'habilitation* » semble indiquer une limitation des matières déléguées. Pour autant, la pratique parlementaire est révélatrice d'une autre réalité. L'article premier de la loi n° 2020-13 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 l'épidémie du Covid-19 et autorisant

janvier 2011 saisit cette préoccupation en disposant que « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme d'action, demander à l'Assemblée nationale ou au Sénat l'autorisation de prendre par ordonnances-lois [...] sur des matières déterminées [...]* ». En atteste l'article 1^{er} de la loi n° 17/015 du 24 décembre 2017 portant habilitation du Gouvernement aux termes duquel : « *sont concernées, les mesures visant : la modification de certaines dispositions de l'Ordonnance-loi n° 007/2012 du 21 septembre 2012 portant Code des accises ; - l'Ordonnance-loi n°13/001 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des taxes, droits et redevances des provinces et entités territoriales décentralisées ; - la modification de certaines dispositions de l'Ordonnance-loi n°13/002 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des taxes, droits et redevances du Pouvoir central* ».

¹⁹¹ L'article premier de la loi n° 2020-19 du 12 avril 2020, habilitant le Chef du Gouvernement à prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19) dispose qu'« *[...] afin d'atteindre l'objectif énoncé à l'alinéa premier du présent article, la délégation se limite aux quatre domaines suivants : - premièrement : domaines financier, fiscal et social, comprenant les mesures visant à [...]; deuxièmement : domaines des droits et libertés, et la détermination des crimes, des délits, des contraventions, des peines et des procédures devant les juridictions, comprenant les mesures visant à [...]; troisièmement : domaines sanitaire, environnemental, d'enseignement et culturel, comprenant les mesures visant à [...]; quatrièmement : domaines du fonctionnement des services publics et du secteur privé, et des garanties fondamentales des agents publics et travailleurs, comprenant les mesures visant à [...]* ».

la prorogation de l'état d'urgence¹⁹² entretient cette ambiguïté. Sa teneur est éloquente : « *dans les conditions prévues à l'article 77 de la Constitution, le Président de la République est habilité à prendre par ordonnances [...] toute mesure, relevant du domaine de la loi, afin de faire face aux besoins d'ordre économique, financier, budgétaire, sécuritaire et sanitaire* ». À la question de savoir quelles sont les matières déléguées, la loi d'habilitation répond laconiquement par le syntagme nominal « *toute mesure* ». Cette loi s'écarte du chemin jusqu'ici suivi par le Sénégal en la matière¹⁹³.

Sur la trajectoire sénégalaise s'arriment le Gabon et Madagascar. Au Gabon, l'article 52 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 portant Constitution révisée par la loi constitutionnelle n° 046/2020 du 11 janvier 2021 dispose que « *le Gouvernement peut, en cas d'urgence, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de faire prendre par ordonnances pendant l'intersession parlementaire, les mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Visiblement, le constituant gabonais ne consacre aucune obligation d'indiquer les matières déléguées. La lecture des différentes lois d'habilitation adoptées en terres gabonaises est confirmative de ce constat¹⁹⁴. Le seul changement observé est la substitution du Gouvernement par le Président de la République, et cela en violation flagrante des dispositions constitutionnelles. La formule est devenue rituelle¹⁹⁵. Chaque année, l'article 52, amputé de son véritable délégataire (le Gouvernement), est copié et collé dans la loi d'habilitation, sans aucune détermination des matières déléguées. Compétence est ainsi donnée au Président de la République gabonaise pour s'immiscer dans le domaine de la loi. La situation prévalant à Madagascar se rapproche des expériences gabonaise et sénégalaise. L'article 99 de la Constitution malgache favorise cette convergence. Aux termes de son alinéa 1^{er}, « *le Parlement, par un vote à la majorité absolue des membres composant chaque Assemblée, peut déléguer [...] pour un objet déterminé* ». Curieusement, dans la pratique, l'article premier de la loi n° 2019-001 du 5 février 2019 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République dispose que « *jusqu'à l'entrée en fonction de la nouvelle Assemblée nationale, il est délégué au Président de la République le pouvoir de légiférer par voie d'ordonnance pour la mise en œuvre de son programme* ». Le Président de la République malgache à l'instar de ses homologues gabonais et sénégalais, bénéficie d'une

¹⁹² *Journal officiel de la République du Sénégal*, numéro spécial, n° 7296, 3 avril 2020, pp.797-798.

¹⁹³ Pour mémoire, la loi n° 89-11 du 17 janvier 1989 portant loi d'habilitation avait autorisé le Président de la République en application de l'article 66 de la Constitution d'antan, à intervenir dans le domaine de la fiscalité pour modifier l'assiette, le taux ou le mode de perception de l'impôt.

¹⁹⁴ Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 045/2020 du 28 décembre 2020 autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire : « *en application des dispositions de l'article 52 alinéa 1er de la Constitution, le Président de la République, Chef de l'Etat, est autorisé en cas d'urgence, pendant l'intersession parlementaire, à prendre par ordonnances, pour l'exécution du programme du Gouvernement, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

¹⁹⁵ Article 1^{er} de la loi n° 021/2020 du 30 juin 2020 autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire ; article 1^{er} de la loi n° 031/2018 du 30 juillet 2018 autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire, *Journal officiel de la République gabonaise*, n° 407, 1^{er} au 7 août 2018, p.3979. ; article 1^{er} de la loi n° 025/2014 du 19 janvier 2015 autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire, *Journal officiel de la République gabonaise*, n° 237 Bis spécial, 19 janvier 2015, p.1 ; article premier de la loi n° 23/2000 du 9 janvier 2001, autorisant le président de la République à légiférer par ordonnances pendant l'intersession parlementaire, *Journal officiel de la République gabonaise*, janvier 2001, p.1.

faveur parlementaire assez libérale et permissive. En contrepoint, heureusement, la Haute Cour constitutionnelle malgache (HCC) interviendra pour une mise en ordre conforme à la volonté du constituant.

2. Un contrôle prétorien variant

La délimitation des matières déléguées par la loi d'habilitation ne résulte pas seulement des textes juridiques, elle est aussi l'œuvre des juges constitutionnels africains. Cette observation met en lumière une réalité clivante : un contrôle rigide des matières déléguées, d'une part (a), et un contrôle assoupli des matières déléguées, d'autre part (b).

a. Le contrôle resserré des matières déléguées

Les politiques jurisprudentielles localisées à Madagascar, au Mali, au Niger et au Burkina Faso traduisent une certaine rigidité dans le contrôle effectué sur les matières déléguées par les soins de la loi d'habilitation. À Madagascar, dans une décision datée du 13 février 2019¹⁹⁶, la HCC dans son considérant n° 9 a estimé qu'« *en vertu de l'article 104 de la Constitution, si le constituant autorise le président de la République en Conseil des ministres à faire des quasi-lois dans le domaine du législateur par le biais d'une loi d'habilitation, il appartient à la Cour de céans de vérifier que les domaines dans lesquels cette autorisation d'empiètement de l'exécutif sur le législatif a été donnée ne sont pas trop étendus car le législateur n'a pas le droit d'abandonner largement ses pouvoirs à l'exécutif* ». À plusieurs reprises, la Cour de céans a saisi l'opportunité offerte par les questions portées devant elle, afférentes à la loi d'habilitation, pour confirmer cette jurisprudence¹⁹⁷. Le juge constitutionnel malgache enseigne, avec le souci de pédagogie qui le caractérise, que les matières sur lesquelles porte la loi d'habilitation ne peuvent couvrir l'ensemble du domaine de la loi et les lois de révision constitutionnelle.

