

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DANS LA PRODUCTION DE LA LOI

Gandou Zakara

Enseignant-chercheur

FSJP, UAM- Niamey-Niger

Introduction

La séparation des pouvoirs est morte ! vive la séparation des pouvoirs ! Le Président de la République dans la production de la loi ; voilà un sujet qui, s'il n'est pas anachronique, semble sonner le glas de la séparation des pouvoirs ou d'une certaine conception de celle-ci.

Pour mettre en évidence les différents rôles que le Président de la République de notre temps joue dans la production de la loi, il faut donner d'abord la mesure des différents éléments du sujet, notamment les notions de Président de la République, et de loi ; ensuite, identifier les mécanismes par lesquels le président participe à la fabrication de la loi.

S'agissant de la notion de Président de la République, le sujet commande de la prendre de façon assez compréhensive¹.

C'est l'approche qui permet de couvrir tous les types de présidents, en allant des présidents des régimes présidentiels² et présidentielistes³, aux chefs d'Etats des régimes parlementaires⁴ et autres monarques des monarchies parlementaires⁵. Même si la science juridique contemporaine n'accorde plus à cette distinction des régimes une importance considérable⁶, il faudra se demander si elle n'introduit pas des modalités particulières dans le processus de participation des présidents et autres chefs d'Etats à la production de la loi.

Quant à la notion de loi, elle se présente également comme un phénomène largement compréhensif. Dès lors, se demander qu'est-ce qu'est la loi apparaît comme une question difficile. Longtemps dans la théorie juridique, la loi est apparue comme

¹ C'est-à-dire de manière plus large que la conception que veut que le président de la république soit le titre donné au chef de l'Etat dans une république, cf Lexique des termes juridiques, Dalloz, 26^{ème} édition, 2018-2019, P.828.

² Le Président des Etats-Unis se présente comme le prototype de cette catégorie. Le régime présidentiel apparaît aux Etats-Unis vers la fin du XVIII^{ème} siècle. Le système global mis en place par la constitution du 17 septembre 1787 est inspiré tant par l'expérience anglaise de monarchie limitée, que des premières constitutions des treize anciennes colonies d'Amérique. Il repose sur une transposition plus simple de la théorie de séparation des pouvoirs de Locke et Montesquieu. Cette séparation dite rigide se caractérise par les éléments suivants. Elle suppose d'abord une spécialisation claire des compétences de chaque organe de pouvoir. Le législateur a l'initiative des lois et les vote, l'exécutif s'occupe de leur exécution et le pouvoir juridictionnel juge, en interprétant le cas, échéant la constitution. A la différence du régime parlementaire, le système présidentiel ne prévoit pas d'imbrication de compétences.

³ Voir, L Favoreu, op cit, P.405. Les régimes présidentielistes sont définis comme une altération du régime présidentiel américain, qui présente ce paradoxe

d'exercer une attraction considérable sur tous les continents tout en étant inimitable pour des raisons de culture politique, de réalité sociale, et d'organisation institutionnelle particulières aux Etats-Unis. On rencontre cette catégorie de régimes dits présidentielistes dans les transpositions effectuées du régime présidentiel effectuées en Amérique centrale ou du sud, ou en Afrique (Nigéria, Namibie). Les régimes latino-américains, qualifiés de présidentielistes constitue l'illustration la plus célèbre de la dénaturation du modèle. L'hégémonie présidentielle, découlant entre autres, d'un large pouvoir d'initiative du président en matière législative, de l'attribution d'un droit de veto de l'ensemble de la loi ou d'une partie seulement, et de l'exercice d'un pouvoir réglementaire étendu.

⁴ Dans certains régimes parlementaires dualistes, il existe des chefs d'Etats, qui ont aussi la qualité de président de la république. C'est le cas du Président fédéral allemand, du président de la république Italienne, des présidents autrichien, français, Portugais, finlandais etc.

⁵ A peu près un tiers des régimes parlementaires européens ont des chefs d'Etats qui sont des monarques. Il en va ainsi de la Grande- Bretagne, de la Belgique, du Luxembourg, de la Norvège, des Pays-Bas, de l'Espace, de la Suède

⁶ Voir Favoreu et al, Droit constitutionnel, op cit, P.401.

la règle de droit qui exprimait de manière inconditionnée et exclusive la volonté générale⁷. Ces différents caractères de la loi sont aujourd'hui fondamentalement remis en cause⁸. De telle sorte que la loi n'est plus aujourd'hui l'expression exclusive de la souveraineté nationale. De nombreux systèmes juridiques aménagent au sein même d'une catégorie juridique qui est celle de la loi, la coexistence de dispositions de portée, d'objet et de procédures différents⁹. C'est ainsi que la loi peut être ordinaire¹⁰, organique, constitutionnelle, référendaire, de crise, sans parler des décrets, des ordonnances et autres manifestations de la législation déléguée¹¹.

Le phénomène de la reconstruction du système des sources du droit autour de l'axe constitutionnel complique encore plus la notion de loi. Non seulement, celle-ci ne tient plus le rôle central dans le système normatif, mais un rôle excentré par rapport à la constitution¹². Le développement de la constitutionnalité traduit ainsi clairement l'idée chère à Kelsen selon laquelle « la loi

n'est pas tout le droit »¹³. Elle signifie par ailleurs également que désormais, la légalité ne doit plus être conçue autrement que comme la mise en œuvre de la constitutionnalité dont elle n'est que l'une des composantes parmi d'autres¹⁴.

Cette complexification de la notion de la loi atteint un palier supplémentaire, lorsqu'on relève que certains Etats sont organisés selon les techniques du fédéralisme¹⁵, ou celles du régionalisme¹⁶, pour faire référence à des expériences comme celles de l'Italie, de l'Espagne, de la Belgique, des Etats-Unis, etc.. Dans ces cadres-ci, la loi devient aussi l'instrument et l'expression d'une volonté non nationale, mais régionale¹⁷. Dans tous ces Etats complexes construits sur le partage des pouvoirs, des compétences et des moyens, la loi est appelée à s'écrire au pluriel¹⁸. L'irruption des sources internationales du droit, leur diversité, constituent également une donnée incontournable qui enrichit la notion de loi et redimensionne la fonction présidentielle dans le phénomène de production de la loi¹⁹.

⁷ Voir F. Delpérée : la confection de la loi dans les sociétés pluralistes d'Europe occidentales, cours de l'académie internationale de droit constitutionnel, volume2, 1986, op, P.175 ; Voir pour les origines mêmes de l'expression « la loi est l'expression de la volonté générale », J.J. Rousseau, in du contrat social, 1762 ; Voir également Carré de Malberg : « la loi expression de la volonté générale », Sirey, 1921 ; voir aussi de manière plus récente pour une vision plus synthétique, François Luchaire : « la loi et la volonté générale », leçon professée à l'Académie Internationale de droit constitutionnel, Tunis, recueil des cours, volume 2, édition 1989, PP 13-90

⁸ Voir F. Delpérée , op cit, p.175 ;

⁹ Voir F. Delpérée, op cit, P.176.

¹⁰ Voir L. Favoreu et al, op cit , P.217. Les auteurs mettent dans la catégorie juridique de lois ordinaires : les lois d'autorisation, les d'habilitation.

¹¹ C'est ce qui fait écrire au Professeur Rubio Llorente que dans un système juridique comme celui de l'Espagne, il est pratiquement impossible de faire une théorie générale de la loi : il y a la loi des Cortes générales, il y a celle des communautés autonomes, il y a les statuts de ces communautés, il y a les lois organiques qui s'attachent à procurer exécution à la constitution..., toutes variétés de lois dans un seul système juridique. Voir F. Rubio Llorente, « El procedimiento legislativo en Espana. El

lugar de la ley entre las fuentes del Derecho, revista de derecho constitucional, 1986, P.83, cité par F. Delpérée, op cit. P.177.

¹² Voir L. Favoreu, op cit , P.158

¹³ Voir H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution : La justice constitutionnelle », RDP, 1928, PP.198-257.

¹⁴ Voir L. Favoreu, 1997

¹⁵ Voir F. Mélin- Soucramanien& P. Pactet, « *Droit administratif* », Dalloz, 36^{ème} édition, 2018, PP. 222-223 ; Voir également L. Favoreu, op cit, PP. 452-460

¹⁶ Voir L. Favoreu, op cit ,PP. 476-485.

¹⁷ Voir tout le débat sur la division verticale des pouvoirs, l'autre mécanisme de séparation des pouvoirs à travers le fédéralisme, le régionalisme, et les phénomènes de décentralisation plus ou moins renforcés. Voir à tous ces égards, M. Croizat : « le fédéralisme dans les démocraties contemporaines, Montchrestien, collection « clefs politiques », 3^e édition, 1999 ; « le fédéralisme d'aujourd'hui : tendances et controverses », RFDC, 1994

¹⁸ Voir F. Delpérée, op cit, P.177 ; voir aussi J. Fougerouse (dir.), « *L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ?* », Bruylant, 2008 ; J-M. Auby, « le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales de la république, RD publ. 1981.

¹⁹ Voir L. Favoreu, et al, op cit, PP.-149-154.

Ceci nous amène à donner à la loi, dans le cadre de ce travail, la signification de toute source de droit. Ce faisant, la notion que nous retiendrons de la loi, transcende, unifie et concilie ses approches organique²⁰ et matérielle²¹, toutes choses qui encrent durablement la fonction normative du président. Ceci est en contradiction de prime abord²² avec une certaine conception de la séparation des pouvoirs. En effet, affirmer à notre temps que le président cumule sur sa tête les fonctions exécutive et législative, peut nourrir une appréhension de régression de l'Etat de droit, quand on sait que cette configuration des choses était la règle au temps des pouvoirs absolus²³.

Dans les Etats modernes, la fonction législative, la fonction de faire la loi, est distincte de la fonction exécutive (certains diront administrative) ce qui a contribué à envisager la première comme ayant un statut supérieur dû à la nature spéciale et à

la qualité propre de l'organe dont la loi est l'œuvre²⁴. Autrement dit, le concept moderne de la fonction législative n'a pu voir le jour avant la création délibérée de normes générales par des organes centralisés et spécifiques définis comme le représentant du peuple ou d'une partie du peuple²⁵.

Corrélativement, la fonction exécutive, conçue comme une fonction subalterne par une frange importante de la doctrine, se ramènerait justement à l'exécution des lois²⁶. Mais très vite, il apparut que pour exécuter la loi, il fallait prendre des actes généraux pour en assurer l'application²⁷; telle est l'origine du pouvoir réglementaire²⁸. Par conséquent, la distinction théorique entre les trois pouvoirs ou fonctions de l'Etat doit être envisagée dans le contexte de la doctrine politique de la séparation des pouvoirs, inscrite dans les constitutions des démocraties et des

²⁰ La définition organique ou formelle de la loi, veut qu'elle soit l'acte voté par le parlement (ou exceptionnellement par le peuple), selon une procédure adéquate et promulguée par le président. L. Favoreu, estime que cette définition organique et formelle s'impose désormais en France, en lieu et place d'une définition matérielle, même si la constitution du 4 août 1958 a pu être interprétée à ses débuts comme l'exemple type d'un texte ayant imposé une définition matérielle de la loi du fait même de son cantonnement à la régulation de matières limitativement énumérées, comme cela est prévu à l'article 34 de cette constitution.

²¹ L'approche matérielle de la loi veut que la loi ne soit telle, que si elle est dans le même temps rédigée en des termes suffisamment généraux et abstraits, et qu'elle s'applique par conséquent à embrasser non pas des situations particulières ou isolées, mais une multitude indifférenciée de cas et de destinataires.

²² Voir E. Zoller, « *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1998. L'auteur démontre (dans la 2^{ème} partie de l'ouvrage) que dans le cadre français par exemple, la conception classique de la séparation des pouvoirs qui a animé les révolutionnaires, l'idée d'attribuer l'exercice d'une fonction normative aux organes du pouvoir exécutif (on ne parle pas encore de gouvernement), notion qui n'apparaîtra que plus tard avec la constitution de l'an VIII, est proprement inconcevable. Ces derniers ne sauraient être habilités par la constitution ou par la loi, à poser des normes à caractère général et impersonnel. Selon cette conception, il n'y a et il ne peut y avoir qu'un seul pouvoir normatif : celui qu'exerce le pouvoir législatif par

l'édiction des lois. Cette conception dominée par le principe de la séparation des pouvoirs (des origines) a eu une traduction remarquable dans la première constitution révolutionnaire où il est écrit : « le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner et en rappeler l'exécution », cf Titre III, chapitre 4, section 1, art 6.

²³ Voir H. Kelsen, « *Théorie générale du droit et de l'Etat* », (suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique), Bruylant, LGDJ, 1997. Dans cet ouvrage H. Kelsen rappelle que la terminologie même « de corps législatif » a des origines historiques et politiques, car, quand la totalité des fonctions de l'Etat se concentre en la personne du monarque absolu, il est difficile de concevoir la législation comme une fonction séparée des autres fonctions de l'Etat (...).

²⁴ Voir R. C. de Malberg, « *Contribution à la théorie générale de l'Etat* », op cit, p.350

²⁵ Voir H. Kelsen, op cit, P.306.

²⁶ Voir M. Barthélemy, « *Traité élémentaire de droit administratif* », 7^{ème} édition, P.1. A côté de cette théorie dominante en France, il faut souligner une 2^{ème} théorie portée par Laband (« *Droit public de l'Empire allemand* » qui définit la fonction administrative comme « l'action de l'Etat », alors que la loi exprime sa pensée. M. Hauriou semble être dans cette logique estime R.C. de Malberg, op cit, PP.464-465.

²⁷ F. Luchaire, La loi et la volonté générale, Recueil des Cours Volume 2 de l'AIDC, 1989, P.65.

