



## LE POUVOIR REGLEMENTAIRE DU CHEF DE L'ETAT

Oumar TRAORE

Maître-assistant de droit public

Université Thomas SANKARA

Burkina Faso

### Introduction

La place du pouvoir exécutif dans la gouvernance de la République est une vieille question de la philosophie qui a influencé la doctrine juridique. Le pouvoir exécutif est pourtant une donnée constante des administrations africaines et semble se présenter du reste comme la figure de proue dans l'élaboration des normes. Du *politeia* grec à la *Respublica* latin, le concept de gouvernance et de recherche de la meilleure forme de gouvernement a traversé le temps bien avant l'époque des révolutions en Europe qui ont déterminé plus ou moins la forme actuelle des Etats. Dans une contribution parue en 1906, Joseph BARTHELEMY avançait qu'« au premier rang des problèmes que soulève l'établissement de la République, s'imposent comme les plus importants et les plus délicats ceux qui intéressent le pouvoir exécutif. C'est sous des formes diverses et des aspects complexes qu'ils sollicitent l'attention des constituants.<sup>1</sup> » Cette attention fut l'œuvre d'une histoire modelée et remodelée au gré de l'évolution des sociétés et de la place que celles-ci ont bien voulu conférer au « premier dirigeant » dans l'élaboration des normes pour la République. Il n'est cependant pas anodin de souligner que l'association du Chef de l'Etat à l'élaboration des normes au sein de l'Etat n'est pas une consécration récente<sup>2</sup>. Cette association s'incarne néanmoins dans les manifestations du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat dont la compréhension nécessite au préalable une définition des concepts.

Le pouvoir est une manifestation de l'autorité sur des hommes et des choses. Il incarne la vertu du souverain et détermine en dernière analyse la situation de celui qui décide dans les moments normaux et critiques de la Nation, avec faculté de subordonner des citoyens. Le mot « pouvoir » désigne donc une « dissymétrie entre deux volontés libres, dont l'une ordonne et l'autre obéit »<sup>3</sup>. Partant, il n'y a de pouvoir que lorsqu'il y a manifestation d'une autorité souveraine et exigence légale d'obéir à celle-ci. Le pouvoir est entendu ici comme contrainte et non comme force. Il est une adhésion ou une convention qui oblige, dès lors que sa source est légitime<sup>4</sup>. Le pouvoir est en ce sens un élément de la norme<sup>5</sup> qui prend sens avec une volonté et une décision, laquelle décision permet à la norme d'exister et de produire des effets<sup>6</sup>. Le pouvoir est normatif

<sup>1</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, p. 5.

<sup>2</sup> Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 39.

<sup>3</sup> Jean BAECHLER, « Le concept de pouvoir », in *Le pouvoir*, Pierre DELVOLVE (dir.), Paris, LGDJ, 2022, p. 24.

<sup>4</sup> *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1762, collection « les Classiques des sciences sociales », disponible sur <http://classiques.uqac.ca/>, p. 12.

<sup>5</sup> Patrice GARANT et Hélène GRENIER, « Réflexions sur l'acte réglementaire et quasi-réglementaire », *Les Cahiers de droit*, 17(2), 1976, p. 517.

<sup>6</sup> Carl SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 20.



et décisif. Le droit administratif instruit sur l'organisation du pouvoir réglementaire au sein de l'Etat et l'histoire romaine renseigne que sa consécration entre les mains d'une personne toute-puissante fut l'œuvre de l'*imperium*, concept utilisé pour désigner le pouvoir de l'empereur par dépossession du Sénat, de la plèbe et du *praetor*.

Quant au règlement, il est perçu comme une mesure nécessaire à l'exécution des lois. Cette conception implique que l'exécution se fasse au moyen d'actes unilatéraux dont la finalité est pourtant « d'affecter l'ordonnancement juridique »<sup>7</sup>. La référence dans le langage juridique ordinaire au réglementaire permet d'opposer ce dernier à l'interprétatif. Sous cet angle, toute obligation juridique est réglementaire. Il est ainsi frappant de noter que le « réglementaire » est ce qui est conforme au règlement et que partant, le règlement désigne d'abord un ordonnancement au sein de l'Etat<sup>8</sup>. Il peut cependant avoir un entendement strict pour désigner en droit administratif l'acte qui émane d'un organe administratif ou tout organe jouant ce rôle au sein de l'Etat<sup>9</sup>. L'uniformité de son entendement fut alors l'œuvre de la jurisprudence administrative qui identifia très tôt le régime juridique du règlement à travers la compétence des juridictions administratives. L'autonomisation de celles-ci ainsi que la création du Tribunal des conflits en France se sont présentées comme la normalisation d'une pratique<sup>10</sup> du temps de la « justice du roi ».

Bien tôt, le Tribunal des conflits français confirma cette situation par la référence au service public comme fondement de la responsabilité administrative faisant intervenir un juge spécial<sup>11</sup> et par le critère organique nécessitant l'intervention d'une autorité publique<sup>12</sup>. Cette intervention fut transmise aux Etats africains comme le Burkina Faso, le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Mali et le Niger par le biais de la colonisation. Il en fut ainsi particulièrement à l'égard des actes pris par le Président de la République<sup>13</sup> dont le régime juridique fut parfois assimilé au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire à celui des mesures d'ordre intérieur<sup>14</sup>. Ce critère organique, initialement fut utilisé par le Tribunal des conflits français comme un moyen de détermination du recours en annulation. Ainsi, tout règlement « s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane (...) participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire<sup>15</sup> ». L'acte réglementaire constitue donc en soi un acte législatif puisque la fonction d'exécution des lois est un élément

<sup>7</sup> Demba SY, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> édition, Dakar, L'Harmattan, 2021, pp. 321 et 322.

<sup>8</sup> Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, Paris, PUF, 1991, p. 3.

<sup>9</sup> CE du Burkina Faso, 13 février 2018, *Djibril BASSOLE* ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2022, p. 885.

<sup>10</sup> CE, 06 décembre 1855, *Rothschild*, Rec., p. 707.

<sup>11</sup> TC, 08 février 1873, *Blanco*, Rec., p. 61 ; TC, 20 janvier 1945, *Du Verne*, Rec., p. 274.

<sup>12</sup> Dodzi Komla KOKOROKO, *Les grands thèmes du droit administratif*, Lomé, Presses universitaires de Lomé, 2018, p. 27.

<sup>13</sup> CE, 13 mai 1872, *Brac de la perrière*, Rec., p. 299 ; CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913 ; voir aussi Salif YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif au Burkina Faso*, 4<sup>e</sup> édition, Ouagadougou, Presses universitaires, 2020, p. 231.

<sup>14</sup> Chambre administrative de la Haute-Volta, arrêt n°15 du 8 juillet 1983, *Garango Tiémoko Marc* ; Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, arrêt n°20 du 30 mars 2007, *Tiboué-Bi GNAMIEN C/ Présidence de la République*.

<sup>15</sup> TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec., p. 732 ; Chambre administrative de la Haute Volta, 10 janvier 1975, *FOFANA Soumana* ; 23 janvier 1987, *Dame TRAORE née COMPAORE Félicité* ; Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 39 ; Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, Paris, PUF, 1991, p. 5.



de l'action administrative<sup>16</sup>. Dès lors, l'acte réglementaire désigne le pouvoir d'édition de normes, confié aux autorités administratives pour l'organisation et la régulation des institutions sous leur contrôle. Il a, partant, un caractère général et impersonnel<sup>17</sup>.

A cet égard, le Président de la République dispose du pouvoir réglementaire sur l'institution « présidence » et sur la Nation objet de sa présidence. Une révision récente de la Constitution du Burkina Faso crée une administration spécifique pour la présidence du Faso et fait du Chef de l'Etat le chef de cette administration<sup>18</sup>. Le pouvoir réglementaire qu'il exerce au titre de cette administration trouve néanmoins son fondement dans la perspective de l'arrêt *Jamart*<sup>19</sup>, décision de la Haute juridiction administrative française conférant aux chefs de services le pouvoir réglementaire. Ce pouvoir réglementaire du Président de la République qui lui permet d'organiser les services de la Présidence ne sera pas pris en compte dans la présente étude dans la mesure où il est limité à l'organisation d'un service sans s'inscrire dans le cadre de la police générale pour le maintien de la Nation ou pour le déploiement des effets d'une loi.

Le règlement visé dans la présente étude est synonyme de réglementaire avec la nuance que le règlement désigne l'*instrumentum* et le réglementaire désigne le caractère de celui-ci<sup>20</sup>. Le pouvoir réglementaire est donc le pouvoir détenu par une autorité administrative en vue d'assurer le fonctionnement des institutions. Il se manifeste au moyen d'une décision qui a pour but de créer du droit ou « de préciser la loi dans une situation particulière touchant les droits ou les intérêts d'une ou de quelques personnes, une norme qui vise à établir un ordre juridique nouveau ou modifié », en établissant à l'avance des règles de comportement applicable à une ou plusieurs personnes.<sup>21</sup> » Ce pouvoir est dérivé s'il fait application d'une loi et est autonome s'il trouve son fondement dans la Constitution. Si la question de l'existence du pouvoir réglementaire fut posée à l'égard du pouvoir réglementaire autonome<sup>22</sup>, Gaston JEZE attirait l'attention de ses contemporains, commentant l'œuvre de Félix MOREAU<sup>23</sup>, sur le constat que le règlement administratif est une matière délicate et mal déterminée<sup>24</sup>. Ce constat, aujourd'hui encore d'actualité, est que sa dévolution au Chef de l'Etat se présente comme un fait qui laisse voir qu'il concurrence ou supprime les autres pouvoirs de l'Etat.

D'un point de vue historique, la construction d'un nouvel ordre au lendemain de la révolution française a permis d'écarter le roi qui légiférait pour mettre en place une « Présidence collégiale » doté d'un pouvoir minimum de « faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution »<sup>25</sup>. C'est la Constitution du 22 frimaire AN VIII qui consacra cependant le concept

<sup>16</sup> Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, op.cit., p. 39.

<sup>17</sup> CE du Niger, arrêt n° 19-25/ CA du 12 mars 2025, *Entreprise GAI Niger SARL*.

<sup>18</sup> Voir l'article 36 nouveau de la loi constitutionnelle n° 033-2024/ALT du 29 octobre 2024 portant révision de la Constitution.

<sup>19</sup> CE, sect., 07 février 1936, *Jamart*, Rec., p. 172.

<sup>20</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2022, pp. 885 et 887.

<sup>21</sup> René DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, tome 1, Québec, PUL, 1974, p. 105.

<sup>22</sup> Louis FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, n° 6, 1987, p. 871.

<sup>23</sup> Félix MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique du droit public français*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, 524 p.

<sup>24</sup> Gaston JEZE, *Revue générale d'administration*, t. 2, 1902, p. 5.

<sup>25</sup> Voir l'article 144 de la Constitution française du 05 fructidor AN III ; Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, op.cit., p. 195.



de règlement<sup>26</sup>. La Constitution de 1848, consacrant l'élection du Président de la République a reconduit ces mêmes attributions en permettant à une autorité légitime, le Président, de surveiller et d'assurer l'exécution des lois »<sup>27</sup> sans pour autant faire référence directement au règlement<sup>28</sup>. Le Président eut ainsi la possibilité d'adopter des règlements<sup>29</sup> et cette possibilité se communiqua aux Etats africains avec le processus de colonisation.

Quant à l'expression « chef de l'Etat » ou « Chef d'Etat », elle est générique. A ce titre, elle désigne la première autorité solennelle de l'Etat. Cette autorité peut être le Président de la République comme c'est le cas dans les Etats ayant un régime présidentiel ou un régime semi-présidentiel<sup>30</sup>. Dans les régimes parlementaires néanmoins, l'acception du chef de l'Etat est parfois contrastée, puisqu'elle peut renvoyer à un président qui peut régner sans gouverner<sup>31</sup>. Dans ce dernier cas, le Chef de l'Etat, quoiqu'étant le souverain qui règne sans gouverner, est en réalité le Chef du gouvernement comme dans les hypothèses britannique et israélienne. Elle peut aussi renvoyer à un Chef d'Etat élu au suffrage universel direct et exerçant véritablement le pouvoir d'Etat comme dans les hypothèses du Mali, de la Côte d'Ivoire, du Burkina Faso, du Bénin et du Niger.

Dans toutes les situations où le Chef de l'Etat est organiquement distinct du Chef du gouvernement, le Chef de l'Etat peut être synonyme de Président de la République<sup>32</sup>. Cette situation est l'hypothèse admise dans la présente étude. Ainsi la Constitution du Niger traite le Président de la République comme le Chef de l'Etat<sup>33</sup>. Il en va de même des articles 36 et 63 de la Constitution du Burkina Faso qui font la distinction entre « Chef de l'Etat » et « Chef du Gouvernement » en conférant le premier attribut au Président du Faso et le second au Premier Ministre. Cette même distinction est opérée par la Constitution du Mali<sup>34</sup> et la Constitution de Côte d'Ivoire. La Constitution du Niger et la Constitution de Côte d'Ivoire<sup>35</sup> précisent, du reste, que le Président de la République est le Chef de l'administration.

Quant à la Constitution du Bénin, elle, fait du Président de la République à la fois le Chef de l'Etat et le Chef du gouvernement<sup>36</sup>. Ce qui, du reste, est entériné par la Cour constitutionnelle du Bénin<sup>37</sup>. Dans cette synonymie, des différences d'approche peuvent cependant être relevées. D'un point de vue organique, la Présidence est une institution et le Chef de l'Etat est considéré comme une personnification de cette dernière à travers la théorie de la représentation<sup>38</sup>. D'un point de vue matériel, la Présidence est une fonction conventionnelle à laquelle la Constitution

---

<sup>26</sup> Selon l'article 44 de cette Constitution, « Le gouvernement propose les lois, et fait les **règlements** (gras ajouté) nécessaires pour assurer leur exécution. »

<sup>27</sup> Voir l'article 49 de la Constitution française de 1848.

<sup>28</sup> Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, Paris, PUF, 1991, p. 2.

<sup>29</sup> Salif YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif au Burkina Faso*, 4<sup>e</sup> édition, Ouagadougou, Presses universitaires, 2020, p. 213.

<sup>30</sup> Maurice DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, Paris, PUF, 1986, 367 p.

<sup>31</sup> Cette hypothèse est celle d'Israël, de la Grande Bretagne, de l'Espagne, des Pays Bas, du Luxembourg, de la Suède et du Danemark.