Interprétant de façon combinatoire les articles 74 et 76 de la Constitution¹⁹⁸, la Cour constitutionnelle malienne va estimer qu'il s'infère de leurs dispositions que « *l'ordonnance est une mesure prise par le Gouvernement dans les matières relevant normalement du domaine de la loi ; qu'une loi d'habilitation doit fixer les domaines [...] où le Gouvernement pourra prendre des ordonnances ; [...]* »¹⁹⁹. Ce sont des enseignements similaires qui

¹⁹⁶ HCC de Madagascar, décision n° 05-HCC/D3 du 13 février 2019 concernant la loi n° 2019-001 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République, <http://www.hcc.gov.mg/>, consulté le 10 janvier 2021.

¹⁹⁷ HCC de Madagascar, 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 ; décision n° 04-HCC/D3 du 05 février 2020 relative à une requête aux fins de caducité d'ordonnances prises en Conseil des ministres par le président de la République, <http://www.hcc.gov.mg/>, consulté le 10 février 2021 à 17 h 00.

¹⁹⁸ Au Mali, la Cour constitutionnelle est d'avis que « les articles 74 et 76 de la Constitution disposent que : article 74 « *le Gouvernement peut pour l'exécution de son programme ou dans les domaines déterminés par la loi, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance, pendant délai limité ou entre les deux sessions, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi...* ». Article 76 : « *les membres de l'Assemblée nationale et du Gouvernement ont le droit d'amendement. Après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui ne lui aurait pas été antérieurement soumis* » ».

¹⁹⁹ Cour constitutionnelle du Mali, avis n° 2015-01/CCM aux fins de demande d'avis portant sur la possibilité d'amendement d'une ordonnance par l'Assemblée nationale, *Recueil des arrêts, avis et autres décisions de la Cour constitutionnelle du Mali*, vol. 6 (2014-2017), pp. 85-88.

ressortent de l'avis rendu par la Cour constitutionnelle du Niger le 12 septembre 2019²⁰⁰. Au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel a émis un avis défavorable à l'endroit du Gouvernement en considérant que « *la loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 a habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à coronavirus (Covid-19) ; que le projet d'ordonnance pour lequel l'avis est demandé ne fait aucun lien avec la lutte contre la maladie à coronavirus (Covid-19) ; que l'adoption d'un régime juridique applicable aux agents contractuels non permanents de la fonction publique de l'Etat est prévue à l'article 207 de la loi n° 0181/CNT du 24 novembre 2015 portant Statut général de la fonction publique de l'Etat ; qu'il s'agit d'un projet d'ordonnance dont l'importance nécessite qu'il fasse l'objet d'un débat à l'Assemblée nationale* »²⁰¹. L'importance de cet avis est perceptible à un double point de vue. D'une part, le juge constitutionnel burkinabè effectue un contrôle rigide des matières déléguées en signifiant au Gouvernement que « *le projet d'ordonnance pour lequel l'avis est demandé ne fait aucun lien avec la lutte contre la maladie à coronavirus (Covid-19)* », objet de la loi d'habilitation. D'autre part, il exorcise les démons de la loi d'habilitation consistant en la mise à l'écart du débat parlementaire sur un texte d'une ampleur considérable. L'évocation de la nécessité du débat parlementaire témoigne de son importance dans la vitalité démocratique. La juridiction constitutionnelle du Burkina Faso adresse ainsi au Gouvernement un cinglant rappel à l'ordre et à la discipline.

Pour autant, cerné par son ambivalence, le contrôle exercé sur les matières déléguées se manifeste également par son assouplissement constaté dans l'activité prétorienne observée devant certaines juridictions.

b. Le contrôle assoupli des matières déléguées

À l'aune de la jurisprudence consultée dans les États témoins, les juges constitutionnels guinéen, togolais et gabonais effectuent un contrôle assoupli des matières déléguées.

²⁰⁰ La Cour constitutionnelle estime dans son avis n° 25/CC du 12 septembre 2019, que « *la loi n° 2019-37 du 05 juillet 2019 habilite le Gouvernement, [...], à prendre des ordonnances dans plusieurs domaines dont la ratification des accords de prêts et des protocoles de dons comportant des commissions et intérêts ; ainsi, le projet d'ordonnance autorisant la ratification de l'Accord de financement n° 6413-NE d'un montant équivalent à vingt un million neuf cent mille euros (21 900 000), signé le 2 septembre 2019 à Niamey, entre la République du Niger et l'Association internationale de développement (IDA), pour le projet de financement additionnel pour la gestion des risques de catastrophes et le développement urbain est intervenu dans les matières [...] prévus par la loi n° 2019-37 du 05 juillet 2019 ne contient aucune disposition contraire à la Constitution* ». Dans son arrêt du 9 janvier 2003, la Cour constitutionnelle du Niger avait déclaré non conforme à la Constitution l'ordonnance n° 2002-06 du 18 septembre 2002 portant loi de finances ainsi que sa loi de ratification au motif qu' : « *une loi d'habilitation ne doit en aucun cas concerner une loi organique dont les procédures d'adoption et de révision sont définies par la Constitution* ». (Cf. Cour constitutionnelle de Guinée, arrêt n° AC 012 du 25 février 2020 recours en annulation contre l'ordonnance 2020/n° 001/PRG/SGG du 29 janvier 2020 portant dispositions relatives au référendum, précité).

²⁰¹ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, avis n° 2020-001/CC du 23 juillet 2020 sur le projet d'ordonnance portant régime juridique applicable aux agents contractuels non permanents de la fonction publique, [avis_1.pdf \(conseil-constitutionnel.gov.bf\)](https://conseil-constitutionnel.gov.bf), consulté le 4 février 2020 à 11 h 00.

En Guinée, l'arrêt n° AC 012 du 25 février 2020²⁰² illustre le contrôle assoupli exercé par la Cour constitutionnelle. Cette dernière considère, d'une part, que « *la loi d'habilitation L/2019/0055/AN du 30 décembre 2019 en ses articles 1 et 2 dispose que " ... le Président de la République est habilité à prendre par ordonnances, des mesures concernant les matières législatives[...] et sur [...] ; toutes autres lois nécessitées par les circonstances..." ; " il ne peut être fait recours à l'ordonnance que si cela est justifié par l'urgence dont la preuve doit incomber à l'autorité habilitée à prendre des mesures par cette voie " ; que le vide juridique sur les modalités pratiques du référendum, au regard de la Constitution et du Code électoral révisé en vigueur, constitue une nécessité de circonstance aux fins de combler le vide juridique ; que dès lors, il échet de dire et juger de ce chef que, l'ordonnance n'a nullement violé la loi d'habilitation ».* D'autre part, la juridiction constitutionnelle guinéenne estime qu'« *une loi organique ne peut intervenir que dans les domaines et les objets limitativement énumérés par la Constitution ; que les lois qualifiées d'organiques sont clairement déterminées par la Constitution notamment en ses articles 93 al.5, 44 al.3, 61 al.2, 64 al.1, 67 al.1, 106, 110, 112 al.3, 114 al.2, 115 al.3, 116 al.6, 121, 124, 126, 131, 133, 140 et 148 ».* Pour la Cour, il ressort de « *cette énumération que le régime juridique et les modalités pratiques du référendum sont exclus du domaine d'intervention de la loi organique ; qu'en conséquence, ils relèvent du champ d'application de la loi ordinaire ; que par ailleurs, l'ordonnance contestée ne remplace et n'affecte pas les dispositions existantes dans le Code électoral révisé, plutôt les confirment ; que dès lors l'ordonnance ne heurte ni la Constitution, ni le Code électoral encore moins la loi d'habilitation ».*

