

Loi d'habilitation : le Président-empereur légifèrera sur nos droits et deniers publics en violation de la constitution

Depuis Aristote, les théoriciens du pouvoir politique ont enseigné que la séparation des pouvoirs est le propre des régimes démocratiques tandis que leur concentration entre les mains d'un seul caractérise les régimes dictatoriaux.

« Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » nous dit Montesquieu.

Cette doctrine de séparation des pouvoirs est le fondement même de l'organisation de notre régime politique qui est divisé en trois pouvoirs : l'Assemblée nationale qui exerce le pouvoir législatif (adoption de la loi), l'exécutif qui l'applique et gouverne et le judiciaire qui rend la justice et veille à la légalité des actes normatifs.

Par conséquent, accorder à un de ces pouvoirs les prérogatives normalement réservées à un autre comporte des risques certains pour la démocratie.

Voilà pourquoi la loi d'habilitation adoptée le 1^{er} avril 2020 par laquelle 33 députés, minutieusement triés sur les 165, ont conféré à l'unanimité un large pouvoir législatif au Président, suscitant des inquiétudes légitimes. Ces inquiétudes semblent d'autant plus fondées que le Président est autorisé à légiférer sur nos droits et sur un fonds de 1000 milliards correspondant au quart du budget du Sénégal. Il convient d'exposer les raisons juridiques qui sous-tendent ces inquiétudes en examinant la conformité de la présente loi à la constitution.

Pour ce faire, il importe de :

- rappeler ce qu'on entend par loi d'habilitation ;
- relever les carences rédactionnelles de l'article 77 de la constitution ;
- soulever l'inconstitutionnalité de la loi d'habilitation ;
- préciser les recours juridictionnels possibles contre les effets de la loi d'habilitation ;
- souligner les craintes légitimes quant aux potentiels abus d'une gouvernance par ordonnances présidentielles.

1. C'est quoi une loi d'habilitation ?

Notre constitution, inspirée par celle de la France, attribue le pouvoir normatif à deux institutions :

- **l'Assemblée nationale** qui vote la loi dans les domaines limitativement énumérés par l'article 67 de la constitution. Il s'agit par exemple des droits civiques, des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, des lois de finances, de l'organisation de la défense nationale etc ;
- **le Président de la République** qui prend, en vertu de l'article 76 de la constitution, les **règlements** (au sens de décrets) dans tous les domaines, en principe, non réservés à l'Assemblée nationale par l'article 67 précité.

En principe, cette répartition de compétences interdit à l'Assemblée nationale ou au Président de prendre des mesures ne relevant pas de son domaine d'intervention sous peine de nullité pour incompétence.

Néanmoins, l'histoire constitutionnelle nous enseigne que, pendant la première guerre mondiale, le gouvernement français a été autorisé par le Parlement à exercer le pouvoir législatif en modifiant ou abrogeant des lois pour répondre aux nécessités de fonctionnement du pays.

Puis, cette pratique s'est progressivement installée sous la dénomination de décrets-lois permettant au gouvernement de prendre des mesures législatives en cas d'urgence tout en faisant l'objet d'un encadrement afin d'éviter des abus.

C'est la raison pour laquelle le constituant a prévu que, lorsque les circonstances le justifient, le pouvoir exécutif puisse être autorisé par l'Assemblée nationale à exercer le pouvoir législatif. Il s'agit donc d'une délégation de compétence accordée par les députés au Président pour un temps limité et dans un domaine précis.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'article 77 de la constitution qui dispose que :

« L'Assemblée nationale peut habiliter par une loi le Président de la République à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Dans les limites de temps et de compétence fixées par la loi d'habilitation, le Président de la République prend des ordonnances qui entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. L'Assemblée nationale peut les amender à l'occasion du vote de la loi de ratification ».

Il convient de noter que la rédaction de cet article n'est pas satisfaisante.

2. La rédaction de l'article 77 doit être améliorée car une loi d'habilitation doit être d'origine gouvernementale et non parlementaire

En prévoyant que « *L'Assemblée nationale peut habiliter par une loi le Président de la République [...]* » l'article 77 est susceptible de poser des difficultés. En effet, cet article ne renseigne pas sur l'initiateur de l'habilitation. Ce qui signifie que la loi d'habilitation peut être proposée aussi bien par le Président que par les députés.