<sup>32</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2022, pp. 167 et 799.

<sup>33</sup> Voir les articles 46, 62, 69 et 73 de la Constitution du Niger de 2010.

<sup>34</sup> Voir les articles 43, 75 et 77 de la Constitution du Mali de 2023.

<sup>35</sup> Voir l'article 62 de la Constitution du Niger et les articles 34, 41 et 46 de la Constitution de Côte d'Ivoire.

<sup>36</sup> Voir l'article 54 de la Constitution du Bénin de 1991.

<sup>37</sup> Décision DCC 96-020 du 26 avril 1996, *GBETIN Dézégni et consorts*, considérant 4.

<sup>38</sup> Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2024, p. 111.



a conféré la vertu de réalisation de l'unité nationale et la protection des institutions. Le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat est donc une fonction de maintien de la Nation. Cette fonction se manifeste et se réalise essentiellement par l'exercice du pouvoir réglementaire, faisant de ce pouvoir la manifestation de la suprématie du Chef de l'Etat sur les autres pouvoirs.

Il reste possible d'avancer dans ces situations que la distinction entre le Chef de l'Etat et le Chef du gouvernement laisse transparaître que l'administration est un outil de l'exécutif en vue de la réalisation des desseins prônés par ceux qui déterminent le contenu de l'intérêt général, finalité principale du service public. Le gouvernement est ainsi un collège d'hommes réunis autour du Chef de l'Etat et chargés de la gestion d'un pan entier de l'administration. Il va sans dire que le gouvernement est une administration chargée de l'administration des affaires publiques. La notion d'administration publique implique dès lors une idée d'intendance. Au-delà des édifices publics et des services publics, l'administration reste ainsi une activité d'intendance des biens de l'Etat au profit de l'intérêt général. Le pouvoir réglementaire est ainsi un pouvoir d'administration entendu au sens large<sup>39</sup>.

Le rôle du Chef de l'Etat dans l'histoire du règlement en droit administratif français fut toujours celui d'un dépositaire de l'autorité publique et quelques fois au moyen des sanctions royales<sup>40</sup>. Son rôle dans le fonctionnement de l'administration fut presque toujours utile et primordial au nom de la nécessité « d'assurer concrètement les lois »<sup>41</sup>. Les Constitutions contemporaines, parfaitement au courant de cette situation, ont opté cependant de conférer au Chef du gouvernement le pouvoir réglementaire ordinaire et au Chef de l'Etat un pouvoir réglementaire en période extraordinaire<sup>42</sup>. L'observation du fonctionnement du pouvoir réglementaire instruit sur un exercice fortement penché envers le Chef de l'Etat, témoignant d'une toute-puissance conquise par ce dernier au détriment des autres pouvoirs constitués<sup>43</sup>. La prééminence du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat sur les autres pouvoirs est une incarnation exprimée par les fonctions du Chef de l'Etat « gardien, arbitre et garant. »<sup>44</sup>. C'est donc dans ses fonctions de gardien et de garant que se révèle le plus l'exercice de son pouvoir réglementaire.

A titre illustratif, s'inscrit dans la fonction de garant la mise en œuvre de l'article 59 de la Constitution du Burkina Faso relatifs à l'exercice du pouvoir réglementaire de crise<sup>45</sup>. L'exercice de son pouvoir réglementaire en tant que garant est un exercice principal tandis que le même exercice en tant que gardien confère à son pouvoir réglementaire un pouvoir supplétif. Cette dernière mission est ainsi réduite « par la compétence concurrente des autres pouvoirs

---

<sup>39</sup> Emilien QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958)*, Thèse de doctorat, Université de Lille, 2019, p. 13.

<sup>40</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p. 399.

<sup>41</sup> Charles DURAND, Albert LANZA, *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1976, (Travaux et mémoires de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, p. 14 ; Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op.cit.*, p. 365.

<sup>42</sup> Henry BERTHÉLEMY, « Le pouvoir réglementaire du président de la République », *Revue politique et parlementaire*, 1898, p. 322.

<sup>43</sup> Olivier DARD, « Bertrand de Jouvenel : pouvoir, souveraineté, principat », in *Le pouvoir*, Pierre DELVOLLE (dir.), Paris, LGDJ, 2022, p. 85.

<sup>44</sup> Philippe ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 39.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 45.



publics constitutionnels<sup>46</sup> ». Elle traduit à certains égards aussi un pouvoir de crise s'inscrivant en dehors de la crise constitutionnelle empêchant le fonctionnement régulier des institutions. Dans les deux fonctions donc, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat est un pouvoir de crise, la distinction pouvant être faite entre la crise en période ordinaire et la crise en période extraordinaire.

C'est ainsi que l'ordonnance et le décret de promulgation, actes réglementaires, sont caractéristiques d'une « crise du parlement » en période ordinaire, justifiant que l'intervention du Président soit nécessaire. L'on peut donc convenir, en paraphrasant JULLIARD que le Président « est à la fois, en tant qu'individu le premier serviteur de la République, et en tant qu'institution, l'incarnation concrète du pouvoir. »<sup>47</sup>. Cette incarnation est le substrat de ces deux fonctions de garant et de gardien mettant ainsi le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat au-dessus ou à concurrence des autres pouvoirs au sein de l'Etat. Cet état des choses instruit au moins sur la réalité que le pouvoir est une compétition dans la mesure où au sein de l'Etat il est l'expression d'un pluralisme en faveur du Chef de l'Etat<sup>48</sup>. Lequel pluralisme peut être vu comme le triomphe de l'acte réglementaire au sens strict sur l'acte législatif et quelques fois sur l'acte judiciaire.

Cette prééminence s'explique, du reste, par l'irresponsabilité du Chef de l'Etat, rappelée par la loi constitutionnelle du 30 décembre 2023 du Burkina Faso, sauf lorsque l'acte réglementaire est constitutif de haute trahison ou de détournement de deniers publics<sup>49</sup>. Alors même que l'exercice de son pouvoir réglementaire est réel, l'irresponsabilité semble envisager l'effacement du Chef de l'Etat en transférant la conséquence de ces actes sur le gouvernement<sup>50</sup> « dont il est nominalement le chef et dont il nomme le Premier d'entre eux. » C'est là la manifestation du principat consacrant une monarchisation de l'exercice du pouvoir réglementaire.

En cela, l'étude de ce sujet permet d'appréhender le titulaire du *facere legem potentia*, en droit administratif. S'il est vrai que l'étude du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat peut s'inscrire aussi en droit constitutionnel, c'est essentiellement en droit administratif que la présente étude est menée<sup>51</sup>. Les références constitutionnelles s'expliquent par l'encadrement du droit administratif par la constitution en matière notamment de répartition du domaine de la loi et du règlement hérité de la constitution française de 1958.

D'un point de vue pratique, cette étude, en faisant la distinction entre la fonction présidentielle et le pouvoir réglementaire, met au cœur du pouvoir normatif de l'Etat le Président de la République qui peut confisquer, geler ou ralentir l'exercice de ce pouvoir et au besoin supplanter celui du Premier Ministre. Conformément aux Constitutions Burkinabè, nigérienne et malienne, ce pouvoir est en principe celui du Premier Ministre. Dans l'exercice du pouvoir

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Jacques JULLIARD, « La tentation du Prince-Président », *Revue pouvoirs*, n°41, 1987, p. 28.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Voir à ce sujet l'article 137 de la loi constitutionnelle n° 045-2023/ALT du 30 décembre 2023 portant révision de la Constitution.

<sup>50</sup> René CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, Paris, Editions du CNRS, 1982, p. 382.

<sup>51</sup> Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1954, p. 21.



règlementaire au Burkina Faso par exemple, le chef de l'Etat a reçu un pouvoir règlementaire d'exception, laissant ainsi au Premier Ministre l'exercice du pouvoir règlementaire ordinaire. Ainsi, celui-ci dispose du pouvoir règlementaire d'exécution des lois.

Selon l'article 54 de la Constitution béninoise toutefois, « Le Président de la République est le détenteur du pouvoir exécutif. Il est le chef du Gouvernement, et à ce titre, il détermine et conduit la politique de la Nation. Il exerce le pouvoir règlementaire » et assure l'exécution des lois. La présence d'un Premier Ministre n'est donc pas une condition d'exercice du pouvoir règlementaire ordinaire par le Président de la République qui détient d'ailleurs ce pouvoir ainsi que le pouvoir règlementaire de crise, les ministres n'ayant qu'un pouvoir règlementaire de contreseing au Burkina Faso, au Mali, au Niger, au Bénin et en Côte d'Ivoire<sup>52</sup>.

D'un point de vue historique, l'étude du pouvoir règlementaire du Chef de l'Etat renseigne sur une évolution qui a d'abord sanctionné les abus de l'autorité royale en reléguant cette dernière au rang d'exécutant de la volonté parlementaire. Les actes administratifs qu'il pouvait adopter relevait ainsi d'un pouvoir secondaire de législation. L'intérêt actuel du sujet permet toutefois de faire constater que le Président, par l'exercice du pouvoir règlementaire au détriment du Premier Ministre, semble avoir acquis, par la force des choses, un pouvoir primaire de législation en matière administrative.

A l'aune de ces observations, il est donc possible de dégager la problématique suivante : le pouvoir règlementaire du chef de l'Etat lui confère-t-il un pouvoir prééminent de législation pour garantir le maintien et/ou la survie de l'Etat ?

Cette problématique permet d'appréhender la nature du pouvoir règlementaire du Chef de l'Etat mais surtout les moyens juridiques et les cadres institutionnels qui voient la manifestation de ce pouvoir. Si la séparation des pouvoirs est désormais un principe de l'Etat démocratique, l'analyse du pouvoir règlementaire du Chef de l'Etat permet de dire que celui-ci détient un pouvoir primaire. Le pouvoir règlementaire du chef de l'Etat s'est présenté comme un outil ultime de législation dans un régime qui confère, textuellement la suprématie et la souveraineté à la loi, conférant ainsi au Président le rôle d'un tuteur de la République dont l'intervention est appréhendée comme une nécessité<sup>53</sup>. Trouvant des ferments dans la Constitution et la loi, le pouvoir règlementaire du Président de la République ne fait plus cependant de ce dernier un spectateur. L'analyse montre que le Président a unifié le pouvoir règlementaire sous son autorité comme un moyen de redresser les débordements dans l'administration et de l'administration aussi bien en période ordinaire qu'en période exceptionnelle. Le pouvoir règlementaire du président de la République est ainsi un pouvoir primaire de législation dont l'exercice est orienté sur le maintien et pour la survie de la Nation.

Cette hypothèse repose sur deux constats. Le Chef de l'Etat, initialement ignoré dans le pouvoir de légiférer s'est vu confié progressivement un pouvoir règlementaire de gestion des problèmes moins sensibles de la République. Son pouvoir fut alors une concession nécessaire de la loi,

---

<sup>52</sup> Voir respectivement les articles 100 de la Constitution du Burkina Faso, 75 de la Constitution du Niger, 77 de la Constitution du Mali, 53 de la Constitution de Côte d'Ivoire.

<sup>53</sup> Syméon KARAGIANNIS, « L'article 16 des autres. Pénétration d'une originalité française dans certaines Constitutions étrangères », *RDP*, 2016, p. 962.



faisant de celui-ci un pouvoir réglementaire induit (**I**). A la faveur de la Constitution française de 1958 qui a inspiré les constitutions des anciennes colonies françaises et de la détermination du domaine de la loi et du règlement, le Chef de l'Etat a aussi un pouvoir réglementaire conquis (**II**).

### **I. Un pouvoir réglementaire induit**

Le caractère induit du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat procède d'une évolution au nom de la nécessité institutionnelle (**A**) de faire intervenir l'exécutif dans l'exécution de la loi. Ce postulat signifie que le Chef de l'Etat dispose d'un pouvoir réglementaire en période ordinaire qui est un complément nécessaire de la loi. En conséquence, le Chef de l'Etat a une réserve réglementaire (**B**) faisant dépendre l'application des lois parfois de sa volonté.

#### **A. Un pouvoir réglementaire induit de la nécessité institutionnelle**

L'analyse du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat instruit sur une évolution rendue possible par l'évolution même du pouvoir normatif au sein de l'Etat. Cette évolution qui a constaté la régression du légicentrisme (**1**) a été en faveur de l'éclipse du Chef de gouvernement (**2**) au profit du Chef de l'Etat.

##### **1. La régression du légicentrisme**

Le règne de la loi au sens strict est à la base de l'avènement du pouvoir et de la souveraineté parlementaire<sup>54</sup>. Ce pouvoir s'est imposé, historiquement, au détour de la conception de la révolution française de juillet 1789 comme la voie d'une imposition contre « le pouvoir du roi », synonyme aujourd'hui du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat. Le pouvoir parlementaire a donc été consacré pour faire face à la toute-puissance, jadis, du roi qui en lui seul incarnait les trois pouvoirs<sup>55</sup>. Parmi les révolutionnaires français, il y a eu ceux qui acceptaient le principe d'une prééminence de la volonté parlementaire sur la volonté présidentielle. Pour ces derniers, le règne du roi devait briller par l'absence d'un pouvoir réglementaire dévolu au gouvernement. La formule heureuse de Thiers « le roi règne et ne gouverne pas » traduit pourtant l'aspiration d'une conciliation acceptable entre la couronne et la représentation nationale<sup>56</sup>. Elle a conféré en même temps au « pouvoir parlementaire » la vertu de légiférer au nom d'un peuple qui l'a porté au pouvoir contre un individu qui prétendait détenir ce pouvoir de sa naissance ou de Dieu<sup>57</sup>.

Bien tôt, le nouveau président issu de cette « exclusion du roi » devait se voir confier le rôle d'un exécutant<sup>58</sup> de la « volonté parlementaire », au moyen des règlements d'administration publique<sup>59</sup>, parce que lui-même tenait sa légitimité, jusqu'en 1962, en droit français, de ces

<sup>54</sup> Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op.cit.*, p. 380.

<sup>55</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, p. 416 ; Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 147.

<sup>56</sup> Jacques JULLIARD, « La tentation du Prince-Président », *Revue pouvoirs*, n°41, 1987, pp. 35-36.

<sup>57</sup> Jean BODIN, *Les six livres de la République, Un abrégé du texte De l'édition de Paris de 1583*, Québec, Les classiques des sciences sociales, 1993, p. 78.

<sup>58</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, op.cit.*, p. 421 ; Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 148.