Comme on peut le constater, le raisonnement du juge constitutionnel guinéen n'est pas exempt de tout reproche. En effet, comment une ordonnance ordinaire ?, norme inférieure peut-elle confirmer une loi organique, le Code électoral guinéen ? Les dispositions relatives au référendum n'entrent-elle pas en réalité dans le champ matériel du Code électoral ? À supposer que cette ordonnance confirme les dispositions contenues dans le Code électoral, la question surgissant immédiatement est la suivante : l'ordonnance n° 2020/N°001/PRG/SGG du 29 janvier 2020 portant dispositions relatives au référendum est-elle nécessitée par les circonstances et justifiée par l'urgence conformément aux articles premier et 2 de la loi d'habilitation ? À ces questions, il ne semble pas que le juge constitutionnel guinéen ait apporté des réponses satisfaisantes.

Au Togo, dans son avis n° AV-007/20 du 25 août 2020²⁰³, la Cour constitutionnelle considère qu'« *en vertu de l'article 86, alinéa 1^{er} de la Constitution, l'Assemblée nationale a adopté la loi d'habilitation, promulguée le 30 mars 2020, autorisant le gouvernement " à prendre par voie d'ordonnances, dans un délai de six (06) 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" ; que ledit projet d'ordonnance relève du tiret 9 de l'article 84 de la Constitution ».* La juridiction

²⁰² Cour constitutionnelle de Guinée, arrêt n° AC 012 du 25 février 2020 recours en annulation contre l'ordonnance 2020/n° 001/PRG/SGG du 29 janvier 2020 portant dispositions relatives au référendum, précité.

²⁰³ Cour constitutionnelle du Togo, avis n° AV-007/20 du 25 août 2020, demande d'avis du Premier ministre relative au projet d'ordonnance portant loi de finances rectificative, gestion 2020, [Formation-délégués-CC.pdf \(courconstitutionnelle.tg\)](#), consulté le 10 décembre 2020 à 19 h 00.

constitutionnelle togolaise précise que « l'article 84 tiret 9 dispose que " la loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des dispositions de toute nature ». Or, l'article 2 de la loi d'habilitation n° 2020-005 du 30 mars 2020 portant habilitation du gouvernement à prendre les mesures relevant du domaine de la loi énumérant les matières déléguées ne prévoit pas « les loi de finances rectificatives ». Ayant constaté l'absence de cette matière dans la loi d'habilitation, le juge constitutionnel togolais vise alors l'article 86, alinéa 1^{er} de la Constitution relatif au domaine financier de la loi pour justifier l'intervention du gouvernement dans cette matière non déléguée.

Au Gabon, dans un tout autre registre, la Cour constitutionnelle décide que « [...] article 2.- lorsque le Parlement est régulièrement saisi de projets de loi, le gouvernement ne peut tirer profit d'une loi d'habilitation votée par le Parlement en vertu des dispositions de l'article 52 de la Constitution pour adopter, pendant l'intersession parlementaire, des ordonnances portant sur les mêmes matières sans, au préalable, avoir formellement dessaisi le Parlement desdits projets de loi »²⁰⁴. Ce contrôle en apparence rigide de la juridiction constitutionnelle gabonaise s'inscrit, pourtant dans le cadre du contrôle assoupli des matières déléguées²⁰⁵, observé, ici et là, en Afrique.

À cette première limitation matérielle de la délégation du pouvoir législatif accordée à l'Exécutif s'ajoute une deuxième, concomitante, relative à sa limitation temporelle.

B. La délimitation par les délais impartis

La loi d'habilitation se livre à un encadrement de l'habilitation à travers les délais impartis. En effet, en plus de cantonner *ratione materiae* l'habilitation accordée à l'Exécutif, la loi d'habilitation procède également à son cantonnement *ratione temporis*. Là encore, les textes et l'habitude des tribunaux²⁰⁶ drainent un flot d'enseignements diversement appréciés. Deux points peuvent retenir l'attention : la bivalence relevée en matière de fixation des délais (1),

²⁰⁴ Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 28/CC du 24 mai 2018 relative à la requête présentée par le président de l'Assemblée nationale aux fins d'interprétation de l'article 52 de la Constitution, *Hebdo informations*, n° 667, 13-31 octobre 2018, pp. 134-135. À travers ce dispositif, la juridiction constitutionnelle gabonaise rappelle la solution consacrée dans sa décision n° 25/CC du 8 mai 2018 par laquelle elle a annulé les ordonnances n° 13/2018 du 23 février 2018 portant réglementation des communications électroniques en République gabonaise, n° 14/2018 portant réglementation des transactions électroniques en République gabonaise et n° 15/2018 portant réglementation de la cyber sécurité et de la lutte contre la cybercriminalité en République gabonaise.

²⁰⁵ Deux raisons, au moins, sous-tendent cette perception. La première raison est que la Cour constitutionnelle gabonaise impose seulement une obligation minimale au Gouvernement de dessaisir le Parlement. La seconde raison est qu'au Gabon, la pratique de l'Exécutif, validée par le Parlement consistant à copier et coller l'article 52 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 dans la loi d'habilitation, n'est pas encore sanctionnée par la Cour constitutionnelle. En effet, l'examen de la loi d'habilitation révèle l'indétermination de l'objet et des matières déléguées. Ceci explique cette cacophonie, ou du moins ce parallélisme entre l'édiction d'ordonnances dans des matières *a priori* déléguées par la loi d'habilitation dont le Parlement a pourtant été saisi, sans être dessaisi. En définitive, pour augmenter l'intensité de son contrôle, le juge gabonais doit contraindre le Gouvernement et le Parlement à délimiter les matières déléguées à travers une liste exhaustive et limitative énumérée dans la loi d'habilitation.

²⁰⁶ CARBONNIER (Jean), « Le procès et le jugement », Cours de sociologie juridique, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, p. 262. Cf. également CARBONNIER (Jean), « droit civil, Introduction », PUF, 27 éd., n° 142.

tout d'abord, et l'ambivalence constatée également dans le contrôle exercé par les juridictions constitutionnelles (2).