Or, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il est évident que cette délégation partielle du pouvoir législatif ne peut qu'être volontaire, autrement dit, elle doit être sollicitée par le pouvoir exécutif pour répondre à un objectif bien déterminé. Cet aspect de la question aura toute son importance sur le plan contentieux quand il s'agira de justifier devant le conseil constitutionnel la nécessité de l'habilitation. En principe, cette tâche incombe au gouvernement et non aux députés.

Par conséquent, il n'appartient pas à l'Assemblée nationale de déléguer d'office son pouvoir à l'exécutif sous peine de commettre une incompétence négative.

Cette interdiction a été rappelé par le conseil constitutionnel français dans sa décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005 par laquelle il a annulé une mesure d'habilitation accordée par une proposition de loi des députés en jugeant qu'il résultait de la Constitution que « *seul le Gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre [des] ordonnances* ».

Pour lever tout équivoque quant à l'origine de l'habilitation, il nous semble qu'il serait judicieux de réviser l'article 77 et revenir à l'ancienne formule de la Constitution de la fédération du Mali de 1959 qui disposait en son article 37 que :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander à l'Assemblée Législative, l'autorisation de prendre par ordonnance [...] ».

Une telle rédaction semble plus conforme à l'orthodoxie constitutionnelle en ce qu'elle fait concorder la lettre et l'esprit de la loi d'habilitation : une loi demandée par l'exécutif et accordée par le législatif.

À la suite de ce rappel liminaire, il convient d'examiner les raisons pour lesquelles la présente loi d'habilitation est contraire à la constitution.

3. La loi d'habilitation est inconstitutionnelle en raison de son objet excessivement général et imprécis et de la prorogation de l'Etat d'urgence

a) Une inconstitutionnalité tenant à son objet

Comme rappelé au préalable, en démocratie la séparation des pouvoirs reste le principe. Par conséquent, l'habilitation, en tant qu'empiètement de l'exécutif sur le législatif, doit demeurer une exception particulièrement encadrée pour éviter des dérives. Pour s'en rendre compte, il suffit d'examiner les précautions utilisées par l'article 77 qui prévoit que l'habilitation doit être circonscrite tant dans le temps que dans son objet.

La présente loi d'habilitation respecte-elle ces limites ?

➤ **des limites temporelles acceptables quoique maladroitement rédigées**

L'article 77 encadre la loi d'habilitation « *dans les limites de temps* ». Cela se comprend aisément car le pouvoir législatif ne saurait se dépouiller définitivement de son pouvoir naturel de faire la loi. Cet encadrement temporel se fait à travers la loi d'habilitation qui doit fixer :

- **un délai de validité de l'habilitation** dans lequel le Président est autorisé à prendre des mesures relevant de la loi. Ce délai n'est pas indiqué par la constitution, mais il est évident qu'il doit être raisonnable en fonction des circonstances.

En l'espèce, la loi du 1^{er} avril 2020 prévoit que l'habilitation n'est donnée que pendant *un délai de 3 mois*, ce qui ne semble, à priori, pas méconnaître la constitution.

- **un délai de dépôt des ordonnances à l'Assemblée nationale** sous forme de projet de loi de ratification (validation) sous peine de caducité c'est-à-dire de nullité pour l'avenir.

S'agissant de ce délai de dépôt, l'article 2 de la présente loi prévoit deux délais :

- pour les ordonnances publiées après publication de la loi d'habilitation : un délai de 3 mois à compter de la publication de l'ordonnance ;
- pour les ordonnances publiées avant publication de la loi d'habilitation : le délai de 3 mois est prorogé de trois 3 mois, (6 mois au total) si l'ordonnance n'a pas été publiée depuis plus de 3 mois.

Cette rédaction est totalement ubuesque car elle laisse penser qu'il pourrait y avoir des ordonnances présidentielles publiées avant la publication de la loi d'habilitation adopté le 1^{er} avril.

Comment envisager logiquement que les ordonnances présidentielles puissent être publiées et entrer en vigueur avant la loi d'habilitation qui leur sert de fondement légal ? Etant entendu que les premières comme la seconde entrent en vigueur après signature par la même autorité : le Président.

À compter du dépôt du ou des projets de lois de ratification, il appartient aux députés de valider ou d'amender (modifier ou supprimer) les ordonnances prises par le Président.