²⁸ F. Luchaire, La loi et la volonté générale, op cit, P.65.

monarchies constitutionnelles modernes. C'est suivant ce principe, que la création de normes générales, en principe de toutes les normes générales (donc des lois), incombe au corps législatif, seul ou en collaboration avec le chef de l'Etat²⁹. Mais dès l'origine, ce principe souffrait néanmoins quelques exceptions. Celles-ci étaient motivées par les limites évidentes de la théorie « de l'exécutif simple exécutrice des lois », car elle repose sur l'idée erronée que les lois peuvent faire face à tous les besoins de l'Etat. Mais un Etat qui s'imposerait de vivre exclusivement sur ses lois, en ce sens que son activité serait définitivement

enchaînée à des décisions ou mesures prises préalablement par voie législative, un tel Etat se mettrait pratiquement dans l'impossibilité de subsister : et de fait, aucun Etat de cette sorte n'existe nulle part³⁰. Dès lors, l'incursion de la fonction exécutive dans la fonction législative n'est pas aussi anachronique que l'on peut le penser à priori³¹.

Par conséquent, ce sujet invite simplement à poser un regard réaliste sur les aventures ou les mésaventures d'une des théories fondamentales du droit constitutionnel et du libéralisme politique : la séparation des pouvoirs théorisée par J. Locke³² et Montesquieu³³, influencée plus tard par les

²⁹ H. Kelsen, op cit, P.306. L'Eminent juriste précise aux pages 319-320 po cit, : « Si par la fonction législative, on ne désigne pas autre chose que la création des normes juridiques générales, un organe est dit alors législatif dans la mesure où il est autorisé à créer des normes juridiques générales. Dans la réalité politique, les normes générales d'un ordre juridique étatique ne sont jamais exclusivement créées par un seul organe, le « législateur ». Mieux, la plupart des constitutions supposées contenir le principe de la séparation des pouvoirs permettent au chef du pouvoir exécutif d'édicter des normes générales en lieu et place de l'organe législatif, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci l'y autorise par une loi d'habilitation, en certaines circonstances : guerres, rébellion ou crise économique. En marge de l'organe législatif ordinaire, ces constitutions sanctionnent ainsi un organe législatif extraordinaire, auquel ne manque que l'épithète « législatif ». C'est dire, que le pouvoir exécutif peut être investi de compétence législative ».

³⁰ Voir R.C. de Malberg, op cit, PP. 466-467.

³¹ Voir H. Kelsen, op cit, P.306. L'auteur écrit à ce propos : « La création de normes générales par un organe distinct du corps législatif (par les organes du pouvoir exécutif ou judiciaire) est habituellement perçue comme une fonction exécutive ou judiciaire. Du point de vue fonctionnel, rien ne distingue en essence ces normes et les « lois », normes générales créées par le corps législatif. Les normes générales créées par le corps législatif sont appelées « lois » par opposition aux normes générales qui, à titre exceptionnel, peuvent être créées par un organe distinct du corps législatif (le chef de l'Etat ou tout organe exécutif ou judiciaire. En général, les normes générales créées par les organes du pouvoir exécutif ne sont pas appelées « lois » mais « ordonnances » ou « règlements » (...) ».

³² Son ouvrage, « *Essai sur le gouvernement civil* », publié en 1690 constitue la justification doctrinale de la seconde révolution anglaise qui vient de se produire, moins de deux ans auparavant. Au-delà de l'affirmation d'une forme de contrat social et d'un droit légitime à l'insurrection, l'auteur anglais pose les bases de la théorie classique de séparation des pouvoirs qui sera ultérieurement développée en France, par Montesquieu. Selon lui, il

convient de distinguer trois pouvoirs dans l'Etat : le législatif, l'exécutif et le fédératif. Au pouvoir fédératif revient la tâche de régler les rapports avec les autres Etat. Le pouvoir fédératif et le pouvoir exécutif sont confiés à l'Etat ou au roi qui l'incarne. La société conserve toutefois le pouvoir législatif qui est détenu par le parlement, à charge pour ce dernier de veiller en particulier au respect des droits et libertés. Mais pour que le système fonctionne effectivement, les lois doivent être appliquées au quotidien, et la fonction de l'exécutif doit être de veiller à cette application. Cette fonction d'application des lois est dévolue donc à pouvoir exécutif séparé certes, mais subordonné au pouvoir législatif.

³³ Dans l'Esprit des lois publié en 1748, Montesquieu, reprend le concept de la séparation des pouvoirs mis en évidence par l'histoire constitutionnelle britannique et formulée par John Locke à sa façon. Pour le baron de BREDE, il existe trois pouvoirs séparés : le législatif qui fait les lois, l'exécutif qui les applique de manière générale et le judiciaire qui les applique de manière particulière. Chacun de ces trois pouvoirs doit être confié à un organe distinct et indépendants des deux autres. Ainsi, la puissance législative est exercée par des représentants, la puissance exécutive par un monarque et la puissance de juger par des gens ordinaires, ceux-là même sans doute qui composent les jurys, caractéristiques du système judiciaire anglais. Montesquieu développe, dès lors, une conception restrictive de la fonction de ces juges, « bouches de la loi ». L'apport décisif de Montesquieu à la théorie de la séparation des pouvoirs porte sur deux plans : il lui donne tout d'abord sa formulation moderne en substituant au troisième pouvoir de Locke, qu'est le pouvoir fédératif, un pouvoir judiciaire qu'il détache avec une force de vision exceptionnelle, de la fonction exécutive. En second lieu, il affecte à cette division une fonction précise qui est de garantir la liberté politique. C'est ainsi qu'il a pu écrire que grâce à cette division « les pouvoirs se limitant les uns les autres, la liberté c'est-à-dire le gouvernement fondé sur la loi, deviendrait possible ». C'est à condition que chaque pouvoir puisse défendre en permanence ses prérogatives, que « le pouvoir arrétant le pouvoir », le gouvernement restera modéré.

révolutions américaine³⁴ et française³⁵ et acclimatée aux exigences pratiques d'aménagement et de fonctionnement des pouvoirs³⁶.

En effet, de la théorie constitutionnelle et politique qui veut que les trois pouvoirs

identifiés dans l'Etat³⁷, soient plus ou moins spécialisés et divisés au service de la liberté politique, on en arrive concrètement, non seulement à leur collaboration insoupçonnée³⁸, mais parfois à un changement de perspective³⁹ dans leurs

³⁴ Voir L. Favoreu et al, « *Droit constitutionnel* », Dalloz, 16 édition, PP. 395-396. L'auteur rappelle que les révolutionnaires américains affirment clairement leur attachement à la séparation des pouvoirs et lui assignent des implications dans le cadre américain. Pour les pères fondateurs, la nouvelle organisation politique nécessite la conjonction de deux éléments : une constitution et un gouvernement équilibré, étant entendu que ce dernier ne peut que reposer sur le principe de la séparation des pouvoirs. John Adams qui succédera à Georges Washington, comme deuxième Président des Etats-Unis, en formule ainsi l'esprit : « Un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire représentent tout ce que signifie et ce qu'implique la notion de gouvernement. Seul l'équilibre de ces pouvoirs entre eux peut refréner les tendances de la nature humaine à la tyrannie, les tenir en échec et préserver quelque liberté dans la constitution ; voir également , le Fédéraliste(Federalist-Papers), 1787, où James Madison, lui aussi futur président des Etats-Unis, complète la description du système en montrant que si les pouvoirs sont séparés, ils ne peuvent être conçus pour fonctionner de manière isolée, chacun conservant des moyens de surveillance et de pression sur l'autre(checks and balances), condition véritable d'équilibre. La séparation n'exclut donc pas une certaine collaboration des pouvoirs, comme le révélera, par la suite, la pratique constitutionnelle des Etats-Unis.

³⁵ Voir L. Favoreu et al, « *Droit constitutionnel* », op cit, PP. 396-397, où l'auteur synthétise la conception française de la séparation des pouvoirs et identifie les éléments qui la différencient de la conception des révolutionnaires américains. En effet, alors que Locke et Montesquieu, repris par les penseurs américains faisaient de la séparation des pouvoirs un principe de répartition des tâches dans l'Etat dans le but d'assurer l'équilibre des pouvoirs et, partant, de garantir les droits individuels, la doctrine de la révolution française va, en liant séparation des pouvoirs et souveraineté, imposer une conception plus abstraite et réductrice du principe. Certes en associant garantie des droits et séparation des pouvoirs comme condition de l'existence d'une constitution effective, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, se situe dans la droite ligne des conceptions de la Révolution américaine et de leurs inspirateurs. Toutefois, interprétée au regard de la notion de souveraineté de l'article 3 de la déclaration de 1789, cette séparation des pouvoirs va jouer avant tout en faveur du pouvoir représentant cette volonté nationale : le pouvoir législatif. C'est là, la prémisse qui annonce une différenciation de taille avec la conception américaine axée sur le nécessaire équilibre des pouvoirs, et non une primauté au législatif.

³⁶ Voir L. Favoreu et al, « *Droit constitutionnel* », op cit, PP. 400-408. Dans ces passages, les auteurs démontrent que les aménagements contemporains dont fait l'objet la théorie de la séparation des pouvoirs, l'évolution qu'elle a connue, invitent au dépassement des modèles et à une

présentation plus pragmatique des systèmes de séparation des pouvoirs ; Voir également F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, « *Droit constitutionnel* », Dalloz, 36^{ème} édition, 2018. Les deux auteurs mettent l'accent sur le vieillissement de la théorie de la séparation des pouvoirs élaborée en un temps où les partis n'existaient pas encore, tout au moins sous leur forme moderne. En effet au temps de l'élaboration de la théorie, les principaux problèmes posés par le pouvoir étaient d'ordre institutionnel, ils concernaient les différents organes, leurs compétences et leurs rapports, et la théorie pouvait en effet, apporter entre eux un équilibre souhaitable. Actuellement, ce sont les partis qui animent la vie politique, à laquelle les institutions ne fournissent qu'un cadre formel. Il n'y a pas d'un côté le gouvernement, et de l'autre le parlement. Il y a d'un côté, la majorité, composée du ou des partis vainqueurs des élections et qui dispose à la fois du Gouvernement et du Parlement, et de l'autre l'opposition (ou les oppositions) qui attend les prochaines élections pour prendre une éventuelle revanche. Sans doute, remarquent ces auteurs, le schéma s'applique plus rigoureusement aux pays de bipartisme qu'aux pays de multipartisme mais, dans ses grandes lignes, ceux-ci le vérifient également et de plus en plus (France actuelle, Allemagne fédérale, etc.)

³⁷ Voir L. Favoreu, op cit, P. 398-399, qui estime que dans le modèle européen de séparation des pouvoirs, excepté la Grande-Bretagne marquée par une reconnaissance ancienne de l'indépendance des juges, il y avait plutôt une tradition qui distinguait principalement deux pouvoirs. Le judiciaire ayant pris du temps à s'imposer comme pouvoir, il y avait plutôt un face-à-face entre législatif et exécutif ; voir aussi R. Carré de Malberg, « *contribution à la théorie générale de l'Etat* », réédition 2004, Dalloz. L'auteur confirme qu'historiquement la théorie de la séparation des pouvoirs en France était conçue avec principalement deux pouvoirs. Il rappelle en exemple une opinion largement partagée en son temps, cette formule du député Cazalès « Dans toute société politique, il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire quoi qu'en aient dit plusieurs publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif ». Il y ajoute l'exclamation de Mirabeau allant dans le même sens « Nous aurons bientôt l'occasion de vérifier cette théorie des trois pouvoirs... », et alors les valeureux champions des trois pouvoirs tâcheront de nous faire comprendre ce qu'ils entendent par cette grande locution des trois pouvoirs, et par exemple comment ils conçoivent le pouvoir judiciaire distinct du pouvoir exécutif ».

³⁸ Favoreu et al, « *Droit constitutionnel* », op cit, PP. 400-408.

³⁹ Voir A. Chadli, allocution prononcée à l'occasion de l'ouverture de la 2^{ème} session d'enseignement de l'académie Internationale de droit constitutionnel, Tunis, 18 Août 1986, publiée au recueil des cours, volume n°2, édition, 1989.

rapports quand on constate d'abord, qu'il y a des raisons de s'interroger sur la pertinence de continuer à ramener la loi à l'acte édicté par un collège représentatif, par le parlement. De cette évolution, il est permis de faire une double constatation : d'abord, la fonction normative des pouvoirs exécutifs s'est développée de manière considérable tant et si bien qu'il est impossible de dire que les dispositions réglementaires ne sont ni moins générales, ni moins impersonnelles que les dispositions législatives⁴⁰ ; ensuite, la loi a tendance à ne plus être, à proprement parler, l'œuvre du pouvoir législatif. Les lois sont à plus de 90% dans la plupart des Etats d'origine exécutive⁴¹. On peut même dire que les lois sont confectionnées aujourd'hui dans les bureaux administratifs, qu'elles sont adoptées par le pouvoir exécutif (dont le président de la république peut être parfois le détenteur exclusif, ou le partager avec un gouvernement), et approuvées par le pouvoir législatif. Dès lors, la fonction du législatif n'est plus de légiférer, mais de contrôler l'édition et l'application de la

législation et plus généralement de contrôler l'activité des autorités exécutives⁴².

Dans cette configuration des choses, il devient légitime de se poser la question de savoir par quels mécanismes le président participe-t-il à la production de la loi ? La réponse à cette interrogation ouvre plusieurs champs des possibles. Le Président participe-t-il directement à la production de la loi ? se contente-t-il de parfaire la loi au fil de son cycle de production ? la contrarie-t-il dans son processus de production ?