1. Une bivalence de la fixation des délais

L'étude de la loi d'habilitation dans les États témoins dévoile une bivalence dans la fixation des délais. A la fixation contenue des délais observés dans certains Etats (a), se propose une fixation continue dans d'autres (b).

a. Une fixation contenue des délais

Par le vote d'une loi d'habilitation, la représentation nationale, dans certains États d'Afrique sous la loupe a fixé le périmètre temporel de la délégation accordée à l'Exécutif. Ces Etats ont fait le pari d'enserrer l'habilitation dans des délais courts. La perspective comparative déployée dans cette étude permet de dégager une constante dans tous nos Etats : en matière de délimitation *ratione 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. Parmi les Etats témoins, le Congo, la RD Congo, le Niger, le Sénégal²⁰⁷ et la Tunisie se signalent par leur choix porté sur l'aménagement de délais courts en matière d'habilitation. L'analyse révèle que dans ces Etats, les délais impartis oscillent entre un seuil plancher de deux mois et un plafond de quatre mois. Mais, la tendance générale observée enferme le délai d'habilitation dans une séquence temporelle s'écoulant sur trois mois. Cette configuration est perceptible au Congo. L'article 158 de la Constitution du Niger consacre la notion de « *délai limité* » sans toutefois en fixer la durée. Cette précision a été l'œuvre du législateur : « *le Gouvernement est habilité à édicter, par ordonnance, pour une période de trois mois, à compter de la date de promulgation de la présente loi, [...]* »²⁰⁸. C'est un schéma identique qui est consacré en RD Congo²⁰⁹ et au Sénégal²¹⁰.

²⁰⁷ NZOUANKEU (Jacques Mariel), *La Constitution du Sénégal commentée*, Dakar, Bibliothèque de l'autodidacte, 1980, p. 126.

²⁰⁸ Loi n° 20-2020 du 10 mai 2020 habilitant le Gouvernement à édicter, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Coronavirus (Covid-19), déjà citée.

²⁰⁹ L'article 129, alinéa 1^{er} de la Constitution du 18 février 2006 révisée par la loi constitutionnelle n° 11/002 du 20 janvier 2011 fixe aussi la notion de « *délai limité* ». Il ressort de l'article 3 de la loi n° 17/015 du 24 décembre 2017 portant habilitation du Gouvernement que « *le délai d'habilitation accordée au Gouvernement est de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi* ». Au Niger, l'alinéa 1^{er} de l'article 106 de la Constitution du 25 novembre 2010 révisée par la loi constitutionnelle n° 2017-50 du 06 juin 2017 limite la loi d'habilitation par un « *délai limité* ». Dans les faits, la loi n° 2019-37 du 05 juillet 2019 habilite le Gouvernement, pour la période allant du 02 juillet 2019 au 23 septembre 2019, soit 2 mois et quelques jours. La loi n° 2018-41 du 05 juin 2018 habilite le Gouvernement, « *pour la période allant du 03 juin au 30 septembre 2018* », soit 3 mois et quelques jours.

²¹⁰ La formule usitée par le constituant est « *dans les limites de temps (...) fixées par la loi d'habilitation (...)* ». En vertu de l'article premier de la loi n° 2020-13 du 02 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 pandémie du Covid-19 et autorisant la prorogation de l'état d'urgence : « *dans les conditions prévues à l'article 77 de la Constitution, le*

Exceptionnellement, le Burkina Faso s'est rapproché de ces expériences²¹¹. Bien que le Gabon et la Guinée aient délimité le délai d'habilitation par les syntagmes « *intersession parlementaire* » ou de « *vacance parlementaire* », ces deux pays²¹² ne s'en rapprochent pas moins des Etats susvisés. Dans le cadre malien le délai d'habilitation est fixé « *entre la clôture de la session ordinaire d'octobre et l'ouverture de la session d'avril 2020* »²¹³. Le délai d'habilitation aménagé en Tunisie est confirmatif du seuil plancher. La loi n° 2020-19 du 12 avril 2020, habilitant le Chef du Gouvernement à prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19)

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 (...) ».

²¹¹ L'article 1 *in fine* de la loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 portant habilitation du gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à coronavirus (Covid-19), dispose que « *la durée de l'habilitation est de trois mois à compter de la publication de la présente loi* ». C'est à s'y méprendre que de prendre cette situation pour une tradition. La réalité est tout autre, comme cela sera démontré plus loin.

²¹² L'intersession parlementaire renvoie à la période intermédiaire entre deux sessions du Parlement au cours de laquelle celui-ci ne siège pas. C'est la période des vacances parlementaires. **Au Gabon**, l'article 52 de la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 révisée par la loi constitutionnelle n° 046/2020 du 11 janvier 2021 institue comme délai d'habilitation « *l'intersession parlementaire* ». Avant la révision constitutionnelle du 11 janvier 2021, l'article 41 de ladite Constitution disposait que « *le Parlement se réunit de plein droit au cours de deux sessions par an. La première session s'ouvre le premier jour ouvrable de mars et prend fin, au plus tard, le dernier jour ouvrable de juin. La seconde session s'ouvre le premier jour ouvrable de septembre et prend fin, au plus tard, le dernier jour ouvrable de décembre* ». Au vue de cette disposition, l'intersession parlementaire était donc constituée de deux (2) mois. C'était le délai d'habilitation. Toutefois, la loi constitutionnelle n° 046/2020 du 11 janvier 2021 a supprimé les deux sessions par an. Désormais, l'article 41 nouveau dispose que « *le Parlement se réunit de plein droit en une session par an. La session parlementaire s'ouvre le premier jour ouvrable du mois d'octobre et prend fin, au plus tard, le dernier jour ouvrable du mois de juin* ». Cela a un impact sur l'article 52, l'oublié de la révision constitutionnelle du 11 janvier 2021. Le délai d'habilitation passe désormais de deux (2) à quatre (4) mois. **En Guinée**, conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 76 de la Constitution, le délai d'habilitation s'écoule « *pendant la vacance parlementaire* ». Aux termes de l'article 75 de ce texte constitutionnel : « *L'Assemblée nationale se réunit de plein droit en session ordinaire unique qui commence le 5 octobre et prend fin le 4 juillet* ». Il se déduit de cette disposition que la vacance parlementaire s'écoule sur trois (3) mois. C'est le délai d'habilitation de l'article 76. Toutefois, l'article 90 dudit texte instituant une seconde procédure applicable à la loi d'habilitation consacre la notion de « *délai donné* ». Par conséquent, deux délais d'habilitation apparaîtront à l'avenir

²¹³ Article 1^{er} de la loi n° 2019-076 du 24 décembre 2019 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances : « *le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, entre la clôture de la session ordinaire d'octobre et l'ouverture de la session d'avril 2020* » ; article 1^{er} de la loi n° 2018-073 du 27 décembre 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances : « *le Gouvernement est autorisé, entre la clôture de la session ordinaire de l'Assemblée nationale ouverte le 1er octobre 2018 et l'ouverture de la session ordinaire d'avril 2019 [...]* » ; article 1^{er} de la loi n° 2018-047 du 05 juillet 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances : « *le Gouvernement est autorisé, entre la clôture de la session ordinaire de l'Assemblée nationale ouverte le lundi 02 avril 2018 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 2018 [...]* » ; article 1^{er} de la loi n° 2018-006/ du 12 janvier 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances : « *le Gouvernement est autorisé, entre la clôture de la session ordinaire de l'Assemblée nationale ouverte le 02 octobre 2017 et l'ouverture de la session ordinaire d'avril 2018 [...]* » ; article 1^{er} de la loi n° 2017-028/ du 14 juillet 2018 autorisant le Gouvernement à prendre certaines mesures par ordonnances : « *le Gouvernement est autorisé, entre la clôture de la session ordinaire de l'Assemblée nationale ouverte le lundi 03 avril 2017 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 2017 [...]* ».

indique un délai de deux mois. À la lecture de son article 1^{er} : « [...] le Chef du Gouvernement est habilité, en vertu de la présente loi, à prendre des décrets-lois pour une période de deux mois, à compter de la date de son entrée en vigueur, [...] ».

