

L'application de l'article 16 de la Constitution dans le
monde moderne, ou l'impact des modifications
constitutionnelles sur le régime des « pleins pouvoirs »

Morgan Reynaud

Introduction

Vu par d'aucuns comme un mythe, un fossile juridique ou, au contraire, comme une menace pour les droits et libertés des citoyens, l'article 16 de la Constitution est souvent décrié pour son anachronisme supposé et son encadrement juridique douteux. Or, les circonstances sécuritaires actuelles et les bouleversements géopolitiques majeurs qu'a connu le monde ces 15 dernières années relativisent grandement l'inutilité d'une telle possibilité de recourir à des pouvoirs exceptionnels et nous encourage à nous interroger sur ses modalités d'application et sur son encadrement au regard des dernières révisions constitutionnelles mises en œuvre en France.

Plus précisément, la question est de savoir ce que les modifications constitutionnelles successives ont apporté au régime juridique de la mise en œuvre des pleins pouvoirs prévus par l'article 16.

Avant tout, et s'il en est encore besoin, rappelons que l'article 16 de la Constitution dispose que :

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

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 ».

Les puristes ne manqueront pas de rappeler que le premier alinéa de cet article contient une faute d'accord bien connue qui n'a jamais été corrigée depuis 1958. Notons d'ailleurs, pour l'anecdote, que le site internet du Conseil constitutionnel corrige, sans indication, la faute d'orthographe alors que le site *Légifrance* indique, lui, « *Cet article fut originellement publié avec une faute d'orthographe. Le terme " menacés " devrait en effet s'écrire " menacées " »*, reflétant ainsi plus la vérité historique. Ne faisons cependant pas procès au Conseil constitutionnel de chercher à protéger le sérieux et la rigueur qui le caractérisent.

Le juriste, quant à lui, se risquera à un douteux rapprochement entre deux « articles 16 » fort connus et opposés l'un et l'autre : l'article 16 de la Constitution, donc, qui permet au Chef de l'Etat de cumuler tous les pouvoirs, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui, intégré au bloc de constitutionnalité, dispose que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Historiquement, cet article 16, voulu par le Général De Gaulle, tire sa source dans l'impossibilité dans laquelle s'était trouvé le Président Albert Lebrun pour contrer l'accession de Pétain au pouvoir en juin

1940¹. Néanmoins, l'on peut dater, régimes autocratiques mis à part, la possibilité, pour un Magistrat désigné par les organes de gestion de la Cité, de prendre toutes mesures nécessaires au rétablissement des institutions et de leur fonctionnement à l'antiquité.

Ainsi, par exemple, les Romains pouvaient, lorsque les circonstances l'exigeaient, souvent lors des conflits armés, confier les pouvoirs à un dictateur nommé par l'un des consuls après avis du Sénat sur le principe de la Dictature. Cependant, Michèle Voisset, rappelait qu' « *on ne peut sérieusement essayer de rapprocher article 16 et dictature romaine. La comparaison avec la dictature de salut public du régime jacobin est plus pertinente*² ». Il n'empêche toutefois que si les deux régimes ne sont pas juridiquement comparables, les logiques qui les motivent sont semblables.

Quoiqu'il en soit, pour en revenir au cas français, l'article 16 de la Constitution n'a été mis en place qu'une seule fois depuis 1958, du 24 avril 1961³ au 30 septembre 1961⁴. Le recul juridictionnel n'est donc pas important malgré quelques décisions intéressantes qui seront rappelées ci-après.

Malgré cela, nombre de commentateurs ont remis en cause la présence d'un tel article au sein de la Norme suprême. Dès 1958, des observateurs pointaient les risques de dictature que pouvait faire courir un tel article à la Nation en cas d'utilisation à mauvais desseins. Les politiques n'étaient pas en reste, François Mitterrand ayant critiqué plus que vertement la présence de cet article dans la Constitution. Néanmoins, et à l'image du Président français qui ne modifiera pas la Constitution pour abroger cet article malgré un projet de loi constitutionnel en ce sens⁵, les inquiétudes, et les commentaires, se calmeront par la suite jusqu'en 2008.

C'est ainsi par exemple que Madame Voisset, grande spécialiste de la question⁶, indiquera, dès 1979 que « *le silence s'est fait autour de l'article 16 qui, bien que demeurant inchangé dans la Constitution, n'est plus évoqué que très rarement, et l'on a l'impression de devoir parler d'une pièce de musée, de faire de l'archéologie constitutionnelle* »⁷.

En 2007 cependant, le Président Sarkozy décide de confier à la commission Balladur⁸ le soin de rééquilibrer les institutions au profit du Parlement. Si, dans les faits, cette réforme constitutionnelle n'a pas eu d'autre effet que de renforcer encore le pouvoir exécutif⁹, force est de constater que le Président d'alors cherchait à moderniser l'article 16.

Ainsi, Nicolas Sarkozy écrivait-il, dans sa « *Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur le 18 juillet 2007* », qu'il souhaitait que le comité examine « *dans quelle mesure les pouvoirs conférés au chef de l'État par l'article 16 de la Constitution en cas de crise*

¹ Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 : Commentaires sur la Constitution, 1958-1959

² [Michèle VOISSET, "Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16", Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°10, 10 - Les pouvoirs de crise, p.105-113.](#)

³ [Décision du 23 avril 1961 portant application de l'article 16 de la constitution, JORF du 24 avril 1961](#), immédiatement exécutoire dès sa parution au JORF.

⁴ [Décision du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution, JORF 30 septembre 1961](#), applicable le 1 octobre en application de l'article 1^{er} du Code civil.

⁵ [Projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et relatif à l'organisation des pouvoirs publics \(n° 232\), et notamment son article 8](#)

⁶ M. Voisset, L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, LGDJ, 1969

⁷ Michèle VOISSET, "Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16", pré-cité

⁸ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions

⁹ Voir notamment : Touzeil-Divina Mathieu, « Une dévalorisation parlementaire continue ! » in *Politeia* ; n° 18 ; 2012 ; p. 65 et s.

*majeure demeurent applicables, compte tenu des évolutions intervenues depuis le temps de sa rédaction*¹⁰ ».

Souvent vu comme le successeur du comité Vedel qui avait indiqué qu'une modification des conditions d'application de l'article 16 ou des pouvoirs que cet article reconnaît au Président de la République n'était pas nécessaire¹¹, le comité Balladur proposa un encadrement de la durée de mise en place de l'article 16,¹² sans pour autant reprendre à son compte la proposition du comité Vedel d'encadrer la sortie de la période des circonstances exceptionnelles.

Suite à cette recommandation, l'article 16 a été modifié par l'article 6 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

La doctrine s'est alors à nouveau intéressée à cet article « venimeux¹³ » en s'interrogeant sur l'apport de la révision constitutionnelle au régime juridique applicable aux circonstances exceptionnelles de l'article 16.

Ce rappel historique étant dressé, force est de s'interroger sur l'apport qu'on eut, ou qu'ont pu avoir, les différentes réformes constitutionnelles des années 2000 sur la mise en œuvre et l'application des pleins pouvoirs de l'article 16.

Le premier constat qui s'impose à l'observateur est que, bien qu'utile voire nécessaire, ce régime spécifique reste bien peu encadré dans sa mise en œuvre (I). Néanmoins, le tableau n'est pas si noir et il convient aussi de constater que des évolutions intéressantes peuvent être déduites des évolutions constitutionnelles majeures de ces dernières années (II).

I) Un régime utile à la mise en œuvre trop peu encadrée.