<sup>59</sup> Raymond Carré de MALBERG, « La loi et le règlement d'administration publique. Les effets suspensifs de la délégation législative », *RDP*, 1938, p. 643.



derniers<sup>60</sup>. L'article 6 de la Constitution française de 1791 disposait en ce sens que « le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution ».

Cette disposition consacrait une distribution du pouvoir qui consistait à conférer au roi un rôle secondaire dans la gestion du royaume en matière d'adoption des normes<sup>61</sup>. Cette construction de la distribution du pouvoir au sein de l'Etat conférait à celui qui fut l'*alpha* et l'*Omega* de l'Etat un rôle identique à celui du sénat, sous l'empire romain, dépouillé de ses prérogatives, mais existant encore comme un ornement juridique pour contenter une partie de l'empire.

La régression du pouvoir présidentiel par le droit et à la faveur de la révolution - mais toujours refusée par la fonction présidentielle<sup>62</sup> - connaîtra une évolution avec la détermination du domaine réservé du pouvoir réglementaire, parfois un concurrent du pouvoir législatif. On a pu en déduire le domaine réservé du Président de la République<sup>63</sup>, conférant ainsi à ce dernier un moyen d'action identique et parfois supplétif du pouvoir législatif.

D'un point de vue historique, Joseph BARTHELEMY, en fervent défenseur de l'exécutif, instruit dans l'histoire de l'exécutif qu'au lendemain de la révolution française, des craintes furent élevées sur le constat qu'en régime représentatif « la liberté est davantage menacée par le pouvoir législatif que par le pouvoir exécutif<sup>64</sup> » lorsque ce dernier est borné. La Constitution française de 1795 a donc limité le pouvoir législatif en le considérant dans la conception de LAMARE « comme une réunion d'hommes que le peuple paie pour lui faire des lois et rien que cela<sup>65</sup> ». Selon l'article 46 de la Constitution de l'an III en effet, « le corps législatif ne peut exercer par lui-même ni par des délégués le pouvoir législatif ni le pouvoir judiciaire ».

Si les repères d'un Président de la République législateur n'avaient pas forcément disparu avec l'avènement de la Révolution, la cinquième république en France a rendu possible le « retour d'un pouvoir présidentiel » qui s'est imposé au moyen des règlements administratifs adoptés désormais sous un Conseil des Ministres présidé par le Chef de l'Etat et des initiatives législatives autonomes qu'il détient de la Constitution. Cette règle est constante au Burkina Faso, au Mali et au Niger.

En Afrique francophone de façon générale, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat a fait du parlement « une relique institutionnelle ».<sup>66</sup> Ce pouvoir présidentiel s'est davantage affermi au moyen du pouvoir réglementaire autonome au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>67</sup> et assuré après par la

<sup>60</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, op.cit., pp. 12-13.

<sup>61</sup> Félix MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique du droit public français*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, p. 79.

<sup>62</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, op.cit., p. 417 ; Lucien SFEZ, « Une survivance : le règlement d'administration publique », in : Paul AMSELEK, Jean-Paul BUFFELAN, Jean CATHELINÉAU, *Etudes de droit public*, Paris, Cujas, 1964, p. 249-285 ;

<sup>63</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, pp. 555 et 646.

<sup>64</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, op.cit., p. 545.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 545-546.

<sup>66</sup> Téléphore ONDO, « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », dans Jean Garrigues et al., *Actes du 57e Congrès du CIIHA. Assemblées et parlements dans le monde, du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Assemblée nationale, 2010, p. 977.

<sup>67</sup> CE, 08 août 1919, *Labonne*, Rec., p. 737.



Constitution au moyen des décrets simples<sup>68</sup>, affirmant ainsi l'autonomie du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat par rapport au pouvoir réglementaire dérivé qu'il peut tenir de la loi.

Certains Etats africains issus de la colonisation, après la première vague d'un constitutionnalisme presque infructueux<sup>69</sup>, consacrèrent très tôt, à la faveur du néoconstitutionnalisme des années 1990, et inspirés du modèle français ou des modèles de démocraties libérales<sup>70</sup>, un régime parlementaire<sup>71</sup> dans lequel le pouvoir du président de la République était incontesté au regard de la quasi-impossibilité d'une cohabitation<sup>72</sup>. Ce fut le cas du Burkina Faso, du Mali et du Niger. Dans ces Etats, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct a contribué à l'instauration d'un « présidentielisme monolithique »<sup>73</sup>. La Constitution béninoise de 1990 et ivoirienne de 2016 n'hésitèrent cependant pas à faire le choix d'un régime présidentiel pouvant s'émanciper d'un Premier Ministre. Dès lors, le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat devint et resta un concurrent naturel, sinon un supplétif accepté du pouvoir législatif. Sa volonté irrigue les textes de la république<sup>74</sup> et il est l'organe central autour duquel se négocient les propositions parlementaires<sup>75</sup> et les grands textes réglementaires de la Nation. Le parlementarisme dans les trois premiers Etats cités se rapprocha ainsi du régime présidentiel dans les deux derniers. En conséquence, la crise du parlementarisme<sup>76</sup> a ainsi atteint<sup>77</sup> ces Etats africains issus des processus d'indépendance dès leur accession à la souveraineté internationale<sup>78</sup>.

Si les tentatives d'expliquer la limitation du pouvoir réglementaire du Président de la République tenait à l'idée de détention consubstantielle d'un pouvoir moindre de ce dernier par rapport au pouvoir du Parlement au lendemain de la révolution, la séparation des pouvoirs proclamée par les mêmes révolutionnaires fut un argument de renforcement du pouvoir exécutif et partant du pouvoir de son premier chef<sup>79</sup>. Il n'est pas anodin de faire constater que si ce

---

<sup>68</sup> L'article 100 de la Constitution du Burkina Faso a fait un aménagement de ce pouvoir pour conférer exclusivement au Chef de l'Etat un pouvoir personnel qu'il détient et exerce de la Constitution. En ce domaine, le Chef de l'Etat seul décide de l'exercice de la grâce. Dans certaines situations comme l'état de siège et l'état d'urgence, il décide seul après une consultation formelle de certains pouvoirs constitutionnels.

<sup>69</sup> Jean du Bois de GAUDUSSON, Gérard CONAC, Christine DESOUCHES, *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 9.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>71</sup> Jean Mermoz BIKORO, « Le parlement de transition en Afrique Le cas des États d'Afrique noire francophone », *Les annales de droit*, n° 15, 2021, p. 1.

<sup>72</sup> Jean du Bois de GAUDUSSON, Gérard CONAC, Christine DESOUCHES, *Les Constitutions africaines publiées en langue française, op.cit.*, p. 10.

<sup>73</sup> Téléphore ONDO, « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 978.

<sup>74</sup> Jean-François BAYART, *L'Etat en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, ("L'espace du politique"), 1989, 439 p.

<sup>75</sup> Jean Mermoz BIKORO, « Le parlement de transition en Afrique Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p.

<sup>76</sup> Téléphore ONDO, « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 979. Paul ROUBIER parle de « carence et de senescence de la loi. »

<sup>77</sup> Michel COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », in *La loi, Revue Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 21.

<sup>78</sup> Téléphore ONDO, « Splendeurs et misères du parlementarisme en Afrique noire francophone », dans Jean Garrigues et al., *Actes du 57e Congrès du CIHAE. Assemblées et parlements dans le monde, du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Assemblée nationale, 2010, p. 977.

<sup>79</sup> Bertrand MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », in *La loi, Revue Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 74.



pouvoir était, dans une certaine mesure, absent dans la gestion des affaires importantes de la métropole, la France a reconnu au Chef de l'Etat<sup>80</sup> un pouvoir réglementaire sur les colonies<sup>81</sup>. Séparé les pouvoirs, c'est reconnaître un domaine d'intervention propre et il est aisé de constater à l'origine que ce domaine d'intervention n'a jamais omis l'existence d'un pouvoir réglementaire pour et par le Président de la République<sup>82</sup>. Le contentieux autour de ces actes auprès du Conseil d'Etat justifie cet état de constat et la jurisprudence a fait observer, bien avant l'autonomisation du Conseil d'Etat et après celle-ci, que le pouvoir du Chef de l'Etat d'adopter un règlement d'administration publique conférait à cet acte la faculté de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>83</sup>. Par ailleurs, la réunion de la responsabilité administrative du fait des actes du parlement et du fait des actes du Président de la République au prisme de la jurisprudence à la fois du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits constitue une étape décisive pour l'émancipation d'un pouvoir réglementaire détenu par le Président de la République<sup>84</sup>. Henry BARTHELEMY en constatait déjà les manifestations à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par l'identification du « domaine du Président de la République »<sup>85</sup>.

Dans l'agencement des pouvoirs au sein de la République, la philosophie politique<sup>86</sup> de Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>87</sup>, consiste en l'instauration d'un rapport de force<sup>88</sup>. Celui-ci est symbolisé par l'existence d'une « pente naturelle » de la volonté particulière sur la volonté générale<sup>89</sup>. En imposant le Chef de l'Etat comme législateur par voie réglementaire, les constitutions ont conféré au Président de la République un pouvoir réglementaire contre le Premier ministre, ce qui a favorisé l'éclipse de ce dernier.

## 2. L'éclipse du Chef de gouvernement

L'examen de l'histoire constitutionnelle des Etats issus de la colonisation française et de la France elle-même instruit sur un fait soutenu depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle dans une opinion jadis minoritaire. Selon la théorie de Joseph BARTHELEMY, le Président de la République est un véritable représentant de la Nation. A ce titre, il peut, comme le parlement, prendre lois et «

---

<sup>80</sup> Voir à ce sujet l'article 18 du *senatus consulte* du 03 mai 1854 sur la gestion des colonies.

<sup>81</sup> CE, 29 mai 1908, *Colonie du Sénégal*, Rec., p. 578 ; Félix MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique du droit public français*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, p. 97.

<sup>82</sup> CE, 13 mai 1872, *Brac de la perrière*, Rec., p. 299 ; CE, 29 mai 1908, *Colonie du Sénégal*, Rec., p. 578 ; CE, sect., 22 décembre 1933, *Maurel*, Rec., p. 1226.

<sup>83</sup> CE, 13 mai 1872, *Brac de la perrière*, Rec., p. 299 ; CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913 ; CE, 3 décembre 1914, *Cnudde*, Rec. p. 1045 ; CE, 19 octobre 1962 *Canal, Robin et Godot*, Rec., p. 552.

<sup>84</sup> CE, 06 décembre 1855, *Rotschild* ; CE, 11 janvier 1838 *Duchâtelier* ; CE, ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « la fleurette »*, Rec., p. 25 ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651 ; CE, 08 août 1919, *Labonne*, Rec., p. 737.

<sup>85</sup> Henry BARTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue politique et parlementaire*, 1898, n°1.

<sup>86</sup> ROUSSEAU distinguait entre « la volonté générale », exprimée par le parlement, « la volonté de corps » exprimée par les groupes de pression et « la volonté particulière », incarnée par celle du premier responsable de l'exécutif.

<sup>87</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, bibliothèque numérique romande, disponible sur [www.ebooks-bnr.com](http://www.ebooks-bnr.com), p. 77. La volonté de corps chez Rousseau est celle d'un groupe organisé comme moyen de pression à la fois sur l'exécutif et le parlement ; Emilien QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958)*, Thèse de doctorat, Université de Lille, 2019, p. 22.

<sup>88</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, bibliothèque numérique romande, disponible sur [www.ebooks-bnr.com](http://www.ebooks-bnr.com), p. 105.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 77 ; Benoît PLESSIX, *Droit administratif général, op.cit.*, p. 365.



exprimer la volonté souveraine de l'Etat<sup>90</sup> » et « vouloir au nom de la Nation<sup>91</sup> ». Cette affirmation est intervenue au moment où le Président de la République était élu au suffrage indirect. Ce mode de scrutin explique sans doute la faible aura dont il bénéficiait au regard du système de représentation nationale qui militait qu'il soit absent dans la sphère d'adoption des normes.

En dépit, le Président de la République disposait encore d'un pouvoir de prendre des règlements, pouvoir qui n'a pas été contesté et d'ailleurs admis par le Conseil d'Etat à un moment où le parlement détenait une prééminence législative sur le Chef de l'Etat<sup>92</sup>. L'on aurait donc des peines à établir que son pouvoir réglementaire n'est pas établi dans une période où à l'image du parlement, le Président de la République est élu au suffrage universel direct. C'est dire que la légitimité dont dispose le président de la République valide le pouvoir réglementaire qui est le sien<sup>93</sup> dans un contexte où le Président est présenté comme le garant de la République et des institutions<sup>94</sup>. « Cette conception de l'Exécutif entraîne évidemment une conception du pouvoir réglementaire, non réductible à l'exécution des lois<sup>95</sup> ».

Même lorsque l'on se situe dans le domaine de l'exécution des lois, le pouvoir réglementaire est conféré au Président de la République au détriment du Premier ministre. Selon l'article 63 de la Constitution du Burkina Faso, le Premier ministre « exerce le pouvoir réglementaire conformément à la loi, assure l'exécution des lois (...) ». Cette disposition figure dans son principe à l'article 73 de la Constitution nigérienne<sup>96</sup> et à l'article 77 de la Constitution malienne<sup>97</sup>.

En revanche, les Constitution béninoise et ivoirienne ont conféré le pouvoir réglementaire au Chef de l'Etat, soit en excluant le Premier ministre<sup>98</sup>, soit en faisant de ce dernier un animateur et coordonnateur de l'action gouvernementale<sup>99</sup>, c'est-à-dire, une autorité absente ou exclue de la direction du gouvernement. Le principe d'un Président de la République détenteur du pouvoir réglementaire général est clairement posé dans la Constitution ivoirienne. L'article 44 de cette

---

<sup>90</sup> Joseph BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, p. 22 ; Henry BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, pp. 209-227.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913, concl. Tardieu ; Voir aussi CE, 3 décembre 1914, *Cnudde*, Rec. p. 1045.

<sup>93</sup> Chambre administrative de la Haute Volta, 10 janvier 1975, *FOFANA Soumana* ; 23 janvier 1987, *Dame TRAORE née COMPAORE Félicité* ; 09 janvier 1996, *Dame BOULSA*.

<sup>94</sup> C'est le cas de l'article 36 de la Constitution du Burkina Faso et des dispositions constitutionnelles de crises dans les différentes constitutions évoquées dans cette étude.

<sup>95</sup> Emilien QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958)*, Thèse de doctorat, Université de Lille, 2019, p. 47.