On fera remarquer que le point de départ du délai d'habilitation est divergent dans ces différents pays. La République du Congo et la RD Congo fixent le point de départ à la promulgation²¹⁴, tandis que le Burkina Faso et Sénégal ont choisi la publication²¹⁵. Le Niger s'isole de ces deux catégories en fixant un jour déterminé comme point de départ du délai d'habilitation. Les constituants et législateurs gabonais et guinéens font preuve de mutisme sur ce point. Néanmoins, ces Etats convergent vers un délai d'habilitation court.

Quant au délai de ratification, l'examen de la loi d'habilitation en République du Congo met en relief une période de trois (3) mois courant à compter de la publication des ordonnances²¹⁶. Le Sénégal s'inscrit dans la même dynamique en consacrant le dépôt d'un projet de loi de ratification devant l'Assemblée nationale dans un délai de trois (3) mois à compter de la publication de l'ordonnance²¹⁷. Le législateur du Burkina Faso n'a pas dérogé à cette règle en disposant qu' « un projet de loi de ratification est déposé à l'Assemblée nationale dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance »²¹⁸. La RD Congo se distancie de ces Etats en prévoyant que les ordonnances-lois prises en exécution de la loi d'habilitation doivent faire l'objet de projets de lois de ratification à déposer à l'Assemblée nationale et au Sénat, dans les soixante (60) jours de leur publication au Journal officiel de la RD Congo²¹⁹. En Tunisie, en vertu de l'article 2 de la loi n° 2020-19 du 12 avril 2020, habilitant le Chef du Gouvernement à prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19), « les décrets-lois qui seront pris conformément à l'article premier de la présente loi, seront soumis à l'approbation de l'Assemblée des représentants du peuple dans un délai de dix jours à compter de l'expiration de la période fixée au même article ». C'est le délai le plus court de ratification observé en Afrique francophone.

²¹⁴ ACKA (Sohuily), « La promulgation de la loi en Afrique noire francophone (Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Sénégal) », in *Mélanges africains, Constitutions et institutions publiques africaines*, Dakar, EDJA, 2005, pp.132-133 : « au sens juridique, la promulgation de la loi est l'opération destinée à " faire connaître la loi". Elle traduit l'ordre donné pour que la loi soit portée à la connaissance du public. Œuvre de l'Exécutif, la promulgation est l'exigence première à laquelle le texte législatif définitivement adopté doit satisfaire pour produire le plein effet d'une loi ».

²¹⁵ PUGET (Henry), SÉCHÉ (Jean-Claude), « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », *La Revue administrative*, n° 69, mai-juin 1959, pp. 239-248 ; 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" ».

²¹⁶ Article 2 de la loi n° 20-2020 du 8 mai 2020 habilitant le Gouvernement à édicter, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Coronavirus (covid-19), précédemment citée.

²¹⁷ Article 2 de la loi n° 2020-13 du 02 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 pandémie du Covid-19 et autorisant la prorogation de l'état d'urgence, *op. cit.*

²¹⁸ Article 2, alinéa 1 de la loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 portant habilitation du gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à coronavirus (COVID - 19), *op. cit.*

²¹⁹ Article 4 de la loi n°17/015 du 24 décembre 2017 portant habilitation du Gouvernement, déjà citée.

À l'opposé de ces choix établis, d'autres Etats, pour des raisons diverses, vont s'inscrire dans une dynamique libérale, en matière de fixation des délais impartis, pourvoyeuse d'une certaine élasticité des délais. La conséquence qui s'en dégage c'est la longueur (dé)-raisonnable constatée à l'appréciation des délais aménagés.

b. Une fixation continue des délais

La radioscopie des lois d'habilitation dans certains Etats d'Afrique sous les projecteurs renseigne sur le fait que ceux-ci ont fixé des délais d'habilitation et de ratification relativement longs. En pole position, nous retrouvons l'expérience en vigueur au Burkina Faso. En matière de délai d'habilitation, la palme d'or de la longueur du délai revient à ce pays. À l'exception de la loi d'habilitation de 2020 sur le Covid-19, les lois d'habilitation dans ce pays reprennent, en chœur, la formule consacrée : « *l'habilitation accordée couvre la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre*²²⁰ ». Comme le fait remarquer Lassané Savadogo, « *à partir de 2005[...] concernant la durée, les lois d'habilitation couvrent désormais toute l'année civile soit du 1^{er} janvier au 31 décembre. À la fin de la période, une autre loi prend systématiquement le relais* »²²¹. Le Cameroun²²² et le Togo²²³ arrivent en deuxième position avec un délai d'habilitation de six (6) mois. Mais, au Togo ce délai peut être prorogé²²⁴. Sur le délai de ratification ces deux pays s'éloignent l'un de l'autre. Alors qu'au Togo, le délai de ratification des ordonnances a été fixé à quatre-vingt-dix (90) jours²²⁵. Dans le contexte camerounais, il est retenu un délai de ratification callé sur six (6) mois²²⁶. À Madagascar, aux termes de l'article premier de la loi n° 2019-01 du 5 février 2019 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République, « *jusqu'à l'entrée en fonction de la*

²²⁰ Article 2 de la loi n° 036-2020/AN portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'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 1^{er} janvier au 31 décembre 2021 » ; article 2 de la loi n° 052-2019/AN du 6 décembre 2019 portant habilitation du Gouvernement à ratifier par voie d'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 1^{er} janvier au 31 décembre 2020 » ; etc.

²²¹ SAVADOGO (Lassané), « La pratique des lois d'habilitation au Burkina Faso », in *Actes du séminaire parlementaire sur les lois d'habilitation*, Ouagadougou (Burkina Faso), 15 et septembre 2011, p. 61.

²²² Article 2 de la loi n° 2011/007 du 06 mai 2011 autorisant le Président de la République à prendre des ordonnances sur la sécurisation des activités de renseignement au Cameroun : « *Les ordonnances visées à l'article 1^{er} ci-dessus doivent être prises dans un délai de six (6) mois suivant la publication* ».

²²³ Article premier 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 : « *conformément aux dispositions de l'article 86 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnances, dans un délai de six (06) 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* ».

²²⁴ 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* ».

²²⁵ Article 6 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 : « *sous peine de caducité, les ordonnances prises en exécution de la présente loi doivent faire l'objet de projets de loi de ratification à déposer sur le bureau de l'Assemblée nationale dans un délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la fin du délai d'habilitation* ».

²²⁶ Article 2 de la loi n° 2011/007 du 06 mai 2011 autorisant le Président de la République à prendre des ordonnances sur la sécurisation des activités de renseignement au Cameroun : « *2) pour chaque ordonnance, un projet de la loi de ratification doit être déposé devant le parlement dans un délai de six (6) mois à compter de sa publication* ».

nouvelle Assemblée nationale, il est délégué au Président de la République le pouvoir de légiférer par voie d'ordonnance pour la mise en œuvre de son programme ». Cette loi d'habilitation ne détermine pas précisément le délai exact d'habilitation. Elle confie alors un délai long tributaire de l'entrée en fonction de la nouvelle Assemblée nationale. L'institution d'une session parlementaire ordinaire unique au Gabon et en Guinée a pour effet de rallonger le délai de ratification des ordonnances²²⁷. Un paradoxe mérite d'être relevé. En effet, dans ces deux pays, à côté des délais d'habilitation relativement courts, on constate une administration de délais anormalement longs pour ce qui est de la ratification.

