

L'article 16 et les antagonismes constitutionnels issus de la Révolution

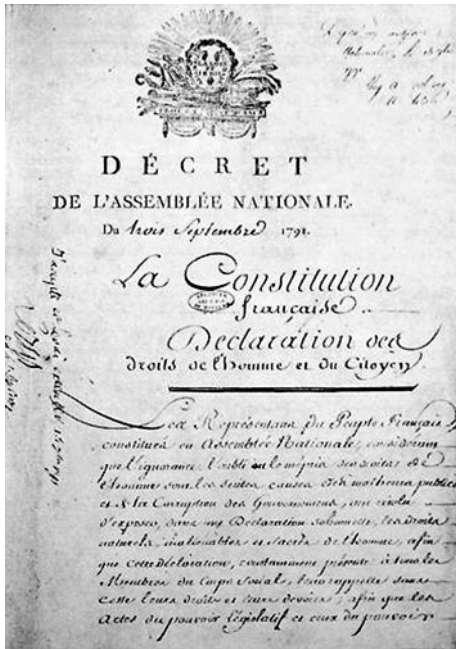
FRANÇOIS SAINT-BONNET

Depuis la Révolution française et jusqu'au milieu du XX^e siècle, les regards sur l'adaptation de la constitution aux circonstances exceptionnelles mettant en péril l'État sont profondément antagoniques.

Il y a ceux, issus de la tradition républicaine, qui cultivent une certaine méfiance à l'égard de l'exécutif, temps de crise ou non. Mais évidemment, cette méfiance est à vif lorsqu'il est question de concentrer le pouvoir en un petit nombre de personnes en situation de crise extrême : non seulement, il s'agit de renforcer l'exécutif par rapport au législatif voire au judiciaire, mais encore, de promouvoir la figure d'un chef unique, d'un « dictateur », que l'on confond volontiers avec l'incarnation du principe monarchique. Même si, précisément la figure du dictateur est issue de la tradition romaine *républicaine*, et qu'avant le premier siècle avant notre ère, les annales ne notent pas d'abus dans les réalisations de ces magistrats nommés lorsque la République est en danger, les républicains répugnent à considérer qu'il y ait une fata-

lité à remettre en cause le dogme constitutionnel d'un exécutif *exécutant*, fût-ce pour faire face à une menace. Évidemment, cette tendance républicaine n'est pas parfaitement homogène et ne va pas jusqu'à ne pas admettre, précisément, des exceptions : la dictature du Général Cavaignac en juin 1848 a été louée par des républicains sincères. Les orléanistes ne partagent pas avec les républicains une méfiance de principe à l'égard de l'exécutif, mais ils se joignent à eux dans l'aversion envers les dynastes qui, comme en juillet 1830, s'emparent de pouvoirs exceptionnels sans que les circonstances ne le justifient pleinement.

Face à ces républicains, il y a ceux, issus des traditions bonapartiste ou légitimiste, qui jugent que l'État doit reposer en toutes circonstances sur un pouvoir d'incarnation, de facture dynastique, garant *in fine* de sa continuité et de sa pérennité. Et, fort logiquement, ils considèrent que lorsqu'un péril survient, ce garant doit déployer tous les moyens nécessaires pour réaliser ce qui est au cœur même de sa mission, savoir



Décret de l'Assemblée Constituante du 1791 sur les droits de l'homme et du citoyen

la sauvegarde de l'État. Bref, le chef n'est jamais autant dans son rôle que lorsqu'il s'empare de pouvoirs spéciaux. La question est ici celle de l'ambiguïté qu'il y a à parler de pouvoir *exécutif* pour évoquer ce pouvoir d'incarnation de la communauté nationale dont le chef est le garant : il est davantage question d'un chef de l'État que d'un pouvoir exécutif, au sens d'un exécutant.

Ces deux traditions constitutionnelles ont fait l'objet de traductions juridiques assez différentes : d'aucuns, issus de camps adverses, pensent qu'un texte est nécessaire, d'autres estiment le contraire.