Ce régime spécifique est décrié. Cette introduction lapidaire s'impose comme un constat. Tant la plupart des juristes que les simples citoyens s'étonnent de la persévérance d'un tel article d'exception au sommet de notre ordre juridique. Dans un pays qui a connu plusieurs centralisations excessives du pouvoir dans son Histoire récente (Terreur jacobine, Premier empire, Second empire, Pleins pouvoirs aux mains de Philippe Pétain etc.) l'article 16 s'impose comme un vieux relent de 2 décembre¹⁴.

Néanmoins, quoique cet article terrifiant puisse paraître injustifié et anachronique, les bouleversements du monde actuel tendent à relativiser ce constat, comme celui d'un supposé isolement de la France au sujet de son existence (A). Au-delà, et quel que soit l'intérêt pratique d'une telle « dictature constitutionnelle », le juriste ne peut que rappeler la faiblesse de l'encadrement de sa mise en œuvre (B).

A) Un régime justifié et pas si isolé.

Outre les reproches liés à la préservation de la démocratie qui constitueront le fil rouge du présent article, deux arguments sont souvent opposés au maintien de l'article 16 au sein de notre ordre juridique. L'un est lié à son inutilité, voire à son anachronisme dans le monde actuel, l'autre au fait

¹⁰ [« Lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur le 18 juillet 2007. », Revue française de droit constitutionnel 5/2008 \(HS n°2\), p. 251-254](#)

¹¹ [Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution](#)

¹² [Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, Bibliothèque des rapports publics - La Documentation française](#)

¹³ [Sébastien PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », Revue française de droit constitutionnel 5/2008 \(HS n°2\), p. 97-116](#)

¹⁴ Coup d'État du 2 décembre 1851

que seule la France a en sa Constitution, un article dédié permettant au chef de l'Etat de prendre toutes mesures utiles au rétablissement du fonctionnement institutionnel du pays.

Le premier argument a souvent été utilisé contre l'article 16. Il prétend qu'outre son caractère anti-démocratique, l'article 16 ne serait plus utile dans une société pacifiée où le risque de conflit armé sur le territoire est plus que limité au vu de l'appartenance ou de la participation de la France à l'Union européenne ainsi qu'à des institutions ou organisations comme l'OTAN.

Cependant, un tel argument ne saurait être accueilli car il se méprend sur la portée de l'article 16 en ce qu'il n'a pas pour vocation de ne s'appliquer qu'aux cas de conflits armés. Tout accident ou situation quel qu'en soit la nature, qui menace « *d'une manière grave et immédiate les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux* » et qui interrompt « *le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* » est concerné par cet article.

Le cas des conflits armés mis à part, l'article 16 pourrait ainsi être mis en œuvre dans des situations noires qu'il convient d'évoquer. La première à laquelle il est possible de penser est la perpétuation, sur le territoire de la République, d'une vague d'attentats terroristes¹⁵ visant, par exemple, les institutions du pays ou ses principaux intérêts économiques. Si le risque était jusqu'alors présenté comme modéré, les événements de l'année 2015 ne peuvent qu'inciter à la prudence sur ce sujet. Les spécialistes de la question terroristes alertent en effet fréquemment pouvoirs publics et citoyens sur les risques que court la France, et plus largement les pays démocratiques, en matière de terrorisme¹⁶. Rappelons d'ailleurs à ce propos que le comité Balladur, dans son rapport final, justifiait le maintien de l'article 16 par « *la diversité des menaces potentielles qui pèsent sur la sécurité nationale à l'ère du terrorisme mondialisé*¹⁷ ».

Outre les aspects de terrorisme, les attaques informatiques d'ampleur, comme celles menées contre la République d'Estonie en 2007, peuvent entraîner la mise en place des pleins pouvoirs de l'article 16. Pour rappel, la République estonienne, pays très connecté, a vu plusieurs de ses services publics, dont les numéros des secours, ainsi que les systèmes informatiques de certaines de ses banques bloqués par des attaques informatiques massives au cours de l'année 2007. Or, ces attaques massives sont à craindre et risqueraient, dans une société « hyper-connectée », dix ans après l'affaire estonienne, de paralyser les principaux intérêts économiques du pays, les services publics et donc, *in fine*, les institutions de la République. Des mesures d'urgence le temps de lutter contre les attaques, pourraient s'envisager via l'application de l'article 16.

Un débat a, à ce titre, agité quelque peu la doctrine lors de la mise en œuvre de cet article 16. Celui de savoir s'il fallait entendre strictement la notion d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels. Dans une acception stricte, la mise en œuvre de cet article ne pourrait se justifier qu'en cas de paralysie totale des organes constitutionnels. Dans une acception plus large, le point d'attention n'est pas à porter sur le terme « *interruption* » mais sur la locution « *fonctionnement régulier* ». En effet, dans ce cas, le « seuil de déclenchement » n'est pas l'interruption totale des pouvoirs publics devant une situation donnée mais le fait que ceux-ci ne puissent fonctionner

¹⁵ Notons que ces lignes ont été rédigées quelques semaines avant les tragiques attentats du 13 novembre 2015 et que l'auteur de ces lignes entend s'associer à la douleur des victimes et de leurs famille et amis.

¹⁶ Voir notamment les interventions du juge Trevidic ou encore François Heisbourg, Fondation pour la Recherche stratégique, Odile Jacob, 16 nov. 2001 ; François Heisbourg, *Secrètes histoires : La naissance du monde moderne*, Editions Stock

¹⁷ [Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République](#), pré-cité p. 20.

régulièrement, c'est-à-dire en opérant leurs missions dans le cadre général de la légalité. Dans ce cas, l'article 16 serait susceptible d'être mis en œuvre dès lors qu'il n'est plus possible aux organes institutionnels de remplir leurs missions dans le cadre juridique imposé par la Constitution. C'est cette acception qui semble avoir été retenue par le Conseil constitutionnel en 1961, ce qui augure d'une grande latitude dans l'interprétation des conditions nécessaires au déclenchement de cette procédure exceptionnelle.

Bien des menaces justifient la persistance de l'article 16 au sein de notre ordre juridique comme les risques sanitaires ou encore les catastrophes industrielles ou naturelles d'ampleur. Il pourrait nous être objecté que la déclaration de l'état d'urgence¹⁸ permettrait de répondre à ces menaces. L'état d'urgence peut, effectivement, être déclaré « *en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* », ou « *en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ».

La déclaration de l'état d'urgence, fixée par décret en deçà de 12 jours, par une loi au-delà, permet au Préfet d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté, d'instituer des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé, ou d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics. Le texte instituant l'état d'urgence peut également conférer aux autorités administratives le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ou les habiliter à prendre toutes mesures pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie¹⁹. La loi de 2015 modifiant ce régime a modernisé cet état d'urgence en permettant notamment « d'infiltrer », lors des perquisitions administratives, des systèmes informatiques. La loi de 2015 a également limité l'état d'urgence en supprimant l'article 12 conférant aux juridictions militaires la possibilité de connaître des crimes et des délits connexes relevant de la cour d'assises ou en empêchant les perquisitions dans les lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes. La possibilité d'un contrôle de la presse a également été supprimée. Ce régime a été mis en place à plusieurs reprises sous la Vème République et, notamment, lors des émeutes de 2005 dont nous commémorons cette année le 10^{ème} anniversaire²⁰. La vague d'attentats terroristes qu'a connu Paris a également justifié la mise en place de ce régime²¹.

Néanmoins, quoique les mesures envisagées sont très importantes, elles ne répondent pas aux impératifs posés par l'article 16 pour son application. En effet, par nature, le régime de l'état d'urgence est limité dans le temps et ne permet que de prendre des dispositions listées par la loi de 1955. Même si le régime de l'article 16 fait, on le verra, l'objet d'un contrôle de son application dans le temps, il n'est pas soumis aux mêmes contraintes. De plus, une catastrophe nationale paralysant le fonctionnement des institutions ne pourrait être contrée par l'application de la loi de 1955.