Comme cela a été indiqué plus haut à propos de la fixation bivalente des délais impartis, le contrôle accompli sur les délais est également marqué par son caractère binaire.

2. Un contrôle des délais binaire

De l'analyse de la jurisprudence des juridictions constitutionnelles africaines étudiées émerge une ambivalence du contrôle des délais. Si certains juges constitutionnels exercent un contrôle rigide des délais impartis (a). D'autres, par contre, ont fait l'option d'un contrôle relâché concernant ces délais impartis (b).

a. Un contrôle resserré des délais impartis

De la jurisprudence constitutionnelle de plusieurs Etats témoins se dégage un constat : les juges constitutionnels y déploient un contrôle rigide des délais impartis. En effet, très regardants vis-à-vis des délais prévus par la loi d'habilitation, les juges effectuent un contrôle resserré autant sur les délais d'habilitation que sur les délais de ratification. Relativement au contrôle du délai d'habilitation, au Niger, la Cour constitutionnelle est d'avis que « *la loi n° 2019-37 du 05 juillet 2019 habilite le Gouvernement, pour la période allant du 02 juillet 2019 au 23 septembre 2019, à prendre des ordonnances dans plusieurs domaines[...]* »²²⁸. Ce contrôle est également perceptible au Togo²²⁹, à Madagascar²³⁰ et au Mali²³¹. Au Gabon, alors

²²⁷ Sous réserve de l'article 90 de la Constitution guinéenne du 6 novembre 2020, au Gabon et en Guinée, le délai de ratification est prévu pour la prochaine session parlementaire. En République de Guinée, aux termes de l'article 75 de la loi fondamentale précitée : « *l'Assemblée nationale se réunit de plein droit en session ordinaire unique qui commence le 5 octobre et prend fin le 4 juillet* ». Le délai de ratification est donc de 8 mois et quelques jours dans ce pays. Au Gabon, l'article 41 nouveau la loi constitutionnelle n° 3/91 du 26 mars 1991 révisée par la loi constitutionnelle n° 046/2020 du 11 janvier 2021 dispose que « *le Parlement se réunit de plein droit en une session par an. La session parlementaire s'ouvre le premier jour ouvrable du mois d'octobre et prend fin, au plus tard, le dernier jour ouvrable du mois de juin* ». Le délai de ratification a ainsi été étendu. À l'instar de la Guinée, ce délai est à présent de 8 mois.

²²⁸ Cour constitutionnelle du Niger, avis n° 25/CC du 12 septembre 2019, déjà cité. Cela a été déjà confirmé dans un avis datant de 2018 : Cour constitutionnelle du Niger, avis n° 05/CC du 13 juin 2018, précité. Le juge constitutionnel nigérien affirme que « *la loi n° 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 nécessaires 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 prévus par la loi n° 2018-41 du 05 juin 2018 habilite le gouvernement et ne contient aucune disposition contraire à la Constitution [...]* ».

²²⁹ 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 d'ordonnances, dans un délai de six (06) mois, à compter du 16*

que le requérant fit observer que « l'ordonnance prise ne se justifiait pas en réalité, étant donné qu'elle intervenait à une semaine environ de l'ouverture d'une session parlementaire », la Cour constitutionnelle jugea 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, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ; que cette habilitation a été donnée par la loi n° 31/93 du 23 juillet 1993 susvisée ; qu'il s'ensuit que ce dernier grief ne peut non plus être retenu »²³². En Guinée, dans un arrêt du 25 février 2020²³³, la Cour constitutionnelle dans son onzième considérant indique que « [...] le Président de la République, en prenant l'ordonnance sur le fondement de la loi d'habilitation qui l'autorise à prendre des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi, pour un délai donné et des objectifs qu'elle précise, est constitutionnelle en vertu de l'article 82 al.1[...] ». L'activité des juridictions constitutionnelles de ces Etats africains en matière de délai d'habilitation témoigne d'une osmose jurisprudentielle dont le syntagme « contrôle rigide du délai d'habilitation » est vecteur. Cette rigidité des juges constitutionnels africains est également prégnante en matière de contrôle du délai de ratification. Les exemples du Mali et du Gabon sont illustratifs. Dans l'affaire du blocage des travaux parlementaires en 2000, la Cour constitutionnelle malienne a considéré que « [...] ladite loi d'habilitation précise en son article 2 que “ les ordonnances

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 (06) mois imparti par la loi d'habilitation au gouvernement pour prendre, par ordonnances, les mesures relevant 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 [...] ».

²³⁰ À Madagascar, la HCC dans une décision du 13 février 2019 a considéré « [...] qu'aux termes de l'article 104 de la Constitution, ledit pouvoir est délégué “ pendant un temps limité “ [...] ; que la mise en œuvre de ce pouvoir délégué doit respecter les limites imposées par ces dispositions constitutionnelles » (considérant 7).

²³¹Au Mali, à la suite du blocage des travaux parlementaires en raison d'une controverse entre les députés de la majorité et ceux de l'opposition sur le délai d'habilitation, le président de l'Assemblée nationale avait saisi la Cour constitutionnelle aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution. Celle-ci a jugé qu' : « [...] en vertu des dispositions de l'article ci-dessus visé l'Assemblée nationale a autorisé par la loi n° 99-034 du 04 août 1999, le Gouvernement à prendre par ordonnances entre la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 1999[...] ; considérant que ladite ordonnance est intervenue dans la période autorisée par la loi d'habilitation ». Toutefois, le juge constitutionnel malien souligne que : « [...] l'ordonnance n° 00-28/P-PM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-PM du 30 septembre 1999 prise en application de la loi d'habilitation n° 99-048 du 28 décembre 1999 étant intervenue en dehors de la période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 1999[...] n'est pas valable car elle ne peut modifier l'ordonnance n° 99-043/P-PM du 30 septembre 1999 : que cette modification ne peut se faire que par une loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

²³² Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 017/CC du 27 octobre 1993 conflit d'attribution entre le Conseil national de la communication et le Gouvernement et l'annulation de l'ordonnance n° 0007/PR sur la communication, *Recueil des décisions et avis*, 1992-1996, pp. 100-102.

²³³ Cour constitutionnelle de Guinée, arrêt n° AC 012 du 25 février 2020 recours en annulation contre l'ordonnance 2020/n° 001/PRG/SGG du 29 janvier 2020 portant dispositions relatives au référendum, <https://courconstitutionnelle.gov.gn/>, consulté le 11 décembre 2020 à 19 h 00.

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 »²³⁴, 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 ratification²³⁵. La réponse servie par la Cour témoigne de son inflexibilité concernant le délai de ratification. Ces différentes expériences déclinées mettent en exergue le contrôle rigide adopté par les juges constitutionnels. Cela tranche nettement d'avec le contrôle relâché observé, ici et là.

b. Un contrôle relâché des délais impartis

La radioscopie de la jurisprudence constitutionnelle des États témoins fixe le siège du contrôle relâché des délais impartis, en particulier du délai de ratification à Madagascar. Une décision de la HCC datée du 5 février 2020²³⁶ le prouve. Le dispositif de la décision susvisée énonce :

²³⁴ 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, déjà cité.