Suivant l'analyse communément présentée par la doctrine courante, les diverses étapes par lesquelles doit passer toute loi (au moins sur le plan interne) pour prendre naissance et pour entrer en vigueur, sont au nombre de cinq⁴³ : l'initiative, la délibération, l'adoption, la promulgation, la publication. En un sens large, toutes ces opérations peuvent être considérées comme

⁴⁰ Voir R. Carré de Malberg, « *Contribution à la théorie générale de l'Etat* », réédition Dalloz, 2004. Dans la partie de son ouvrage paru initialement en deux tomes en 1920 et 1922 aux éditions Sirey, l'auteur fait le bilan de la discussion ou des affrontements doctrinaux de l'époque sur la notion de loi, et ses rapports avec le règlement. Toutes les visions formelles et organiques d'une part ; matérielles d'autre part, de la loi, sont convoquées dans un effort de mise en perspective remarquable de la notion de loi, à travers les idées de Rousseau, Duguit, Hauriou, Laband, Meyer. De ces différentes approches, l'approche matérielle de la loi était assez prégnante à l'époque, ce que critique R. Carré de Malberg quand il écrit : « L'erreur de la doctrine régnante, c'est en effet d'avoir cru qu'il était possible d'arriver à une notion de la loi qui fût débarrassée de tout élément formel. Les auteurs qui prétendaient fonder cette définition purement matérielle, invoquent l'autorité de Rousseau, à qui ils font remonter l'honneur d'avoir le premier, distinguer dans la loi sa matière et sa forme (...). En réalité, la théorie contemporaine des lois matérielle n'est nullement conforme à ce que dit Rousseau. Pour que la notion de loi se trouve réalisée, Rousseau n'exige pas seulement une condition de fond, mais aussi une condition de forme (...). Il faut à la fois que la soit l'expression de la volonté générale quant à son origine, et qu'elle constitue une volonté générale quant à son objet (...) ». Voir également, L. Favoreu et al, op cit, en tant que continuateurs plus ou moins contemporains de nous, de cette vision plutôt formelle de la loi qui avait la préférence de R. Carré de Malberg, de O. Mayer, de Hauriou. On notera cependant pour être complet sur la question des lois

matérielles que l'un des arguments phare utilisé par R.C.. de Malberg était de dire en page 370 de son ouvrage précité « (...) la notion de loi matérielle se justifierait, si du moins la constitution, établissait une distinction des matières législatives et administratives, avait réservé certains objets, soit réglementaires, soit particuliers, à la compétence exclusive du législateur, et inversement avait admis l'autorité administrative à statuer en vertu de sa propre puissance sur d'autres sujets envisagés comme dépendant de la fonction d'administrer ». Il évident qu'à notre temps cet argument tombe de lui-même s'agissant du droit public de plusieurs pays qui ont délimité dans la constitution des domaines de la loi et du règlement, nonobstant sinon, la réécriture de ces domaines par les juges constitutionnels, du moins le redressement des tracés des frontières entre la loi et le règlement.

⁴¹ Voir A. Chadli, op cit, P.8-9.

⁴² Voir A. Chadli, op cit, P.8-9 ; Voir pour une idée contraire rendant caduque la présentation du Pr Chadli, L. Favoreu, op cit, quand il écrit : « on a déjà observé que le modèle européen s'était par exemple souvent infléchi dans le cadre de phénomènes de concentration du pouvoir au profit d'un bloc majoritaire, dégagé par l'élection, que ce soit au Royaume-Uni, en Allemagne ou en France sous la Vème République. Cette situation s'éloigne donc sensiblement du modèle classique de séparation des pouvoirs, le législatif ne remplissant plus de la même manière son rôle de modération et de contrôle du pouvoir exécutif ».

⁴³ Voir R. Carré de Malberg, op cit, P.378.

faisant partie de la production législative. Elles sont des facteurs de la législation, des éléments de la procédure légiférante, en tant que le concours de chacune d'elles et leur réunion totale sont indispensables pour qu'une prescription ou disposition se trouve érigée en loi et puisse produire son effet législatif⁴⁴.

Nous faisons l'option dans cet article de considérer que toute réponse positive à l'un de ces questionnements fait participer le Président de la République à la production de la loi⁴⁵. Cette participation peut être d'échelle ou de nature différente avec celle du législateur classique, mais elle met la lumière sur une réalité : Le Président participe à la production de la loi même au sens formel du mot. Cette fonction législative du Président s'inscrit du reste dans une tendance générale au renforcement des exécutifs dans les régimes politiques contemporains. Elle se nourrit d'une certaine légitimité (anciennement inimaginable) due souvent à l'élection au suffrage universel direct ou indirect du Président ou du chef de l'Etat, et qui en fait un organe de représentation⁴⁶ aussi légitime que le parlement. Corrélativement, cette situation nouvelle du président a pu contribuer, ou profiter, du déclin nuancé des Assemblées⁴⁷, plus marqué en régime parlementaire qu'en régime présidentiel, car leur existence même et leurs activités constituent un avertissement permanent à l'exécutif et un frein à ses éventuels abus⁴⁸.

C'est ainsi que selon les types de régimes, le Président de la République ou le chef d'Etat participe plus ou moins activement à la « fabrication » de la loi, par des mécanismes divers. On peut citer entre autres, les droits d'initiative, d'amendement, d'influence, de veto, de seconde lecture, de perfection, de promulgation, de sanction de la loi. A cette participation du président à la production de la loi formelle, il faut ajouter les autres pouvoirs normatifs propres à ce dernier. Il s'agit en l'occurrence de ses pouvoirs normatifs de crise, de ses compétences en matière d'engagements internationaux et de ses attributions réglementaires.

Dès lors, il est incontestable, que les aménagements contemporains dont fait l'objet la théorie de la séparation des pouvoirs, l'évolution qu'elle a connue, invitent au dépassement des modèles, à une présentation plus pragmatique des systèmes de séparation des pouvoirs, et à une relecture des postulats qui veulent que l'exécutif, à travers un Président de la République ou un chef d'Etat, ne fasse pas la loi.

A partir de cet instant, s'interroger sur la fonction législative du président de la République en tant qu'exécutif ou simplement chef de l'Etat, revêt un grand intérêt. L'assertion selon laquelle, « légiférer est une nécessité pour les exécutifs contemporains »⁴⁹, donne toute la profondeur de cet intérêt.

⁴⁴ Voir R. Carré de Malberg, op cit, P.378.

⁴⁵ Voir pour une opinion contraire, R. Carré de Malberg, op cit, PP.379-380.

⁴⁶ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, « *Droit constitutionnel* », op cit, P.115.

⁴⁷ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, « *Droit constitutionnel* », op cit, P.117. En effet, les auteurs y démontrent à cet égard que les assemblées sont dans un relatif déclin, car d'une part, voyant leurs fonctions législatives traditionnelles réduites, rognées à travers entre

autres l'existence des projets de lois, de législations déléguées et une augmentation d'ampleur du pouvoir réglementaire, et d'autre part elles sont dessaisies de certaines fonctions par la décentralisation et le processus d'intégration de nombreux Etats dans des ensembles supranationaux.

⁴⁸ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, « *Droit constitutionnel* », op cit, P.117.

⁴⁹ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, « *Droit administratif* », Dalloz, 36^{ème} édition, 2018, P.241.

Les divers mécanismes par lesquels le président participe à la production de la loi ou s'insère dans le cycle de production de celle-ci, ne lui sont pas reconnus de manière identique dans l'espace et dans le temps. Si la question des différences dans l'espace renvoie à la diversité des Etats et des régimes ; celle des différences dans le temps, concerne la période où des attributions législatives ont été reconnues au président, et les mécanismes permettant de concrétiser ces attributions mis en place. C'est ainsi que l'on découvre que certains de ces mécanismes sont anciens, alors que d'autres sont plus récents. Malgré cette diversité de situations où se manifeste le pouvoir normatif du président, celles-ci peuvent être ramenées à deux cas de figures : il s'agit des cas où le Président participe à la production législative (I), et ceux où il garantit la perfection de cette production (II).

I. La participation à la production de la loi

Le président de la république selon le type de régime dans lequel il officie participe à la production de la loi de deux manières. De manière positive(A) ou négative (B)

A. La participation positive

La participation positive peut être directe ou indirecte. Celle-ci se rencontre quand le président a l'initiative des lois et lorsqu'il la produit lui-même dans certaines circonstances (1). Souvent, sans participer directement à la production de la loi, il n'influence pas moins le processus de sa production (2).

1. L'initiative et la production directe de la législation

Le président de la république participe à la production de la loi quand il a l'initiative législative. Il arrive aussi qu'il produise directement la loi.

Dans le premier volet de la participation du président à la production de la loi que constitue l'initiative des lois, les compétences du président de la république en la matière peuvent prendre diverses formes. Le président peut avoir l'initiative en matière de lois ordinaires, référendaires et constitutionnelles. Ces compétences en matière d'initiatives se rencontrent souvent dans les régimes parlementaires rationalisés, les régimes présidentielistes, et dans certains régimes officiellement présidentiels comme en Russie.

L'initiative présidentielle en matière de lois ordinaires d'abord, se rencontre dans certains régimes présidentiels ou présidentielistes. La toute-puissance des présidents des régimes présidentielistes, se traduit par une hégémonie présidentielle illustrée par un large pouvoir d'initiative en matière législative⁵⁰. En matière de lois ordinaires, le président russe, président d'un régime formellement présidentiel, a l'initiative de projets de lois⁵¹. Le Président béninois a l'initiative des lois concurremment avec les membres de l'assemblée nationale⁵². Celui du Sénégal a aussi une prérogative de ce genre⁵³. Mieux, le président du Sénégal a expressément un droit d'amendement sur les textes en discussion devant les parlementaires. Même si, de manière pratique, ces amendements présidentiels sont portés par le Premier ministre et les autres membres du

⁵⁰ Voir L. Favoreu, op cit, P.405

⁵¹ Voir F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, op cit, P.263

⁵² Article 57 al1 de la constitution du Bénin

⁵³ Constitution du Sénégal, article 80.

Gouvernement⁵⁴, leur consécration constitutionnelle marque la place importante du président dans le procédure législative sénégalaise. Du reste, le droit reconnu expressément au président de la république du Sénégal d'inscrire en priorité à l'ordre du jour de l'assemblée un projet de loi ou une proposition de loi⁵⁵, confirme cette montée en puissance de celui-ci dans la procédure législative. Le droit de saisine du président sénégalais du conseil constitutionnel, pour voir déclarer l'irrecevabilité des amendements ou de propositions de lois⁵⁶, confirme cet approfondissement de sa fonction législative.

S'agissant ensuite, des initiatives du président en matière de révision constitutionnelle, on note que le président de la république en France, régime parlementaire rationalisé par excellence, a le pouvoir d'initier une loi de révision constitutionnelle. Il tient ce pouvoir de l'article 89 de la constitution. Ce pouvoir d'initiative du président de la république, prend la forme d'un décret contresigné par

le premier Ministre. Ce décret détermine l'assemblée devant laquelle la discussion va s'engager ainsi que le ministre qui va défendre le projet. Cette prérogative est le signe du rôle prépondérant que joue sous la Vème république, le président de la république dans le domaine de la révision de la constitution. Dans la pratique, le président constitue le véritable moteur de tout processus de révision constitutionnelle⁵⁷. Certaines de ces révisions initiées par les présidents ont marqué un tournant décisif dans le droit constitutionnel français⁵⁸. Le président de la république a aussi au Niger le droit d'initiative en matière de révision constitutionnelle⁵⁹. Il en va de même pour le Président de la république du Bénin⁶⁰, du Sénégal⁶¹, et du Rwanda⁶² par exemple.

Concernant enfin, les droits d'initiative du président en matière de référendums législatifs, ils sont assez largement reconnus. Ainsi, le président français, sans avoir l'initiative, peut soumettre un texte au référendum⁶³. Le président de la république en Grèce peut recourir au référendum sur

⁵⁴ Constitution du Sénégal, article 82.

⁵⁵ Constitution du Sénégal, article 84.

⁵⁶ Constitution du Sénégal, article 83

⁵⁷ Voir L. Favoreu, op cit, P.695

⁵⁸ On peut citer à cet égard, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 modifiant l'article 61 de la constitution qui est l'une des plus importantes de la 5^{ème} république. En étendant le droit de saisine du conseil constitutionnel à la minorité parlementaire, cette réforme de Valéry Giscard d'Estaing, va donner un élan décisif à la justice constitutionnelle ; la révision qui est constitutive de la loi constitutionnelle du 4 août 1995, due à Jacques Chirac est aussi d'importance considérable par le toilettage qu'elle réalise de la constitution, mais aussi par son caractère novateur, relatif à l'extension du champ d'application du référendum de l'article 11 ainsi que de la modification de sa procédure. Elle est aussi d'importance pour avoir modifié le régime des réunions du parlement, avec l'institution de la session unique de neuf mois, à la place des deux sessions ordinaires etc.

⁵⁹ Voir constitution du Niger, op cit, article 173. Mais ce pouvoir est fortement encadré pour éviter les abus. Ainsi, outre les majorités qualifiées pour que l'initiative de révision soit prise en compte (3/4 des députés), ou pour

que la révision soit adoptée à l'assemblée nationale (4/5 des députés), l'initiative de révision est proscrite lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, ou concernant certains sujets.

⁶⁰ Constitution du Bénin du 11 décembre 199a, article 154. Il tient cette initiative concurremment avec les membres de l'assemblée nationale, après une décision prise en conseil des Ministres. Mais pour être pris en compte le projet de révision constitutionnelle doit être voté à la majorité des 3/4 des membres composant l'assemblée nationale.

⁶¹ Constitution du Sénégal, article 103.

⁶² Au Rwanda le Président à l'initiative de révision constitutionnelle. Cette révision est acquise si une majorité des 3/4 des membres qui composent chaque chambre de l'assemblée l'adoptent. Toutefois, lorsque la révision porte sur certains sujets, notamment le mandat du président, la démocratie pluraliste, la forme républicaine de l'Etat, l'intégrité du territoire national, elle doit être nécessairement approuvée par référendum, après adoption par chaque chambre.

⁶³ Voir constitution 5^{ème} république, article 11, dont le détournement de la procédure à des fins de révisions constitutionnelles en France par le Général De Gaulle est bien connu.

« des questions nationales graves » ou sur des « questions sociales importantes ». L'initiative du président grec doit toutefois, être approuvée par la chambre des députés. Les autres présidents dans la plupart des pays d'Europe orientale, notamment la Roumanie⁶⁴, la Pologne⁶⁵, la Russie⁶⁶ etc., ont le droit d'initiative en matière de référendum.