➤ **Un objet extensible à volonté, le nœud du problème**

Une loi d'habilitation, exceptionnelle par nature, ne doit porter que sur un objet précis sous peine d'atteinte à la constitution. C'est dans ce sens que l'article 77 dispose que :

« Dans les limites [...] de compétence fixées par la loi d'habilitation, le Président de la République prend des ordonnances [...] ».

En effet, pendant le délai d'habilitation, les députés sont privés de leur pouvoir législatif dans la ou les matières déléguées au Président. De même, il convient de rappeler que, contrairement aux lois, les ordonnances présidentielles sont adoptées sans débat, ni information préalable des députés ou du peuple. Par conséquent, l'imprécision de l'objet de l'habilitation ou son étendue constitue un risque certain pour les droits et libertés. C'est pourquoi, l'objet de la délégation est un enjeu constitutionnel capital. Sans exiger que le Gouvernement précise au détail près toutes les mesures qu'il envisage de prendre, il doit préciser son projet de manière suffisamment claire les aux représentants du peuple afin qu'ils se décident en connaissance de cause.

Par ailleurs, la jurisprudence, notamment du conseil constitutionnel français (Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977) a précisé que la constitution :

*« fait obligation au Gouvernement d'indiquer **avec précision** au Parlement, afin de **justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention** ».*

Pour vérifier concrètement si l'objet de l'habilitation ne viole pas la constitution, le juge (Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986) examine :

- l'exposé des motifs du projet de loi d'habilitation ;
- l'article de la loi définissant le champ de l'habilitation demandée ;
- les travaux préparatoires du projet et, notamment, les déclarations du gouvernement devant le Parlement.

En somme, le Gouvernement doit justifier la situation exceptionnelle l'autorisant à solliciter l'habilitation, préciser les finalités poursuivies et les domaines d'intervention concernés.

À titre d'exemple, la loi d'habilitation du 27 mai 1994 consécutive à la modification de la parité du franc CFA avait été accompagnée d'une annexe listant limitativement les matières dans lesquelles le Président de la République était autorisé à prendre des mesures.

Ces principes exposés, il convient de vérifier si la loi d'habilitation en cause présente un objet conforme à l'article 77 de la constitution.

- **Le Gouvernement justifie-t-il le recours à la procédure exceptionnelle de l'habilitation législative ?**

Le Gouvernement explique que le recours à la procédure d'habilitation se justifie par l'urgence tirée de l'épidémie du COVID-19.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, les situations d'urgence constituent la raison d'être même de l'habilitation législative. Par suite, l'invocation de l'épidémie comme motif de la loi d'habilitation est

légitimement acceptable en ce qu'elle permettra au Gouvernement de prendre rapidement les mesures nécessaires.

- **La loi précise-t-elle de manière claire les domaines dans lesquelles les mesures seront prises ?**

L'article 1^{er} de la loi d'habilitation du 1^{er} avril 2020 dispose :

« Dans les conditions prévues à l'article 77 de la Constitution, le Président de la République est habilité à prendre, par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, relevant du domaine de la loi, afin de faire face aux besoins de tous ordres, notamment économique, budgétaire, juridique, sécuritaire et sanitaire ».

L'habilitation accordée est particulièrement large et viole de manière flagrante l'article 77 de la constitution. En effet :

- D'une part, les domaines concernés sont extrêmement larges

Le domaine économique implique quasiment tout : les activités agricole, artisanale, industrielle, commerciale, infrastructurelle, technologique etc. ; le domaine budgétaire est tout aussi un fourre-tout (création, augmentation, exonération ou suppression d'impôts et taxes, emprunt, convention internationale etc. ; enfin la sécurité peut englober une kyrielle de mesures (création, modification ou suppression d'infractions, mesures restrictives de libertés, création de tribunaux spéciaux, engagement militaire dans des opérations extérieures, accord de défense etc.

L'argument consistant à dire que les mesures présidentielles doivent avoir un lien avec la lutte contre l'épidémie semble fragile compte tenu des répercussions de cette dernière sur quasiment tous les aspects de la vie.

Par ailleurs, il convient de noter qu'en vertu des dispositions combinées des articles 67 et 78 alinéa 2 de la constitution, la loi d'habilitation ne peut porter sur la loi de finances dont l'adoption est régie par une loi organique, elle ne peut, à tout le moins, permettre au Gouvernement de violer les limites et réserves prévues par ladite loi organique.