²³⁵ 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 lenteur due à 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 de façon péremptoire 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). L'inflexibilité de ces considérations prétoriques est révélatrice d'un contrôle rigide du délai de ratification exercée par la Cour constitutionnelle gabonaise. Cela tranche avec le contrôle assoupli observé, ici et là.

²³⁶ HCC de Madagascar, décision n° 04-HCC/D3 du 05 février 2020 relative à une requête aux fins de caducité d'ordonnances prises en Conseil des ministres par le président de la République, précédemment citée. Par lettre n° 03-2020/SENAT/P en date du 14 janvier 2020, la HCC a été saisie par le Président du Sénat aux fins de demander la caducité des ordonnances prises en Conseil des Ministres par le Président de la République. Cependant, 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 prétorique du régime juridique de la ratification, le juge constitutionnel malgache estime « *qu'en l'absence des actes justifiant cette opposition, la 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 ne se limite pas à

« 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 ». Demba Sy observe que « même si elle n'est pas admise par tous, la possibilité de création des normes par le juge permet, semble-t-il, d'assurer une meilleure évolution du système constitutionnel en l'adaptant avec souplesse[...] »²³⁷.

Ayant épousé cette pensée, la Haute Cour constitutionnelle malgache procède à un contrôle relâché du délai de ratification se démarquant nettement de ses homologues africains.

Conclusion

L'actualité de l'année 2019 a été marquée par la pandémie mondiale du coronavirus déjà entrée dans l'histoire. Cette nouvelle situation a suscité un regain d'intérêt varié pour les lois d'habilitation. La quête de son identité dans les espaces africains francophones a permis d'enregistrer une série d'informations utiles à une meilleure compréhension de cette technique de « *législation déléguée* ». À travers une démarche comparative intensive²³⁸, nos différents Etats étudiés ont fourni des éléments s'inscrivant dans des dynamiques convergentes et dans des logiques divergentes. Un élément essentiel s'est manifesté, pour les uns comme pour les autres : *l'ambivalence* marquante des lois d'habilitation.

C'est l'ambivalence qui accompagne les textes dédiés à la loi d'habilitation en Afrique. Elle a permis de mettre en évidence deux tendances révélées par la reproduction du schéma mis en place en France à la faveur de l'article 38 de la Constitution de 1958. Une première tendance a permis d'identifier un premier bloc d'Etats qui se sont manifestés par leur fidèle reproduction du modèle adopté en Métropole. Un deuxième bloc d'Etats s'est signalé par sa volonté de démarcation par rapport à la législation française. Tout en s'y inspirant, il s'est ingénié à mettre en place des outils propres. Le Sénégal, la Guinée et le Cameroun, par

donner une injonction au Gouvernement de déposer un projet de loi de ratification, elle va plus loin en affirmant que « dans sa décision n° 05/HCC/D3 du 13 février 2019, la Cour de céans a également émis la recommandation selon laquelle ' les projets de loi de ratification des ordonnances doivent être déposés devant le Parlement au cours de sa seconde session ordinaire de l'année 2019 ' ; qu'étant donné que le maintien en vigueur des ordonnances édictées est la raison de la ratification 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 ». Ainsi, en se fondant sur le principe de continuité de l'Etat et le principe de sécurité juridique, la HCC malgache estime que la date de ratification est une condition non substantielle. Cela lui permet de juger « qu'il appartient donc aux autorités concernées dans le cadre de l'article 96 de la Constitution de faire adopter les projets de loi de ratification au cours de la prochaine session du Parlement », et précise-t-elle, « [...] en droit constitutionnel, la pratique des ratifications groupées est possible et de plus en plus fréquente, conformément à la décision n° 05-HCC/D3 du 13 février 2019 sus visée de la Cour de céans ». En participant au pouvoir constituant et en devenant un co-législateur, la juridiction constitutionnelle malgache proroge le délai de ratification, et modifie substantiellement le délai de ratification qu'elle avait fixé, lequel n'était pas prévue par la loi n° 2019-001 du 5 février 2019 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République.

²³⁷ SY (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in Oumarou NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC en partenariat avec la FSEJ de l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (Niger), le CERDRADI et l'IDESUF de l'Université de Bordeaux (France), du 15 au 17 octobre 2015 à Niamey, Niger, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 52.

²³⁸ FALL (Ismâïla Madior), *op. cit.*, p. 7.

exemple, ont préféré confier l'initiative au Président de la République, en lieu et place du Gouvernement.

Au niveau des politiques jurisprudentielles, on retrouve cette ambivalence caractéristique de la loi d'habilitation. Dans certains de nos Etats, on a été marqué par la rigidité du contrôle déployé²³⁹ par les juges constitutionnels. Au caractère souvent laconique des dispositions aménageant la loi d'habilitation les juges constitutionnels ont apporté des précisions justificatives de l'espoir placé en elles et corrigé les « *approximations constitutionnelles* »²⁴⁰. Leur contribution déterminante dans la délimitation du périmètre de l'habilitation est confirmative de l'assertion de Théodore Holo selon laquelle « *la justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme triomphant à nouveau sur le continent africain[...]* »²⁴¹. Elle est également illustrative des propos de Jean Du Bois de Gaudusson lorsque celui-ci affirme que « *les cours constitutionnelles sont devenues, et c'est un signe de leur victoire, un des sujets constitutionnels et politiques en Afrique les plus abordés et étudiés* »²⁴². Ces affirmations sont confortées par celles d'Alain Bockel selon lesquelles « *le fort développement du constitutionnalisme en Afrique à partir des années 90 a amené les cours constitutionnelles à accentuer le contrôle que la Constitution leur confie dans la plupart des pays considérés, sur des Parlements que l'on ne peut plus qualifier de Souverains* »²⁴³. Le contrôle des délais impartis par la loi d'habilitation témoigne également de cette ambivalence. À l'unisson, les juges constitutionnels du Gabon, de Guinée, du Mali, de Madagascar, du Niger et du Togo effectuent un contrôle rigide du délai d'habilitation. Cependant, en matière de délai de ratification, alors que les juridictions constitutionnelles du Gabon, de Guinée, du Mali, du Niger et du Togo ont fait l'option d'un contrôle rigide et intransigeant en le considérant comme un « *délai substantiel* », la HCC de Madagascar prend le contre-pied de ses homologues 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* »²⁴⁴. Les propos de Stéphane Bolle sont ainsi d'acuité lorsqu'il déclare : « *garder la Constitution, c'est aussi – dans une certaine mesure – la constituer* »²⁴⁵. D'autres Etats, par contre, se sont

²³⁹ BOUDON (Jean), « propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *AJDA*, 2019/26, p. 1492.

²⁴⁰ BOUDON (Jean), op. cit., p. 1492.

²⁴¹ HOLO (Théodore), « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, La démocratie en Afrique, 2009, p. 101.

²⁴² Du BOIS De GAUDUSSON (Jean), « Victoire ou disgrâce des Cours constitutionnelles en Afrique : les tourments d'un professeur, juge constitutionnel », in Frédéric Joël AÏVO, Jean Du BOIS de GAUDUSSON, Christine DESOUCHES, Joseph MAÏLA (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire, Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.233.

²⁴³ BOCKEL (Alain), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur en Afrique noire francophone », in Frédéric Joël AÏVO, Jean Du BOIS de GAUDUSSON, Christine DESOUCHES, Joseph MAÏLA (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire, Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.221.