<sup>96</sup> Selon cette disposition, « le Premier ministre est le chef du Gouvernement. Il dirige, anime et coordonne l'action gouvernementale. Il assure l'exécution des lois. (...) ».

<sup>97</sup> Selon cette disposition, « le Premier ministre (...) assure l'exécution des lois (...) ».

<sup>98</sup> Selon l'article 54 de la Constitution béninoise, « Le Président de la République est le détenteur du pouvoir exécutif. Il est le chef du Gouvernement, et à ce titre, il détermine et conduit la politique de la Nation. Il exerce le pouvoir réglementaire. »

<sup>99</sup> C'est le cas de la Constitution ivoirienne. Selon l'article 41 de la Constitution ivoirienne, « Le Président de la République est détenteur exclusif du pouvoir exécutif. (...) Le Premier ministre anime et coordonne l'action gouvernementale. »



Constitution dispose « Le Président de la République assure l'exécution des lois et des décisions de justice. Il prend les règlements applicables à l'ensemble du territoire de la République. »

Au regard de cette situation, l'organisation du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat peut s'inscrire dans deux types d'analyse : d'une part, les Constitutions burkinabè et nigérienne envisagent le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat comme un complément du pouvoir réglementaire du Premier ministre qui en est le détenteur, du moins quand il s'agit du pouvoir réglementaire général. Cette situation est parfois démentie par la pratique<sup>100</sup> qui permet de constater que le pouvoir réglementaire dont dispose le Premier Ministre est exercé par l'intervention du Conseil des Ministres présidé par le Chef de l'Etat<sup>101</sup>. Dans ce cas, le pouvoir réglementaire est exercé par ce dernier.

D'autre part, les Constitution béninoise et ivoirienne envisagent un pouvoir réglementaire absolu du Chef de l'Etat au détriment du Premier ministre. L'exercice du pouvoir réglementaire de crise constitue un moyen de renforcer les pouvoirs du Président de la République. Les exemples béninoises, ivoiriennes, burkinabè et nigérienne sont donc identiques. En définitive, le Chef de l'Etat a une prééminence sur le Premier Ministre dans l'exercice du pouvoir réglementaire. Dès lors, la configuration du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat présente des facettes différentes en fonction des régimes. Dans toutes les hypothèses évoquées cependant, le Président de la République s'est forgé une prééminence sur le Premier ministre.

L'hypothèse la plus visible est celle de la présidence qu'il assure du Conseil des ministres. Cette hypothèse est clairement affirmée dans la Constitution française de 1958<sup>102</sup>, dans la Constitution malienne de 2023<sup>103</sup>, dans la Constitution ivoirienne de 2016<sup>104</sup>. En revanche, la Constitution béninoise est plus catégorique. Ne prévoyant pas un Premier ministre<sup>105</sup>, elle confère la présidence du Conseil des Ministres au Président de la République. Dans ces hypothèses, l'auteur des actes réglementaires issus de ces Conseils est le Chef de l'Etat, justifiant des recours devant le Conseil d'Etat contre ces actes<sup>106</sup>. Le Conseil d'Etat français a jugé ainsi que lorsqu'une mesure doit être adoptée en Conseil des Ministres, elle relève de la compétence du Président de la République alors que lorsque la mesure est adoptée par le gouvernement, elle est l'œuvre du Premier Ministre<sup>107</sup>. Il exerce ainsi un pouvoir réglementaire au détriment du Premier ministre qui est supposé être le détenteur de ce pouvoir dans les

---

<sup>100</sup> Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2023, p. 610 ; Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2010, pp. 460 et 463.

<sup>101</sup> André BERTRAND, « La Présidence du Conseil et le Secrétariat Général du Gouvernement », *RDP*, 1948, pp. 435-451 ; Demba SY, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> édition, Dakar, L'Harmattan, 2021, p. 325 ; C'est le cas au Bénin en matière de fonction publique, voir Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, 04 août 1994, *HOUETO Auguste* ; 19 mai 1994, *Magloire MICHAI et autres*.

<sup>102</sup> Selon l'article 13 de cette Constitution, « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres ». Cette disposition est à lire dans la logique de l'article 21 dernier alinéa de la même Constitution.

<sup>103</sup> Cette Constitution prévoit la même règle en son article 58.

<sup>104</sup> Voir l'article 51 de la Constitution ivoirienne de 2016.

<sup>105</sup> Si celui-ci devait exister, la Cour constitutionnelle béninoise a considéré le Premier ministre comme le **premier** des ministres, voir Décision DCC 96-020 du 26 avril 1996, *GBETIN Dézégni et consorts*, considérant 5.

<sup>106</sup> Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, arrêt du 15 février 2018, *Léhady Vinagnon SOGLO c./Président de la République*.

<sup>107</sup> CE, Sect., 27 novembre 1959, *Syndicat national des médecins électroradiologistes*, Rec., p. 630.



systèmes où un premier ministre est institutionnalisé. En la matière, le contreseing du Premier Ministre et/ou des autres membres du Gouvernement a la nature d'une règle de forme<sup>108</sup> et non de compétence<sup>109</sup>. Toutefois, les délibérations en Conseil des Ministres<sup>110</sup> n'ayant pas fait l'objet d'adoption d'un acte formel relevant de la nomenclature des actes administratifs sont de « simples déclarations d'intention<sup>111</sup> » n'ayant pas d'effets juridiques et insusceptibles d'un recours contentieux<sup>112</sup>, sauf lorsqu'ils font griefs.

La pratique du pouvoir réglementaire d'exécution des lois est réduite parfois à l'exercice de ce même pouvoir par le Président de la République parce que les Républiques ont développé l'adoption des mesures d'exécution de la loi par l'intervention du Conseil des ministres. La position du Conseil d'Etat français s'inscrit cependant dans le sens d'une certaine méconnaissance de l'article 22 de la Constitution française. L'arrêt *Sicard*<sup>113</sup> valide cette méconnaissance par une interprétation de la Haute juridiction administrative française, consistant à faire du Premier Ministre la principale autorité du Conseil des Ministres pour l'adoption des textes d'application des lois en cas d'intervention du Conseil des Ministres. Selon l'arrêt *Sicard*, la signature du Président de la République sur un règlement d'application de la loi est une formalité qui n'entraîne pas l'annulation dudit décret dès lors que figure sur ce décret la signature du Premier Ministre. *A contrario*, lorsqu'un texte est délibéré en Conseil des Ministres alors qu'aucun texte n'impose cette délibération, il doit être signé par le Président de la République<sup>114</sup>. Le contreseing du Président de la République n'est donc un acte de forme que dans les hypothèses d'erreur du cosignataire qui a cru obtenir une compétence à l'égard d'un acte réglementaire alors que cette compétence est dévolue au Premier Ministre. En matière d'entrée en vigueur cependant, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat est un exercice exclusif à la fois du parlement et du Premier Ministre, impliquant une réserve réglementaire du Chef de l'Etat.

## **B. Une réserve réglementaire sous l'autorité du Chef de l'Etat**

Le Chef de l'Etat a un pouvoir réglementaire qui se manifeste, à l'égard de la loi, par la concrétisation-précision du vouloir législatif (2). Cette compétence nécessite au préalable, au moyen d'un acte réglementaire, la mise en vigueur du vouloir législatif (1).

### **1. La mise en vigueur du vouloir législatif**

---

<sup>108</sup> CE, 12 juillet 1957, *Chambre de commerce d'Orléans et du Loiret*, Rec., p. 474 ; CE, 30 octobre 1958, *Union mutuelle immobilière*, Rec., p. 811 ; CE, 21 février 1958, *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol*, Rec., p. 122.

<sup>109</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, 10<sup>e</sup> édition, tome 1, Montchrestien, 1996, p. 183.

<sup>110</sup> André BERTRAND, « La Présidence du Conseil et le Secrétariat Général du Gouvernement », *op.cit.*, p. 439.

<sup>111</sup> CE, 25 novembre 1977, *Cie des architectes en chef des bâtiments civils*, Rec., p. 463.

<sup>112</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, 10<sup>e</sup> édition, tome 1, Montchrestien, 1996, p. 176.

<sup>113</sup> CE, 27 avril 1962, *Sicard et autres*, Rec., p. 279.

<sup>114</sup> CE, 10 décembre 1992, *MEYET*, Rec., Lebon.



Suivant une formule constante dans les Constitutions des Etats issus de la colonisation française, le Président de la République promulgue la loi<sup>115</sup>. La pratique laisse observer que cette promulgation se fait essentiellement au moyen d'un décret dont la nature juridique fut discutée en doctrine entre son caractère constitutionnel, législatif et réglementaire<sup>116</sup>. La dernière tendance est le résultat d'une synthèse des deux premières. Cette tendance, propre à De MALBERG, a voulu s'émanciper des deux autres en conférant à la promulgation la nature de l'acte juridique qui en constitue l'*instrumentum*<sup>117</sup>.

D'éminents juristes du siècle dernier ont entretenu des controverses sur cette nature législative<sup>118</sup> ou réglementaire<sup>119</sup> du décret de promulgation d'une loi. L'interrogation de Benoit MONTAY en ce siècle actualise ces controverses. En effet, si l'acte de promulgation a nature exécutive, que sert-il à authentifier, sinon la seule volonté de l'Exécutif ? Si l'acte de promulgation a nature législative, pourquoi la fonction d'authentification revient-elle à l'Exécutif ?<sup>120</sup> et plus précisément au Président de la République.

Le décret de promulgation est un acte réglementaire aux confins des pouvoirs dont dispose le Président de la République à l'égard de son adoption. Les hypothèses d'inflexion sont prévues de façon exceptionnelle. Partant, le principe est qu'il dispose d'une faculté de prendre un décret<sup>121</sup> de promulgation et que lorsqu'il est obligé de prendre ce décret, la source de l'obligation n'est point la loi mais la Constitution<sup>122</sup>. Si l'aménagement constitutionnel d'un temps pour la promulgation a été présenté comme retirant au décret de promulgation sa puissance législative<sup>123</sup>, il n'est pas exagéré de constater que l'absence dudit décret dans un certain délai<sup>124</sup> est sanctionnée par la suppléance du juge constitutionnel au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Bénin<sup>125</sup>. Les Constitutions burkinabè, nigérienne, ivoirienne, béninoise et

---

<sup>115</sup> Voir l'article 57 de la Constitution du Bénin, 48 de la Constitution du Burkina Faso, 42 de la Constitution de Côte d'Ivoire, 58 de la Constitution du Niger, 59 de la Constitution du Mali et 10 de la Constitution de la France.

<sup>116</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op.cit., pp. 403 et suivants.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 410-411.

<sup>118</sup> Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, Hachette, livre BnF, 2020, p. 443 ; Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup>, E. de Boccard, 1918, p. 306

<sup>119</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p. 422.

<sup>120</sup> Benoît MONTAY, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021, pp. 111 et 114.

<sup>121</sup> Michel TROPER « La signature des ordonnances Fonctions d'une controverse », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 79.

<sup>122</sup> Dans les Constitution du Burkina Faso (art. 48) du Bénin (art. 57), du Mali (art. 59), de la Côte d'Ivoire (art. 42) et du Niger (art. 58), l'on a invariablement recours au présent « le Président promulgue » ; « Il assure la promulgation ». L'on ne peut décréter qu'en exégèse le présent est parfois symbole d'impératif, pour tirer les conséquences sur toutes les dispositions qui impliquent une action dans le présent de l'indicatif. Ce temps peut désigner aussi un présent continu. Dans les cas-ci, l'existence d'autres voies pour la réalisation du caractère exécutoire de la loi est de nature à retirer au présent, dans ces cas, leur caractère impératif.

<sup>123</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op.cit., p. 430.

<sup>124</sup> Ce délai est de 15 jours en France ; il est de 21 jours, ramené à 08 jours en cas d'urgence au Burkina Faso ; il est de 15 jours ramené à 5 jours en cas d'urgence au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Niger ; il est de 15 jours, ramené à 08 jours en cas d'urgence au Mali.

<sup>125</sup> Voir les articles 48 de la Constitution du Burkina Faso, 57 de la Constitution du Bénin et 42 de la Constitution de Côte d'Ivoire.



maliennes envisagent la possibilité<sup>126</sup>, comme la Constitution française<sup>127</sup>, d'un refus de promulgation ou d'une suspension du délai de promulgation<sup>128</sup> pour demande de relecture de la loi issue de l'hémicycle. C'est du refus de promulguer après cette demande ou le refus de promulguer dans les délais constitutionnels que naît le droit du juge constitutionnel de rendre la loi exécutoire. Le décret de promulgation confère ainsi au Chef de l'Etat un pouvoir réglementaire autonome.

Le décret de promulgation est un acte qui porte sur la volonté du législateur. Il consolide cette volonté pour en faire un acte juridique exécutoire, donc pour en faire un acte juridique susceptible de produire des effets de droit sur les particuliers. D'un point de vue de la conséquence juridictionnelle sur une loi contraire à la Constitution par exemple, Gaston JEZE soutient que la promulgation d'une « loi qui n'a pas été adoptée dans les formes constitutionnelles, ne couvre pas le vice d'inconstitutionnalité de la loi ». En clair, « les tribunaux auraient donc le droit et le devoir de refuser de tenir pour obligatoire une loi irrégulière, même si elle avait été promulguée<sup>129</sup> ». Cette situation révèle l'autonomie du décret de promulgation par rapport à la loi promulguée et renforce le caractère autonome du décret de promulgation<sup>130</sup>.

Léon DUGUIT<sup>131</sup> et Emile BONNET<sup>132</sup> soutiennent cependant qu'une loi inconstitutionnelle, mais régulièrement promulguée ne saurait être écartée par les tribunaux. Dans cette dernière hypothèse, un argument d'illégalité tenant à l'inconstitutionnalité de la loi est recevable devant le juge administratif, mais reste pour lui une question préjudicielle. Il ne peut guère se prononcer au fond en raison de la question d'inconstitutionnalité dont le contentieux relève du juge constitutionnel<sup>133</sup>. La compétence du juge administratif n'est de mise qu'à l'égard des irrégularités relatives à l'acte de promulguer et non à celles relatives à l'acte à promulguer. Et cette compétence suffit pour fonder la nature réglementaire du décret de promulgation. En revanche, la promulgation étant une faculté du Chef de l'Etat, celui-ci ne peut être contraint d'y procéder, sauf au Conseil constitutionnel d'intervenir. Ainsi, l'intervention ou la non intervention du Chef de l'Etat a la nature d'un acte de gouvernement<sup>134</sup>.