- D'autre part, cette énumération est non exhaustive avec l'emploi de l'adverbe « notamment », ce qui laisse la faculté au gouvernement d'intervenir dans tout autre domaine de la vie

- **La loi prévoit-elle les finalités poursuivies par les ordonnances à venir ?**

L'exposé des motifs de la loi indique que l'objectif visé est de prendre « des mesures exceptionnelles destinées à garantir la continuité et le fonctionnement optimal de l'Etat ». Cette formule est trop vague et n'apporte aucune information ne serait ce que sur les grandes lignes du projet gouvernemental dans la lutte contre l'épidémie.

Or, l'urgence ne saurait constituer un prétexte au défaut de précision du projet du gouvernement car :

- le premier cas de coronavirus testé a été déclaré le 02 mars 2020, le Président avait alors affirmé « *le Sénégal n'est plus à l'abri du coronavirus* » ([lien ici](#)) ;

- le 14 mars, le Président fait un discours à la nation et édicte un ensemble de mesures administratives ([lien ici](#)) ;
- le 23 mars, le Président décrète l'Etat d'urgence et annonce un fonds de 1000 milliards ainsi que des mesures fiscales à destination des entreprises ([lien ici](#)).

Il est évident que l'annonce de telles mesures comme le fonds de 1000 milliards suppose au préalable des simulations économiques et financières dans les domaines d'intervention envisagés.

Dès lors, il est incompréhensible que le Gouvernement se soit abstenu de présenter aux députés dans le cadre de la loi d'habilitation, au moins à titre indicatif et global, les mesures destinées à lutter contre l'épidémie. Une telle abstention pourrait même être interprétée comme une intention frauduleuse, un moyen de détournement de la procédure du débat parlementaire, un moyen de soustraire du débat public des réformes impopulaires voire illégales.

La meilleure preuve de cette volonté du Président de contourner le débat démocratique à l'Assemblée nationale est qu'il a présenté, seulement 2 jours après l'adoption de la loi d'habilitation vide l'objet, un programme très détaillé de sa gouvernance du Covid- 19 avec une déclinaison chiffrée des mesures économiques, fiscales, sociales etc ([lien ici](#)).

Cette imprécision de l'objet de la loi d'habilitation constitue un manquement tellement grave que, pendant le délai d'habilitation de trois mois, l'Assemblée nationale se trouve dessaisi de son pouvoir législatif dans les domaines délégués.

En outre, ce défaut de précision de la nature des mesures à adopter ainsi que de leurs finalités ne saurait être pallié par l'article 3 de la loi d'habilitation qui prévoit que :

« À la demande de l'Assemblée nationale, les autorités administratives communiquent toute mesure prise ou mise en œuvre en application de la présente loi ».

La procédure d'habilitation étant régie par la constitution, sa violation ne saurait être compensée par la loi. Elle ne peut être réparée que par l'annulation pure et simple de la loi par le juge.

b) Une inconstitutionnalité tenant à la prorogation de l'Etat d'urgence

L'article 4 de la loi d'habilitation autorise, « [...] *au-delà de la période de douze jours de l'état d'urgence déclaré par le Président de la République, la prorogation de celui-ci pour une période de trois mois à compter de la publication de cette loi [...]* ».

Or, en application de l'alinéa 2 de l'article 69 de la constitution, « *le décret proclamant l'état de siège ou l'état d'urgence cesse d'être en vigueur après douze jours, à moins que l'Assemblée nationale, saisie par le Président de la République, n'en ait autorisé la prorogation* ».

L'Etat d'urgence est un régime de police restrictif des droits et libertés des citoyens. C'est la raison pour laquelle, sa prorogation est protégée par la constitution. Elle doit se faire par les représentants du peuple qui doivent vérifier et s'assurer, preuves à l'appui, que :

- les conditions ayant fondé la déclaration de d'Etat d'urgence par le Président sont valables ;
- si oui, ces conditions perdurent-elles pour en justifier la prorogation et dans quel délai ?

C'est pourquoi, la loi portant prorogation de l'Etat d'urgence doit avoir un objet spécifique.

En tout état de cause, le gouvernement s'est contenté de demander la prorogation de l'Etat d'urgence sans aucun élément matériel.

Dès lors, l'article 4 de la loi est contraire à la constitution. Par conséquent, l'Etat d'urgence ne peut être regardé comme avoir été régulièrement prorogé.