Il y a ceux qui considèrent qu'il faut un texte : pour les bonapartistes et les légitimistes, ce doit être un texte autorisant les extensions exceptionnelles des préroga-

tives du chef de l'État, pour les républicains et les orléanistes, un texte soulignant l'interdiction faite au chef de l'exécutif d'étendre exceptionnellement ses prérogatives. L'emblématique et controversé article 14 de la Charte de 1814 est topique de la première tendance : « Le roi est le chef suprême de l'État, il [...] fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État ». À cet article, les orléanistes répondront, après la Révolution de 1830, que le roi est certes « le chef suprême de l'État » et qu'il « fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois » mais « sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution ». Les bonapartistes sont moins directs : l'on s'en remet à la loi pour autoriser les pouvoirs exceptionnels. L'article 92 de la constitution de l'an VIII prévoit que « dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution », « cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté ». Il se trouve cependant que le pouvoir législatif est, en toutes circonstances, en état de soumission par rapport au gouvernement, c'est pourquoi cette précaution ne conduit pas à exclure la constitution consulaire de la tradition d'un chef de l'État garant de la sauvegarde de l'État, tant s'en faut. Après que les républicains modérés se sont résolus à accepter la logique de la dictature constitutionnelle à l'occasion des journées de juin 1848, ils se sont empressés de vouloir encadrer ce

régime en ne laissant pas les mains libres au pouvoir exécutif. La constitution de 1848 prévoit dans son article 106 qu'une loi « déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et réglera les formes et les effets de cette mesure », dans un esprit de défiance envers le président de la République auquel il était expressément interdit de « suspendre, en aucune manière, l'empire de la Constitution et des lois ». C'est chose faite avec la loi du 9 août 1849 qui prévoit que, sauf exceptions dûment énumérées et encadrées, l'assemblée nationale peut seule déclarer l'état de siège. L'accroissement des pouvoirs de l'exécutif ne saurait résulter de sa propre initiative. C'est donc logiquement que la constitution de 1852 renversera cette approche en précisant que, désormais, c'est le président de la République (puis l'empereur) qui « a le droit de déclarer l'état de siège [...], sauf à en référer au Sénat dans le plus bref délai » (article 12). Et que les républicains la rétabliront en 1878, restaurant l'esprit de 1848 : « Une loi peut seule déclarer l'état de siège ».

Il y a également ceux qui pensent qu'un texte n'est pas nécessaire. Les circonstances exceptionnelles sont par définition imprévisibles et il n'est pas opportun d'envisager des textes qui ne seront pas nécessairement respectés. Si ce sont des textes de défiance envers l'exécutif, l'on risque soit de les voir violés par l'exécutif soit de rendre impossible toute réaction efficace en cas de péril réel pour l'État. Si ce sont des textes trop bienveillants à l'endroit de l'exécutif, le risque est de voir ses titulaires s'emparer de pouvoirs spéciaux alors que rien ne justifie leur mise en œuvre, sinon la soif insatiable de pouvoir. Dans ces cas, il faut interpréter la constitution de manière extensive, la sus-

pendre voire la violer au moment même où les circonstances dramatiques surviennent, quitte à ce qu'une justification politique ou juridique ne vienne avaliser ou valider *a posteriori* les mesures adoptées. C'est la voie choisie à l'époque de la Révolution, au moment de la suspension du roi ou encore de la déclaration de la « patrie en danger », extensions exceptionnelles des pouvoirs qui ont d'ailleurs la caractéristique d'avoir été réalisées au profit de l'organe législatif et non de l'exécutif. En l'absence de texte, interprétation, suspension ou violation de la constitution seront justifiées par l'idée de *droit de nécessité*, une sorte d'équivalent au plan étatique de ce qu'est la *légitime défense* pour les particuliers. Certaines restrictions apportées à l'exercice des libertés et certaines limites à la mise en œuvre du pouvoir disparaissent si elles sont justifiées, en déployant une sorte d'élan vital de manière quasi instinctive, lorsque l'existence même de la communauté politique est en danger. Bref, un état d'exception¹, par définition fugace, mû par le sentiment d'évidence qu'il faut agir collectivement.

Cependant, quand des textes prévoient des extensions exceptionnelles des prérogatives de tel ou tel organe, il arrive qu'il faille justifier par l'idée d'un droit de nécessité la violation de législations elles-mêmes d'exception qui s'étaient avérées insuffisantes. Tel est le cas après la première guerre mondiale, lorsque le Conseil d'État justifie au nom des « circonstances exceptionnelles » les violations de la loi sur l'état de siège de 1849, qui est elle-même un dispositif offrant une grande latitude d'action à l'autorité militaire².