Si la thèse de DUGUIT et BONNET contribue au maintien du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat dans l'édition d'un décret de promulgation de la loi, la conception de JEZE fait l'actualité du contentieux constitutionnel. La promulgation de la loi ne fait pas disparaître son

---

<sup>126</sup> Respectivement les articles 48, alinéa 2, 58 alinéa 3, 42 alinéa 4, 57 alinéa 4, et 59 alinéa 4 des Constitutions citées.

<sup>127</sup> Article 10 alinéa 2 de la Constitution de France.

<sup>128</sup> La Constitution française de 1791 parlait de « sanction royale ». Voir aussi Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p. 400.

<sup>129</sup> Gaston JEZE, « La promulgation des lois », *RDP*, 1918, p. 380.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>131</sup> Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édition, E. de Boccard, 1918, p. 306.

<sup>132</sup> Emile BONNET, *De la promulgation. Etude de droit public*, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 122.

<sup>133</sup> Fabien BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, 76, p. 768.

<sup>134</sup> CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec., p. 993 ; Chambre administrative de la Haute Volta, *Capitaine SANON Maurice* ; Chambre administrative de la Haute Volta, 08 juillet 1983, *GARANGO Tiémoko Marc* ; Aline AKA-LAMARCHE, « De l'exercice des pouvoirs exceptionnels dans la gestion de la crise ivoirienne », *Afrilex*, 2012, 14.



caractère inconstitutionnel. L'autonomie du pouvoir réglementaire de promulgation par rapport à l'existence de la loi permet seulement de constater que la loi dans son autonomie a besoin du décret du Président tout aussi autonome afin de pouvoir déployer ses effets. Ainsi, le Chef de l'Etat conserve son autonomie même si l'intervention du Conseil constitutionnel peut permettre l'entrée en vigueur de la loi. Le pouvoir reste le pouvoir même si son exercice ou son absence d'exercice peut faire l'objet de sanction. C'est du reste le sens de l'intervention du juge administratif dont la mission est de sanctionner des actes administratifs sans toujours retirer à leurs auteurs le pouvoir qu'ils tiennent de la loi ou de la Constitution<sup>135</sup>.

Ainsi, l'exécutif, par le décret de promulgation peut agir sur le « faire » du législateur sans forcément participer à son « vouloir »<sup>136</sup>, mais pour permettre à celui-ci d'avoir une existence et une portée. Le décret de promulgation est un acte de disposition qui utilise le passé composé comme manière d'exprimer l'impératif<sup>137</sup>. Le pouvoir réglementaire du Président de la République peut donc être matériellement neutre et formellement porteur de normes, substrat d'une législation qui n'a de sens qu'avec son intervention. En ce sens, Carré de MALBERG instruit que « la loi (ici au sens large) ne se caractérise pas par son contenu, mais par sa forme et par la force inhérente à cette forme<sup>138</sup> ».

La promulgation est dès lors, certes, un perfectionnement de la loi. Il est cependant plus qu'un simple perfectionnement, mais une authentification de la loi<sup>139</sup> par voie réglementaire qui confère au Chef de l'Etat la faculté d'empêcher<sup>140</sup>. Selon Hobbes en effet, « il n'est pas suffisant que la loi soit écrite et publiée, il faut aussi qu'il existe des signes manifestes qu'elle procède de la volonté du souverain ». Ainsi pour Hobbes, « il est donc nécessaire qu'il y ait, non seulement une déclaration de loi, mais aussi des signes suffisants de l'auteur et de l'autorité.<sup>141</sup> » Selon HOBBS, « la difficulté consiste à prouver que l'autorité a bien pour origine le souverain, et sa solution dépend de la connaissance de tous les registres publics, conseils publics, des ministres et sceaux publics par lesquels toutes les lois sont suffisamment authentifiées<sup>142</sup> ».

La promulgation est donc un « acte de puissance constitutionnelle » en ce qu'elle « présente seule les caractères d'un acte de commandement et d'*imperium*<sup>143</sup> ». C'est l'acte réglementaire du Président de la République dont la conséquence majeure est de conférer à la loi un champ

---

<sup>135</sup> Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, arrêt du 17 décembre 2020, *Alassane-Kpembé Imourana c./ Président de la République*.

<sup>136</sup> Benoît MONTAY, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021, p. 112.

<sup>137</sup> C'est le cas lorsque le décret de promulgation dispose, comme c'est la règle au Burkina Faso, : « est promulguée la loi n°... ». C'est cette formule qui confère au caractère impératif des disposition d'une loi un sens. Michel TROPER « La signature des ordonnances Fonctions d'une controverse », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, pp. 77-78.

<sup>138</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p. 329.

<sup>139</sup> Benoît MONTAY, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021, pp. 111 et 112.

<sup>140</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 338.

<sup>141</sup> Thomas HOBBS, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* : 1e partie : De l'homme, Traduction originale de M. Philippe FOLLIOU, collection: "Les classiques des sciences sociales", Québec, 2002, p. 266.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>143</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p. 383.



d'application authentifié par le souverain<sup>144</sup>. Elle rend la loi exécutoire<sup>145</sup> et constitue une perfection juridique<sup>146</sup> de la loi qui rend possible sa perfection matérielle, c'est-à-dire la publication de la loi dans le Journal officiel. Ainsi, « l'étude de la « promulgation » permet de comprendre que les fonctions d'authentification sont apparues à la suite d'un processus de fragmentation de l'opération de législation et restent comme le caractère archaïque du temps des « lois du Roi »<sup>147</sup>. Son intervention suppose un pouvoir réglementaire resté inexercé qui est celui du veto présidentiel<sup>148</sup> absolu<sup>149</sup>, relatif<sup>150</sup> ou suspensif<sup>151</sup>. C'est donc au moyen d'un acte réglementaire du Chef de l'Etat qu'une loi, ayant accédé à la vie juridique, peut produire des effets de droit dans la société et pour la société. Cette situation témoigne d'une certaine prééminence du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat sur la loi. Il en va ainsi du rôle qu'il peut jouer dans la concrétisation-précision du vouloir législatif.

## 2. La concrétisation-précision du « vouloir législatif »

La vertu de la loi fut considérée par les révolutionnaires français comme la panacée des maux du peuple contre l'arbitraire du roi. Celui-ci ayant été considéré comme un bourreau du peuple par l'usage qu'il fit de la législation, les révolutionnaires se convinrent qu'il n'y avait pas meilleur salut pour le peuple que de conférer à ce dernier la qualité de légiférer sur sa situation par une mesure qui emporte l'assentiment général. Sans pour autant nier cette vertu de la loi, les rédacteurs du Code civil français par exemple ont rapidement entrevu la limitation de la loi en raison de l'évolution de la société. Plutôt que de changer la loi, Portalis proposa d'offrir au peuple les moyens d'aimer celle en vigueur<sup>152</sup>. Il attira cependant l'attention de ses contemporains sur le fait 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<sup>153</sup>. »

De son aveu, le détail est l'œuvre des usages, de la doctrine et de la jurisprudence<sup>154</sup>. Cette affirmation est intervenue dans un contexte où l'autorité royale était contestée. En jusnaturaliste, l'on comprend pourquoi Portalis ne cite pas, parmi les moyens de prendre en charge les maximes générales d'une loi, l'intervention royale ou la sanction royale. Du reste, la Constitution de la première république française confiait l'adoption et l'exécution de la loi au seul corps législatif sous le vocable général de « lois et décrets »<sup>155</sup>.

<sup>144</sup> Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, Hachette, livre BnF, 2020, p. 447.

<sup>145</sup> Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op.cit., p. 404.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>147</sup> Benoît MONTAY, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021, p. 112.

<sup>148</sup> Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 142 ; Fabien BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, 76, p. 767.

<sup>149</sup> Consécration du droit constitutionnel anglais du XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>150</sup> Cette hypothèse est celle en vigueur aux USA.

<sup>151</sup> C'est l'hypothèse du Burkina Faso. Voir l'article 48 de la Constitution de 1991.

<sup>152</sup> Jean Marie Etienne PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Québec, collection: "Les classiques des sciences sociales", p. 14.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>154</sup> *Ibidem*. Pour traduire cette situation en effet, Portalis considère qu'une « foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. »

<sup>155</sup> Voir l'article 53 de la Constitution du 24 juin 1793.



Deux ans avant l'édition du discours de Portalis, la Constitution du 22 frimaire AN VIII, habilitait l'Exécutif, représenté par Bonaparte à produire des « règlements nécessaires pour assurer l'exécution » des lois<sup>156</sup>. Plus tard, la Charte constitutionnelle de 1830 reconnut ce pouvoir au roi de façon incisive en diminuant cette compétence du pouvoir de suspension de la loi et de celui de dispenser leur exécution<sup>157</sup>. La Constitution française de 1848 permit à l'exécutif d'adopter des règlements d'administration publique en vue de donner les détails sur les maximes générales de la loi. L'article 75 de la Constitution de la deuxième République a dégagé deux domaines d'intervention du règlement d'administration publique : le premier sous la direction des Consuls et le second sous la direction de l'Assemblée nationale<sup>158</sup>. L'article 6 de la Constitution du second Empire pose la même règle<sup>159</sup>. Les règlements d'administration publique, chargés d'assurer l'exécution de ces lois<sup>160</sup> sont élaborés sous la direction des Consuls par le Conseil d'Etat<sup>161</sup>.

Cette règle est maintenue par la Constitution de la troisième République qui abandonne l'usage des règlements d'administration publique pour confier l'exécution de la loi au Président de la République<sup>162</sup>. Alors que la quatrième République confie cette exécution au Président du Conseil des Ministres<sup>163</sup>, l'article 21 de la Constitution de la cinquième République est plus précis, puisqu'il confie au Premier ministre la fonction d'exécution des lois. C'est cette dernière transcription de la Constitution qui figure dans les Constitutions du Burkina Faso, du Mali et du Niger<sup>164</sup>.

L'exécution de la loi est un acte de matérialisation de celle-ci. Elle consiste à donner une précision et une concrétisation des termes de la loi au moyen d'actes juridiques et matériels.

---

<sup>156</sup> Cette disposition, exprimée à l'article 44 de ladite Constitution affirmait « Le gouvernement (...) fait les règlements nécessaires pour assurer leur (les lois) exécution. »

<sup>157</sup> Selon l'article 13 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830, « **Le roi est le chef suprême de l'Etat** (gras ajouté) ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, (...) **fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois** (gras ajouté), sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution.

<sup>158</sup> Selon l'article 75 de la Constitution de 1848, « Le Conseil d'Etat est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés. - Il prépare les règlements d'administration publique ; il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une délégation spéciale. - Il exerce, à l'égard des administrations publiques, tous les pouvoirs de contrôle et de surveillance qui lui sont déferés par la loi. - La loi règlera ses autres attributions. »

<sup>159</sup> Selon l'article 6 de la Proclamation du 14 janvier 1852, « **Le président de la République est le chef de l'Etat** (gras ajouté) ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois, **fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois** (gras ajouté). »

<sup>160</sup> Félix MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique du droit public français*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, p. 187.

<sup>161</sup> Voir à ce sujet l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire AN VIII et l'article 50 de la Constitution du 14 janvier 1852.

<sup>162</sup> Selon l'article 3 de la Constitution de 1875 relative à l'organisation du Sénat, « Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. (...) il en surveille et en assure l'exécution. »

<sup>163</sup> Selon l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, « Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois. »

<sup>164</sup> Voir l'article 63 de la Constitution du Burkina Faso, 77 de la Constitution du Mali, 73 de la Constitution du Niger,



L'exécution de la loi est dès lors un acte juridique de l'administration<sup>165</sup> qui est exercé soit par le Premier ministre, l'hypothèse légale du Burkina Faso, du Mali et du Niger, soit par le Président de la République, l'hypothèse de la Côte d'Ivoire<sup>166</sup> et du Bénin. La prise des mesures d'exécution de la loi a, suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat français, un caractère permanent. En conséquence, elle autorise son auteur à intervenir autant de fois sur le domaine auquel la loi a fait le renvoi<sup>167</sup>. Cette matière relève cependant des prérogatives du Président de la République au Burkina Faso, en dehors du principe posé par la Constitution en faveur du Premier ministre par le constat que les mesures d'application de la loi sont adoptées en Conseil des Ministres et que de tels actes relèvent du pouvoir réglementaire du Président<sup>168</sup>. Il ne semble plus y avoir de distinction entre le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi détenu par le Président de la République en Côte d'Ivoire et au Bénin et le même pouvoir exercé par le Président de la République au Burkina, au Mali et au Niger. La notion de « présidentialisation » du régime parlementaire s'est présentée dès lors comme une manière d'exprimer le pouvoir réglementaire du Premier Ministre exercé par le Chef de l'Etat. Dès lors, la distinction entre pouvoirs personnels du Président et pouvoirs partagés avec le Premier Ministre semble perdre son utilité. En conséquence, « l'influence réelle du Président de la République est sans commune mesure avec l'étendue de ses pouvoirs propres. Le Président peut même s'immiscer dans des attributions qui (...) appartiennent en propre au gouvernement<sup>169</sup> ».

Ainsi, l'appropriation du pouvoir réglementaire d'exécution des lois par le Président de la République permet à ce dernier d'agir sur la loi ou le « Faire » du parlement. Cette action peut avoir aussi des répercussions sur l'« Être » et même parfois sur le « Vouloir » du parlement « selon que la loi fixe des règles ou détermine des principes »<sup>170</sup>. Parallèlement, cette action peut avoir des répercussions sur le « vouloir » du Premier Ministre dans la réalisation du pouvoir réglementaire que lui confie la Constitution. En conséquence, « la participation (d'une autorité) ou d'un autre organe traduit de fait une participation à la fonction qu'exerce alors cette autorité ou cet organe<sup>171</sup> ». En clair, par l'exercice du pouvoir réglementaire confié au Premier Ministre, le Chef de l'Etat participe, voire s'approprie le pouvoir de ce dernier et parfois du législateur lorsque le décret d'application contrevient à une disposition de la loi qui n'a pas fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir à titre principal ou incident.

Par la conséquence que les actes adoptés dans l'exercice de ce pouvoir par le Président sont délibérés en Conseil des Ministres, la solution de l'arrêt *MEYET* instruit que ces actes sont

---

<sup>165</sup> Selon le Conseil d'Etat français, « les décisions refusant de prendre un acte réglementaire doivent elles-mêmes être regardées comme de nature réglementaire. » <sup>165</sup> CE, ass., 17 décembre 2021, *M. Q*, Rec., Lebon.