Le président du Mali, peut soumettre à référendum, sur proposition du gouvernement ou de l'assemblée nationale, un texte à des fins législatives, comme en France, même si l'avis de la Cour constitutionnelle est requis au préalable⁶⁷. Au Niger, le Président de la république a le droit d'initiative pour faire adopter une loi référendaire⁶⁸. Ainsi après avis consultatifs de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, le président de la république du Niger peut soumettre au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple à l'exception de toute révision de la constitution qui est soumise à une procédure particulière. A la demande du président de la république, la Cour constitutionnelle se prononce par arrêt sur la constitutionnalité de l'initiative du recours au référendum⁶⁹. Lorsque le projet est adopté par référendum, le président de la république le promulgue dans les 15 jours ou dans les 5 jours, quand il y a urgence.

Le président du Bénin après consultation du président de l'assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle peut soumettre au référendum toute question relative à la promotion et au renforcement des droits de l'homme, à l'intégration sous régionale et l'organisation des pouvoirs publics⁷⁰

S'agissant du deuxième volet de la participation positive des présidents à la production législative, il est illustré par le pouvoir de légiférer reconnu à certains présidents en période de crise ; le développement de la législation déléguée à leur profit ; le renforcement des pouvoirs réglementaires de certains présidents. Les pouvoirs reconnus à certains types de présidents de négocier des traités et parfois de les ratifier, sont autant d'occasions qui augmentent leur capacité de production normative, quand on sait que les traités sont devenus aujourd'hui une composante importante de la légalité dans tous les pays.

Relativement d'abord, à la production directe de la législation en périodes de crise, les présidents des Etats à régime parlementaire rationalisé sont généralement ceux à qui ce type de pouvoir est reconnu par la constitution de manière extrêmement importante. Le président de la 5^{ème} république en France⁷¹ et ceux des pays

⁶⁴ Constitution roumaine, article 90

⁶⁵ Constitution polonaise, article 19

⁶⁶ Constitution de la Russie, article 84.

⁶⁷ Constitution du 27 février 1992, art. 41

⁶⁸ Voir constitution du 25 novembre 2010, article 60.

⁶⁹ Cette disposition tire les leçons de l'expérience de la 5^{ème} république au Niger, où le président de l'époque, Monsieur Tandja Mamadou, a utilisé cette procédure référendaire de nature en principe purement législative, pour changer la constitution en dehors de la procédure de révision prévue à cet effet. Le traumatisme crée par ce détournement de procédure aux fins de se présenter pour un 3^{ème} mandat

inconstitutionnel, a continué visiblement à hanter les constituants de 2010.

⁷⁰ Article 58 de la constitution du Bénin.

⁷¹ Voir article 16, constitution française, op cit. Fortement inspiré par les événements de mai-juin 1940, qui avaient l'impuissance du pouvoir à assurer la continuité de l'Etat et le fonctionnement régulier des institutions républicaines face à la défaite militaire et l'occupation du territoire, l'article 16 confie au président de la république des pouvoirs exceptionnels dont certains sont de nature législative. Il a été utilisé une seule fois depuis, une fois en 1961 à la suite du putsch des généraux d'Alger.

africains⁷² qui se sont inspirés de cette constitution française, ont cette fonction législative directe et spéciale.

En France, dès que la décision de mise en œuvre de l'article 16 est signée par le président de la république, celui-ci prend les mesures exigées par les circonstances sans se soucier de la répartition normale des compétences. Pour bien montrer que ces mesures transcendent les règles habituelles de compétence, elles sont dénommées décisions⁷³ et sont soumises pour avis, au Conseil constitutionnel sans que cette consultation ne fasse objet de publicité. Pendant la durée d'application de l'article 16, le parlement siège de plein droit, et l'assemblée nationale ne peut être dissoute. Selon l'interprétation donnée par le Général de Gaulle en 1961, si le parlement est en

session ordinaire, il peut continuer à légiférer en dehors des matières qui touchent l'application de l'article 16. C'est dire que dans ces domaines, le législateur reste et demeure le président de la république.

Au Niger, sous la 5^{ème} république, le Président de la République de l'époque Tandja Mamadou a fait usage de l'article 53, correspondant aux articles 16 et 67 des constitutions française et nigérienne en vigueur, pour changer carrément de constitution, donc pour créer une loi fondamentale nouvelle fondant une 6^{ème} république⁷⁴. La constitution du Bénin du 11 décembre 1990 donne de pareils pouvoirs normatifs de crise au président de la république à travers son article 68⁷⁵. Il en va de même au Sénégal⁷⁶.

⁷² Voir article 67, constitution du Niger, op cit ; article 50 constitution du Mali, op cit

⁷³ Voir L. Favoreu, op cit, P.689

⁷⁴ Dans ce cadre, le président de la république a pris des décisions, dont le contenu législatif de certaines d'entre elles, est incontestable. Il s'agit des décisions suivantes : décision n°01/PRN du 26 juin 2009, portant mise en œuvre de l'article 53 de la constitution (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p.146), ; décision n°02/PRN du 29 juin 2009, portant suspension de l'application de certains articles de la constitution (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p. 146) ; décision n°03/PRN du 29 juin 2009, portant abrogation des décrets portant nomination des membres de la cour Constitutionnelle (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p. 146) ; décision n°05/PRN du 2 juillet 2009, portant nomination des membres de la Cour Constitutionnelle (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p. 147) ; décision n°06/PRN du 03 juillet 2009, modifiant et complétant l'ordonnance N°99-37 du 4 septembre 1999, portant code électoral (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p. 147) ; décision n°07/PRN du 03 juillet 2009, portant convocation du corps électoral pour le référendum sur la constitution de la 6^{ème} république (JO spécial n°12 du 8 juillet 2009, p. 150) ; décision n°08/PRN du 07 juillet 2009, portant modification de la loi N°2006-24 du 24 juillet 2006, portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du conseil supérieur de la communication (CSC) (JO spécial n°17 du 15 septembre 2009, p. 770). Aux termes de cette dernière décision, « lorsque l'organe de presse publie ou diffuse un article ou une émission de nature à porter atteinte à la sécurité de l'Etat ou à l'ordre public, le président du CSC peut prendre toute mesure conservatoire sans mise en demeure préalable. Il en informe les membres du conseil » dit l'article 1^{er} de cette décision ; décision n°09/PRN du 8

juillet 2009, modifiant et complétant l'ordonnance n°99-37 du 4 septembre 1999, portant code électoral (JO spécial n°17 du 18 septembre 2009, p. 210) ; décision n°10/PRN du 23 juillet 2009, modifiant et complétant l'ordonnance n°99-37 du 4 septembre 1999, portant code électoral (JO spécial n°17 du 15 septembre 2009, p. 212)

⁷⁵ . Les Présidents Nicéphore D. Soglo et Mathieu Kérékou en ont fait usage pour légiférer et notamment pour faire adopter les ordonnances ci-après : 2002-001 , 2002-002, 2002-003 du 31 janvier 2002 portant respectivement lois de finances pour la gestion 2002 ; principes fondamentaux du régime des télécommunications en république du Bénin ; création et attributions de l'autorité de régulation des télécommunications en République du Bénin, sous le président Kérékou.

Mais avant cela, le Président Soglo avait fait usage des pouvoirs exceptionnels de l'article 68 en 1995 et 1996

Dans le cas béninois, tout comme dans celui du Niger, l'usage fait de ces pouvoirs exceptionnels laisse songeur. C'est ainsi qu'au Bénin la question a été posée par la doctrine de savoir si ceux-ci ne sont pas détournés pour servir de moyen de contournement d'une majorité parlementaire hostile ? Ne sont-ils pas devenus un moyen de gouverner pour un président privé de majorité ?

⁷⁶ Constitution du Sénégal, article 52. En effet, après avoir recueilli les avis consultatifs requis, le Président du Sénégal peut prendre des mesures y compris d'ordre législatif afin de faire face aux événements de crise tels qu'ils sont annoncés dans l'article 52. Mais le dispositif sénégalais de crise a une particularité notable car il permet expressément au président de procéder à une révision constitutionnelle en vertu de ses pouvoirs de crise. Ceci est clairement mentionné à l'alinéa 3 de l'article 52 de la constitution. Une seconde particularité du dispositif constitutionnel de crise sénégalais est constitué par le

Aux Etats-Unis se développe aussi cette capacité du président à produire des normes en périodes de crise. Cette capacité de production normative se fonde plus sur une coutume constitutionnelle que sur la constitution elle-même. Dans ce cadre, les « *Executive order* » qu'on peut faire remonter aux présidences de Washington ou Jefferson, se développent surtout après la première guerre mondiale et, ce, sur la base des nécessités des périodes de crise⁷⁷. Le développement aux Etats-Unis des pratiques de délégation des pouvoirs du congrès au Président, ont aussi généré un phénomène de production normative déléguée au profit de ce dernier. En effet, les exigences de l'action administrative ont justifié tout au long de ce siècle d'importantes délégations de pouvoir du congrès à l'Exécutif. Non prévues par la constitution, ces délégations ont été à une ou deux exceptions près⁷⁸, durant la période du New Deal, déclarées constitutionnelles par la Cour Suprême à condition que le congrès fixe à l'exécutif des objectifs généraux à atteindre. C'est vrai que même quand il, délègue ses pouvoirs, le congrès exige fréquemment de l'administration qu'elle rende compte avec diligence de ses décisions et se réserve la possibilité de les sanctionner, en cas de contrariété avec les objectifs législatifs définis, dans un délai maximum de soixante jours. N'empêche, il y a là un mécanisme qui permet au président des Etats-Unis, chef de l'exécutif et de

l'administration de produire de la législation déléguée. Tout ceci participe aux Etats-Unis du renforcement des pouvoirs gouvernementaux du Président⁷⁹.

En Belgique, le roi a aussi des compétences en matière de production législative de crise. Dans ce cadre, il lui est reconnu le pouvoir de prendre des arrêtés-lois, lorsqu'en temps de guerre, les assemblées élues sont dissoutes⁸⁰.

Dans le cadre de la législation déléguée ensuite, les présidents en France, au Mali, au Benin, au Niger, au Sénégal etc., signent les ordonnances que l'exécutif les habilite à prendre. Cette signature des ordonnances ne cause pas de problème particulier tant que les majorités présidentielle et parlementaire concordent. Que cette configuration change, la signature des ordonnances par le président peut devenir un objet de conflit entre lui et le premier ministre chef du Gouvernement⁸¹.

En plus, le développement du pouvoir réglementaire des présidents, en fait de véritables producteurs de normes au sens matériel de la loi. Dans ce cadre, les cas des présidents américain et russe méritent d'être mentionnés. Les compétences réglementaires de ces présidents traduisent pour le premier, le développement de ses attributions gouvernementales et pour

pouvoir reconnu au parlement de contrôler les décisions prises par le président en vertu de ses pouvoirs de crise, y compris en les modifiant ou en les annulant à l'occasion du vote de la loi de ratification. Cela ressort clairement de l'alinéa 5 de l'article 52 de la constitution.

⁷⁷ Voir L. Favoreu, op cit, P. 667.

⁷⁸ Voir L. Favoreu, op cit, P. 419.

⁷⁹ Voir L. Favoreu, op cit, P. 667.

⁸⁰ Voir R. Ben Achour, « constitutions et institutions », in la constitution aujourd'hui, Cours de l'Académie

Internationale de droit constitutionnel, volume XV, édition, 2006, P.17.

⁸¹ Voir Décision n°86-207 DC des 25-26 juin 1986, Privatisations, in les GDCC, Dalloz, 12^{ème} édition, PP.661-684. Aux termes de cette décision validant la loi d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre des ordonnances pour opérer des privatisations par le nouveau gouvernement de droite dirigé par J. Chirac, le Président Mitterrand a refusé de signer les ordonnances adoptées en conseil des Ministres. Ceci a contraint le gouvernement à emprunter la voie législative ordinaire en transformant son ordonnance en projet de loi.

l'autre son éminence par rapport aux autres institutions.

Dans une configuration parlementaire, le régime italien offre le cas où le président a un pouvoir important à travers les décrets ayant valeur de loi qu'il peut prendre, même si le droit de contresigne ministériel bride cette compétence présidentielle⁸².

En France et dans les pays africains qui se sont inspirés de la constitution de la 5^{ème} république française (Niger, Mali, Bénin, Sénégal, etc.) les présidents signent les décrets délibérés en conseil des Ministres. Le président guinéen assure l'exécution des lois. Il dispose pour ce faire du pouvoir réglementaire qu'il exerce par décret⁸³

Quant au pouvoir de négocier les traités enfin, il est reconnu à certains présidents des régimes présidentiels, présidentielistes et parlementaires rationalisés. Ce pouvoir renforce la capacité de production normative de ces présidents à un moment où le droit international et communautaire prennent de plus en plus de place parmi les sources de droit interne. A titre illustratif, le président des Etats-Unis a pouvoir de négocier et de conclure des traités, même si leur ratification doit être autorisée par le Sénat⁸⁴. Le président de la république du Niger négocie et ratifie les traités et les accords internationaux⁸⁵, exceptés les traités de défense et de paix, les traités et accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui modifient les lois internes de l'E et ceux qui portent

engagement financier de l'Etat dont la ratification ne peut être autorisée que la loi⁸⁶. Un pouvoir pareil est reconnu au président du Bénin⁸⁷. Le président du Sénégal négocie les engagements internationaux. Il les ratifie ou les approuve éventuellement sur autorisation du parlement⁸⁸.

Le président de la république en France, négocie et ratifie les traités⁸⁹. Celui du Mali en fait autant⁹⁰, de même que le président rwandais⁹¹. Celui de l'Allemagne ratifie les traités⁹² qui sont négociés par le Gouvernement (Chancelier et Ministre des affaires étrangères)

Sans intervenir directement dans la production de la loi, le président de la république peut avoir une fonction d'influence dans la dynamique de cette production législative.

2. L'influence du président dans la production législative

Cette configuration d'influence du président dans le cycle de la production législative se rencontre dans les régimes présidentiels et parlementaires rationalisés. Ainsi le président des Etats-Unis qui n'a aucun pouvoir d'initiative législative, n'a pas moins une influence décisive sur les lois adoptées par le parlement, seul législateur formel dans un régime présidentiel. Ce rôle législatif d'influence du Président se manifeste à travers son droit de message présidentiel⁹³ et par ses initiatives

⁸² Voir R. Ben Achour, « constitutions et institutions », op cit, P.18.