Ces vicissitudes ont laissé des traces. Et lorsque le général de Gaulle a entendu renouer nettement avec la tradition bo-

napartiste en souhaitant voir adopter ce qui deviendra l'article 16 de l'actuelle constitution, les tenants de la méfiance envers l'idée que l'exécutif pourrait s'attribuer à lui-même des pouvoirs spéciaux et cela pour une durée qui n'aurait d'autre limite que sa propre conscience n'ont pas manqué de se réveiller. Dans un premier temps, François Mitterrand estime qu'il n'y a pas d'article « dont on puisse dire qu'il offense franchement les règles démocratiques, sinon l'article 16 » (*Le coup d'État permanent*, 1964). Pour rectifier ensuite : « J'ai naguère qualifié l'article 16 d'article de la dictature. J'avais tort. D'abord il n'est pas le seul. Ensuite, le général de Gaulle n'était pas si formaliste qu'il en eût besoin pour agir » (*La rose et le poing*, 1973). Cette rectification est très caractéristique des visions à la fois outrées et convergentes de la gauche et de la droite à propos des pouvoirs spéciaux reconnus à l'exécutif. Pour la gauche, héritière ici de la tradition républicaine, les pouvoirs spéciaux sont un révélateur de la nature profonde du régime : un régime qui n'est limité qu'en apparence car les pouvoirs spéciaux peuvent à tout moment lui permettre de se métamorphoser en régime autoritaire. Autrement dit, la constitution serait davantage dans cet article que dans tous les autres. Ou plutôt, tous les autres articles ne sont que des atténuations de l'article 16, véritable pivot du système. L'évolution de la formulation de la pensée de François Mitterrand entre les années 1960 et 1970 est à cet égard révélatrice. Pour la partie de la droite héritière de la tradition bonapartiste, la vision est en réalité assez proche. Les pouvoirs dont dispose le chef en cas de péril pour la communauté politique sont le révélateur de la nature profonde du régime. Un régime qui

repose sur un homme, un sauveur, dans un lien plus ou moins fusionnel avec le peuple, un homme qui en dehors du temps du péril peut consentir à voir ses pouvoirs limités car rien d'essentiel n'est en jeu. De la même manière, l'article 16 absorbe le reste de la constitution.

Si ces deux lectures convergent sur l'interprétation de la présence de cet article, elles n'en sont pas moins strictement irréciliables : c'est pourquoi, de 1958 à la fin des années 1970³, la suppression de l'article 16 a toujours figuré en bonne place dans les programmes politiques de la gauche tandis que son maintien était considéré comme une absolue nécessité pour les formations politiques gaullistes. Cette opposition s'est progressivement atténuée à partir des années 1980⁴. Lorsque François Mitterrand accède à la présidence de la République en 1981, la suppression de l'article 16 n'est plus à l'ordre du jour. Au fond, la droite comme la gauche des années 1980 ont cessé de croire que l'article 16 était central dans la constitution de la V^e république. La crise algérienne est terminée mais les menaces n'ont pas disparu, la référence à De Gaulle est dépassée sans être oubliée, l'article 16 trouve une nouvelle place au sein des institutions, celle d'un dispositif vraiment conçu pour des périodes exceptionnelles mais qui n'interfère nullement sur l'économie générale de la constitution dans les périodes de calme.

Au fond, après plus de deux siècles, le ralliement de fait de la gauche héritière de la tradition républicaine à l'article 16 signifie-t-il le dépassement des antagonismes autour des pouvoirs exceptionnels ? Il y a des raisons de le penser (1). Mais au moment où cette fracture semble résorbée à la faveur de nouvelles garanties introduites en

2008, l'on ne perçoit pas qu'au fond, les véritables questions que pose l'article 16 sont loin d'être réglées (2).

1. *Le dépassement des antagonismes*

À partir des années 1990, un consensus se dégage autour des deux éléments : le maintien de l'article 16 ramené à son rôle de véritable régime d'exception et le contrôle accru sur la durée de la mise en application de cet article, introduit lors de la grande révision du 23 juillet 2008.