<sup>166</sup> René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général, l'organisation administrative*, 3<sup>e</sup> édition, Abidjan, CEDA, 2002, p. 83.

<sup>167</sup> CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913, concl. Tardieu ; CE, 20 novembre 1953, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes*, Rec., p. 511 ; (CE, 24 novembre 1982, *CFDT*, Rec., p. 393.

<sup>168</sup> Voir par exemple l'article 47 de la Constitution du Burkina Faso sur la présidence du Conseil des Ministres.

<sup>169</sup> Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2023, p. 610.

<sup>170</sup> Bertrand MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », in *La loi, Revue Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 73.

<sup>171</sup> Benoît MONTAY, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021, pp. 111 et 112.



signés par le Président de la République<sup>172</sup>. Dans ces circonstances, le Président dispose d'une faculté quant au choix de signer ou de ne pas signer et quant au moment de cette signature<sup>173</sup>. Si la première hypothèse peut ouvrir la voie d'un recours pour excès de pouvoir<sup>174</sup>, la seconde peut être justifiée par des circonstances décidées par le Chef de l'Etat<sup>175</sup>. C'est le cas particulièrement lorsque le chef de l'Etat a la possibilité d'intervenir contre les effets de la loi au moyen d'un acte individuel<sup>176</sup> qui peut freiner son application<sup>177</sup>. L'hypothèse la plus en vue est celle de la grâce présidentielle qui s'établit au moyen d'un acte individuel en vue de limiter les effets d'une loi pénale. L'on peut donc convenir avec PORTALIS que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. (A leur sujet), le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce<sup>178</sup>. » Ainsi, le pouvoir réglementaire confié au Chef de l'Etat par la Constitution lui donne une marge de manœuvre sur tous les actes législatifs de la Nation. Il en va ainsi particulièrement dans les situations de crises où dans son exercice le pouvoir du Chef de l'Etat est conquis pour faire face à l'urgence qu'exige une situation.

## II. Un pouvoir réglementaire conquis

La notion de Chef de l'Etat laisse voir la volonté de mettre en place un homme ou une femme pour décider, aussi au moyen d'actes réglementaires, dans les moments critiques de la République. Le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat s'exerce encore davantage en ces périodes au moyen d'un pouvoir exceptionnel d'interprétation de la Constitution (A). Dans ces situations de crise, parce que l'existence de l'Etat précède son existence juridique, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat est circonstanciellement renforcé (B).

### A. Un pouvoir exceptionnel d'interprétation de la Constitution

La Constitution fait du juge constitutionnel son interprète. En période de crise cependant, ce pouvoir d'interprétation constitue aussi pour le Chef de l'Etat un pouvoir discrétionnaire dans la lecture des dispositions de crise (1). Cette discrétion constitue un pouvoir d'amoindrissement du contrôle juridictionnel (2) sur les actes pris par le Président de la République.

#### 1. Un pouvoir discrétionnaire dans la lecture des dispositions de crise

Selon l'article 58 de la Constitution du Burkina Faso, « Le Président du Faso décrète, après délibération en Conseil des ministres, l'état de siège et l'état d'urgence.<sup>179</sup> » La première a pour conséquence d'instaurer « un régime exceptionnel de police qui a pour effet de transférer aux

<sup>172</sup> CE, 10 décembre 1992, MEYET, Rec., Lebon.

<sup>173</sup> Maurice HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 ; d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, tome 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, pp.82 à 83.

<sup>174</sup> CE, ass., 17 décembre 2021, M. Q, Rec., Lebon ; CE, 27 mai 2021, *Association compassion in world farming*, Requête 441660.

<sup>175</sup> Joseph BARTHELEMY, « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », *RDP*, 1907, pp. 295-311.

<sup>176</sup> Conseil d'Etat du Niger, chambre du contentieux, arrêt n°66/15 du 23 décembre 2015, *Maina Kartey BOUKAR*.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>178</sup> Jean Marie Etienne PORTALIS, Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Québec, collection : "Les classiques des sciences sociales", p. 14.

<sup>179</sup> Voir les article 68 et 105 de la Constitution du Niger, 101 de la Constitution du Bénin et l'article 74 de la Constitution de la Côte d'Ivoire.



autorités militaires l'exercice des pouvoirs de police. » Quant à la seconde, elle « est une situation de crise permettant aux autorités administratives de prendre des mesures exceptionnelles en matière de sécurité et qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes.<sup>180</sup> » L'état de siège et l'état d'urgence constituent, au regard de la jurisprudence administrative burkinabè, des circonstances exceptionnelles<sup>181</sup>. Les règles concernant l'état de siège et l'état d'urgence<sup>182</sup> sont ainsi fixées par une loi<sup>183</sup>. Pour leur détermination, il existe un standard que le décret d'établissement ne peut méconnaître<sup>184</sup>. Dans la même logique, le Chef de l'Etat prend des mesures exigées « lorsque les institutions du Faso, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements sont menacées d'une manière grave et immédiate et/ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu<sup>185</sup> ».

La légalité de crise est une légalité d'exception prévue par la Constitution<sup>186</sup>, généralement organisée par une loi<sup>187</sup> et déployant ses effets au moyen d'actes réglementaires. Lorsqu'il s'agit de mesures inhérentes à la survie de l'Etat en général, sa matérialisation nécessite l'intervention du Président de la République<sup>188</sup>. La légalité de crise confère au Chef de l'Etat le pouvoir d'interpréter non seulement les faits qui l'autorisent à recourir à ce pouvoir et notamment et concomitamment selon l'article 59 de la Constitution du Burkina Faso, la menace « grave et immédiate » et l'interruption du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels », mais aussi la constitutionnalité des mesures adoptées dans la perspective de l'exercice de ce pouvoir réglementaire. Le Chef de l'Etat dispose ainsi d'un pouvoir d'interprétation formelle et matérielle de la Constitution durant ces périodes. Ce pouvoir lui confère un champ de possibilité qui peut s'inscrire dans l'agir du juge constitutionnel car il lui revient d'apprécier *in concreto* si la situation en cours exige l'intervention d'une mesure exceptionnelle.

La théorie des circonstances exceptionnelles est une innovation issue de l'article 16 de la Constitution française de 1958, reprise par le Burkina Faso, le Mali, la Côte d'Ivoire, le Niger et le Bénin<sup>189</sup>. Elle constitue la profession de foi pour le salut d'un Etat au bord du chaos. Son entrée dans la Constitution et son exercice au moyen d'un acte réglementaire du Chef de l'Etat

---

<sup>180</sup> Voir les articles 2 et 10 de la loi n°023-2019 du 14 mai 2019 portant réglementation de l'état de siège et de l'état d'urgence au Burkina Faso.

<sup>181</sup> CE du Burkina Faso, 13 février 2018, *Djibril BASSOLE*.

<sup>182</sup> C'est l'objet de l'article 101 de la Constitution du Burkina Faso, 98 de la Constitution du Bénin, 71 de la Constitution de Côte d'Ivoire, 99 de la Constitution du Niger.

<sup>183</sup> C'est le cas au Burkina Faso de la loi n°023-2019 du 14 mai 2019 portant réglementation de l'état de siège et de l'état d'urgence au Burkina Faso.

<sup>184</sup> L'état de siège intervient en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère, d'une invasion armée ou d'une insurrection à main armée. Quant à l'état d'urgence, il intervient en cas d'atteintes graves à l'ordre public, et en cas de calamités publiques sur le territoire de l'Etat.

<sup>185</sup> Voir l'article 59 de la Constitution du Burkina Faso de 1991 et 48 de la Constitution de Côte d'Ivoire de 2016.

<sup>186</sup> C'est le cas de l'exercice du pouvoir réglementaire dans les circonstances exceptionnelles.

<sup>187</sup> C'est l'hypothèse de l'état de siège et l'état d'urgence.

<sup>188</sup> Aline AKA-LAMARCHE, « De l'exercice des pouvoirs exceptionnels dans la gestion de la crise ivoirienne », *Afrilex*, 2012, p. 4.

<sup>189</sup> Voir l'article 59 de la Constitution du Burkina Faso, 68 de la Constitution du Bénin, 48 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, 67 de la Constitution du Niger et 70 de la Constitution du Mali.



est le leg d'une France tourmentée par le souvenir des événements de juin 1940<sup>190</sup>. Suivant la même constance, cette profession est identiquement libellée dans sa partie factuelle dans plusieurs Constitutions d'Afrique francophone<sup>191</sup>.

Dans la mise en œuvre des exigences qu'implique cette théorie, il revient au Chef de l'Etat de déterminer si les institutions de la République sont menacées d'une manière grave et immédiate<sup>192</sup>. Il lui faut pour ce fait déterminer si l'indépendance de la Nation, l'intégrité territoriale et l'exécution des engagements internationaux sont menacés<sup>193</sup>. En conséquence, le Chef de l'Etat « doit apprécier lui-même l'existence et parfois la gravité de l'atteinte ou de la menace sur l'un des intérêts protégés. »<sup>194</sup> Il lui revient aussi de déterminer les conditions de recours aux dispositions constitutionnelles de crise, présentant son appréciation comme une question de fait<sup>195</sup>. L'interprétation des circonstances factuelles de recours aux circonstances exceptionnelles offre cependant moins de marge de critique en ce que la situation, dès qu'elle se présente, est de nature à accepter le renforcement des pouvoirs du Chef de l'Etat<sup>196</sup>, lesquels pouvoirs impliquent une lecture volontariste de la situation par le Chef de l'Etat aux vues et aux sus du gouvernement, de l'Assemblée nationale, du Conseil constitutionnel<sup>197</sup> et de la Nation.

Déterminer donc qu'il y a circonstances exceptionnelles, c'est en même temps déterminer constitutionnellement que ces circonstances sont momentanées, mais qu'elles peuvent être longues, aussi longtemps que les événements en cours rendent envisageable le maintien des mesures prises. La formule réaliste du Conseil d'Etat français, consécutive à la prise des mesures en 2015 pour lutter contre le terrorisme en France, s'inscrit dans cette vision. « Si la menace qui est à l'origine de l'état d'urgence devient permanente, c'est alors à des instruments de lutte permanents qu'il faudra recourir en leur donnant, si besoin est, un fondement constitutionnel durable »<sup>198</sup>. A la suite des événements en Algérie par exemple, l'usage que fit De GAULLE de l'article 16 de la Constitution française de 1958 s'étala du 25 avril au 30 septembre. Dans cette période, le Chef de l'Etat interpréta les circonstances et prît les initiatives qui lui paraissaient nécessaires pour ramener le fonctionnement normal des institutions. Les articles 68 et 69 de la Constitution béninoise ont entendu limiter les risques d'abus en autorisant le parlement à fixer un délai d'intervention au Président de la République en interdisant son

---

<sup>190</sup> Phillipe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2010, p. 479 ; Sébastien PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ? », *Revue française de Droit constitutionnel*, n° hors-série, 2008, p. 98.

<sup>191</sup> L'article 43 de la Constitution Centrafricaine du 13 décembre 2015, l'article 59 de la Constitution marocaine du 01 juillet 2011, l'article 52 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001... Voir aussi Syméon KARAGIANNIS, « L'article 16 des autres. Pénétration d'une originalité française dans certaines Constitutions étrangères », *RDP*, 2016, p. 958.

<sup>192</sup> Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 166.

<sup>193</sup> CE du Burkina Faso, 13 février 2018, *Djibril BASSOLE* ; Syméon KARAGIANNIS, « L'article 16 des autres. Pénétration d'une originalité française dans certaines Constitutions étrangères », *RDP*, 2016, p. 967.

<sup>194</sup> Philippe ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 51.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> Phillipe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2010, p. 480.

<sup>197</sup> Aline AKA-LAMARCHE, « De l'exercice des pouvoirs exceptionnels dans la gestion de la crise ivoirienne », *Afrilex*, 2012, p. 12.

<sup>198</sup> CE, avis du 23 décembre 2015, *loi constitutionnelle de protection de la Nation*.



intervention sur les droits et libertés constitutionnelles sans pour autant anéantir son pouvoir discrétionnaire.

L'interprétation de la Constitution ne se limite plus, dès lors, à l'appréciation des conditions de recours à l'article 59. Cette interprétation, quoique initiale pour l'intervention des mesures nécessaires, est formelle. Elle permet uniquement d'apprécier l'opportunité du recours.

L'interprétation discrétionnaire est aussi substantielle ou matérielle au regard de la portée des mesures adoptées. Le Chef de l'Etat apprécie seul les libertés constitutionnelles qu'il faut méconnaître et celle dont la méconnaissance doit être seulement limitée<sup>199</sup>. Il détermine seul les règles constitutionnelles qui restent applicables au regard de la situation et celles qu'il faut écarter tout au long de la situation. Cette interprétation est matérialisée par des actes réglementaires. Ceux-ci peuvent porter sur la création des tribunaux, confiée, en période normale, à la loi<sup>200</sup> ; ce fut aussi le cas en matière de censure de la presse<sup>201</sup> ou encore sur la règle de l'inamovibilité des magistrats garantie par la Constitution<sup>202</sup>... Au regard du mécanisme d'utilisation de ces dispositions de crise, le maintien de la représentation nationale et sa faculté de délibérer et voter des lois restent acquis sur la discrétion du Chef de l'Etat<sup>203</sup>. Celui-ci dispose ainsi de deux possibilités : agir par lui-même ou faire intervenir le parlement. Le recours à l'une ou l'autre solution dépend uniquement et exclusivement de lui en méconnaissance de la règle formelle de la Constitution en ces matières.

Dans son rôle d'interprétation, il n'est tenu par aucune règle d'interprétation mais uniquement par la raison ou la logique d'Etat. Le contexte historique de la création de cette mesure est la guerre. Sortir de ce contexte reste une possibilité à déterminer par le Chef de l'Etat. La logique d'Etat instruit cependant sur la préférence d'une interprétation fonctionnelle, visant « à attribuer à la règle une fonction objective, qui peut être différente de celle visée par l'auteur.<sup>204</sup> »

A l'égard du Chef de l'Etat, cette technique offre une liberté d'interprétation quasi-illimitée si un événement constitue une menace « grave et immédiate » et interrompt le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ». Dans la mesure où le texte constitutionnel lui-même ne fournit pas de définition du caractère de ces événements, il revient au droit positif de tirer les conséquences juridiques de la volonté du Chef de l'Etat en tant que situation créatrice de droit. Cette situation rend compte en période de crise sur le détenteur véritable du pouvoir réglementaire et partant du souverain et de sa volonté pour l'Etat et le salut du peuple, laquelle volonté peut autoriser une suspension même de la Constitution « si c'est le seul moyen de sauver la Constitution »<sup>205</sup>. Déterminer ainsi que la suspension de la Constitution est le moyen de sauver la Constitution, le Chef de l'Etat fait une interprétation de la Constitution au moyen

---

<sup>199</sup> L'article 68 de la Constitution du Bénin est cependant sur ce point réservé dans la mesure où elle dispose clairement que les droits des citoyens garantis par la Constitution ne peuvent être suspendus.