⁸³ Constitution de la république de Guinée, art 38

⁸⁴ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, op cit, P.235.

⁸⁵ Constitution du 25 novembre 2010 fondant la 7^{ème} république au Niger, article 168

⁸⁶ Constitution du 25 novembre 2010, op cit, article 169

⁸⁷ Article 144, constitution du Bénin du 11 décembre 1990.

⁸⁸ Constitution du Sénégal, article 95.

⁸⁹ Constitution 5^{ème} république, article 52 al1.

⁹⁰ Constitution du Mali, article 114.

⁹¹ Constitution du Rwanda, art 189.

⁹² Voir R. Ben Achour, « constitutions et institutions », op cit, P.17.

⁹³ Voir L. Favoreu, op cit, P.409-410 ; voir également F. Mélin-Soucramanien, op cit , P.241

présidentielles⁹⁴ prises en vue de faire adopter des lois nécessaires à l'exécution de son programme.

Ainsi, le message sur l'état de l'union présenté au congrès chaque année, illustre particulièrement l'évolution des relations entre le président et les chambres. Contrairement à ce qu'il était à l'origine, un simple discours de routine, le message sur l'état de l'union se présente dorénavant comme un véritable programme législatif du président. Comme tel, il est destiné non seulement au congrès, mais à l'ensemble des américains⁹⁵. Il donne aujourd'hui au président l'occasion de mobiliser le soutien du congrès et de l'opinion⁹⁶ afin de donner plus de chance à ce programme législatif d'être adopté.

Ces messages présidentiels renferment des initiatives, des orientations précises et projets spécifiques traduisant une volonté d'infléchir, avec le cas échéant, le soutien de l'opinion, l'action du congrès. Il est évident qu'aujourd'hui les membres du congrès attendent de telles initiatives présidentielles, bien que cela ne signifie pas pour autant que le programme du président sera approuvé en tous points. Louis Favoreu, souligne même que d'autres interventions présentées de manière plus ou moins informelle, sur l'état des relations internationales ou en matière économique et financière, complètent ce « pouvoir d'initiative » du président⁹⁷. Il relève le cas

particulier de la présentation du budget fédéral confiée chaque année à l'exécutif en vertu du « *Budget and Accounting Act* » de 1921 et d'un rapport sur la situation économique des Etats-Unis depuis l'*Employment Act* de 1946. Relayés souvent par des membres du congrès proches du président, ces propositions ou recommandations constituent les limites pratiques de la conception d'indépendance stricte des pouvoirs dans le cadre américain⁹⁸.

Lyndon Johnson a bien résumé le pouvoir d'influence du président des Etats-Unis quand il dit, il n'y a qu'une manière pour le chef de l'exécutif de travailler avec le congrès, c'est « constamment, continuellement et sans interruption ». C'est la condition d'une persuasion efficace du président sur le congrès. Dans cette optique, le droit de message du président ne constitue qu'un point de départ dans les relations avec le congrès. L'essentiel ensuite dit L. Favoreu, c'est d'obtenir le soutien d'une majorité de parlementaires. Pour parvenir, le président peut solliciter le soutien du parti auquel il appartient et espérer convaincre sur tel ou tel texte en discussion, des membres de l'opposition eu égard à la faiblesse de la discipline et de la loyauté partisane aux Etats-Unis⁹⁹. Du reste, pour rendre ce mécanisme plus efficace, il a été formalisé en 1953 par le président Eisenhower par la création du

⁹⁴ Voir L. Favoreu, op cit, P.410-411

⁹⁵ Voir Voir L. Favoreu, op cit, P.409 ; Voir également F. Mélin-Soucramanien, op cit , P.241

⁹⁶ Abraham Lincoln a toujours considéré que le soutien de l'opinion était la première condition de succès à toute action publique. Dans son sillage, les présidents américains utilisent leur popularité éventuelle comme moyen de pression sur le congrès. Voir L. Favoreu, op cit, P.415, où l'auteur affirme que dans la période récente, les présidents tendent même à présenter directement leurs projets à la population par le biais de discours ou entretiens télévisés pour mieux influencer les votes du Congrès. Il

ajoute que les premiers succès du président Reagan en matière de réduction des dépenses fédérales s'expliquent en particulier par une telle stratégie. Il en est allé de même avec le président Obama, s'agissant de la réforme du système de santé en 2009.

⁹⁷ Voir Voir L. Favoreu, op cit, P.410

⁹⁸ Voir Voir L. Favoreu, op cit, P.410.

⁹⁹ J. Bourdon, « Le frein et la balance », Etudes de droit constitutionnel américain, 2010 ; voir également, E. Brown, « *L'Etat et la politique aux Etats-Unis* », Thémis, PUF, 1994 ; voir aussi L. Favoreu, op cit, P.414.

Bureau des relations avec le congrès (Office of Congressional Relations), avec pour mission d'encadrer cette action de persuasion. Ce bureau intervient du reste de plus en plus comme un groupe de pression conseillant les membres du congrès dans leurs stratégies politiques personnelles ou négociant, à l'occasion, l'appui personnel du président dans telle ou telle élection à venir¹⁰⁰.

Concernant le président des régimes parlementaires rationalisés, s'il n'a pas d'initiative législative propre en matière de lois ordinaires, son influence n'en reste moins déterminante dans leur présentation par le gouvernement ou la majorité parlementaire en période de coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire¹⁰¹. Dans un tel contexte, la position du chef de l'Etat est dominante. Doté d'une légitimité démocratique très forte, et relativement libre de choisir son premier ministre, le président de la république peut s'imposer sans grande difficultés au sein du couple exécutif. Ainsi il se retrouve à donner l'impulsion déterminante aux décisions gouvernementales y compris lorsque celles-ci sont mises en œuvre par des lois votées par le parlement¹⁰². Dans une configuration pareille, le rôle d'influence du président pour faire adopter les lois qu'il désire est

indéniable et efficace. Le président Sarkozy a banalisé ce phénomène à travers le vocable « d'hyper présidentialisation » utilisé pour caractériser sa présidence.

Dans les Etats africains qui ont transposé plus ou moins fidèlement le même système français, la réalité est souvent semblable. Elle peut même aller au-delà, car en marge du texte constitutionnel, les présidents peuvent se présenter comme détenteurs de tous les pouvoirs. Il ne s'agit plus dans ce cas, d'hyper présidentialisation, mais de présidents totaux.

Sous d'autres angles, le Président s'insère dans le processus de production de la loi de manière qu'on peut qualifier faute de mieux, de négative (B).

B. La participation négative

Dans ce cas de figure, le Président s'oppose à la production de la loi (1), ou essaie de la retarder autant qu'il peut (2).

1. Le veto présidentiel dans le régime présidentiel, la faculté d'empêcher

Dans ce cadre, le cas américain mérite d'être développé en tant que la source originelle d'inspiration pour les régimes présidentiels¹⁰³. Aux Etats-Unis, c'est au

¹⁰⁰ Voir L. Favoreu, op cit, P.414.

¹⁰¹ Il s'agit des périodes où la majorité qui soutient le président de la république et qui s'est fixée dès l'élection présidentielle (majorité présidentielle) et la majorité des députés à l'assemblée nationale (majorité parlementaire), sont à l'unisson.

¹⁰² Voir C. Bigaut, « *Le président de la Vème République* », Documentation française, coll. Documents d'Etudes, 2000, n°106 ; voir aussi J.C Colliard, « *les régimes parlementaires contemporains* », Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978 ; voir aussi O. Camy, « *le chef d'Etat est-il souverain sous la Vème République* », RFDC, 1996, n°25 ; voir aussi C. Guettier, « *Le président sous la Vème république* », PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1995 ; voir aussi A. Claisse, « *Le Premier ministre de la Vème république* », LGDJ, 1972.

¹⁰³ Les Etats-Unis restent la terre d'élection du veto. Dans ce cadre et à titre de développements historiques, J. Barthélemy et P. Duez, rappellent qu'en 1930, le président des Etats-Unis a opposé son veto à sept projets. Le veto est accompagné d'un message dans lequel le Président expose longuement ses principes et critique sans aucun ménagement la solution adoptée par le congrès. Le 25 février 1927, le Président Coolidge frappait de veto la loi Mac Nary Haugen pour l'Agriculture et justifiait ce veto dans un message qui contenait une critique extrêmement véhémement de la loi : après avoir démontré qu'elle est non seulement inconstitutionnelle, mais inapplicable et dangereuse au point de vue économique, critiquable quant aux pouvoirs qu'elle donne à un Bureau fédéral agricole, injuste à l'égard de certaines catégories de producteurs. Et

congrès qu'appartient le pouvoir législatif dans sa plénitude. Le président ne dispose pour sa part ni de l'initiative législative formellement¹⁰⁴, ni d'aucune prérogative « positive » c'est-à-dire lui permettant de faire pression sur le congrès pour l'amener à voter les textes qu'il souhaite¹⁰⁵. La constitution lui confère en revanche, avec le droit de veto, une prérogative « négative », lui permettant de s'opposer aux lois qui ne lui conviennent pas.

Le droit de veto législatif est donné au Président des Etats-Unis à l'encontre des lois qui se formaient en dehors de lui. Il lui fournit les moyens non pas d'opposer un refus absolu de consentement à la loi adoptée par le corps législatif et de mettre ainsi péremptoirement obstacle à sa naissance, mais simplement de remettre en question cette loi et d'en empêcher, pour un certain temps¹⁰⁶ l'adoption. Le congrès ne peut passer outre le veto présidentiel que si chacune des chambres vote de nouveau le texte, et cette fois-ci à la majorité des deux tiers (2/3), ce qui arrive relativement rarement¹⁰⁷.

C'est vrai que généralement le droit de veto est présenté dans la doctrine comme une simple faculté d'empêcher reconnue au président afin qu'il puisse contenir la tendance connue du « département législatif » à empiéter sur les droits des autres départements. L'insuffisance d'une simple démarcation sur le papier des limites de chacun d'eux a aussi été mise en relief, et l'on a conclu qu'il fallait donner à chacun, des armes constitutionnelles pour sa propre défense. De ces principes clairs et incontestables découle l'utilité d'un veto, soit absolu, soit conditionnel, donné à l'exécutif sur les actes des branches législatives. Sans l'un ou l'autre, le premier serait absolument incapable de se défendre contre les usurpations de ces dernières. Il se verrait peu à peu dépouillé de son autorité par des résolutions successives, ou anéanti par un seul vote¹⁰⁸.

Mais cette façon de voir, néglige la seconde fonction attachée au droit de veto telle que les pères fondateurs l'entrevoient. En effet, pour A. Hamilton, le droit de veto du Président peut avoir une seconde vertu : il s'agit d'améliorer le travail législatif¹⁰⁹,

Coolidge de conclure : « C'est une folie économique que le pays est en droit de se voir épargner ».

De même, le 28 avril 1932, le président Hoover a frappé de veto le Tariff Bill démocrate et son message constituait une âpre critique de la politique économique de la majorité congrès.

¹⁰⁴ Voir L. Favoreu, op cit. Il pense que certaines capacités d'influence du président en matière législative s'apparentent à un pouvoir d'initiative de fait.

¹⁰⁵ La constitution ne traite pas du problème de l'initiative législative du président, mais les titulaires de la fonction préfèrent s'abstenir de déposer directement et personnellement des projets de lois. Cependant des projets sont annexés aux messages du président mais, en principe, ils doivent être repris et déposés par un membre du congrès.

¹⁰⁶ Voir Montesquieu, « Esprit des lois », livre XI, Chapitre VI. L'auteur avait envisagé cette possibilité dans le cadre monarchique, en faisant l'hypothèse d'une certaine part que prendrait le monarque à la législation. Il faut dit-il « qu'il prenne part par la faculté d'empêcher », c'est-à-dire par le droit d'opposer son veto. C'est ce mécanisme que

les constituants américains ont transposé au niveau du président des Etats-Unis.

¹⁰⁷ Voir L. Favoreu et al, op cit, P.412. Faisant le bilan de la pratique du veto, les auteurs notent qu'au total, sur environ trois mille vetos recensés depuis la présidence de G. Washington jusqu'en 1994 (B.E. Brown, 1994), quatre pour cent seulement, environ, ont pu être renversés par le congrès, les majorités des deux tiers nécessaires dans chaque chambre étant toujours difficiles à atteindre, même face à un président affaibli ou peu populaire.

¹⁰⁸ Voir A. Hamilton, « *le fédéraliste* », op cit, PP.153-154.

¹⁰⁹ Voir A. Hamilton, « *le fédéraliste* », op cit, PP.154-155. En effet, A. Hamilton estime que le veto a une autre utilité. Non seulement, « il sert de bouclier à l'exécutif, mais il lui fournit une nouvelle garantie contre le vote de mauvaises lois. Il établit pour le corps législatif un frein salutaire, destiné à garder la nation des effets des factions, de la précipitation ou de toute impulsion contraire à l'intérêt public, qui pourrait influencer la majorité de ce corps.

On a critiqué, parfois l'utilité du veto, en faisant observer qu'il ne fallait pas supposer qu'un seul homme aurait plus de vertu et de sagesse qu'un certain nombre d'hommes ; et

même si l'histoire et la pratique n'ont pas retenu assez cette fonction.

Il faudra distinguer aux Etats-Unis, le veto exprès et le veto dit de poche. Ce dernier étant définitif (sauf à reprendre le texte après l'ajournement du congrès) et résulte du refus du président dans les dix jours précédant un ajournement du congrès de signer la loi qui lui est soumise.

Certains présidents ont largement usé de ce droit législatif négatif. Il en est ainsi de F.D. Roosevelt, H. Truman, D. Eisenhower. D'autres par contre profitant d'une conjoncture politique plus favorable en ont peu usé. On peut citer R. Reagan, G. Bush, B. Clinton¹¹⁰.