1.1. *La formation du consensus*

Tandis que son second septennat s'achève, la Président Mitterrand demande au doyen Georges Vedel de présider un *Comité consultatif pour la révision de la constitution*. Dans son rapport, remis le 15 février 1993, le comité estime qu'une modification des conditions d'application de l'article 16 n'est pas nécessaire, pas davantage qu'une remise en cause des pouvoirs que cet article reconnaît au président de la République. Mais il souligne qu'il est « indispensable que soit précisé comment se termine la période d'application de cet article »⁵. (Il est vrai que son unique mise en application en 1961 ne plaide pas pour la thèse de la confiance dans l'auto-retenue de l'autorité qui le met en œuvre. Si l'on s'accorde majoritairement à reconnaître que les conditions étaient réunies le 22 avril 1961 pour faire face au *putsch* des généraux à Alger, le maintien des pouvoirs exceptionnels au

profit du général de Gaulle jusqu'au 29 septembre – plus de cinq mois – alors que le péril avait été conjuré en quelques jours a choqué une grande majorité de juristes, mais aussi certains gaullistes.) Un an plus tard, le Conseil d'État juge que, sans l'article 16, le président de la République serait privé « dans les circonstances exceptionnelles, dont on ne peut exclure l'éventualité, des moyens appropriés de remplir les obligations qui lui incombent, en vertu de l'article 5, d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État »⁶. Ces deux rapports, remis deux années de suite par deux *autorités* dégagées de toutes préoccupations politiques et créditées de qualités de sagesse et de compétence, ont contribué à la construction d'un consensus sur l'utilité de l'article 16 et sur la nécessité d'un meilleur contrôle de sa durée d'application.

Paradoxalement, la construction de ce consensus a été confortée par la proposition dérisoire du président Mitterrand le 10 mars 1993. En effet, un projet de révision constitutionnelle tendant à l'abrogation de cet article est déposé sur le bureau du sénat entre les deux tours d'élections législatives dont les résultats ont été une déroute, parfaitement anticipée par les sondages, pour le parti du président. Absolument certain que ce projet de loi ne pourrait aboutir, cette initiative vaguement tacticienne perçue comme désinvolte et intervenue après douze années passées à l'Élysée, a finalement contribué à renforcer l'adhésion en faveur de cette disposition. L'exposé des motifs évoque « le degré de maturité de la démocratie française » et le fait que ce dispositif « apparaît comme une exception dans la tradition démocratique du monde occidental »⁷. François Mitterrand avait

même estimé lors du Conseil des ministres du 10 mars que cet article ne remplacerait pas le courage politique et qu'un mécanisme comparable n'aurait pas suffi à Albert Lebrun pour éviter l'arrivée de Pétain au pouvoir, prenant ainsi le contre-pied de l'argument gaullien en 1958. Outre les réactions de personnalités politiques de droite qui dénoncent une suggestion « hors du temps » (Jacques Chirac) ou « prise pour des motifs préélectoraux » (Alain Juppé), le doyen Vedel juge le dessein présidentiel « saugrenu »⁸. Ce projet ne sera jamais examiné compte tenu du changement de majorité.

Le consensus sur le maintien de l'article 16 est réalisé grâce au ralliement de la droite à un renforcement du contrôle de la durée de son application. S'agit-il d'un ralliement des tenants de l'héritage républicain à la logique bonapartiste ou du contraire ? En réalité, il y a un double mouvement : la gauche de tradition républicaine comme la droite de tradition bonapartiste renoncent l'une et l'autre à considérer que la constitution est tout entière dans l'article 16 ou qu'il en est un emblème et s'accordent pour voir en ce dispositif un simple outil, un outil néanmoins dangereux, d'où la nécessité d'entourer son maniement d'un certain nombre de précautions.

1.2. *Les nouvelles garanties*

Le président Nicolas Sarkozy a demandé en juillet 2007 aux membres du *Comité de réflexion et de proposition* dirigé par M. Édouard Balladur de ne réfléchir qu'aux conditions d'application et non à l'existence même de l'article 16. Cela n'a pas empêché ceux qui

y sont viscéralement hostiles de le faire savoir. Ainsi M. Jack Lang, qui n'a jamais caché son aversion pour l'article 16, n'a pas manqué de le faire savoir *urbi* (au Comité Balladur dont il était membre) et *orbi* (dans la presse) : comme dans *Libération* le 29 octobre 2007, où il qualifie ce dispositif de « pièce d'archéologie constitutionnelle », « au mieux inutile, au pire, dangereuse » (mais c'est ce même M. Jack Lang qui *in fine* facilitera l'adoption de la loi constitutionnelle par le Congrès contre l'avis des siens au motif que, considérée dans son ensemble, elle constituait une évolution souhaitable). Suivant scrupuleusement son cahier des charges, le *Comité* a recommandé de permettre à une minorité de parlementaires dans chacune des chambres ou à leurs présidents de provoquer la confrontation entre l'appréciation présidentielle de la situation et celle du Conseil constitutionnel, savoir les deux autorités qui sont le plus directement investies du rôle de gardien de la constitution. Recommandation reprise mais modifiée dans le projet de loi constitutionnelle présenté au conseil des ministres du 23 avril 2008, lequel propose d'insérer un alinéa ainsi conçu : « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