4. Un contrôle juridictionnel s'impose en vue de stopper ou de limiter les atteintes à la constitution

Deux recours sont envisageables :

a) Un recours devant le conseil constitutionnel contre la loi d'habilitation

- Un recours à priori rendu impossible par le Président

Conformément à l'article 74 de la constitution, cette loi aurait pu être déférée au conseil constitutionnel « *par un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée nationale, dans les **six jours francs** qui suivent son adoption définitive* ».

Cependant, le Président de la République a délibérément porté atteinte à ce droit de recours de l'opposition en procédant à la promulgation de la loi litigieuse ce 2 avril 2020, soit au lendemain de son adoption ([lien ici](#)). Compte tenu des fortes critiques opposées à cette loi, le Président aurait dû, au moins par fairplay démocratique, attendre l'expiration du délai de recours de 6 jours francs avant de promulguer la loi.

- Des recours à postériori possibles contre les futures ordonnances

Il conviendra pour l'opposition d'attacher une attention toute particulière aux lois de ratification à venir en les soumettant à la censure du conseil constitutionnel.

Il est également possible, conformément à la loi organique du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel, d'exercer un recours par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême contre les futures dispositions législatives portant ratification des ordonnances.

b) Des recours devant la Cour suprême contre les ordonnances présidentielles avant ratification

Avant leur ratification définitive par l'Assemblée nationale, toutes les mesures qui seront prises par ordonnances pourront être attaquées en excès de pouvoir par les citoyens qui en sont impactés.

En effet, il est de jurisprudence classique que la loi d'habilitation n'autorise pas le président à violer les principes généraux du droit ou les conventions internationales engageant le Sénégal.

À cet égard, doit-on rappeler la fameuse jurisprudence du Conseil d'Etat français (19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot) qui a annulé une ordonnance du Général de Gaulle créant un tribunal spécial dont les décisions étaient insusceptibles de recours et qui venait de condamner à mort les requérants. Dans l'attente de leur exécution, ils saisirent le juge administratif qui a eu l'audace, dans le contexte de la guerre d'Algérie, d'annuler cette ordonnance eu égard « *à l'importance et à la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux **principes généraux du droit pénal*** ». Cette décision était retentissante car l'ordonnance du Général de Gaulle était prise sur le fondement d'une d'habilitation donnée par une loi référendaire, adoptée par le peuple français, et qui l'autorisait à

prendre par ordonnance "*toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application*" des accords d'Evian.

Le Général fût particulièrement irrité contre cette décision, mais le droit avait triomphé et cette décision est entrée dans les annales de l'histoire de la justice.

5. Des craintes légitimes quant aux dérives d'une gouvernance par ordonnances présidentielles

Sans vouloir éteindre tout espoir de voir la justice freiner les effets de cette loi d'habilitation inconstitutionnelle, il convient de noter que de sérieuses craintes existent que cette loi soit sources d'abus de la part du gouvernement eu égard notamment :

- à l'absence de confiance légitime au Conseil constitutionnel tout comme à la Cour Suprême dont les présidents ont par ailleurs été récemment reçus au palais par le Président au motif officiel d'une consultation dans le cadre de l'épidémie du coronavirus ;
- au risque que le Président se serve de cette loi pour prendre des mesures sans lien avec l'épidémie ou pour imposer des décisions contraires à la volonté populaire ;
- au fait que le président dispose d'une majorité automatique à l'Assemblée nationale prête à tout voter, et donc à valider à postériori toutes les ordonnances présidentielles peu importe la gravité des atteintes à la constitution et aux droits et libertés qu'elles comporteront.

Il apparait au terme de notre analyse que les dispositions des articles 1, 2 et 4 de la loi d'habilitation adoptée le 1^{er} avril 2020, qui en constituent le contenu substantiel, sont contraires à la constitution en ce qu'elles privent l'Assemblée nationale, pendant le délai de l'habilitation, d'une partie essentielle son pouvoir législatif.

Pour empêcher les abus et préserver l'Etat de droit, il revient aux médias, à l'opposition et à la société civile de mettre en œuvre leurs actions de veille et de contrepoids à l'exécutif tout puissant.

Il appartient enfin aux juridictions, saisies en ce sens, de jouer leur rôle de protection des droits et libertés que les citoyens tirent de la constitution, des principes généraux du droit et des conventions internationales primant sur les ordonnances présidentielles.

Hamadou SABALY

Juriste, titulaire du Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat

Membre du mouvement des cadres de Pastef France, Commission juridique