¹⁸ [Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relatif à l'état d'urgence](#)

¹⁹ Pour les modifications dont ce régime a fait l'objet suite aux attentats du 13 novembre, voir : [loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions](#)

²⁰ [Décret n°2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955](#) et [décret n°2005-1387 du 8 novembre 2005 relatif à l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955](#) et sa prorogation par la [loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955](#)

²¹ [Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955](#) et [décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955](#)

Le régime de la loi de 1955 impose également une loi pour sa prolongation au-delà de 12 jours. Or, rien n'indique que le Parlement soit en état de siéger, et encore moins de voter la loi de prolongation. L'article 16, par la souplesse procédurale qu'il ouvre en la matière, est donc plus adapté aux circonstances qu'il décrit que le simple état d'urgence.

Cependant, il pourrait être envisagé que les pouvoirs de l'article 16 et l'état d'urgence de la loi de 1955 soient des régimes complémentaires, notamment au regard de la limite temporaire dont le second dispositif souffre. En effet, dans le cadre de l'article 16, le Président pourrait se servir de la concentration des pouvoirs dont il bénéficie pour décréter, au-delà des 12 jours, le maintien de l'état d'urgence en signant un acte à valeur législative à cet effet. Le régime de la loi de 1955, s'il n'est donc pas suffisant pour permettre de restaurer le fonctionnement régulier des institutions, peut cependant en être un des outils.

L'état de siège prévu à l'article 36 de la Constitution et aux articles L2121-1 et suivants du code de la défense, n'est pas plus à même de mettre un terme aux crises visées à l'article 16 de la Constitution dès lors qu'il s'agit d'un régime lié aux seuls conflits armés, qu'il s'agisse d'agression étrangère ou de guerre civile. L'article L2121-1 du code de la défense précise en effet que « *l'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* ». L'état de siège confère des pouvoirs importants à l'autorité militaire mais son application reste limitée aux cas de périls imminents résultant de conflits, notion bien plus restrictive que celles envisagées par l'article 16 de la Constitution.

Enfin, le régime dit « des circonstances exceptionnelles » décrit par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Heyriès²² permet au Chef de l'Etat d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité à raison des conditions dans lesquelles s'exercent à un moment donné les pouvoirs publics. Cela permet au chef de l'Etat et plus largement à l'administration, de déroger aux règles normales de compétences²³, mais également aux règles de forme²⁴, voire de fond²⁵.

Cependant, ce régime est jurisprudentiel et ne permet pas de prendre toute mesure nécessaire au rétablissement des pouvoirs publics. Outre la nécessaire persistance du trouble au moment où l'acte est pris²⁶ et le caractère d'intérêt général recherché par le texte en cause²⁷, le Conseil d'Etat vérifie, en effet, l'existence de circonstances exceptionnelles²⁸ et l'impossibilité du pouvoir exécutif, d'agir légalement²⁹.

Au-delà de ce contrôle que le Conseil d'Etat n'effectue pas dans le cadre des pleins pouvoirs, la dernière condition nécessaire pour arguer de la théorie des circonstances exceptionnelles de l'arrêt Heyriès est plus exigeante que la règle posée par l'article 16. En effet, l'article 16 permet au Président de prendre « les mesures exigées par ces circonstances ». Il faut entendre « toutes » les mesures quelle que soit, par ailleurs, la possibilité qu'il ait de respecter, ou non, les processus légaux ordinaires. La seule limite, toute relative on le verra, au pouvoir du Président est que les mesures qu'il envisage de

²² [CE, 28 juin 1918, Heyriès, Req n°63412](#)

²³ CE, Ass, 16 avril 1948, Laugier, Rec p. 161

²⁴ CE, 28 mars 1947, Crespin, Rec p. 142

²⁵ [CE, 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, Req n°61593](#)

²⁶ CE, Ass, 16 avril 1948, Laugier pré-cité

²⁷ CE, 4 juin 1947, Entreprise Chemin, Rec p. 246

²⁸ CE, 5 mars 1948, Marion, n°86937, Rec. p. 113

²⁹ CE, 31 janvier 1958, Chambre syndicale du commerce d'importation en Indochine, Rec p. 63 ; [CE, 12 juillet 1969, chambre de commerce et d'industrie de Saint-Etienne Loire, Req n°76089](#).

prendre soient « *inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* », sans plus de précision.

Si donc le régime de l'article 16 peut légitimement paraître liberticide aux yeux des observateurs, force est de constater que son caractère général, tant en terme contextuel, géographique, temporel que juridique en font l'arme absolue pour rétablir l'ordre républicain en cas de périls graves remettant en cause le fonctionnement de l'Etat. Or, ces menaces, dont la plupart sont nouvelles, sont par nature imprévisibles, et la possibilité de recourir à l'outil constitutionnel large que représente l'article 16 se justifie alors pleinement.

Notons enfin que si, pendant longtemps, le régime de l'article 16 a été très isolé en droit comparé³⁰, il n'en n'est plus de même aujourd'hui.

Ainsi, de nombreux pays ont offert au Chef de l'Etat la possibilité de prendre toute mesure utile au rétablissement des conditions normales de l'exercice du pouvoir. Les constitutions de l'Algérie³¹, de la Côte d'Ivoire³², de la Tunisie³³ ou du Niger³⁴, pour ne citer qu'elles, prévoient des dispositifs très semblables au dispositif français.

Néanmoins, dans la plupart des autres Etats ayant institués un régime spécifique s'approchant de l'article 16 de la Constitution française, les modalités de contrôle sont, le plus souvent, bien plus strictes qu'en France.

B) Un contrôle limité de la mise en œuvre de l'article 16

La seule décision portant sur le déclenchement de la procédure prévue à l'article 16 est l'arrêt Rubin de Servens³⁵. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère que la décision de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article 16 de la Constitution « *présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application* ».

Dans cette affaire très connue, Monsieur Rubin de Servens (et autres) contestait la création, par le Président de la République, d'un tribunal militaire spécial pour des faits commis dans le cadre des troubles à Alger, ainsi que la fixation des règles de procédure propres à ce tribunal. Or, cette décision avait été prise par le Président dans le cadre des pleins pouvoirs qui lui étaient confiés par l'article 16. Les intéressés avaient donc tenté de remettre en cause la capacité juridique du Président de la République de mettre en œuvre l'article 16 et de le maintenir au-delà du nécessaire. Pour les requérants, en effet, les troubles d'Alger ne remettaient pas en cause *les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux* et n'empêchaient pas le fonctionnement normal des institutions.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi le raisonnement des requérants en qualifiant expressément la mesure d'acte de Gouvernement, ce qui n'était pas dans ses habitudes³⁶.

L'acte de Gouvernement est un acte insusceptible de recours soit parce qu'il est relatif aux rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir législatif, soit parce qu'il met en cause la conduite des relations

³⁰ Michèle VOISSET, "Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16", pré-cité

³¹ [Constitution du 28 novembre 1996 : Article 93 de la constitution de la République algérienne démocratique et populaire.](#)

³² [Constitution du 23 juillet 2000 : Article 48 de la constitution de la République de Côte d'Ivoire](#)

³³ [Constitution du 27 janvier 2014 : Article 80 de la constitution de République tunisienne](#)

³⁴ [Constitution du 25 novembre 2010 : Article 67 de la constitution de la République du Niger](#)

³⁵ [CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, Req n°55049 et 55055](#)

³⁶ Voir : commentaire de l'arrêt dans le GAJA

extérieures de la France. Ainsi, par exemple, le décret de dissolution de l'Assemblée nationale, entrant dans la première catégorie, est insusceptible de recours³⁷. Pour la seconde catégorie le refus de signature ou de ratification d'un traité est un bon exemple³⁸. D'après le GAJA, les « *actes de gouvernement ne peuvent faire aujourd'hui l'objet d'une définition générale et théorique, mais seulement d'une liste établie d'après la jurisprudence*³⁹ ».