Ce texte est en vigueur depuis la promulgation de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, première et unique révision de l'article 16 depuis 1958 : le pouvoir de décision du Président reste *formellement* discrétionnaire, mais le regard porté par les « sages » du Conseil constitutionnel sur la durée d'application après un mois conduit *substantiellement* à l'obliger à partager l'appréciation des circonstances.

Lors de la discussion, deux députés (MM. Mamère et Muzeau) ont fait valoir que les droits fondamentaux risqueraient d'être blessés pendant la durée de l'application de l'article 16 car les mesures exigées par les circonstances adoptées dans le domaine de la loi ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. En réalité, toutes les décisions adoptées en vertu de l'article 16 qui « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission » sont soumises au Conseil constitutionnel de plein droit, l'avis rendu par celui-ci n'est pas public contrairement à celui qu'il rend pour sa mise en application⁹. Il est dès lors difficile de savoir si cet examen consiste simplement à vérifier que telle décision est effectivement inspirée par l'objectif que le dispositif de l'article 16 lui assigne (confirmant le rôle de *Conseil* constitutionnel plus que de *Juge* constitutionnel de l'institution de la rue Montpensier dans ce cas) ou d'une expertise de la constitutionnalité de la décision qui, même si elle ne lie pas le Président, peut l'inciter à accomplir sa mission dans le respect des droits et des libertés. C'est la seconde branche de l'alternative qui a été retenue en 1961¹⁰. Il y a des raisons de penser que le Conseil constitutionnel procéderait à un examen assez approfondi

des décisions prises en vertu de l'article 16 au regard des droits et des libertés protégés depuis 1971¹¹. Sans doute aussi tiendrait-il compte, dans son examen, des moyens dont dispose l'État, à l'image de l'examen que réalise le conseil d'État dans sa jurisprudence dite des circonstances exceptionnelles. Il n'empêche que le Président n'est pas lié par ces avis, qui ne font en outre l'objet d'aucune publicité. Le point de vue de ces députés, sans être inexact, est simplement incomplet. En revanche, une révision de la constitution au moyen des « décisions » de l'article 16 serait aujourd'hui très clairement inconstitutionnelle et exposerait le président de la République à la procédure de destitution¹².

Que les avis du Conseil constitutionnel concernent la mise en application, le maintien au-delà d'un certain délais ou les mesures prises en vertu de l'article 16, le pouvoir du Président reste discrétionnaire. Il n'y a donc pas de remise en cause formelle de la logique bonapartiste en ce que le *garant* de la sauvegarde de l'État reste son chef qui se confond, sous la V^e république, avec le *leader* de l'exécutif. La tradition républicaine, à savoir une hétéro-limitation par l'organe législatif, est ignorée : un simple hommage lui est rendu en permettant à soixante députés ou soixante sénateurs de déclencher un examen et la formulation d'un simple avis par le Conseil constitutionnel. Cependant, cette logique républicaine n'avait de sens que si l'on considérait que la source ultime de la légitimité résidait dans les représentants du peuple. Or, sous la V^e république, et particulièrement depuis l'élection du Président au suffrage universel direct et l'introduction du quinquennat avec l'inversion du calendrier, ce sont les élections présidentielles qui sont la source

principale de la légitimité politique, non les élections législatives qui sont présentées comme l'occasion de « donner une majorité » au Président.

La tradition bonapartiste a donc été préférée. Elle a cessé de faire peur grâce à l'intervention des sages du Conseil constitutionnel. Ceux qui souhaitaient davantage de garanties ont-ils des raisons d'être satisfaits et rassurés ? Rien n'est moins sûr.

