

L'ORDONNANCE : UN INSTRUMENT NORMATIF HYBRIDE AU SERVICE DE LA RIPOSTE CONTRE LE COVID-19

(*Le Soleil* n° 14987 du 12 mai 2020, p. 18)

Par **Papa Assane TOURE**

Magistrat

Docteur en Droit Privé et Sciences Criminelles

Secrétaire général Adjoint du Gouvernement

chargé des Affaires juridiques

Face à cette situation de crise sanitaire exceptionnelle favorisée par l'apparition du Covid-19¹, le Président de la République a, par un décret n° 2020-830 du 23 mars 2020, proclamé l'état d'urgence à compter du 24 mars 2020 sur toute l'étendue du territoire.

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'adoption de la loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 qui autorise le Président de la République, en application de l'article 77 de la Constitution, à prendre, par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de sa publication toute mesure relevant du domaine de la loi afin de faire face à la pandémie². Ainsi, l'ordonnance, en tant qu'outil normatif, a été mobilisée dans la stratégie de riposte globale contre le coronavirus. Il s'est agi d'adapter la procédure législative ordinaire, marquée par plusieurs étapes, aux exigences de célérité dictées par la situation exceptionnelle induite par le Covid-19 nécessitant l'adoption de réformes urgentes et rapides.

Les ordonnances dites de législation déléguée sont des normes par lesquelles le Président de la République prend, sur habilitation de l'Assemblée nationale, des mesures qui relèvent du domaine de la loi³.

Dans l'histoire institutionnelle du Sénégal, la procédure d'habilitation législative a été utilisée bien avant l'indépendance. Déjà, la loi n° 59-006 du 26 janvier 1959 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances, jusqu'à l'entrée en fonction de la future

¹ A. CISSE, Covid-19. L'aube d'une nouvelle conscience humaine ? », *Le Soleil* du 23 mars 2020 ; « Coronavirus. Ce que l'on sait... ? », *Courrier international*, n° 1540 du 07 au 13 mai 2020.

² JORS n° 7296 du 03 avril 2020, p. 797.

³ A.-M. LE POURHIER, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, p. 25 ; J.-C. COLLIARD, « Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? », *Mélanges Yves Jegouzo*, 2009, p. 131 ; J.-E. GICQUEL, « Ordonnances », *Jurisclass. adm.*, fasc. 35, mars 2015, n° 01 ; S. N. TALL, « Les ordonnances en Afrique noire francophone », *Revue EDJA*, n° 64, janvier-février-mars 2005, p. 67.

Assemblée législative, « des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». C'est sur le fondement de ce texte que l'ordonnance n° 59-043 SG du 31 mars 1959 créant un Contrôle financier a été signée.

A la suite de l'accession du Sénégal à la souveraineté internationale, plusieurs lois d'habilitation ont été adoptées par le Parlement. Il s'agit notamment de la loi n° 60-43 ALS du 20 août 1960⁴, dont l'article 1^{er} dispose que le Gouvernement de la République du Sénégal est habilité pendant un délai de trois (3) mois à compter de sa date, et en cas de besoin, avant la promulgation, « à régler par voie d'ordonnance toutes les matières relevant de la compétence de l'Assemblée nationale ».

Les pouvoirs publics ont eu aussi recours à la procédure d'habilitation législative dans des périodes de turbulence économique. La loi n° 89-11 du 17 janvier 1989 portant loi d'habilitation⁵ a autorisé le Président de la République, et pendant deux (2) ans « en cas d'urgence et de nécessité impérieuse d'intérêt national, à apporter des modifications, par ordonnances aux droits d'importation et d'exportation inscrits au tarif des douanes et aux impôts, droits et taxes prévus par le Code général des Impôts ».

A notre connaissance, c'est la première fois que la procédure d'habilitation législative est utilisée dans un contexte de crise sanitaire similaire à la propagation du coronavirus. En tout état de cause, l'instrumentalisation efficace des ordonnances au service de la stratégie de riposte contre le virus de Wuhan exige de prendre en compte la procédure particulière d'édiction (I) ainsi que la nature changeante de ces normes (II).

I. La procédure particulière d'édiction des ordonnances

La possibilité donnée au Chef de l'Etat de recourir aux ordonnances exige une habilitation donnée par l'Assemblée nationale qui prend la forme juridique d'une loi d'habilitation⁶. Il s'agit d'une loi par laquelle le Parlement habilite (autorise) le Président

⁴ JORS du 24 août 1960, p. 857. Sur le fondement de la loi d'habilitation n° 60-43 ALS du 20 août 1960, le Président de la République a signé plusieurs ordonnances. Il s'agit de l'ordonnance n° 60-01 MF du 20 août 1960 relative au fonctionnement du Trésor sur le territoire du Sénégal, de l'ordonnance n° 60-02 MF du 20 août 1960 portant création d'un service des Douanes de la République du Sénégal, de l'ordonnance n° 60-03 MF du 20 août 1960 portant modification de la formule exécutoire et de l'ordonnance n° 60-04 du 20 août 1960 portant deuxième remaniement du budget de la République du Sénégal (JORS du 24 août 1960, p. 859-860).