En l'espèce, le Conseil d'Etat se base sur la première catégorie pour fonder son analyse. Pour lui, suivant en ce sens les conclusions de Commissaire du Gouvernement Henri, dès lors que les pouvoirs de l'article 16 opèrent une unité organique des pouvoirs législatifs et réglementaires, il ne peut s'agir que d'un acte intéressant les relations entre le Gouvernement et le Parlement, ce qui est un acte de Gouvernement.

Un doute sur la qualification d'acte de Gouvernement a pu survenir quant au contrôle qu'a opéré le Conseil d'Etat sur les décrets portant mise en place de l'état d'urgence en 2005⁴⁰. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a vérifié de manière approfondie que les critères nécessaires à la mise en place de l'état d'urgence étaient respectés. Si sa position sur le caractère géographiquement limité des mesures d'urgence peut être critiqué eu égard à l'esprit de la loi de 1955, il n'en demeure pas moins que le Conseil, dans cette affaire, a accepté de vérifier la légalité des décrets déferés, écartant alors l'hypothèse d'un acte de Gouvernement. L'ordonnance du 27 janvier 2016 rendue par le Conseil d'Etat confirme cette analyse⁴¹.

Néanmoins, ce doute ne peut perdurer. En effet, même si les mesures prises au titre de la loi de 1955 peuvent être très vigoureuses, il y a une différence de degré entre ces mesures et celles prises dans le cadre de l'article 16. En effet, dans le premier cas, le Gouvernement se borne à mettre en place une disposition législative. Dans le cadre de l'article 16, au contraire, la décision de Président de la République a pour conséquence immédiate de fonder, au profit d'un même organe, les pouvoirs législatifs et réglementaires. L'espoir entretenu par la décision de 2005 de voir le Conseil d'Etat contrôler l'acte de mise en œuvre de l'article 16 ne doit pas être pris en compte au vu de la jurisprudence du Conseil sur les actes de Gouvernement.

Pour être complet, et alors que l'on pouvait penser à la fin annoncée de la théorie de l'acte de Gouvernement, celui-ci a ressurgi dans l'environnement juridique actuel ; le Tribunal des conflits ayant récemment rappelé que « *le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi en vue de sa transposition en droit interne touche notamment à la conduite des relations internationales de la France ; que, dès lors, en tout état de cause, ni la juridiction administrative ni la juridiction judiciaire ne sont compétentes pour en connaître*⁴² »

Le contrôle juridictionnel est donc clairement exclu par le Conseil d'Etat. Néanmoins, la mise en œuvre de cette procédure échappe-t-elle à tout contrôle ?

Malgré l'insuffisance des modalités d'examen qui feront l'objet des développements suivants, force est tout de même de constater qu'il existe bien des vérifications préalables à la mise en place des pleins pouvoirs de l'article 16.

³⁷ [CE, 20 février 1989, Décret de dissolution de l'Assemblée Nationale Req n°98538](#)

³⁸ CE, 23 juillet 1961, *Sté indochinoise d'électricité* Rec. p. 519

³⁹ GAJA/17/2009/0003, commentaire sous CE 19 févr. 1875, Prince Napoléon

⁴⁰ [CE, 14 novembre 2005, Rollin, Req n°286835](#)

⁴¹ [CE, 27 janvier 2016, Ligue des Droits de l'Homme, Req n°396220](#)

⁴² [TC, 6 juillet 2015, Grégoire K, n°C-0995](#), et son commentaire : [Didier Girard, 'Les « actes de Gouvernement » demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France, Note sous TC, 6 juillet 2015, K. et autres, n° C 03995 ' : Revue générale du droit on line, 2015, numéro 2285.](#)

Ainsi, le Président de la République ne peut prendre les mesures exigées par les circonstances motivant la mise en œuvre de l'article 16 « *qu'après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* ».

Il ne convient pas de s'intéresser aux avis du Premier ministre et des présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat. D'une part, ces avis ne sont en principe pas publics et n'ont donc aucune conséquence pratique pour le Président de la République. D'autre part, l'expérience de la dissolution de l'Assemblée Nationale sur le fondement de l'article 12 de la Constitution permet de grandement nuancer l'intérêt pratique de ces consultations. En effet, l'article 12 de la Constitution prévoit que « *Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des Présidents des Assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale* ». Or, sur cinq dissolutions effectuées sous la Vème République, trois d'entre elles se sont faites contre l'avis du Président de l'Assemblée Nationale (en 1981, 1988 et 1997) et une contre l'avis du Président du Sénat (1962). On ne peut donc que constater la faible importance que revêtent ces « consultations ».

Il est également prévu qu'avant l'instauration du régime spécifique de l'article 16, le Président en « *informe la Nation par un message* ». Là encore, il ne faut pas y voir un médium de régulation de ce pouvoir mais simplement une information. En effet, la mise en place de ce régime nécessite la plus grande publicité qui ne saurait être activé sans information du Peuple. Même motivée par de mauvais desseins, la mise en œuvre de ce régime d'exception ne peut se concevoir sans une annonce publique.

Plus importante est, en revanche, la consultation du Conseil constitutionnel. L'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel⁴³ prévoit, à minima, le régime de cet avis préalable. Les articles 52 et 53 de l'ordonnance disposent que, saisi par le Président dans « *les cas prévus au premier alinéa de l'article 16 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se réunit immédiatement* » et « *émet un avis sur la réunion des conditions exigées par le texte visé à l'article précédent* ». Cet avis, et cela est important, est publié.

C'est ainsi, que par une décision du 23 avril 1961⁴⁴, le Conseil constitutionnel a estimé qu'étaient réunies les conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16. Pour rendre cette décision, le Conseil relève « *qu'en Algérie, des officiers généraux sans commandement et, à leur suite, certains éléments militaires sont entrés en rébellion ouverte contre les pouvoirs publics constitutionnels dont ils usurpent l'autorité* ». Il indique également « *qu'au mépris de la souveraineté nationale et de la légalité républicaine, ils édictent des mesures de la seule compétence du Parlement et du Gouvernement* » et « *qu'ils ont mis hors d'état de remplir leurs fonctions et privé de leur liberté les plus hautes autorités civiles et militaires d'Algérie dépositaires des pouvoirs qui leur ont été délégués par le gouvernement de la République en vue d'assurer la sauvegarde des intérêts nationaux, ainsi qu'un membre du Gouvernement même* ». Il rappelle enfin que le but avoué des officiers « *est de s'emparer du pouvoir dans l'ensemble du pays* », entendre la France. De « ces actes de subversion », le Conseil en déduit que « *les institutions de la République se trouvent menacées d'une manière grave et immédiate [et que] les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent fonctionner de façon régulière* ».

Dans le cas de 1961, donc, le Conseil constitutionnel a considéré que la situation justifiait la mise en œuvre des pleins pouvoirs de l'article 16 en faisant une analyse des faits qui lui étaient soumis.

Mais que serait-il susceptible d'arriver aujourd'hui si le Président ne recueillait pas l'avis du Conseil constitutionnel ou s'il n'obtenait pas, de lui, un avis favorable ?