2. *La métamorphoses des conflits*

En 1931, une célèbre controverse oppose Carl Schmitt et Hans Kelsen à propos du gardien de la constitution¹³ : pour le premier¹⁴, le gardien de la constitution doit être le chef de l'État doté de pouvoirs spéciaux en cas de circonstances exceptionnelles incarnant l'unité du peuple de l'État (spécialement le Président du Reich sous Weimar), pour le second¹⁵, il doit être un tribunal constitutionnel spécialisé habilité à annuler tous les actes de l'exécutif et du législatif contraires à la norme suprême. Derrière cette opposition relative à l'organe qui doit se voir auréolé, sinon du titre, du moins de la fonction de gardien de la Constitution, on retrouve évidemment une divergence plus fondamentale sur ce qu'est la Constitution elle-même et sur la frontière entre le droit et la politique. Il est impossible dès lors de prendre position sur le gardien sans opter pour l'une ou l'autre définition de la Constitution et du droit constitutionnel, étant entendu que les deux sont radicalement incompatibles. Mais il est possible d'accepter les deux modèles en considérant qu'ils peuvent cohabiter, non

au plan logique ou théorique, mais dans une approche réaliste ou pragmatique.

La V^e république est dotée depuis 1971 de ces deux gardiens, l'un de facture schmittienne en la personne du Président muni de l'article 16, l'autre de facture kelsénienne avec le Conseil constitutionnel, juge notamment de la constitutionnalité des lois et d'une partie du contentieux électoral. Ces deux gardiens ne se rencontrent jamais : sauf dans une seule hypothèse, lorsqu'ils peuvent être amenés à se prononcer sur le même sujet à savoir l'avis obligatoire et public relatif à la réunion des conditions mentionnées au premier alinéa de l'article 16.

2.1. *L'hypothétique vertu du gardien schmittien*

Les principaux arguments de De Gaulle au Comité consultatif constitutionnel en 1958 en faveur de l'article 16 sont historiques. Il a manqué au président Lebrun en juin 1940 l'arme d'une véritable responsabilité, responsabilité que confère la possibilité de recourir aux pouvoirs exceptionnels pour préserver « la légitimité, la République » et en permettant ainsi de faire l'économie du recours à Pétain. Il a manqué au président Coty cette même prérogative en mai 1958. « Si les choses s'étaient aggravées, qui eût répondu de la légitimité ? Qui eût répondu de la France et de la République ? [...] Quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent, dans un pareil cas, l'homme qui sera à la tête de l'État ne sera pas très porté [...] à prendre des initiatives de ce genre. Il faut donc que la constitution l'y oblige »¹⁶. Il faut, selon De Gaulle, que le gardien de la *constitution organique*, le préservateur de l'être de la communauté politique ait le de-

voir d'agir pour endiguer les menaces qui peuvent peser sur ces autres lois fondamentales, celles qui renvoient à l'être-ensemble de la société, ses valeurs, sa raison d'être, que traduisent les mots chargés émotionnellement de Patrie (en danger), de Nation (en armes), de République, etc. Cette constitution à garder se conçoit aussi dans ce temps long qui dépasse la temporalité gouvernementale nécessairement sujette aux variations des majorités. Au fond, l'article 5 est déduit de l'article 16 plus que le contraire. Selon cette logique schmittienne, le moment d'exception serait fondateur en ce qu'il dessine les contours du projet politique de la communauté que développe la constitution. Le gardien, au-dessus des contingences de la politique politicienne, incarne le projet politique éminent. Mais, pour faire figure de gardien crédible dans les circonstances exceptionnelles, il lui faut des moyens aussi dans les temps ordinaires.

Ce concept de gardien de la constitution est aussi présenté parfois comme le garant de sa longévité. La V^e république serait mieux gardée et assurée de sa pérennité avec l'article 16 plutôt que sans. Il y a des raisons de penser que tel n'est pas le cas. Non que cet article soit inutile quand, effectivement, des troubles graves (la guerre, l'insurrection, etc.) nécessitent une réplique forte avec le soutien d'une large majorité des citoyens. Mais ces mêmes troubles peuvent permettre la même réplique sans article 16 avec une forte résolution de la Nation. La France a vécu quatre années dans l'état d'exception et sous le régime de l'état de siège pendant la première guerre mondiale sans renoncer au contrôle parlementaire du pouvoir exécutif. Un article 16 aurait-il

permis à Lebrun d'agir dans une France profondément divisée et aboulique ?