<sup>200</sup> Voir par exemple l'article 101 de la Constitution du Burkina Faso de 1991 et 98 de la Constitution du Bénin.

<sup>201</sup> Voir par exemple l'article 101 de la Constitution du Burkina Faso.

<sup>202</sup> Voir par exemple 130 de la Constitution burkinabè de 1991 et l'article 64 de la Constitution française de 1958.

<sup>203</sup> L'article 69 de la Constitution du Bénin confère au parlement la possibilité d'assigner au Chef de l'Etat un délai dans lequel les mesures exceptionnelles peuvent intervenir.

<sup>204</sup> Michel TROPER « La signature des ordonnances Fonctions d'une controverse », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 81.

<sup>205</sup> Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 165.



d'actes réglementaires qui matérialisent sa volonté. Celle-ci s'impose, même en cas de contrôle des mesures issues de l'interprétation présidentielle de la Constitution par acte réglementaire et constitue un moyen d'amoindrir le contrôle du juge.

## 2. Un pouvoir d'amoindrissement du contrôle juridictionnel

L'exercice du pouvoir réglementaire par le Chef de l'Etat en période de crise est une attribution constitutionnelle. Le pouvoir ainsi exercé est l'équivalent du pouvoir réglementaire confié au gouvernement dans les matières autres que celles relevant du domaine de la loi. A l'image de ces dernières, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat est autonome. Il est donc initial dans son principe et illimité dans ses moyens. Les hypothèses d'un recours juridictionnel contre ces actes doivent s'établir à l'aune de la Constitution qui est l'instrument de mesure, sauf à l'égard de l'état de siège et l'état d'urgence dont le régime est organisé par la loi et admettant par conséquent un contrôle de légalité au sens strict du terme.

En période ordinaire, l'exercice du pouvoir réglementaire par le Chef de l'Etat appelle un contrôle du juge administratif au moyen du recours pour excès de pouvoir et l'action en responsabilité. Cette conclusion est établie par les recours aux juges administratifs burkinabè<sup>206</sup>, nigérien<sup>207</sup>, ivoirien et béninois<sup>208</sup>. Les mesures prises sur le fondement de la Constitution dans les circonstances exceptionnelles par le Président de la République ne doivent cependant leur conformité qu'à la Constitution. En conséquence, le rôle conféré au juge administratif, juge naturel de l'exécutif, reste une compétence administrative traditionnelle qui lui permet d'apprécier les actes du Chef de l'Etat à l'aune de la Constitution. Toutefois, en dépit de la solution de l'arrêt *dame Lamotte*<sup>209</sup> qui a érigé le droit au juge administratif en principe général de droit, la compétence du juge administratif est assortie d'une limitation de compétence. Cette limitation est fondée sur le considérant du Conseil d'Etat selon lequel les exigences exceptionnelles en temps de guerre justifient une extension exceptionnelle du pouvoir<sup>210</sup>. Cette solution est rappelée par le Conseil d'Etat du Burkina Faso en référence aux arrêts *Heyriès* et *Dames Dol et Laurent*. L'on n'avait guère de doute que l'exercice du pouvoir réglementaire par le Chef de l'Etat pouvait faire l'objet d'un recours devant le juge administratif<sup>211</sup>, la Haute autorité administrative décida cependant que la méconnaissance des règles de compétences n'était pas de nature à favoriser une annulation des mesures prises en période de crise<sup>212</sup>. Le

<sup>206</sup> CE du Burkina Faso, 28 janvier 2005, *Syndicat Burkinabè des Magistrats (SBM) et 7 autres*.

<sup>207</sup> Conseil d'Etat du Niger, chambre du contentieux, arrêt n°001/18/cont du 17 janvier 2018, *Atlantique Telecom Niger et autres*.

<sup>208</sup> Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, arrêt n°002 du 19 mars 2008, *Alternative mouvement national citoyen c./ Président de la République* ; Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, arrêt n°20 du 30 mars 2007, *Tiboué-Bi GNAMIEN C/ Présidence de la République* ; Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, 04 août 1994, *HOUETO Auguste* ; 19 mai 1994, *Magloire MICHAÏ et autres*.

<sup>209</sup> CE, ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec., p. 110.

<sup>210</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651.

<sup>211</sup> CE, 08 août 1919, *Labonne*, Rec., p. 737.

<sup>212</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651 ; CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec., p. 208 ; CE, 1 août 1919, *Société des établissements Saupiquet*, Rec., p. 713.



Conseil d'Etat du Burkina Faso admet d'ailleurs une possibilité du Chef de l'Etat de méconnaître la légalité matérielle et formelle<sup>213</sup>.

Il est, ici, exposé qu'à l'occasion de l'exercice du pouvoir réglementaire en période extraordinaire<sup>214</sup>, le pouvoir réglementaire se présente comme un acte à la fois normatif et jurisprudentiel. Le Président de la République est vêtu de ce qui se rapproche du « pouvoir judiciaire » et décide seul des hypothèses d'existence d'une illégalité formelle. L'intervention du juge administratif est limitée au moment de l'exercice du pouvoir réglementaire. Cette limite n'est levée qu'après l'exercice, conférant ainsi au juge un rôle réduit et amoindrit pendant l'exercice des pouvoirs de crise<sup>215</sup>. Cette situation explique que la théorie des circonstances exceptionnelles est de nature à limiter le contrôle du juge administratif sur certains actes de l'exécutif<sup>216</sup>.

Par principe jurisprudentiel, agir en matière de police constitue un pouvoir lié, nécessitant que des actions doivent être posées pour ne pas entretenir la continuité d'un ordre déjà trouble<sup>217</sup>. Le Président de la République a donc une compétence établie en matière de maintien d'ordre<sup>218</sup>. Dans les circonstances de crise cependant, le Chef de l'Etat décide seul s'il faut agir<sup>219</sup> et quelle est la nature des actes à prendre<sup>220</sup>. Le cadre d'intervention de son pouvoir réglementaire est ainsi celui du domaine des actes de gouvernement<sup>221</sup>. En clair, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat autorise, lui seul, à décider de l'existence d'une crise nécessitant son intervention, limitant ainsi le contrôle du juge administratif à des motifs externes prenant leur source dans la Constitution<sup>222</sup>. Le refus d'exercice du pouvoir réglementaire dans une situation de crise ne peut faire, dès lors, l'objet d'un recours devant le juge administratif que lorsque le Chef de l'Etat reconnaît l'état de crise et ne pose pas d'actions en vue de rétablir le fonctionnement régulier des institutions. Le juge administratif reste ainsi compétent en période de crise, mais son intervention subit une inflexion par l'état de crise que traverse la société.

---

<sup>213</sup> CE du Burkina Faso, 13 février 2018, *Djibril BASSOLE*, p. 6. Il n'en va pas forcément ainsi lorsque ce pouvoir est exercé par une autre autorité comme le Tribunal administratif de Ouagadougou a pu en décider en matière de réquisition de police portant atteinte aux libertés. Les administrés ne peuvent cependant pas, dans ce cas, demander une suspension de ladite mesure. Tribunal administratif de Ouagadougou, ord., n°044-1 du 20 novembre 2023, *MM. LINGANI Issaka, BADJO Bassirou, ZINABA Rasmané C/Etat du Burkina Faso*, inédit.

<sup>214</sup> La période extraordinaire visée ici exclut les décrets de l'état de siège et l'état d'urgence en ce que leur régime, prévu par la loi, ne saurait exclure l'intervention du juge administratif qui garde pleinement son rôle, sauf pour lui à aller vers une autolimitation au sens de ses arrêts sur les circonstances exceptionnelles avant la Constitution de 1958.

<sup>215</sup> *Chambre administrative de la Haute Volta*, 08 juillet 1983, *GARANGO Tiémoko Marc*.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> Dodzi Komla KOKOROKO, *Les grands thèmes du droit administratif*, Lomé, Presses universitaires de Lomé, 2018, p. 125 et 136 ;

<sup>218</sup> CE, 08 août 1919, *Labonne*, Rec., p. 737.

<sup>219</sup> Philippe ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 51.

<sup>220</sup> CE français, 02 mars 1962, *Rubin de servens et autres*, Rec., p. 143 ; CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec., p. 552.

<sup>221</sup> CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec., p. 155 ; CE français, 02 mars 1962, *Rubin de servens et autres*, Rec., p. 143 ; Sébastien PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ? », *Revue française de Droit constitutionnel*, n° hors-série, 2008, p. 101.

<sup>222</sup> Ces motifs sont essentiellement ceux qui conditionnent l'intervention de ce pouvoir réglementaire et se résument au bouleversement du fonctionnement des institutions et la menace à l'intégrité nationale.



Quoique qu'une partie de la doctrine ait contesté une similitude entre le recours à l'article 16 de la Constitution française<sup>223</sup>, 59 de la Constitution burkinabè et la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>224</sup>, les illégalités de formes sont moins choquantes en période de crise qu'en période ordinaire<sup>225</sup> au nom du maintien de l'Etat.

L'arrêt *Rubin de Servens* qui marqua le point de départ d'une compétence du Conseil d'Etat français à l'égard des mesures prises par le Président ayant un caractère réglementaire et son incompétence à l'égard des mesures prises par ce dernier ayant un caractère législatif peut s'inscrire dans une option inversée. Le recours à l'article 59 de la Constitution du Burkina Faso nécessite une consultation officielle des Présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil Constitutionnel. Cette référence n'est point anodine en ce que l'exercice du pouvoir réglementaire implique, dans ces circonstances, une atteinte au pouvoir du Parlement et une nécessité de mise au courant du juge constitutionnel. C'est donc une manière d'associer les institutions dans la méconnaissance probable de la légalité ordinaire, laquelle méconnaissance peut porter sur le contenu de l'acte. A cet égard, le juge constitutionnel de Côte d'Ivoire avait pu reconnaître l'atteinte à l'intégrité du territoire à la suite des événements armés de 2002<sup>226</sup>.

Il est toutefois clair que l'intervention des circonstances exceptionnelles n'implique pas une absence totale de légalité et n'offre pas un blanc-seing au Président de la République. « Partant, il convient d'admettre qu'il n'existe, d'un point de vue strictement juridique, que des définitions légales de l'état d'exception »<sup>227</sup>. Les circonstances seules déterminent parfois leur portée. Celle-ci peut être de nature à renforcer circonstanciellement le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat.

## **B. Un pouvoir circonstanciellement renforcé**

Le renforcement du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat provient d'une situation extraordinaire. Cette situation est celle de la concurrence du règlement présidentiel par rapport à la loi. Le fait que le Chef de l'Etat dispose d'un pouvoir réglementaire matériellement législatif (1) se présente comme le signe d'un principe en circonstances extraordinaires, caractérisées par « l'absence » du parlement pour jouer son rôle constitutionnel. L'état de crise confère au Chef de l'Etat un pouvoir de dérogation temporaire (2) pour le salut de la Nation.

### **1. Un pouvoir réglementaire matériellement législatif**

La distinction du domaine de la loi et du domaine du règlement fut une concrétisation de la Constitution française de 1958. Elle n'est une évolution juridique du pouvoir réglementaire qu'au prisme de l'avènement du suffrage universel direct ayant conféré au Chef de l'Etat une légitimité identique à celle du parlement. Dès lors, l'existence d'un domaine réservé cantonne les organes de l'Etat dans un champ d'intervention déterminé par le pouvoir constituant et

<sup>223</sup> Prosper WEIL, Pierre DELVOLLE, Marceau LONG, Guy BRAIBANT, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 538.

<sup>224</sup> La jurisprudence *Oriano* du Conseil d'Etat français instruit en effet sur cette situation et se présente comme l'envers de l'arrêt *Heyriès* en ce que la haute juridiction administrative avait annulé un décret du 10 octobre 1961 plaçant en congé spécial M. Oriano sans avoir pris de lui communiquer son dossier individuel. CE, Ass., 23 octobre 1964, *d'Oriano*, Rec., p. 486.

<sup>225</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651.

<sup>226</sup> Décision n° 2005-011/CC/SG du 28 octobre 2005.

<sup>227</sup> Marie GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *Arch. phil. Droit*, 58 (2015), p. 359.



confère au Chef de l'Etat les attributs d'un *organe législatif partiel*<sup>228</sup>. La possibilité du Parlement d'intervenir dans le domaine du pouvoir réglementaire fut limitée alors que celle du pouvoir réglementaire d'intervenir dans le domaine du Parlement ou plus précisément du domaine de la loi fut envisagée, mais seulement comme une possibilité circonstancielle et momentanée. Cette possibilité informe sur le caractère exceptionnel de l'intervention directe de l'exécutif dans le domaine dévolu au peuple<sup>229</sup> et au parlement<sup>230</sup>.

Selon l'article 108 de la Constitution du Burkina Faso, les matières autres que celles figurant à l'article 101 ont un caractère réglementaire. Cette disposition constitue un point d'ancrage de la distinction du domaine de la loi et du domaine du règlement<sup>231</sup> dans les constitutions africaines inspirées de la Constitution française<sup>232</sup>. Cette répartition n'a pas fait disparaître cependant l'affirmation de la légitimité du Chef de l'Etat ayant un pouvoir d'interférence dans la procédure législative. C'est ainsi que l'aménagement d'un régime des ordonnances s'est présenté comme une entrée circonstancielle du Président de la République dans le domaine du Parlement. Joseph BARTHELEMY a caricaturé cette situation par l'expression du « gouvernement législateur »<sup>233</sup>.