Il faut relever aussi ce qui constitue une limite traditionnelle à l'efficacité de la menace du veto, c'est-à-dire l'absence d'un pouvoir de veto sélectif appelé *item veto*, au niveau fédéral. Reconnu au profit des gouverneurs dans beaucoup d'Etats fédérés, il a été revendiqué par plusieurs présidents fédéraux d'Ulysses Grant à Ronald Reagan, car il pouvait renforcer davantage le pouvoir d'intervention législative de l'exécutif. Cette prérogative permet en effet à son détenteur de ne s'opposer qu'à une partie de la loi votée, ce qui rend son

utilisation moins belliqueuse et accroît considérablement ses possibilités d'utilisation, un veto total apparaissant plus lourd à mettre en œuvre¹¹¹. C'est cette lourdeur du veto global qui explique que dans la plupart des cas et même lorsque le congrès ajoute des dispositions marginales (« *riders* » ou « *cavaliers législatifs* ») contestés par le Président, ce dernier hésite à paralyser l'ensemble de la loi.

En dépit de la réticence du congrès à accepter le veto partiel que les rédacteurs de la constitution de 1787 ont entendu clairement exclure, un certain droit de veto partiel a pu être institué au niveau fédéral. Il s'agit de la loi intitulée « *Line Item Veto Act* » du 9 avril 1996, permettant au président de supprimer toute nouvelle dépense ou toute augmentation de crédits votées par le congrès, afin de réduire le déficit budgétaire fédéral et à condition que cette amputation ne portât pas atteinte à l'intérêt national¹¹².

Le Président russe, président d'une autre forme de régime présidentiel¹¹³, dispose aussi d'un veto législatif suspensif¹¹⁴. En effet, en Russie la loi adoptée par les chambres est transmise au président dans un délai de cinq jours pour signature, et de quatorze jours pour publication, à partir de

qu'à moins d'avoir cette présomption, il serait mauvais de donner au magistrat exécutif une sorte de contrôle sur le corps législatif.

Mais cette observation, si on l'examine de près, paraîtra plus spéculative que solide. L'utilité de la chose repose non point sur la supposition d'une sagesse ou d'une vertu supérieure dans l'exécutif, mais sur la supposition que le législatif ne sera pas infaillible, que l'amour du pouvoir peut parfois lui faire tenter d'empiéter sur les droits des autres membres du gouvernement ; qu'un esprit de faction peut quelques fois pervertir ses délibérations ; que des impressions du moment peuvent à l'occasion l'entraîner dans des mesures qu'une plus mûre réflexion lui eût fait condamner. Le premier motif pour conférer le pouvoir en question à l'exécutif, c'est de le mettre en état de se défendre ; le second, c'est d'augmenter les chances de la nation contre le vote de mauvaises lois, par précipitation, par inadvertance ou coupables desseins (...).

¹¹⁰ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, op cit, P.242.

¹¹¹ Voir L. Favoreu et al, op cit, P.412

¹¹² Voir L. Favoreu et al, op cit, P.413. Mais la constitutionnalité de ce droit de veto partiel du président a été remise en cause par la décision Clinton V. New York du 25 juin 1998.

¹¹³ Certains auteurs contestent le caractère présidentiel du régime russe, mais aussi le fait même de rattacher le président à l'exécutif, affirmant ainsi, que ce président avec les types de compétences qui lui sont reconnues, n'appartient à aucune des branches du pouvoir. Cf. L.A. Okounkov, « *Prezident Rossiyskoy Federatsii* », Moscou, 1996, P.36 ; voir également, S.A. Beliaev, Le Statut, les compétences et le mode d'élection du président de la Fédération de Russie, revue internationale de droit comparé, 1997, 49-2, PP.475-501.

¹¹⁴ Voir F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, op cit, P.263

la date de réception. Si le président rejette la loi, faisant ainsi usage de son droit de veto, les deux chambres doivent à nouveau réexaminer la loi, et si elles n'introduisent pas de changement dans le texte précédemment adopté, et que celui-ci est de nouveau voté à une majorité de deux tiers, le président est tenu de le signer dans les sept jours et le publier¹¹⁵.

Sans s'opposer frontalement à l'adoption de la loi, le Président peut essayer de la retarder avec l'espoir que ce contretemps qu'il impose à la promulgation de la loi, amène le parlement à tenir compte de ses remarques et autres récriminations à propos de celle-ci. Il s'agit de la procédure de seconde lecture ou seconde délibération.

2. La demande de seconde lecture ou seconde délibération

La seconde lecture ou seconde délibération, a plus à voir avec la technique de la participation négative à la production de la loi. C'est une forme de veto temporaire qui ne dit pas son nom. Selon la conjoncture politique, la seconde lecture peut prendre le visage de ce veto temporaire susceptible de renversement par la ou les chambres¹¹⁶, ou celui d'un mécanisme de perfectionnement de la loi.

Il s'agit donc de l'hypothèse où, lorsque le parlement a voté une loi, le président de la république constate qu'elle est contraire à l'intérêt général du pays. Il brise alors la loi, annule le vote et demande aux concernés de tout recommencer¹¹⁷. C'est une arme très importante, mais les présidents l'utilisent

rarement surtout en régime parlementaire¹¹⁸. En effet, la seconde délibération tout comme le veto classique ont connu peu d'utilisation dans lesdits régimes. La raison en est fort simple. Dans ces types de régimes, disent J. Barthélemy et P. Duez, les ministres sont responsables devant les chambres ; or les chambres viennent de voter un texte : si le ministre revient pour apporter le veto (ou la seconde délibération) du président de la république que le ministre a dû nécessairement contresigner, il se met immédiatement en opposition avec la majorité de la chambre ; donc il doit donner sa démission, quitte à ouvrir la possibilité de demander l'arbitrage du peuple à travers un vote consécutif à une dissolution de l'assemblée¹¹⁹.

Cependant avec l'évolution récente de certains types de parlementarismes, on note que lorsque la majorité présidentielle ne coïncide pas avec la majorité parlementaire, la demande de seconde lecture par le président de la république, prend les allures du veto du président des Etats-Unis. La seule différence entre les deux mécanismes se trouve dans le fait que le veto du président américain concerne globalement la loi selon la constitution, alors que la seconde lecture peut concerner certaines parties de la loi ou toute la loi.

Par contre, lorsque les deux majorités sont à l'unisson, la seconde lecture s'approche dans ses effets, des mécanismes qui permettent d'améliorer la qualité de la loi tels que nous les verrons dans la seconde partie de cet article. Dans cette

¹¹⁵ Article 107, constitution fédération de Russie du 25 décembre 1993

¹¹⁶ Voir J. Barthélemy et P. Duez, « *Traité de droit constitutionnel* », éditions Panthéon Assas, 2004. Ces auteurs traitent la seconde délibération comme une composante du veto présidentiel, cf P.742.

¹¹⁷ Voir J. Barthélemy et P. Duez, « *Traité de droit constitutionnel* », éditions Panthéon Assas, 2004, P. 742.

¹¹⁸ Voir J. Barthélemy et P. Duez, « *Traité de droit constitutionnel* », op cit, P. 742

¹¹⁹ Voir J. Barthélemy et P. Duez, « *Traité de droit constitutionnel* », op cit, P. 742

configuration des choses, la majorité ne semble pas prendre ombrage d'une seconde délibération.

De manière contemporaine, la seconde lecture est un pouvoir qu'on rencontre souvent dans les régimes parlementaires rationalisés, entre les mains des présidents. Au Mali, le président peut demander une seconde lecture de la loi ou de certains de ses articles à l'assemblée nationale, avant la fin du délai de 15 jours qui lui est imparti pour la promulguer à compter de sa transmission au Gouvernement¹²⁰. Il en va de même en France¹²¹ et au Niger¹²² avec la particularité que cette seconde délibération ne peut être refusée à ces deux derniers présidents.

Il arrive aussi que la seconde lecture soit reconnue à un président dans un régime théoriquement présidentiel. Il en est ainsi s'agissant du président du Bénin par exemple, où celui-ci peut avant l'expiration des délais de promulgation normaux de 15 jours ou de 5 jours quand il y a urgence, demander une seconde délibération de la loi. Et cette seconde délibération ne peut lui être refusée. Mieux, si d'aventure cette demande de seconde lecture est faite en fin de session, l'assemblée y statue d'office lors de la session ordinaire suivante. Les députés doivent alors, adopter la loi à la majorité absolue des membres composant l'assemblée pour briser la résistance du président de la république. Si après ce dernier vote, le président de la république refuse de promulguer la loi, opposant ainsi une forme de veto législatif, la Cour constitutionnelle saisie par le président de

l'assemblée nationale, déclare la loi exécutoire, si elle est conforme à la constitution¹²³.

En Guinée aussi le président peut demander dans les délais de dix jours fixés pour la promulgation de la loi, une seconde délibération de la loi à l'Assemblée Nationale. Cette demande ne peut être refusée. Cependant, la loi soumise en seconde délibération ne peut être adoptée que si les deux-tiers des membres composant l'assemblée se prononcent en sa faveur¹²⁴.

Le vote sur l'ensemble du projet dans les Etats qui pratiquent le monocamérisme, l'accord entre les deux chambres dans les Etats qui sacrifient au dogme du bicamérisme, ou l'adoption populaire de la loi, ont pour objet de mettre un point final au processus d'élaboration de la loi. Encore faut-il tenir compte des procédures qui se situent en aval, une fois l'œuvre législative accomplie, et qui se donnent pour objet de parachever, de garantir la perfection du processus de confection de la loi ou de la loi elle-même (II).

II. La garantie de la perfection de la production législative

Cette participation du président de la république à la garantie de la perfection de la production législative s'exprime à travers deux grandes catégories de droits reconnus à celui-ci selon les cas : le droit de sanction et de promulgation de la loi d'une part (A), et celui de réaliser le contrôle de

¹²⁰ Constitution du mali, article 40

¹²¹ Constitution 5^{ème} république, article 10.

¹²² Constitution de la 7^{ème} république, article 58. Mais au Niger, cette demande de seconde lecture de la loi ou de certains de ses articles doit être motivée. Si après une seconde lecture, l'assemblée vote le texte de la loi à la

majorité absolue de ses membres, la loi est promulguée de plein droit et publiée au journal officiel selon la procédure d'urgence.

¹²³ Article 57al 3, 4,5 de la constitution du Bénin.

¹²⁴ Constitution de la république de guinée, article 63

constitutionnalité des lois ou de l'enclencher d'autre part (B).

A. Droit de sanction et de promulgation des lois par le président

Le droit de sanction se rencontre en général dans les monarchies parlementaires (1), alors que celui de promulguer les textes échoie souvent aux présidents des régimes républicains, qu'ils soient présidentiels, présidentialisés ou parlementaires rationalisés (2).

1. Droit de sanction des monarchies des monarchies parlementaires

Dans les monarchies parlementaires, la sanction royale est l'acte par lequel le souverain marque son accord avec la volonté exprimée par les chambres législatives. Elle indique que le Gouvernement participe à l'exercice de la fonction législative et qu'il est donc, comme dit la constitution belge, l'une des chambres du pouvoir législatif¹²⁵. La sanction royale est une formalité indispensable à la confection de la loi, car elle lui garantit une forme de perfection. On en trouve trace en Belgique, au Danemark, en Espagne, au Luxembourg, en Norvège, aux Pays-Bas, en Suède¹²⁶.

La Grande-Bretagne utilise également la formule : c'est la reine dans son parlement qui est appelée à faire œuvre législative et

qui dispose à ce titre, d'un droit théorique de donner son accord ou de le refuser à tout projet de loi régulièrement voté par les chambres¹²⁷.

Il est symptomatique de constater que le droit espagnol recourt expressément à la notion de sanction, même si la doctrine estime dans ce pays, que derrière les vieilles formules constitutionnelles, il n'y a pas une réelle faculté d'empêcher¹²⁸.

Historiquement la nature juridique de l'acte de sanction a été fortement discutée. Ainsi dans les pays où l'adoption de la loi est uniquement l'œuvre des chambres, aucune difficulté ne peut se produire touchant la nature juridique de l'acte par lequel elles créent définitivement la loi : cette adoption est de leur part un acte de complète puissance législative. Il en est autrement dans les Etats monarchiques, où la naissance de la loi dépend à la fois du vote des assemblées et de l'adoption par le chef de l'Etat, cette dernière étant alors désignée sous le nom de sanction. Qu'à cet égard, la sanction royale soit au plus haut degré un acte de puissance législative, cela n'est point douteux¹²⁹. Une vision encore plus extrême de la sanction royale était présentée dans la doctrine allemande du temps de la monarchie, avec des emprunts notables de la doctrine en France avec Duguit par exemple. Cette théorie soutient qu'il y a dans la confection des lois deux moments essentiels à distinguer : d'une part la fixation du contenu de la loi, et d'autre part,

¹²⁵ . Voir F. Delpérée, « la confection de la loi dans les sociétés pluralistes d'Europe occidentale », op cit, P.205 ; voir également sur le plan de l'historique de la notion de sanction, R. Carré de Malberg ; voir aussi R. Ben Achour, « constitutions et institutions », op cit, P.17

¹²⁶ Voir F. Delpérée, op cit, P.205

¹²⁷ Voir F. Delpérée, op cit, P.205

¹²⁸ Voir F. Delpérée, op cit, P.205

¹²⁹ Voir R. Carré de Malberg, op cit, p.381. L'auteur rappelle que ce point était nettement discuté par les

orateurs de l'assemblée nationale de 1789, au cours de la longue discussion qui s'engagea entre eux touchant la question de la sanction royale, dans les séances du 28 août 1789 et des jours suivants. Selon le langage employé à maintes reprises durant cette discussion, l'admission du système de la sanction doit faire du roi « une portion intégrante » du corps législatif », et elle faisait entrer son consentement « comme partie intégrante, dans la formation de la loi »

l'émission de l'ordre par lequel est donnée à ce contenu la valeur impérative et obligatoire qui en fait une loi de l'Etat. Or, de ces deux opérations, la deuxième seule constitue à proprement parler un acte de puissance législative, car elle présente seule les caractères d'un acte de commandement et d'impérium¹³⁰.