En revanche, cet article 16, plutôt que de garantir la pérennité de la constitution, peut contribuer à la fragiliser. Dans l'hypothèse où ce rôle de gardien est évidemment dévoyé par une utilisation captieuse des pouvoirs spéciaux, la réaction des autres institutions et/ou des citoyens ne tardera pas à chasser l'importun. La Révolution de 1830 a pu être présentée comme une révolution défensive, en réalité une mise en œuvre du droit de résistance pour rétablir l'ordre constitutionnel et non pour le subjuguer, Charles X ayant usé des pouvoirs spéciaux de l'article 14 non contre une menace qui pèserait sur la communauté politique mais contre son opposition qui venait de gagner les élections. La Monarchie de Juillet aurait sauvé la Restauration ou la Charte de 1830 serait une Charte de 1814 renforcée et pérenne. Lorsque le dévoiement du gardien est évident, la constitution est plus fragilisée que renforcée.

Mais les choses sont rarement si claires. Laisser au chef de l'État, gardien de la constitution, le loisir discrétionnaire de la suspendre en partie pour mieux la sauver peut sembler incohérent. Si la situation est tellement grave que toute la communauté politique ressent la nécessité des pouvoirs spéciaux, l'accord et le soutien des autres institutions ne manquera pas : le caractère discrétionnaire de la décision ne s'impose donc pas. Cependant, même si les avis que le Président doit recueillir avant de mettre en application l'article 16 sont obligatoires et non conformes, ils contribuent à s'assurer du *consensus* sur la nature de la situation.

2.2. *Le gardien du gardien*

Robert Badinter, sénateur socialiste, ancien président du Conseil constitutionnel, met en garde ses collègues le 20 juin 2008 lors de la discussion sur la révision de l'article 16 : « C'est au Parlement qu'il revient de prendre des résolutions ! Le Conseil constitutionnel n'est pas autre chose qu'une juridiction, une sorte de cour suprême. N'acceptez pas de dessaisir les Assemblées de la République au profit d'une instance juridictionnelle – à laquelle vous connaissez pourtant mon attachement. Si une instance doit se prononcer, c'est le Parlement ! Cet article est inutilisable et dangereux ». Il est sans doute impossible de discriminer la part d'appréciation juridique de celle de la décision politique dans l'examen des conditions propre à maintenir ou non en application l'article 16 après trente jours. On peut penser que dans ce type d'appréciation, il y a du politique *et* du juridique. On peut aussi penser qu'il n'y a ni l'un ni l'autre et que l'état d'exception ressortit à un autre registre¹⁷. En tout état de cause, cette appréciation peut être confiée à un organe dont les missions sont soit principalement juridiques (le Conseil constitutionnel) soit principalement politiques (le Parlement). Robert Badinter juge qu'il y a là affaire de responsabilité éminente et qu'il appartient aux élus de la Nation d'assumer leurs responsabilités politiques et de ne pas s'en décharger lâchement au profit d'instances juridictionnelles. L'argument, peu entendu, aurait sans doute mérité une plus large audience.

Quoiqu'il en soit, le nouvel article 16 risque de placer face à face le chef de l'État et le Conseil constitutionnel, précisément les deux organes considérés comme les gar-

diens de la V^e république. Le nouvel alinéa du dispositif ne met pas en place un régime de codécision de ces deux gardiens mais de surveillance du gardien kelsénien sur le gardien schmittien, à l'initiative d'autorités élues puis de plein droit, en prenant les citoyens à témoin. La réforme serait un progrès car en cas de divergence d'appréciation, le Président cesserait d'être le gardien pour se métamorphoser en factieux. La logique de cette réforme est cependant plus séduisante que convaincante.

Dans les hypothèses claires, le recours au Conseil constitutionnel est inutile. S'il est regardé par tous comme évidemment nécessaire de maintenir l'article 16, soit il ne sera pas saisi, soit son avis sera superfétatoire. Si, au contraire, le maintien de l'article 16 est évidemment scandaleux, l'avis du gardien kelsénien n'aura qu'un impact limité face à un Parlement déjà prêt à le destituer en vertu de l'article 68 voire à des citoyens déjà prêts combattre le Président séditieux. L'avis du conseil ne saurait en réalité peser que dans un cas incertain où les opinions sont partagées. Dans l'hypothèse où le Président est fermement soutenu et que les conditions d'application ne sont pas réunies, le Conseil pourrait avoir juridiquement raison tout en étant regardé comme un opposant au Président. Cet avis serait fatalement interprété comme un combat contre le chef de l'État ou un soutien à ses opposants, donc comme un avis partisan. L'exact inverse de ce que doit être un gardien de la constitution pour demeurer dans son être et pour accomplir son office de garant de la pérennité de la norme suprême.