⁴³ [Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel](#), articles 52 à 54

⁴⁴ [CC, 23 avril 1961, réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16, Avis n°61-1 AR 16](#)

On le sait, par principe, « *le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité*⁴⁵ ». Néanmoins l'article 68 de la Constitution réserve la responsabilité du Chef de l'Etat dans les cas où celui-ci commet un « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* ».

Cette hypothèse apparaît dès la discussion de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution⁴⁶ instaurant la responsabilité présidentielle. Ainsi, dans son rapport sur le projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, le Sénateur Jean-Jacques Hyst indiquait que « *La destitution pourrait ainsi, par exemple, être déclenchée parce que le Président de la République a souhaité mettre en œuvre l'article 16 de la Constitution alors que les conditions n'étaient pas réunies pour ce faire*⁴⁷ ».

Les débats parlementaires sur cette loi mettent systématiquement en avant le fait qu'une utilisation abusive de l'article 16 serait susceptible d'entraîner la mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution. Ainsi, lors de la séance du 7 février 2007, le Sénateur Hugues Portelli insistait sur le fait que « *le recours abusif à l'article 16 pourrait entraîner le déclenchement de la procédure de haute trahison (sic.), puisque, durant cette période, l'Assemblée nationale ne peut pas être dissoute et le Parlement se réunit de plein droit*⁴⁸ ».

En amont de ces travaux parlementaires, le rapport de la commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidé par Pierre Avril⁴⁹ notait que : « *Ne pourront être reprochés au chef de l'État que des actes ou comportements accomplis ou révélés pendant son mandat, qui apparaissent à la représentation nationale comme manifestement incompatibles avec la dignité de sa fonction au point de rendre impossible la poursuite de son exercice. Ainsi, par exemple : le cas souvent évoqué de meurtre ou autre crime grave ou d'autres comportements contraires à la dignité de la fonction ; l'utilisation manifestement abusive de prérogatives constitutionnelles aboutissant au blocage des institutions comme les refus cumulés de promulguer les lois, de convoquer le Conseil des ministres, de signer les décrets en Conseil des ministres, de ratifier les traités, voire la décision de mettre en œuvre l'article 16 alors que les conditions n'en seraient pas réunies, etc.* ».

Plus loin, le rapport notait que « *Dans le même esprit, il semble logique de prévoir également la réserve de l'article 68, car si l'objet de celui-ci est d'une tout autre nature, il n'en est pas moins vrai que la procédure qu'il prévoit pourrait s'appliquer aux situations les plus variées, y compris, donc, des actes accomplis par le chef de l'État en cette qualité (par exemple, une utilisation manifestement abusive de l'article 16).* ».

C'est là une importante limite au pouvoir du Président de la République. La jonction de l'avis du Conseil constitutionnel et de la constitution du Parlement en Haute Cour est donc une limite forte à la mise en place de l'article 16. En effet, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel estimerait que les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas, ou plus après 30 ou 60 jours, remplies et qu'il donne un avis négatif à son instauration ou à son maintien, l'avis étant publié, nul doute que la procédure de l'article 68 pourrait, et devrait, être enclenchée. Notons également que le régime de l'article 68 est dorénavant applicable, après près de dix années, grâce à la loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution.

⁴⁵ [Art 67 al. 1 de la Constitution](#)

⁴⁶ [Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.](#)

⁴⁷ [Rapport n° 194 de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution](#)

⁴⁸ [Sénat, Discussion générale relative à la Modification du titre IX de la Constitution, séance du 7 février 2007, JO Sénat, 8 février 2007](#)

⁴⁹ [Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, Rapport présidé par le Pr Pierre Avril.](#)

Néanmoins, outre le contrôle de la décision de mise en œuvre, les questionnements portant sur les actes pris dans le cadre des pleins pouvoirs sont nombreux.

II) Des actes subséquents qui interrogent.

La mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels que le Président tient de l'article 16 de la Constitution pose la question de ses applications pratiques. En effet, à quoi servirait la mise en œuvre de l'article 16 si aucune décision concrète n'aboutissait au rétablissement du fonctionnement des institutions ?

Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de préciser le régime des actes présidentiels pris dans le cadre de l'article 16. Cependant, ce contrôle a nécessairement évolué depuis 1962 (A) et ce, d'autant que l'introduction, en droit français, de la question prioritaire de constitutionnalité serait susceptible de modifier quelque peu le régime des actes issus de l'article 16 (B).

A) Le régime actuel de contrôle des actes pris dans le cadre de l'article 16.

En 1962, dans son arrêt Rubin de Servens pré-cité, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que la décision mettant en œuvre l'article 16 « *a eu pour effet d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire* », rejette le recours de l'intéressé au motif que cette « *décision, qui porte sur des matières législatives et qui a été prise par le Président de la République pendant la période d'application des pouvoirs exceptionnels, présente le caractère d'un acte législatif dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître* ».

Ce faisant, le juge administratif reprend son argumentation traditionnelle visant, lorsqu'il y a confusions des pouvoirs exécutif et législatifs, à opérer une distinction entre les décisions ressortant du domaine de la loi et celles ressortant du domaine réglementaire. Ainsi, et pour reprendre l'exemple cité dans le GAJA, le Conseil d'Etat, dans son arrêt Brousse a-t-il estimé qu'un décret pouvait abroger les dispositions d'un décret-loi qui avaient valeur réglementaire en indiquant que « *celles des dispositions des décrets des 21 septembre 1807 et 28 janvier 1811 qui ont été abrogées par le décret attaqué sont purement réglementaires et qu'elles ont pu, par suite, être légalement abrogées par un décret*⁵⁰ ».

Désormais, les articles 34 et 37 de la Constitution facilitent le respect de la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif en ayant introduit un système de délégalisation permettant au Gouvernement de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi afin qu'il la « déclasse » le cas échéant. Si le Conseil constate que le pouvoir législatif a empiété sur les compétences exécutives du Gouvernement, il prononce la délégalisation de la loi qui peut alors être modifiée par le Gouvernement par voie de décret. C'est ainsi que, la même année que l'arrêt Rubin de Servens, le Conseil d'Etat avait considéré que « *l'article 286-1 [ajouté] dans le Code de la Sécurité sociale par l'article 6 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 [...] ne pouvait légalement être abrogé par décret sans que le Conseil constitutionnel ait été appelé à se prononcer au préalable dans les conditions susrappelées*⁵¹ ».

Cette distinction entre les actes législatifs et les actes réglementaires pris dans le cadre de l'article 16 peut être rapprochée de la jurisprudence relative aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

⁵⁰ [CE, 30 juillet 1881, Brousse, Req n°53.110, Rec p.704](#)

⁵¹ [CE, 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des Médecins : Rec p. 479](#)

L'article 38 indique en effet que « *Le Gouvernement peut [...] demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi [...]. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation* ».

Plus important encore, l'article 38 dispose qu' « *A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ». Tirant les conséquences de cet article, le Conseil d'Etat en a déduit que « *si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au gouvernement ; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité⁵²* ».

Là encore, avant de se prononcer sur sa compétence, le Conseil d'Etat fait application des mêmes raisonnements que dans l'arrêt Rubin de Servens au regard des articles 34 et 37 de la Constitution. Notons que ce spectre d'analyse est également très présent en matière de contrôle de la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité⁵³.

Il est donc clair que le Conseil d'Etat refuse de contrôler les dispositions à caractère législatif qui lui sont soumises, y compris celles issues de l'application de l'article 16.