⁵ JORS du 25 février 1989, p. 74.

⁶ A. DIEYE, « Les lois d'habilitation en droit comparé. La situation dans quelques Etats d'Afrique noire francophone et en France », *Annales de l'Université de Toulouse I, Capitole*, tome IV, 2014, p. 133 et s. ; C. GAUTRON et M. ROUGEVIN BAVILLE, *Droit public du Sénégal*, Paris, éd. Pédone, 2^{ème} éd., 1977, p. 104.

de la République à prendre par ordonnances des mesures qui relèvent du domaine législatif énuméré par l'article 67 de la Constitution.

Ainsi, le Président de la République est habilité à prendre par voie d'ordonnance des mesures qui relèvent entièrement du domaine de la loi, c'est-à-dire les règles que la loi fixe elle-même. Il en est ainsi notamment des droits civiques, des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de l'assiette, du taux et des modalités de recouvrement des impositions de toutes natures et des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, etc.⁷

En outre, le Chef de l'Etat peut signer des ordonnances dans les matières qui relèvent partiellement du domaine législatif, c'est-à-dire celles dans lesquelles la loi ne détermine que les principes fondamentaux. Il en est ainsi notamment de la libre administration des collectivités territoriales, de l'enseignement, du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale, etc.⁸.

Mais il faut relever que l'habilitation donnée au pouvoir exécutif d'intervenir dans le domaine du pouvoir législatif n'est ni un blanc-seing, ni une renonciation parlementaire à des attributions conférées par la Constitution⁹. Elle comporte des limites prévues par la Constitution.

D'une part, il y a des limites temporelles, puisque dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire, le Président de la République est habilité à « légiférer » dans un délai de trois mois, à compter de la date de publication de la loi d'habilitation. Dès lors, toute ordonnance prise après le délai fixé par la loi d'habilitation est considérée comme un acte administratif empiétant irrégulièrement sur le domaine de la loi et serait entachée d'illégalité comme émanant d'une autorité incompétente.

D'autre part, l'habilitation législative est enfermée dans des limites matérielles (limites de compétence). En effet, elle n'a été consentie qu'afin de faire face « aux besoins d'ordre économique, financier, budgétaire, sécuritaire et sanitaire » liés à la pandémie du Covid-19. Les ordonnances adoptées qui ne rentreraient pas dans les besoins

⁷ V. art. 67 de la Constitution.

⁸ V. art. 67 de la Constitution.

⁹ S. N. TALL, « Les ordonnances en Afrique noire francophone », *Revue EDJA*, n° 64, janvier-février-mars 2005, p. 67.

limitativement énumérés par la loi d'habilitation sont susceptibles de faire l'objet d'une annulation devant le juge compétent.

Par dérogation aux règles relatives à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires prévues par la loi n°70-14 du 06 février 1970 fixant les règles d'applicabilité des lois, des actes administratifs à caractère réglementaire et des actes administratifs à caractère individuel, modifiée, les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication¹⁰.

Mais elles peuvent avoir une « durée de vie » assez éphémère. En effet, les ordonnances deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation¹¹, c'est-à-dire dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance. La caducité entraîne la disparition de l'ordonnance de l'ordonnement juridique et le rétablissement de l'état de droit qui avait cours avant son entrée en vigueur.

Le dépôt du projet de loi de ratification, encore appelé « projet de non caducité » a pour seul effet de maintenir en vigueur l'ordonnance, qui sans cela deviendrait caduque, ce, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'une inscription à l'ordre du jour d'une session de l'Assemblée nationale. Cependant, ce dépôt n'influe pas sur la nature juridique de l'ordonnance qui demeure un acte administratif aussi longtemps que le projet de loi de ratification n'aura pas été adopté par l'Assemblée nationale.

A cet égard, en ce qui concerne les ordonnances prises en application de la loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 précitée plusieurs cas de figure sont possibles :

Si la situation de crise sanitaire prend fin avant l'expiration du délai de trois mois après la publication des ordonnances, c'est-à-dire avant qu'elles ne soient frappées de caducité, il ne sera pas nécessaire de déposer au Parlement un projet de loi de ratification. En effet, dès lors que la caducité des ordonnances n'a pas un effet rétroactif, elles auront déjà produit les effets juridiques escomptés à la date à laquelle prend fin la pandémie.

¹⁰ V. art. 77, alinéa 2 de la Constitution.

¹¹ V. art. 77, alinéa 2 de la Constitution.