L'exercice du pouvoir réglementaire au moyen des ordonnances confère au Chef de l'Etat un pouvoir d'adoption de mesures législatives par un acte administratif. Celui-ci l'exerce au détriment du Parlement dans la période conférée pour la délégation législative. Ce pouvoir est moins une obligation qu'une faculté<sup>234</sup>. Mais une fois habilité, il oblige le Chef de l'Etat dont le refus entraîne la compétence du Conseil d'Etat sur le fondement d'une incompétence négative<sup>235</sup>. L'ordonnance permet au Chef de l'Etat d'adopter des actes matériellement législatifs. Sa nature juridique provient de son régime contentieux en période d'habilitation et de la compétence du juge administratif<sup>236</sup>.

En dépit de cette jurisprudence abondante sur la nature juridique des ordonnances pendant l'habilitation législative et avant la ratification parlementaire, des débats ont eu lieu sur sa nature et les diligences du Chef de l'Etat en période de cohabitation. Les exégèses du texte constitutionnel sur l'ordonnance ont permis de faire cas des hypothèses d'interprétation

---

<sup>228</sup> Dans une conception parfaitement organique, la notion d'*organe législatif partiel*, est utilisée pour désigner un organe « homme ou groupe d'hommes » dont le consentement est nécessaire pour l'avènement, la validité et le caractère obligatoire d'une norme. Il est un élément de la complexité de l'organe législatif, laquelle complexité réunie autour du pouvoir constituant dérivé une foule d'expertise dont les visions sont suspendues à la volonté du constituant dérivé. Voir, Michel TROPER, Francis HAMON, Pierre BRUNET, *Droit constitutionnel*, 44<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2024, p. 134 ; Martin BLEOU DJEZOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, Abidjan, Centre national de documentation juridique, 2012, p. 7.

<sup>229</sup> CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec., p. 552.

<sup>230</sup> CE, ass., 02 mars 1962, *Rubin de servens et autres*, Rec., p. 143.

<sup>231</sup> Ibrahim David SALAMI, *Droit administratif*, 2<sup>e</sup> édition, Cotonou, CeDAT, 2021, p. 47.

<sup>232</sup> Cette disposition figure à l'article 100 de la Constitution du Bénin, 103 de la Constitution du Niger, article 116 de la Constitution du Mali.

<sup>233</sup> Joseph BARTHELEMY, « Le gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, avril 1917, p. 5-20.

<sup>234</sup> Michel TROPER « La signature des ordonnances Fonctions d'une controverse », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, pp. 77-78.

<sup>235</sup> CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913.

<sup>236</sup> CE, ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, Rec., p. 619 ; CE, ass., 15 juillet 1954, *Société des établissements Mulsant*, Rec., p. 481 ; CE, sect., 12 février 1960, *Société Eky*, Rec., p. 101 ; CE, ass., 02 mars 1962, *Rubin de servens et autres*, p. 143 ; CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec., p. 552.



oscillant entre le caractère obligatoire et le caractère facultatif de la signature des ordonnances par le Chef de l'Etat<sup>237</sup>. En conséquence, ceux « qui entendent raisonner par analogie, (considèrent que) les ordonnances interviennent dans des matières législatives et auront après leur ratification valeur législative. Il faut donc considérer que la signature des ordonnances est un acte de même nature que la promulgation des lois, une simple formalité<sup>238</sup>. »

L'ordonnance aurait une valeur administrative tirée de sa nature d'acte adopté pour l'application de la loi d'habilitation de laquelle elle tire son essence<sup>239</sup>. Cette analyse souligne en même temps que l'exécution des lois relève, en droit français, des prérogatives du Premier ministre<sup>240</sup>. L'ordonnance est un acte constitutionnellement autonome. Quoiqu'intervenant sur une matière législative, il reste un acte formellement réglementaire<sup>241</sup> tant que la loi d'habilitation n'a pas été adoptée et au regard de la nature administrative de son auteur<sup>242</sup>.

L'ordonnance ne tire pourtant pas son caractère réglementaire de la loi d'habilitation mais de la Constitution qui confère le pouvoir d'adoption au Chef de l'Etat. Puisqu'elle intervient suivant des conditions constitutionnelles, la période d'habilitation ne confère pas à l'ordonnance la nature d'un acte formellement réglementaire mais plutôt celle d'un acte simplement réglementaire. Les anciens décrets-lois témoignent cette situation à travers leur intitulé<sup>243</sup>. A ce titre, l'ordonnance est un acte autonome<sup>244</sup> au même titre que la loi. Elle constitue une catégorie de pouvoir réglementaire autonome détenu par le Chef de l'Etat. Par l'exercice du pouvoir réglementaire au moyen d'une ordonnance, le Chef de l'Etat exerce un pouvoir réglementaire au sens administratif du terme. Le fait que la compétence du juge administratif soit établie à l'égard de l'ordonnance suffit pour conforter son caractère réglementaire, lequel caractère ne prend fin qu'avec la période d'habilitation.

En définitive, l'on peut convenir avec Maurice HAURIOU que la « participation du gouvernement exécutif à la confection de la loi [...] se produit de deux façons : par l'initiative gouvernementale des lois et l'intervention du gouvernement dans leur discussion ; par la promulgation des lois ». La troisième modalité est sans doute la signature des ordonnances par le Chef de l'Etat et la non limitation du domaine des ordonnances pourrait instruire que le Président de la République a concentré légalement entre ses mains, la faculté de légiférer sur toutes les matières qui concernent la république.

Le Chef de l'Etat exerce ce pouvoir dans le respect des normes de la République. L'arrêt *Canal et autres* du Conseil d'Etat français renseigne que le Président de la République doit respecter

---

<sup>237</sup> Michel TROPER « La signature des ordonnances Fonctions d'une controverse », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, pp. 77-78.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>240</sup> Il s'agit d'une hypothèse clairement prévue à l'article 63 de la Constitution du Burkina Faso.

<sup>241</sup> Claude EMERI, « De l'irresponsabilité présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 146.

<sup>242</sup> CE, ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, Rec., p. 121 ; CE, ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec., p. 658.

<sup>243</sup> Joseph BARTHELEMY, « Le gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1917, p. 9.

<sup>244</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Sirey, 1929, p. 435.



les principes généraux de droit<sup>245</sup> en matière de procès pénal<sup>246</sup>. La seule sanction de la loi s'analyse comme une sanction négative ne peut intervenir qu'à la fin de l'habilitation. Cette exception en matière de contrôle juridictionnel constitue une dérogation temporaire en faveur du pouvoir du Chef de l'Etat.

## 2. Un pouvoir de dérogation temporaire

L'exercice du pouvoir réglementaire en période ordinaire n'implique pas une dérogation sauf en matière d'ordonnances. En circonstances exceptionnelles cependant, cet exercice est dominé par le principe *salus publica suprema lex*, principe permettant d'accorder une dérogation au respect des libertés et des droits des citoyens, au-delà de la dérogation conférée à l'adoption des textes. Dans cette situation, la dérogation est circonscrite. Si l'exercice du pouvoir réglementaire au moyen des ordonnances reste dans le domaine du parlement, cet exercice peut se faire au moyen de décrets en dehors de toute habilitation législative. Dans ce cas, le pouvoir réglementaire devient matériellement et formellement réglementaire limitant l'intervention du juge. Cette situation est atteinte dans l'exercice du pouvoir réglementaire dans la mise en œuvre des circonstances exceptionnelles autorisant une modification de la loi au sens strict et une méconnaissance du règlement au sens large. Elle est davantage atteinte au regard « de la question terroriste (...) qui a engendré, à la fois un usage toujours plus important des pouvoirs de crise et une expansion du vocable de l'exceptionnalité<sup>247</sup> », faisant du « paradigme de la sécurité une technique normale de gouvernement<sup>248</sup>. » Giorgio AGAMBEN fait observer cependant que dans une république, l'état d'exception prétend seulement appliquer le droit<sup>249</sup>. Cette dérogation résulte de la fonction de garant du Chef de l'Etat. Laissant les autres pouvoirs agir et décider pour le bien de la République, c'est en dernier ressort<sup>250</sup> que le sort de la Nation appelle sa décision discrétionnaire pour adopter des mesures face à une situation de danger réel et immédiat. Ainsi, « s'il fallait définir sa fonction d'un mot, c'est celui de tuteur qui viendrait le plus spontanément à l'esprit. Il laisse agir, n'intervenant que pour contrôler les décisions les plus graves et protéger éventuellement la Nation du désastre »<sup>251</sup>.

Protéger la Nation du désastre est ainsi le fondement du pouvoir réglementaire en périodes de circonstances exceptionnelles. Les droits et les libertés des citoyens sont œuvres d'une République de paix. C'est ce qui explique que par son pouvoir réglementaire, le Président de la République peut déroger de façon temporaire à certaines garanties des citoyens. Le positivisme volontariste de Carl SCHMITT constitue à cet égard un point essentiel pour l'analyse du pouvoir du Chef de l'Etat en périodes extraordinaires. Dans ses périodes, le salut de la République repose aussi et peut être surtout sur le Chef de l'Etat en tant que garant de la souveraineté. La théorie décisionniste conçoit dès lors la validité des éléments d'un Etat au

<sup>245</sup> CE, Sect., 05 mai 1944, *Dame Veuve Trompie- Gravier*, Rec., p. 133.

<sup>246</sup> C'est ce considérant qui est à la base de la solution de l'arrêt *Canal* et autres du Conseil d'Etat français du 19 octobre 1962.

<sup>247</sup> Marie GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *Arch. phil. Droit*, 58 (2015), p. 356.

<sup>248</sup> Giorgio Agamben, *Etat d'exception*, Paris, Éditions du Seuil, 2003, p. 146.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>250</sup> René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général, l'organisation administrative*, 3<sup>e</sup> édition, Abidjan, CEDA, 2002, p. 25 ; Geneviève CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 25.

<sup>251</sup> Philippe ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 48.



prisme de leur provenance de la volonté d'un seul sur tous<sup>252</sup> et non au prisme de la norme. Lorsque la République est en crise, lorsqu'elle est menacée dans ses fondements, l'ordre juridique n'ignore pas la norme, mais doit sa subsistance à la décision<sup>253</sup>. « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle<sup>254</sup> ».

La dérogation aux droits et aux libertés des citoyens sonne comme la prééminence d'un dessein politique sur les situations juridiques. Elle postule par-dessus tout que le maintien et la promotion des droits et des libertés n'est possible qu'au moyen de la survie de l'Etat. Tout simplement parce que l'intérêt général, « le droit supérieur pour une nation d'assurer son existence et de défendre son indépendance et sa sécurité » prime sur les intérêts individuels les plus respectables et les intérêts collectifs les plus sérieux<sup>255</sup>. Carl SCHMITT proclame de ce fait la supériorité de la décision politique sur le droit<sup>256</sup> et André HAURIOU laisse voir l'innéité du pouvoir sur les libertés<sup>257</sup>.

Maurice HAURIOU avait fait une interprétation de la dérogation temporaire au moyen d'un commentaire encore actuel de l'arrêt *Heyriès*. La mission de l'Etat est aussi celle d'assurer la bonne marche de l'administration. En effet, il faut « vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales ».<sup>258</sup> Les circonstances exceptionnelles créent une dérogation qui appelle l'exercice d'une fonction gouvernementale dont la conséquence essentielle est de veiller au salut de l'Etat<sup>259</sup>. Cette circonstance confère au Chef de l'Etat la dérogation de s'émanciper de l'exécution des lois<sup>260</sup> ou même de suspendre leur exécution par un sacrifice non abusé de certains droits et libertés<sup>261</sup>. Ainsi, le maintien de la République est le droit et le prééminent dans l'Etat est le Chef de l'Etat. Face aux menaces qui peuvent entraîner le chaos dans la République, son intervention autorisée par le droit ne peut être une atteinte au droit. Et lorsqu'il doit suspendre la Constitution pour que la Constitution puisse s'appliquer, il fait œuvre de rédemption de la République et de renaissance de l'Etat. Ainsi, l'Etat est tel un phénix, il ne meurt jamais.

## Conclusion

---

<sup>252</sup> Marie GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *Arch. phil. Droit*, 58 (2015), p. 369.

<sup>253</sup> Carl SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 20.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>255</sup> Prosper WEIL, Pierre DELVOLLE, Marceau LONG, Guy BRAIBANT, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 193.

<sup>256</sup> Marie GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *op.cit.*, p. 370.

<sup>257</sup> André HAURIOU, « Réflexions sur les statuts épistémologiques respectifs du pouvoir et de la liberté », *RDP*, 1974, p. 646.

<sup>258</sup> Maurice HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 ; d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, tome 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 82.

<sup>259</sup> Maurice HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3<sup>e</sup> année) et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, L. Tenin, 1916, p. 245.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>261</sup> Gaston JEZE, *L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse) ...*, M. Giard & E. Brière, 1917, 180 p. ; Joseph BARTHELEMY, « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, p. 154.



L'étude du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat a voulu appréhender la fonction « législative » au sein de l'Etat et ses conséquences pour le maintien de l'Etat. Cette étude instruit sur la place prépondérante du Chef de l'Etat parmi les titulaires du « pouvoir normatif » au sein de l'Etat, faisant de ce dernier un souverain législatif aussi bien sur le pouvoir exécutif que dans une certaine mesure sur le pouvoir législatif. Cette situation est renforcée par la théorie de l'état d'exception dont la vocation est de trouver une solution aux crises et aux facteurs qui peuvent handicaper le fonctionnement normal des institutions<sup>262</sup>. Ce facteur est dû à la légitimité dont bénéficie le Chef de l'Etat par son élection au suffrage universel direct et au rôle que lui confie la Constitution pour en faire le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, de la permanence et de la continuité de l'Etat, du respect des accords et des traités. L'on peut donc convenir que le Chef de l'Etat par l'intermédiaire du pouvoir réglementaire joue ce rôle au Burkina Faso, au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Mali et au Niger. L'étude de son pouvoir réglementaire laisse voir sa prééminence et sa concurrence des autres organes « législatifs » de l'Etat. En fin de compte, le Chef de l'Etat sous les pouvoirs n'est plus l'ancien Chef de l'Etat dépossédé de sa vertu législative et cantonné en un exécutant de la volonté législative. Sa place dans l'architecture juridique de la fabrique « législative » permet toutefois d'ouvrir un débat sur le pouvoir réel du Premier Ministre et la liberté législative du parlement. L'on se demande si devenu la figure de proue dans certains Etats africains comme le Burkina Faso, le Mali, la Côte d'Ivoire, le Bénin et le Niger, le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat n'est désormais plus qu'un pouvoir réglementaire autonome au sens du droit administratif général.

---

<sup>262</sup> Marie GOUPY, « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », *op.cit.* p. 371.