Néanmoins, le juge administratif est-il pour autant totalement démuné ? On sait que, depuis 1989, le Conseil d'Etat accepte de contrôler la conventionalité des lois pour, le cas échéant, en écarter l'application⁵⁴. Le juge judiciaire, lui, accepte ce contrôle depuis 1975 et l'arrêt Jacques Vabre⁵⁵. Si ces positions ne remettent pas en cause l'arrêt Rubin de Servens, elles le limitent vivement.

En effet, le Conseil d'Etat, s'il est de nouveau directement saisi d'une norme à portée législative prise dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, rejettera, conformément à la position prise en 1962, la requête pour incompétence. Cependant, si le requérant, s'appuyant sur un texte international, arrive à démontrer que la disposition à caractère législatif prise dans le cadre des pleins pouvoirs est inconventionnelle et a servi de fondement à une décision réglementaire ou individuelle, il pourrait, en principe, en obtenir l'annulation pour défaut de base légale ; la disposition à portée législative fondant la disposition critiquée étant écartée en raison de la jurisprudence Nicolo. Une même position serait vraisemblablement tenable devant le juge judiciaire, notamment en matière criminelle.

Les revirements de 1975 et 1989 et leurs prolongations respectives ont donc apporté un indirect mais important contrepoids à la mise en œuvre des pleins pouvoirs de l'article 16 et nuancent, ce faisant, la position prise par le Conseil d'Etat en 1962. Néanmoins, l'absence de jurisprudence sur ce point n'indique pas quel degré de vérification de conventionalité une juridiction saisie opérerait. Si ce degré

⁵² [CE, 11 décembre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, Req n°279517](#) et son commentaire : [Charles-Edouard Sénac, « Régime des ordonnances non ratifiées, Conseil d'Etat, Ass., 11 décembre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, requête numéro 279517, requête numéro 283983, publié au recueil Lebon p. 510 » : Revue générale du droit en ligne, 2008, numéro 1857](#)

⁵³ Voir, par exemple : [CE, 9 juillet 2010, Société Généfim, Req n°317086](#)

⁵⁴ [CE, 20 octobre 1989, Nicolo, Req n°108243](#)

⁵⁵ [C.Cass, Ch mixte, 24 mai 1975, Société cafés Jacques Vabre pourv. n° 73-13556](#)

de vérification de la conventionalité est semblable à celui opéré en temps normal, nul doute qu'il serait efficace. *A contrario*, s'il est plus restreint en raison des circonstances et de la mise en place d'un instrument constitutionnel tel que l'article 16, il est loin d'être évident que ce recours soit efficace.

Or, le doute est permis en la matière. En effet, concernant les mesures individuelles d'exécutions d'actes pris sur le fondement de l'article 16, et cas de la conventionalité mis à part, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de préciser certains points ne permettant pas d'être optimiste sur son contrôle.

Dans un arrêt en date du 27 mars 1968, le Conseil d'Etat, se prononçant sur la question de la légalité des actes d'applications de textes pris sous l'empire de l'article 16, a en effet considéré, en application de la jurisprudence D'Oriano⁵⁶, que si « *la référence faite dans ladite décision du 7 juin 1961 aux circonstances ayant motivé la mise en jeu de l'article 16, destinée à la fois à rappeler les évènements ayant justifié l'application de mesures exceptionnelles édictées dans la décision en question et à marquer la nécessité de prévenir le renouvellement éventuel de pareil évènement, n'avait pas pour objet et ne saurait avoir pour effet, en l'absence de toute disposition en ce sens, de limiter l'application desdites mesures aux seuls agents dont l'insuffisance se serait révélée à l'occasion des circonstances susmentionnées, mais doit être regardée comme ayant autorisé le gouvernement à placer en position de congé spécial ceux des officiers dont le comportement général comme l'aptitude professionnelle et physique ne lui semblaient pas présenter les garanties suffisantes pour faire face le cas échéant avec l'efficacité nécessaire à des troubles de même nature que ceux qui ont affecté l'ordre public au cours du mois d'avril 1961 ; qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que, si elle écarte toutes dispositions législatives ou réglementaires qui auraient fait obstacle aux mesures de mise en congé spécial ou de radiation qu'elle prévoit, elle ne comporte en revanche aucune disposition excluant l'observation des formalités qui doivent intervenir préalablement à toute mesure prise en considération de la personne et qui constituent l'une des garanties essentielles des droits des intéressés*⁵⁷ ».

En conséquence, si le contrôle du juge sur les décisions individuelles semble tout ce qu'il y a de plus commun, le Conseil d'Etat ayant accepté de contrôler l'exactitude matérielle des faits ou le détournement de pouvoir⁵⁸ ainsi que la qualification juridique des faits⁵⁹, c'est à la condition que le texte issu de l'article 16 sur lequel se fonde l'acte individuel n'empêche pas cet office.

On aperçoit directement le risque relatif à cette position jurisprudentielle dans la mesure où, en période de circonstances exceptionnelles au sens de l'article 16, rien n'empêche *a priori* le Président d'écarter l'office du juge dans le cadre des décisions subséquentes.

Un autre type de contrôle des actes subséquents, posant indirectement la question de la constitutionnalité de la mise en œuvre de l'article 16 doit également être abordée. En effet, dans deux cas, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont, si ce n'est contrôlé, à tout le moins veillé au respect des procédures d'enclenchement des dispositions de l'article 16 pour juger de la légalité d'une disposition d'application.

Ainsi, dans son arrêt Rubin de Servens pré-cité, le Conseil d'Etat commence par rappeler la décision du 23 avril 1961 mettant en œuvre les pleins pouvoirs a été prise « *après consultation officielle du*

⁵⁶ CE, 23 octobre 1964, D'Oriano, Rec p.486

⁵⁷ [CE, 27 mars 1968, Sieur Andlauer, Req n°67346](#)

⁵⁸ CE, sect., 13 nov. 1964, Min. Intérieur c/ Livet, D. 1965. 668, note Demichel mentionné dans responsabilité de la puissance publique, Irresponsabilité de la puissance publique (régimes législatifs, réglementaires et jurisprudentiels) – Christophe GUETTIER

⁵⁹ CE, sect., 22 avr. 1966, Sté Union africaine de presse, Lebon 276 mentionné dans responsabilité de la puissance publique, Irresponsabilité de la puissance publique (régimes législatifs, réglementaires et jurisprudentiels) – Christophe GUETTIER

Premier Ministre et des présidents des Assemblées et après avis du Conseil constitutionnel ». La Cour de Cassation est allé un peu plus loin en estimant, après avoir rappelé que les consultations avaient eues lieu que « *les conditions exigées par la constitution pour l'application de l'article 16 se trouvaient réunies*⁶⁰ ».

Ces mentions sont soumises à interprétation. Rappelons tout d'abord que dans ces deux cas, il ne peut y avoir aucune conséquence sur le déclenchement même des pleins pouvoirs ; acte de Gouvernement. Peut-être, en revanche, que le non-respect des formalités préalables au déclenchement de l'article 16 pourrait, par voie d'exception, conduire à la neutralisation, voire à l'annulation d'actes subséquents. Au contraire, si les juridictions adoptaient une acception stricte de l'acte de Gouvernement, les actes subséquents ne seraient pas annulés sur ce fondement puisque, par principe, ils seront fondés sur une décision insusceptible de contrôle juridictionnel. Là encore, l'intensité du contrôle et ses conséquences sur les décisions prises dans le cadre des pleins pouvoirs dépendraient de la position adoptée par les juridictions si le cas se renouvelait. Il n'est donc, à l'heure actuelle, pas possible de voir en ce « contrôle » de pure forme un moyen efficace d'encadrer l'action présidentielle agissant sur la base de l'article 16.