Et dans ce conflit entre gardiens, le gardien kelsénien n'a pas le ministère de la parole et jamais la possibilité du recours au

registre émotionnel, armes décisives dans les circonstances exceptionnelles (réelles ou imaginées par un apprenti dictateur). Le sage n'a aucune chance face au sauveur, car

l'affrontement lui est étranger. Il sait retenir, on ne peut lui demander de combattre.

¹ Pour une étude générale de cette question, voir notre livre, *L'état d'exception*, Paris, Puf, 2001.

² Tel est le cas dans l'affaire *Delmotte* du 6 août 1915. L'administration est autorisée à fermer des débits de boissons en vertu de l'article 9 de la loi de 1849, elle en profite pour interdire les réunions. Cette interdiction est néanmoins jugée légale car, comme l'indique le commissaire du gouvernement Corneille, « la législation de l'état de siège [...] a pour but de contre-carrer ces textes, en substituant à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, forcément l'amène, et indubitablement le justifie » (CE 6 août 1915, *Rec. CE*, pp. 278).

³ On peut ainsi lire dans le programme commun du parti socialiste et du parti communiste du 27 juin 1972 : « L'article 16, qui permet au Président de la République de s'arroger tous les pouvoirs, sera abrogé » (Troisième partie, chapitre 2).

⁴ Il ne figure pas des « 110 propositions » du candidat François Mitterrand en 1981.

⁵ La proposition du comité Vedel consistait à ajouter *in fine* un alinéa à l'article 16 ainsi conçu : « Le Conseil constitutionnel constate, soit à l'initiative du président de la République, soit à la demande conjointe du président du Sénat et du président de l'Assemblée nationale, que les conditions exigées pour l'application du présent article ne sont plus réunies. Il précise à partir de quelle date chacune des mesures prises

en application de l'alinéa 1^{er} ne pourra plus être mise en œuvre » (JO, 23 février 1993, p. 2540). À noter que la demande conjointe souligne la solennité et la gravité de la démarche.

⁶ *Études et documents du Conseil d'État*, n. 45, Paris, La Documentation française, p. 140.

⁷ Ce qui mériterait d'être nuancé, voir sur ce point L. Fontaine, *La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme véritable garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes*, in « Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux », n. 6, 2008, Caen, Presses universitaires, pp. 39-61.

⁸ Réactions qui figurent respectivement dans *Le Monde* des 5 mars et 4 mars 1993 et *La Croix - L'événement* du 6 mars 1993.

⁹ Ord. N° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 53.

¹⁰ Pour Léon Noël qui présidait alors l'institution, la tâche du Conseil constitutionnel est « toute différente du rôle imparti au conseil d'État lorsqu'il est consulté sur des projets de loi ou de décret ». Il ne lui appartenait pas d'« étudier dans le détail » ou de « remanier » les décisions. Pour autant, ajoute-t-il, le Conseil constitutionnel d'alors « crut devoir incliner le général de Gaulle à apporter à ses projets de décisions des modifications [...] en particulier pour tenir compte de la jurisprudence du conseil d'État » : celui-ci n'en tint aucun compte (L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Paris, Plon, 1976, pp. 149-150).

¹¹ Lors de la ratification de Conven-

tion européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la France a formulé une réserve en précisant que « les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre [...] et qui permettent l'application de [ce texte] » doivent être comprises comme « correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention » [V. le décret n° 74-360 du 3 mai 1974]. Cependant les droits visés aux articles 2, 3, 4 et 7 de la Convention (droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et des travaux forcés, principe de légalité des peines et non rétroactivité de la loi pénale) ne sauraient être lésés par aucune législation de crise (Conv. EDH, art. 15, al. 2).

¹² Décision 92-312 DC, 2 sept. 1992, *Maastricht II*, *Rec. Cons. const.*, p. 76 ; *GD*, n.° 45.

¹³ Voir sur ce point O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas éditions, 2007.

¹⁴ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.

¹⁵ H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. fr. S. Baume, Paris, Michel Houdiard, 2006.

¹⁶ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958 : Le comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris, La documentation française, 1988, p. 301.

¹⁷ Voir notre ouvrage, *L'état d'exception* cit.