Dans cette logique largement historique, la détermination du contenu de la loi n'est pas en soi un acte de puissance dominante : ce n'est qu'une activité mentale et intellectuelle, consistant simplement à peser et à apprécier ce qu'il convient que la loi contienne. Il est évident que cette approche est excessive à notre temps et qu'il faille garder une approche modérée de la sanction royale dans les monarchies parlementaires actuelles.

Dans ces cadres-ci, la sanction royale semble plutôt être un pouvoir de finalisation, de perfectionnement de la loi, qui n'en existe pas moins dès son adoption par les assemblées, ou son adoption par le peuple, s'agissant des lois issues de référendums. Par conséquent l'idée qu'il faut se faire de la sanction royale, c'est que par son biais, le chef de l'Etat, le Monarque, exerce un pouvoir qui consiste à parfaire la loi, après que celle-ci a déjà été adoptée par les chambres ou par le peuple. C'est le sens contemporain dominant de la sanction des lois par les Monarques en Belgique, au

Danemark, en Espagne, au Luxembourg, en Norvège, aux Pays-Bas, en Suède¹³¹.

Parmi les actes qui interviennent à l'occasion de la création de la loi, il en est un second dont la nature juridique a pareillement soulevé des difficultés et des controverses : il s'agit de la promulgation.

2. Droit de promulgation des lois

Même dans les Etats où l'adoption de la loi est réservée aux assemblées, le chef de l'exécutif ou le chef de l'Etat est appelé à exercer, à la suite de cette adoption, un pouvoir qui n'appartient qu'à lui seul. Il en va de même des lois adoptées selon les procédures référendaires, qu'elles soient constitutionnelles, ou de nature législative. Il promulgue la loi, et par l'effet de cette promulgation, il la rend exécutoire. Certains ont vu dans la promulgation un acte qui permet à la loi de s'exécuter ; comme un acte qui concourt à lui imprimer sa force impérative, et par suite comme un commandement législatif et une manifestation de puissance¹³². D'autres au contraire n'y ont vu qu'une opération qui, supposant la loi déjà parfaitement formée, se borne à provoquer l'exécution, c'est-à-dire un acte de puissance simplement exécutive¹³³. Mais la doctrine moderne semble être assez silencieuse sur le thème de la promulgation mis à part dit Francis Delpérée¹³⁴ celle que préfaçait, voici quelques années le Professeur Waline sous le titre « La promulgation, la signature et la

¹³⁰ Voir R. Carré de Malberg, op cit, P.383.

¹³¹ Voir F. Delpérée, op cit, P.205 ; voir aussi R. Ben Achour, « constitutions et institutions », in la constitution aujourd'hui, cours de l'AIDC, volume XV, 2006, P.17.

¹³² Voir D. Turpin, « droit constitutionnel », op cit.

¹³³ Voir R. Carré de Malberg, op cit, P.382 ; voir également J. Barthélemy et P. Duez, op cit, PP.740-741. Ces auteurs donnent à la promulgation une triple signification juridique. D'abord, ils la présentent comme

répondant simplement à un besoin juridique découlant de la nature même des choses, c'est-à-dire la nécessité d'une troisième autorité constitutionnelle différente des chambres, et qui constate que l'accord entre ces chambres existent ; ensuite la promulgation fixerait, lorsque le parlement ne l'a pas fait, le moment précis à partir duquel la loi sera exécutée ; enfin, la promulgation serait l'affirmation de la volonté du président de la république de ne pas demander aux chambres une nouvelle délibération.

¹³⁴ Voir F. Delpérée, op cit, P.205.

publication des textes législatifs en droit comparé »¹³⁵.

La question de la promulgation est pourtant essentielle, car c'est l'acte juridique par lequel le président constate que la procédure législative a été menée à son terme et atteste éventuellement¹³⁶ la régularité et qui, en conséquence, ordonne l'application de la loi. Voici donc une opération du président de la république qui marque l'instant précis où la nouvelle règle s'incorpore dans l'ordonnement juridique. Cet acte du président vaut-il certificat de régularité de la procédure législative ? cette forme d'attestation s'impose-t-elle aux autorités publiques ? vaut-elle éventuellement certification de la qualité de la norme contenue dans la loi. Diverses réponses sont fournies à ces questions. Dans un premier modèle, la promulgation n'implique aucun contrôle de la validité interne de la loi. C'est le cas par exemple au Niger, en France, au Mali, en Italie, etc.

Dans un second modèle appliqué notamment en république fédérale d'Allemagne, la promulgation implique contrôle de conformité. Le président fédéral est appelé à signer l'original de la loi. Or, selon l'article 82 de la loi fondamentale, les lois adoptées conformément aux dispositions de la présente loi fondamentale sont, après contreseing, signées par le président fédéral et publiées au journal officiel fédéral.¹³⁷ En d'autres termes, le Président fédéral est tenu par la Constitution

de promulguer la loi votée par le parlement. Il signe l'original contresigné de la loi.

Cette disposition est lue en Allemagne comme imposant au président de soumettre la loi à un double contrôle avant de la signer. Il doit tout d'abord, vérifier si le texte qu'il est appelé à signer est bien conforme à la loi qui a été adoptée et votée par le parlement. Ensuite, il doit vérifier si cette loi est en conformité avec la Constitution, tant du point de vue de sa forme que de son fond.¹³⁸ Si le président fédéral éprouve des doutes sur la constitutionnalité de la loi, il peut refuser la promulgation. Il n'est pas obligé malgré tout de saisir à cet effet le tribunal constitutionnel fédéral.

Selon un troisième modèle dont la Grande Bretagne, est le prototype, aucune promulgation officielle n'est nécessaire pour rendre la loi exécutoire. La loi entre en vigueur dès qu'elle a obtenu l'approbation ou la sanction royale, ce qui rapproche singulièrement les effets des deux mécanismes¹³⁹ : c'est-à-dire parfaire la loi.

On peut concevoir un quatrième modèle incarné par le système américain dans lequel le président signe les lois qui lui sont transmises par le congrès. Mais même s'il ne le faisait pas et qu'il n'oppose pas son veto, le texte entre en vigueur, passé un certain délai.

Au total quels que soient les mécanismes concrets qu'emprunte l'acte « promulgatoire », il permet à son auteur de

¹³⁵ Voir, J.B Herzog (Dir)& G. Vlachos, « La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé », op cit.

¹³⁶ Voir le cas allemand où le président contrôle aussi la constitutionnalité de la loi, avant de la promulguer.

¹³⁷ Voir F. Delpérée, op cit, P.206.

¹³⁸ Voir F. Delpérée, op cit, P.206-207.

¹³⁹ Certains auteurs pensent que la reine a, en Grande-Bretagne le pouvoir de promulguer la loi. Voir à cet égard, R. Ben Achour dans son cours (intitulé : constitutions et institutions), professé à l'académie internationale de droit constitutionnel , sur le thème : La constitution aujourd'hui, recueil des cours, volume XV, édition, 2006, P.16.

participer à perfectionner la loi. C'est le rôle du président ou du chef de l'Etat dans tous les pays où ceux –ci se sont vu reconnaître la compétence de promulguer les lois. Ces efforts de perfection des lois se traduisent également par les pouvoirs reconnus à certains présidents de contrôler leur constitutionnalité (ne serait-ce que de manière indirecte) ou d'enclencher le processus de contrôle de constitutionnalité des lois (B). L'exercice de perfectionnement de la loi auquel participe le président à travers les droits de sanction et de promulgation, se poursuit avec les pouvoirs d'exercer le contrôle de constitutionnalité ou de le déclencher (B)

B. L'exercice ou le déclenchement du contrôle de constitutionnalité des lois

Même si le cas est rare, il arrive que certains présidents exercent un contrôle de constitutionnalité des lois préalable à la signature de celles-ci ou à leur promulgation. Nous appellerons ce mécanisme, un contrôle indirect de constitutionnalité (1). Par contre il est plus fréquent que les présidents soient des rouages constitutionnels de l'enclenchement du contrôle de constitutionnalité des lois par les juges constitutionnels (2)

1. L'exercice indirect du contrôle de constitutionnalité par le président

A cet égard on peut citer les cas des présidents allemand et américain. L'exercice d'une forme de contrôle de constitutionnalité de la loi par le président fédéral allemand a un fondement constitutionnel attesté, alors que la situation

du président américain relève fondamentalement de la pratique des institutions.

Ainsi, en Allemagne, si le président fédéral éprouve des doutes sur la constitutionnalité de la loi, il peut refuser la promulgation. En effet, selon l'article 82 de la loi fondamentale, les lois adoptées conformément aux dispositions de la présente loi fondamentale sont, après contreseing, signées par le président fédéral et publiées au journal officiel fédéral. Cela implique que le président est tenu de soumettre la loi à un double contrôle avant de la signer. Il doit tout d'abord, vérifier si le texte qu'il est appelé à signer est bien conforme à la loi qui a été adoptée et votée par le parlement. Ensuite, il doit vérifier si cette loi est en conformité avec la Constitution, tant du point de vue de sa forme que de son fond.¹⁴⁰

Aux Etats-Unis, certains présidents dans leur quête d'institution d'un veto partiel, ont institué une sorte de veto sélectif en signant la loi, tout en déclarant certains articles inconstitutionnels et donc invalides. Ce faisant, ils prennent l'initiative à travers ce veto sélectif d'opérer un contrôle de constitutionnalité de fait de la loi.¹⁴¹ Dans ce cadre, en 1989, par exemple le président Bush a signé un texte régissant l'activité du Département du Trésor, et incluant des dispositions interdisant à l'Administration de faire signer à ses agents des engagements de secret. Lors de la promulgation de la loi, le président annonça qu'il ne tiendrait pas compte de ces dernières dispositions. Pour lui, l'exigence constitutionnelle selon laquelle « le président doit veiller à l'exécution fidèle des lois », inclut le droit de méconnaître certains actes du congrès et

¹⁴⁰ Voir F. Delpérée, op cit, P.206-207.

¹⁴¹ Voir I. Favoreu et al, op cit, P.413.

en particulier ceux qui empiètent « inconstitutionnellement » sur la sphère de compétence de l'exécutif. Même si, Louis Favoreu, note que la constitutionnalité d'une telle interprétation continue toutefois de faire débat¹⁴², il n'en reste pas moins, que dans cette configuration des choses, le président Bush a estimé devoir parfaire la loi, en la conformant à la constitution. Il y a là une pratique qu'avait envisagé H. Kelsen sur le plan doctrinal avant de la condamner dans les termes suivants : « Toute opinion concernant l'existence d'une contradiction qui n'émanerait pas de l'autorité compétente n'est pas pertinente du point de vue juridique. L'autorité compétente établit l'existence juridique d'une telle contradiction en annulant la norme inférieure »¹⁴³

Il va de soi que cette situation rappelle la controverse plus générale entre les tenants¹⁴⁴ d'un contrôle de constitutionnalité et ses adversaires¹⁴⁵. A cet égard, C. Schmitt disait relativement à la question de savoir dans quelle mesure il est souhaitable de résoudre par une procédure juridictionnelle, les doutes et les divergences d'opinion sur l'interprétation des lois constitutionnelles, « Distinguer ici les problèmes juridiques et les problèmes politiques, supposer qu'une affaire de droit public pouvait être dépolitisée, c'est-à-dire en fait désétatisée (...) est une fiction douteuse (...). De ce fait à la place d'un tribunal avec son apparence de « juridictionnalité », une instance politique décide plus honnêtement, comme un « sénat » à la façon des constitutions

napoléoniennes qui prévoyaient un « sénat conservateur » pour protéger la constitution »¹⁴⁶.

Parmi les mécanismes qui permettent au président de veiller à la perfection de la loi, celui qui lui donne pouvoir de saisir le juge constitutionnel aux fins de contrôle de constitutionnalité de la loi est d'une importance particulière.

2. L'enclenchement du contrôle de constitutionnalité

« Le parlement peut mal faire »¹⁴⁷, et une majorité peut être oppressive. C'est là, des leçons de l'histoire. La loi produite dans ces conditions, est à notre temps imparfaite. Les pères fondateurs de la constitution américaine ont tiré cette conclusion très tôt en consacrant des limitations précises du pouvoir législatif, alors qu'ailleurs, la souveraineté de la loi était encore de mise. Dans cette perspective, aucune législation contraire à la constitution ne saurait être valable, sans quoi les limitations prévues n'auraient pas de sens. Or la constitution, loi suprême du pays, doit faire comme toute loi, l'objet d'interprétation, ce qui est la fonction propre d'un tribunal¹⁴⁸. A partir de telles prémisses, Hamilton conclut qu'il revient aux juges de déterminer le sens de la charte fondamentale et d'assurer la suprématie de la norme supérieure. Dans le fédéraliste n°78, il écrit dans une forme prémonitoire, constate L. Favoreu¹⁴⁹, que s'il existe une contradiction entre la constitution et une loi, la norme qui présente « un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit être naturellement préférée ;

¹⁴² Voir I. Favoreu et al, op cit, P.413.

¹⁴³ Voir H. Kelsen, op cit, P.214.

¹⁴⁴ Voir H. Kelsen, op cit, PP.210-214.

¹⁴⁵ Voir C. Schmitt « *Théorie de la constitution* », PUF,1993, PP.256-257

¹⁴⁶ Voir C. Schmitt, op cit, P.257.

¹⁴⁷ Voir Hamilton, le fédéraliste, extraits des articles rédigés par A. Hamilton, J. Madison, J. Jay en défense du projet de constitution des Etats-Unis, éditions internationales,1963, 223pages.

¹⁴⁸ Voir Hamilton, « *le fédéraliste* », op cit, P.165.

¹⁴⁹ Voir L. Favoreu, et al, op cit, P239.

en d'autres termes, la constitution doit être préférée à loi ; l'intention du peuple à l'intention de ses agents »¹⁵⁰. En Europe, la suprématie de la constitution se présente comme l'aboutissement historique d'une longue évolution des idées et du concept de démocratie¹⁵¹. A cette évolution, Hans Kelsen a donné un visage durable après la

première guerre mondiale¹⁵² et qui s'est renforcé après les horreurs de la seconde.