On le voit, donc, le contrôle opéré sur les décisions découlant de l'application de l'article 16 de la Constitution par les juridictions des ordres tant administratif que judiciaire représente une bien faible garantie pour les citoyens. Néanmoins, l'état du droit a évolué depuis 1962 et il est possible de voir dans les pouvoirs du juge constitutionnel une garantie nouvelle accordée aux citoyens en cas de mise en œuvre future de l'article 16 de la Constitution.

B) Le juge constitutionnel est les actes subséquents à la mise en œuvre de l'article 16.

Comme dit précédemment, le juge constitutionnel peut, en fonction de la pratique liée à la mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution, jouer un rôle important dans le déclenchement du dispositif prévu par l'article 16 de la Constitution. Néanmoins, si son contrôle original n'était pas des plus importants sur les actes subséquents, la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pourrait changer la donne.

Dès 1958, le Conseil constitutionnel se voit en charge de contrôler *a priori*, les décisions prises par le Président dans le cadre de l'article 16. Cet article prévoit en effet, à son alinéa 3 que « *Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet* ».

L'article 54 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel reprend à son compte cette assertion en indiquant que « *Le Président de la République avise le Conseil constitutionnel des mesures qu'il se propose de prendre. Le Conseil constitutionnel lui donne sans délai son avis*⁶¹ ».

A la lecture de ces textes, on comprend tout de suite le faible poids qu'avait originellement le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa mission de contrôle a priori des actes subséquents. Il doit en effet veiller, si l'on s'en tient au texte constitutionnel, à ce que les mesures envisagées ne soient destinées qu'à rétablir l'ordre constitutionnel et le fonctionnement des pouvoirs publics. La doctrine, s'intéressant à cet article en déduisit que le Président de la République n'aurait pu, en 1961, mettre en

⁶⁰ Crim, 21 août 1961 Fohran : Bull Crim 1961 n°695 mentionné dans Jcl Adm. Fasc 1410 Conseil constitutionnel.

⁶¹ [Article 54 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel](#)

œuvre une réforme fiscale d'ampleur, la mise en place de l'article 16 ayant été motivée par les troubles à Alger⁶².

Néanmoins, l'avis n'étant pas publié, son intérêt est nul puisque, contrairement à l'avis qu'il donne concernant la mise en œuvre de l'article 16, le secret qui l'entoure empêcherait les parlementaires de se constituer en Haute Cour pour destituer le Président.

Au reste, on peut constater une intéressante contradiction entre la disposition constitutionnelle et la disposition de l'ordonnance. En effet, alors que la première prévoit que le Conseil est consulté sur les mesures envisagées, la seconde n'impose qu'une chose : que le Conseil soit « avisé ». Or, ces deux termes ne recouvrent pas la même réalité. Lorsqu'il est « consulté », le Conseil doit rendre un avis un minimum motivé et dire, au final, si la mesure est justifiée, notamment eu égard aux circonstances qui fondent la mise en place des mesures en cause. A l'inverse, la lecture rigoureuse de l'article 54 de l'ordonnance impose seulement au Président « d'aviser » le Conseil, ce qui peut se comprendre comme une simple information.

Si cette apparente contradiction n'est pas révélatrice sur le fond, le Conseil étant saisi pour formuler un avis en raison de la Constitution, elle a au moins l'intérêt de nous faire prendre conscience du faible impact que le Constituant a voulu donner à cet avis. Pour rappel, la version initiale de la loi organique a fait l'objet d'une ordonnance sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution qui permettait au Gouvernement de prendre les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat ; ces ordonnances ayant force de loi⁶³. On voit donc là la faiblesse de cet avis.

On l'a vu, les juridictions ordinaires, et notamment le Conseil d'Etat, refusent de contrôler les actes pris par le Président de la République dans le cadre de l'article 16 si ceux-ci ont un caractère législatif. Il n'en demeure pas moins que jusqu'à l'instauration de la QPC, sur laquelle nous reviendrons, le Conseil était assez désarmé pour lui-même contrôler la constitutionnalité des mesures à portée législative prises dans le cadre de l'article 16.

En effet, en 1961, lors de seule la mise en œuvre des pleins pouvoirs de l'article 16, l'article 61 de la Constitution prévoyait que « *les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre ou le président de l'une ou l'autre assemblée* ». La loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 a ouvert cette possibilité à 60 députés ou 60 sénateurs. Or, cette modalité de saisine n'était pas propre à assurer le contrôle des actes subséquents pris par le Président.

En effet, et tout d'abord, les parlementaires, ni plus que le Premier ministre, ne sont nécessairement informés des mesures subséquentes que le Président souhaite mettre en place dans le cadre de ses pleins pouvoirs. On ne voit pas non-plus le Président saisir lui-même le Conseil constitutionnel dans les circonstances de l'article 16 alors qu'il a fallu 57 ans à un Président de la République pour saisir le Conseil pour avis sur un projet de loi⁶⁴...

Au-delà de ces questions organiques, la doctrine insistait sur un point important : la mention, dans cet article 61, de la promulgation. Or, juridiquement, les actes pris par le Président dans le cadre des pouvoirs de l'article 16 ne sont pas promulgués par lui. Il les décide et il en est procédé à publication sans que le Président ne les promulgue juridiquement. Ce faisant, et formellement parlant, les textes

⁶² Voir en ce sens : « L'article 16 et ses limites », Maurice Duverger, Le Monde du 5 mai 1961

⁶³ [Ancien article 92 de la Constitution](#)

⁶⁴ [Saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la République relative à loi relative au renseignement](#)

engagés par le Président ne sont pas des lois et ne peuvent donc, sur le fondement de l'article 61, être contrôlés par le Conseil.

En conséquence, il n'y avait aucune possibilité de contrôle constitutionnel des dispositions à caractère législatif décidées par le Président de la République dans le cadre des pouvoirs conférés par l'article 16.

Face à ce désert, il convient de se demander si la QPC pourrait changer quelque chose à cette immunité juridictionnelle inquiétante lorsque l'on connaît la puissance intrinsèque de cet article.

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». L'article 23-2 de la l'ordonnance relative au Conseil constitutionnel émet cependant trois conditions à la recevabilité d'une telle requête en QPC : la disposition contestée est une loi applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ; la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Si le caractère sérieux de la question posée est une question factuelle, deux interrogations peuvent être soulevées dans le cadre de ce contrôle : qu'est-ce qu'une « disposition législative » au sens de l'article 61-1 et comment s'articule ce dispositif avec le dispositif d'avis préalable qu'est celui de l'article 16 ?

Tout d'abord, il convient de remarquer que l'article 61-1 ne mentionne pas le terme de « Loi » mais bien de « disposition législative ». Ce vocable se rapproche fortement de celui utilisé par le Conseil d'Etat et ne limite donc pas la saisine du Conseil aux seules dispositions formellement législatives. Une telle rédaction ne fait donc pas obstacle à ce que soit déférée au Conseil constitutionnel, via une QPC, une décision présidentielle à portée législative que le Conseil d'Etat ne pourrait analyser pour cause d'incompétence (voir supra).

Il est d'ailleurs à ce titre intéressant de constater une différence notable entre la rédaction proposée par le comité Balladur⁶⁵ et la rédaction retenue par le projet de loi constitutionnelle. En effet, alors que le premier visait la « *conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution* », le projet de loi a retenu une vision plus large en mentionnant toute « *disposition législative promulguée*⁶⁶ ».