²⁴⁴ Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, décision n° 04-HCC/D3 du 05 février 2020 relative à une requête aux fins de caducité d'ordonnances prises en Conseil des ministres par le président de la République, précédemment citée.

²⁴⁵ BOLLE (Stéphane), « Les Cours constituantes en Afrique », in Frédéric Joël AÏVO, Jean Du BOIS de GAUDUSSON, Christine DESOUCHES, Joseph MAÏLA (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire, Au service des*

signalés par leur contrôle libéral. Ces derniers Etats justifient l’assertion de La Présidente de la Cour constitutionnelle du Gabon, Marie-Madeleine Mborantsuo, lorsqu’elle écrit que « *la qualité de l’intervention est encore perfectible [...]* »²⁴⁶.

Cependant, cette ambivalence n’a pas réussi à étouffer certaines « *particularités nationales* ». En effet, dans beaucoup de nos Etats, il a été observé des « *exceptions* » dignes d’être restituées. Au Bénin, malgré la qualité rédactionnelle des dispositions constitutionnelles, on est surpris par l’absence totale du recours à la loi d’habilitation. La pratique parlementaire est caractérisée par sa « *virginité* ». Fait rare dans le système constitutionnel béninois, la volubile et dithyrambique Cour constitutionnelle fait preuve d’un mutisme inhabituel. En Côte d’Ivoire, c’est dans le siège de la loi d’habilitation qu’il est possible de détecter la singularité. Celle-ci est illustrée par l’insertion de l’habilitation dans une disposition de la loi de finances initiale de 2014 à 2020. La Guinée, quant à elle, se particularise avec la double consécration constitutionnelle de la possibilité exclusivement offerte au Président de la République de solliciter l’habilitation parlementaire. Les articles 76 et 90 de la Constitution sont confirmatifs de cette situation atypique. La RD Congo a également manifesté sa spécificité avec une terminologie *sui generis* consacrant les « *ordonnances-lois* ». Celles-ci rappelant, à bien des égards, les *décrets-lois* qui avaient cours sous les III^e et IV^e Républiques françaises. La volonté de démarcation du constituant sénégalais s’est proposée à toutes les étapes de notre étude. Quatre marqueurs révélateurs de ce constat, entre autres, peuvent être envisagés : le bénéficiaire de l’initiative, l’indétermination des matières de la délégation, la terminologie employée et l’injusticiabilité de la loi d’habilitation devant le Conseil constitutionnel. En effet, aucune décision constitutionnelle, malgré un recours de plus en plus fréquent aux lois d’habilitation, n’est venue renseigner sur la religion du conseil constitutionnel sénégalais en ce qui concerne la loi d’habilitation. Cela peut laisser songeur lorsqu’on s’accorde avec Dominique Rousseau pour affirmer que « *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* »²⁴⁷. Il n’est pas établi que ce contrôle qui se dit avec « *un chœur à trois voix* »²⁴⁸ : le législateur, le juge et la presse, soit perceptible dans la pratique sénégalaise. La Tunisie qui a servi de passerelle avec l’Afrique du Nord, sur plusieurs aspects, a témoigné de son originalité. *Primo*, elle a ressuscité les décrets-lois susmentionnés. *Secundo*, elle circonscrit temporellement l’habilitation parlementaire autour de deux mois. *Tertio*, elle a investi le Chef du Gouvernement comme « *législateur d’exception* »²⁴⁹. L’identité jurisprudentielle de la loi d’habilitation en Afrique est ainsi dévoilée. À l’avenir, les juridictions constitutionnelles qui exercent un contrôle assoupli des

droits de l’homme et de la démocratie, Mélanges en l’honneur du Président Robert DOSSOU, Paris, L’Harmattan, 2020, p. 251.

²⁴⁶ MBORANTSUO (Marie-Madeleine), *La contribution des Cours constitutionnelles à l’État de droit en Afrique*, *op. cit.*, p. 340.

²⁴⁷ ROUSSEAU (Dominique), « Un jour, un regard sur la crise du Covid-19 », [https://www. publicsenat.fr](https://www.publicsenat.fr), Entretien avec Rebecca Fitoussi, le 21 mars 2020. Consulté le 20 janvier 2021 à 18 h 00.

²⁴⁸ KANTÉ (Babacar), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 7.

²⁴⁹ GAUDEMET (Yves), « La loi administrative », *op. cit.*, p. 69.

matières déléguées devront s'inscrire dans le renforcement de « *la politique jurisprudentielle d'encadrement* »²⁵⁰ afin d'endiguer la volonté du pouvoir exécutif d'invasion du domaine de la loi, adoubee par le Parlement.

Sans sombrer dans la « *schizophrénie* » évoquée par Guillaume Tusseau²⁵¹, nous retrouvons à travers cette étude les tiraillements récurrents induits par la « *délégation du pouvoir législatif* ». Là encore, aspects évocateurs de l'ambivalence qui traverse, de part en part, notre réflexion. Pour certains, s'adossant sur la maxime *delegatus non potest delegare*, celui qui a reçu une compétence ne peut la déléguer. Les écrits du Doyen Léon Duguit sont passés à la postérité, « *il n'y a pas, il ne peut y'avoir de délégation législative* »²⁵². À cette posture absolutiste, d'autres, s'appuyant sur la maxime *sed necesse est delegare*, rétorqueront qu'il est nécessaire de déléguer. Marcel Waline²⁵³ a, entre autres²⁵⁴, ardemment défendu la thèse de la délégation. Cependant, nous pensons qu'un rapprochement entre ces deux positions est souhaitable. Il permettrait, sans jeter l'opprobre sur « *la loi d'habilitation en Afrique* », de définir les conditions d'un usage raisonné de cet instrument et de mieux encadrer son régime juridique²⁵⁵.

²⁵⁰ KANTÉ (Babacar), « Leçon inaugurale. La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC en partenariat avec la FSEJ de l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (Niger), le CERDRADI et l'IDESUF de l'Université de Bordeaux (France), du 15 au 17 octobre 2015 à Niamey, Niger, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 25.

²⁵¹ TUSSEAU (Guillaume), « La législation déléguée », in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Vol. 2, Paris, Dalloz, 2012, xxxvi 805 p., pp. 605-657.

²⁵² DUGUIT (Léon), « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au Gouvernement par le Parlement », R.D.P., 1924, pp. 312-316. Le Maître de l'École de Strasbourg, Raymond Carré de MALBERG, abondera dans le même sens (Cf. Raymond carré de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale (1931)*, Paris, Economica, rééd. Collection « Classiques », préface de G. BURDEAU, 1982, pp.71-72.

²⁵³ WALINE (Marcel), « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », RDP, 1959, p. 1059 et s.

²⁵⁴ BURDEAU (Georges), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 14^e éd., 1969, p.549. Sous un paragraphe intitulé « Une délégation de pouvoir », l'auteur affirme que « La Constitution officialise la délégation du pouvoir législatif appartenant au Parlement » ; DUVERGER (Maurice), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, coll. Thémis, 10^e éd., 1968, p. 557. L'auteur évoque « le pouvoir de légiférer par ordonnances ».

²⁵⁵ SAUVÉ (Jean-Marc), « La législation déléguée », *op. cit.*, p. 5.