L'intérêt du contrôle de constitutionnalité tel que H. Kelsen l'a développé, c'est de montrer que sans contrôle, on ne saurait empêcher la production de normes valides¹⁵³, mais fautives¹⁵⁴. Ce qui vaut sur

¹⁵⁰ Voir Hamilton, le fédéraliste, extraits des articles rédigés par A. Hamilton, J. Madison, J. Jay en défense du projet de constitution des Etats-Unis, éditions internationales, 1963, PP.164-166. Dans ce cadre, pour montrer la suprématie de la constitution et expliquer le mécanisme qu'il propose pour assurer cette suprématie, A. Hamilton écrivait : « (...) Il n'est pas de proposition plus évidemment vraie que tout acte d'une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée, est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la constitution, ne peut être valable. Nier cela, ce serait affirmer que le délégué est supérieur à son commettant, que le serviteur est au-dessus de son maître ; que les représentants du peuple sont supérieurs au peuple lui-même ; que les hommes qui agissent en vertu de pouvoirs peuvent faire non seulement ce que ces pouvoirs ne les autorisent pas à faire, mais encore ce qu'ils leur défendent. Si l'on dit que le corps législatif est lui-même le juge constitutionnel de ses pouvoirs, et que l'interprétation qu'il en fait est concluante pour les autres départements, on peut répondre que ce ne peut être là, la présomption naturelle, à moins que la constitution ne le décide par quelques dispositions spéciales. On ne peut guère supposer que la constitution entende donner aux Représentants du peuple le droit de substituer leur volonté à celle de leurs commettants. Il est bien plus rationnel de supposer que les tribunaux ont été désignés pour être un corps intermédiaire entre le peuple et la législature, à l'effet, entre autres choses, de maintenir la dernière dans les bornes assignées à son autorité. L'interprétation des lois est la fonction propre et particulière des tribunaux. Une constitution est, en fait, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Dès lors, c'est à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière émanant du corps législatif. S'il se trouve entre les deux une contradiction absolue, celle qui a un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit naturellement être préférée ; ou en d'autres termes, la constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à l'intention de ses agents. Cette conclusion ne suppose nullement une supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Elle suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur à tous deux, et que, lorsque la volonté de la législature, exprimée dans ses lois, est en opposition avec elle du peuple, déclarée dans la constitution, c'est à la dernière plutôt qu'aux premières que les juges doivent obéir ».

¹⁵¹ Voir L. Favoreu, et al, op cit, P. 247. L'auteur fait remarquer que le contrôle de constitutionnalité découle en effet, comme on l'a observé dans le cadre américain, du principe de la hiérarchie des normes et de suprématie de la constitution. L'idée d'un droit supérieur se diffuse d'abord en Europe à travers les conceptions de l'école du droit naturel de Saint-Thomas à Grotius ou Puffendorf. Mais

elle se heurte, au XVIII^e siècle, à l'absolutisme de la loi, expression de la souveraineté. Le projet de « jurie constitutionnaire » élaboré par Sièyes avec l'influence de Hamilton échoue en 1795. Au siècle suivant les tentatives opérées en Allemagne ne connaissent pas une meilleure fortune. Avec ce nouvel échec, le principe de la suprématie de la constitution ne trouvera sa formulation définitive qu'après la première guerre mondiale, dans le cadre de l'Ecole de Vienne », sous l'impulsion d'Hans Kelsen.

¹⁵² La cour constitutionnelle autrichienne instituée par la constitution de 1920 sur la base des enseignements de Hans Kelsen et qui compte celui-ci parmi ses membres est la véritable première application de la théorie kelsénienne de contrôle de constitutionnalité. C'est cette expérience qui donnera par la suite ce qu'il est convenu d'appeler le modèle européen de justice constitutionnelle en contraste avec le modèle américain ; voir à cet égard les développements de L. Favoreu, et al, op cit, PP.235-271.

¹⁵³ Voir L. Favoreu et al, op cit

¹⁵⁴ Voir L. Favoreu et al, op cit. L'auteur dans le sillage de Hans Kelsen montre que la constitution moderne est la source des sources de droit. Ainsi la constitution moderne répond-t-elle à un certain nombre de fonctions essentielles, parmi lesquelles l'organisation du système normatif occupe une place centrale ; ce qui fait que l'essence d'une constitution réside avant toute chose dans la régulation du processus de création de normes. A cet égard, note L. Favoreu, l'emprise qu'exerce la régulation constitutionnelle des sources normatives se définit dans ses grandes lignes de la manière suivante : après avoir posé le principe même de leur création, la constitution détermine comment les normes d'un ordre donné vont être créées, c'est-à-dire par quels organes et selon quelles procédures le droit sera posé. La constitution peut, par ailleurs, avec un degré de précision plus ou moins grand selon le cas, déterminer le contenu même de certaines normes, notamment, en prescrivant ou, au contraire, en proscrivant tel ou tel contenu. La constitution contribue par là même de manière décisive à rationaliser le processus de création du droit dans l'Etat et à asseoir l'ordre juridique étatique sur une logique de fonctionnement interne solidement ordonnancée. Le principe qui exprime cet ordonnancement logique des normes entre elles est désigné sous le nom de *validité*. Il signifie que la validité de la norme supérieure, c'est-à-dire son existence en tant que norme du système, va servir à fonder à son tour et ainsi de suite jusqu'au bas de la hiérarchie, c'est-à-dire jusqu'aux normes individuelles d'application, la validité des normes des normes inférieures, exactement comme Kelsen en faisait la formulation en 1979 : c'est lorsque celles-ci sont posées dans les conditions et le cas échéant avec le contenu qu'exige la norme supérieure, qu'elles sont par cela seules réputées valides et, donc, existent en qualité de normes. Dès lors, le président de la république

le plan infra législatif où cela paraissait tellement évident que personne ne remettait en cause le contrôle du pouvoir réglementaire par les juridictions administratives, ou le contrôle des actes du juge ordinaire par des juges d'instance supérieure, vaut également sur le plan constitutionnel. Une norme législative peut fort bien être valide, sans être conforme¹⁵⁵ ; autrement dit, la loi peut être en apparence une vraie loi, alors qu'elle méconnaît la constitution, ce qui n'est plus admissible avec la notion moderne de celle-ci¹⁵⁶. Donc pour que la loi soit parfaite, donc conforme à la constitution, certains présidents de la république ont reçu mission de veiller avec d'autres acteurs (les citoyens, d'autres autorités politiques comme les parlementaires, d'autres membres de l'exécutif notamment le premier ministre, les juridictions etc.), à ce que la loi soit respectueuse de la constitution. Ces pouvoirs de veille des présidents pour la perfection de la loi leurs sont dévolus à travers le droit de saisine du juge constitutionnel, aux fins de contrôle de constitutionnalité des lois. C'est ainsi qu'en Allemagne, en France, au Portugal, le Président de la république peut saisir le juge constitutionnel d'une loi pour vérifier sa constitutionnalité. En Irlande, le président peut également saisir la Cour Suprême aux fins d'appréciation de la constitutionnalité d'une loi non promulguée.

Au Mali, les autres catégories de lois peuvent être déférées au juge constitutionnel par le président avant leur promulgation¹⁵⁷, à l'exclusion des lois organiques dont le contrôle obligatoire est réalisé sur saisine du premier ministre¹⁵⁸. Au Niger, le président de la république est habilité à déférer au juge constitutionnel les lois avant leur promulgation¹⁵⁹. Le président de la république du Bénin peut saisir la cour constitutionnelle aux fins de contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation¹⁶⁰. Le Président du Rwanda saisit la Cour Suprême pour contrôle de constitutionnalité des lois et des traités et accords internationaux¹⁶¹ ; celui de la République Démocratique du Congo a pouvoir de saisir la Cour constitutionnelle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Le président guinéen peut saisir la Cour Suprême aux fins de contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires avant leur promulgation¹⁶². Il est également compétent pour saisir ladite Cour des lois organiques aux fins de contrôle de leur conformité à la Constitution¹⁶³.

Concernant ces engagements internationaux, le président français est compétent pour les déférer au conseil constitutionnel pour vérification de leur conformité à la constitution¹⁶⁴. Le président de la Guinée a les mêmes attributions¹⁶⁵. Il en va de même pour le président du Niger¹⁶⁶.

ayant reçu mission de contribuer à ce que les lois soient valides, garantit la qualité de la production législative.

¹⁵⁵ Voir L. Favoreu et al, op cit, PP.248.

¹⁵⁶ Voir L. Favoreu et al, op cit, PP. 89-94 ; voir aussi « La constitution aujourd'hui », cours de l'académie internationale de droit constitutionnel, volume XV, op cit, 327 pages ; voir également « la suprématie de la Constitution », cours de l'AIDC, volume 1, 1987, 337pages.

¹⁵⁷ Constitution du Mali, op cit, article 88 al2.

¹⁵⁸ Constitution du Mali, op cit, article 88 al1.

¹⁵⁹ Constitution du Niger, op cit, article 131.

¹⁶⁰ Constitution du Bénin, op cit, article 121.

¹⁶¹ Constitution du Rwanda du 4 juin 2003, article 154 al4

¹⁶² Constitution de la république de Guinée, article 64

¹⁶³ Constitution de la république de Guinée, article 67.

¹⁶⁴ Constitution de la 5^{ème} république française, op cit, article 54.

¹⁶⁵ Constitution de la république de Guinée, article 78.

¹⁶⁶ Constitution du Niger, op cit, article 170.

Conclusion

Avec le président-législateur, la séparation des pouvoirs en tant qu'elle institue la spécialisation fonctionnelle des pouvoirs a vécu. Ce constat est d'autant plus vrai que le président-législateur, se double de plus en plus du phénomène du juge-législateur¹⁶⁷, mais aussi, en sens inverse, de l'existence des pratiques de « législateur-juge »¹⁶⁸.

Il en est de même d'ailleurs de la séparation des pouvoirs dans sa dimension « collaboration équilibrée des pouvoirs », tant il est vrai que la prééminence de l'exécutif sur les chambres dans les démocraties de cabinet ou du chancelier, est une tendance lourde. Dans ces conditions, la séparation des pouvoirs s'est réinventée, s'est renouvelée pour tenir compte des exigences contemporaines d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs dans des contextes où les partis politiques sont

devenus des acteurs essentiels du jeu des pouvoirs.

Sans nier les vertus de la séparation des pouvoirs des origines, il faut bien voir que celles-ci sont désormais garanties par des mécanismes plus ou moins nouveaux, dont le face-à-face majorité/opposition¹⁶⁹, la division horizontale des pouvoirs¹⁷⁰, l'émergence d'une justice constitutionnelle de plus en plus affirmée, sont les porte-flambeaux.

¹⁶⁷ Voir sur le plan doctrinal, H. Kelsen, op cit PP. 185-189. L'auteur écrit : « (...) la législation (ce dernier terme étant entendu de façon à englober également la création du droit par des actes juridictionnels, administratifs et juridiques), mais aussi pour déterminer le fondement de validé du droit, le fondement ultime en particulier (...) Certes, lorsqu'un tribunal tranche un litige entre deux parties ou qu'i condamne l'accusé à une peine, il applique une norme générale du droit écrit ou du droit coutumier ; mais il crée simultanément une norme individuelle qui prévoit qu'une sanction précise doit être exécutée à l'encontre d'un individu. Cette norme individuelle est liée aux normes générales au même titre qu'une loi est liée à la constitution. Ainsi à l'instar de la législation, la fonction juridictionnelle est à la fois création et application du droit (...) » ; voir aussi J.C Gray, « *The Nature and Sources of the Law* », 2^{ème} édition 1927, PP.84-96 où l'auteur affirme que le droit de l'Etat ou d'un corps organisé d'hommes se compose de règles prescrites par les tribunaux, c'est-à-dire les organes judiciaires de corps. Il ajoute « le corps de règles qu'ils prescrivent n'est pas l'expression du droit préexistant, c'est le droit lui-même ». Nonobstant ce que ces formules peuvent avoir d'exagération, elles en disent long de l'évolution de la théorie de la séparation des pouvoirs ; Voir sur le plan de la jurisprudence contemporaine du juge constitutionnel, la décision 127 DC, Sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981, où le juge constitutionnel français a utilisé avec une ampleur jusque-là inégalée, la technique de conformité sous réserves qui aboutissent en fait à une réécriture de pans entiers de la loi,

en GDCC, op cit, PP. 426-447 ; Voir aussi décision n°419 DC du 9 novembre 1999 (PACS) dont le nombre et l'importance des réserves de conformité à la constitution prononcés par le conseil constitutionnel, ont pu faire dire que ce juge a partiellement réécrit la loi ;

¹⁶⁸ C'est vrai que la chambre des Lords en Grande Bretagne a perdu sa fonction juridictionnelle au profit d'une cour suprême à l'américaine. Mais il reste qu'aux Etats-Unis, la chambre des représentants peut mettre en accusation le président des Etats-Unis, à charge pour le Sénat de le juger, même si à l'occasion, le Président de la Cour suprême préside ce « Sénat-juge ». Au Niger, l'assemblée nationale vote la mise en accusation du Président de la république en cas de haute trahison à la majorité des 2/3 de ses membres. Elle vote également la mise en accusation des membres du gouvernement à la majorité absolue.

¹⁶⁹ Voir F. Mélin-Soucramanien & P. Pactet, op cit, PP.107-109.

¹⁷⁰ Voir L. Favoreu et al, op cit, PP.441-527 ; voir également O. Beaud, « Fédéralisme et Souveraineté, notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », RD publ. 1998 ; voir aussi M. Croisat, « le Fédéralisme dans les démocraties contemporaines », Montchrestien, collection « clefs politiques », 3^{ème} édition, 1999 ; « le Fédéralisme aujourd'hui : tendances et controverses », RFDC 1994 ; voir concernant l'Etat régional, F. Moderne, « L'état des autonomies dans l'Etat des autonomies », RFDC, 1990 ; voir aussi P. Richard, « Fédéralisme ou régionalisme en Italie, Cahier CDPC, 1997.