Par contre, si la situation de crise prévaut bien après l'expiration du délai de trois mois après la publication des ordonnances, il sera nécessaire pour le Gouvernement d'accomplir la formalité du dépôt du projet de loi de ratification à l'Assemblée nationale. L'accomplissement de cette formalité, nécessaire au maintien en vigueur des ordonnances, permet ainsi de prolonger leurs effets.

Quoi qu'il en soit, par souci d'efficacité, plutôt que d'introduire dans le circuit normatif autant de projets de lois de ratification qu'il n'y a d'ordonnances à ratifier, toutes les ordonnances prises en application de la loi d'habilitation n° 2020-13 du 02 avril 2020 précitée pourraient faire l'objet d'une seule et même ratification dans un support législatif unique. Cette pratique des ratifications groupées est bien ancrée dans la tradition normative au Sénégal. A titre d'exemple, la loi n° 61-22 du 27 février 1961 portant ratification des ordonnances prises en vertu de la loi d'habilitation n° 60-043 du 20 août 1960 a ratifié en même temps huit ordonnances.

L'ordonnance fait l'objet d'une délibération en Conseil des Ministres et est signée par le Président de la République seul¹², le contreseing des actes du Chef de l'Etat par le Premier Ministre ayant disparu à la faveur de la réforme introduite par la loi constitutionnelle n° 2019-10 du 14 mai 2019 portant révision de la Constitution¹³.

Mais à la différence des lois, les ordonnances ne font pas l'objet d'une promulgation, cette formalité ne concernant que les actes législatifs.

II. La nature juridique changeante des ordonnances

L'ordonnance est une catégorie normative très particulière. Elle est à mi-chemin entre l'acte législatif et l'acte réglementaire. Un auteur a écrit que « la nature des ordonnances varie dans le temps à la manière du caméléon »¹⁴.

Avant sa ratification par l'Assemblée nationale, l'ordonnance a une nature réglementaire sans limitation de durée dès lors que le projet de loi de ratification a été déposée dans les délais. L'expiration de la période d'habilitation n'a aucun effet sur la nature juridique de l'ordonnance qui conserve sa nature administrative, sauf si elle a été ratifiée.

¹² V. art. 43, alinéa 1^{er} de la Constitution.

¹³ JORS n° 7181 du lundi 20 mai 2019, p. 917.

¹⁴ J. GICQUEL et J. E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 31^e édition, 2017, p. 708, n° 1286.

En réalité, les ordonnances non ratifiées ont un double régime. Elles ont un régime d'acte législatif si l'on sait, qu'intervenant dans le domaine législatif, elles peuvent modifier ou abroger des dispositions législatives et que leurs propres dispositions ne peuvent être modifiées ou abrogées que par la loi.

Mais du point de vue de leur régime contentieux, elles sont des actes réglementaires qui peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel devant le juge de l'excès de pouvoir dans les conditions prévues par la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême. Toutefois, la haute juridiction administrative exerce un contrôle assez limité. Concernant la légalité interne, l'ordonnance doit être conforme aux règles relatives à la compétence de l'autorité signataire ; le Président de la République est, en effet, seul habilité à signer les ordonnances¹⁵.

S'agissant de la légalité externe, le juge administratif vérifie la conformité l'ordonnance par rapport à la Constitution, à la loi d'habilitation, qui ne doit pas être outrepassée, et aux principes généraux du droit qui ont une valeur infra-législative et supra-décrétale. Mais la jurisprudence admet cependant que l'ordonnance peut déroger à un principe général du droit si la loi d'habilitation l'implique nécessairement¹⁶.

Aussi, au cours d'un procès, les justiciables peuvent aussi soulever l'exception d'illégalité de l'ordonnance non ratifiée devant les juridictions du fond (Cour d'appel, tribunal de grande instance et tribunal d'instance), lorsque de l'examen de sa légalité dépend la solution du litige.

Après sa ratification législative, l'ordonnance acquiert rétroactivement une valeur législative à compter de la date de sa publication. A cet égard, dans la hiérarchie des textes législatifs, elle a une valeur de loi ordinaire et peut, dès lors, faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel dans les conditions prévues par la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel.

En définitive, les ordonnances de l'article 77 de la Constitution, qui offrent de larges marges de manœuvres à l'exécutif, constituent de puissants outils normatifs pouvant être efficacement mobilisées dans le cadre de la stratégie de lutte contre le virus de

¹⁵ V. art. 43 de la Constitution.

¹⁶ CE, 29 octobre 2004, Sueur et a., *Rec. CE* 2004, p. 405; *AJDA* 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2004, p. 1103, concl. D. Casas.

Wuhan. Pourvu seulement que les pouvoirs publics prennent en compte la nature hybride et le régime byzantin de ces normes pas comme les autres.