Cette autre formulation, si elle ouvrait un peu plus largement la portée des textes déférés était cependant limitée à double titre. Premièrement, elle limitait la possibilité d'user d'une QPC aux seuls textes promulgués après 1958, ce qui n'entre pas dans le champ de la présente étude. Deuxièmement, et plus important pour nous, elle ne réglait pas la question de la promulgation qui, malgré tout, empêchait le Conseil d'être saisi de dispositions législatives découlant de l'article 16.

La modification de cet article par voie d'amendement supprimant la référence à la promulgation, a levé cette impossibilité⁶⁷. Cette interprétation a été confirmée par les travaux parlementaires.

⁶⁵ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions pré-cité

⁶⁶ [Article 26 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République n°820](#)

⁶⁷ [Notamment : amendement rectificatif n° 89 Rect. présenté par M. Warsmann, rapporteur au nom de la commission des lois](#)

Ainsi, par exemple, le rapport de la commission des lois au Sénat sur le projet de réforme constitutionnelle notait que « *[l'article 61-1] viserait toutes les dispositions à caractère législatif quel que soit par ailleurs la forme juridique empruntée*⁶⁸ ».

Le débat parlementaire relatif à la loi relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n'est pas moins intéressant. Plaidant pour une ouverture large de la QPC, le député Warsman notait qu' « *Une question de constitutionnalité peut être posée par toute personne partie à une instance, à l'encontre de toute disposition législative (à l'exclusion sans doute des dispositions législatives d'origine référendaire) qui ne respecterait pas les « droits et libertés garantis par la Constitution*⁶⁹ » ; la limite de la loi référendaire provenant du fait que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité d'une telle loi⁷⁰.

Au Sénat, alors que la commission des lois rappelait que « *les décrets-lois sous la IIIe République, les ordonnances adoptées pendant la libération ou dans la période transitoire de 1958-1959* » sont susceptibles d'être déférées, elle n'évoquait pas les dispositions législatives prises dans le cadre de l'article 16. Seules soulevaient des interrogations les lois organiques, les lois référendaires et les lois de pays de la Nouvelle-Calédonie⁷¹.

Le Professeur Mathieu Disant notait d'ailleurs que « *l'auteur de l'acte législatif est indifférent dans la définition de « disposition législative » au sens de la QPC. Ainsi, les actes pris dans des matières législatives par le Président de la République au titre de l'article 16 de la Constitution [...] ne paraissent pas devoir en être exclu*⁷² ».

Il en découle que la constitutionnalité d'une disposition à valeur législative prise par le Président de la République dans le cadre des pleins pouvoirs pourra être déférée par la juridiction ordinaire saisie par la voie de la QPC.

Néanmoins, un autre obstacle peut sembler s'opposer à une telle transmission. L'ordonnance relative au Conseil constitutionnel prévoit en effet, à son article 23-2 que, pour être déférée à son contrôle, la disposition législative contestée ne doit pas avoir « *déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ».

Or, on l'a vu, toute mesure prise par le Président sur le fondement de l'article 16 doit avoir été préalablement soumise à l'avis du Conseil constitutionnel. Dans ces conditions, dans quelle mesure une QPC serait-elle recevable contre cet acte ?

Deux arguments plaident, dans ces circonstances, pour une recevabilité de la requête en QPC. Premièrement, l'avis du Conseil constitutionnel pris sur le fondement de l'article 16 n'est pas publié. Il ne peut donc pas contenir de motifs ou dispositifs connus des citoyens ; d'autant que rien n'impose au Conseil de motiver son avis.

⁶⁸ [Rapport n° 387 de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008 et relatif au Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République](#)

⁶⁹ [RAPPORT fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique \(N° 1599\) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par M. Jean-Luc WARSMANN,](#)

⁷⁰ [CC, 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, Déc n°62-20 DC](#)

⁷¹ [Rapport n° 637 de M. Hugues PORTELLI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 29 septembre 2009 et relatif au Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution](#)

⁷² Mathieu Disant, Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : Cadre juridique, Pratiques jurisprudentielles, 17 novembre 2011 Lamy Wolters Kluwer France, coll. Axe Droit

Deuxièmement, et cet argument est encore plus important, la recevabilité de la QPC se justifie par le fait que l'avis préalable de l'article 16 et la QPC n'ont pas le même objet. Là où la QPC tend à remettre en cause une disposition législative sur le fondement de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux protégés par la Constitution, l'avis préalable de l'article 16 ne tend qu'à vérifier que les mesures envisagées ont bien pour objet « *d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* ». Or, ce contrôle ne porte pas sur les libertés fondamentales. Il n'y a donc pas d'incompatibilité de principe entre les deux régimes.

Du reste, on peut imaginer que si l'avis préalable du Conseil constitutionnel n'a pas été suivi par le Président de la République lorsqu'il « envisageait » la mesure, il lui sera loisible d'abroger la décision dans le cadre de la QPC. En effet, rien n'empêcherait le Conseil de constater qu'une mesure ainsi prise remet en cause une liberté fondamentale et que cet acte n'était pas fondé sur des nécessités impérieuses déduites de l'article 16. L'avis préalable pourrait alors enfin avoir du sens, même si, non publié, il ne pourra jamais être présenté comme tel.

La Question prioritaire de constitutionnalité pourrait donc être un remède aux carences de l'encadrement des compétences présidentielles lorsqu'est mis en œuvre le dispositif de l'article 16. Néanmoins, et pour nuancer ce propos, on ne peut pas exclure que le Conseil, saisi dans le cadre d'une QPC, considère que les violations des libertés fondamentales constatées pouvaient se justifier au regard des circonstances de fait ayant motivé l'instauration du régime d'exception. Ainsi a-t-il déjà considéré, à titre d'illustration, que « *les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [...] doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif*⁷³ ». Ce considérant indique bien, ce qui fût d'ailleurs le cas en l'espèce, qu'une disposition peut être déclarée conforme alors même qu'elle porte atteinte aux libertés constitutionnelles, si cette atteinte est justifiée et proportionnée. Notons d'ailleurs à ce titre que la théorie des circonstances exceptionnelles semble être admise par le Conseil constitutionnel qui ne manquerait peut-être pas de l'appliquer en cas de QPC relative à un acte issu de l'instauration de l'article 16⁷⁴.

Conclusion

Ainsi qu'il a souvent été reproché à l'article 16 de la Constitution, celui-ci n'est que très peu encadré et reste donc critiquable dans une démocratie moderne. Néanmoins, son utilité n'est pas à remettre en cause et la faculté que le constituant de 1958 a eu de « prévoir l'imprévisible » ne peut qu'être saluée dans un monde soumis à des menaces nouvelles et inédites.

Les réformes constitutionnelles de 2007 et 2008 ont certes indirectement apporté de nouveaux cadres à la mise en œuvre de l'article 16, mais les doutes que ces régimes soulèvent quant à leur capacité à s'opposer au Président de la République sont nombreux. Ainsi, il est difficile, si ce n'est impossible, d'affirmer avec certitude que de tels mécanismes apporteront réellement un cadre à l'action présidentielle.

Néanmoins, si le présent article s'est essentiellement concentré sur le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre de l'article 16 et des actes pris sur son fondement, il convient de ne pas oublier le rôle que le Parlement peut, au-delà de la question de la Haute-Cour, jouer d'un point de vue politique.

⁷³ [CC, 9 juillet 2010, loi relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, Déc. 2010-13 QPC](#)

⁷⁴ [CC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, Déc n°98-403 DC.](#)

Sébastien Platon, dans son étude relative à l'article 16 notait qu'une motion de censure pourrait sanctionner le président de la République s'il ne suivait pas l'avis du Conseil constitutionnel quant à l'instauration de l'état d'exception.

L'idée est bonne et peut être prolongée aux actes subséquents. En effet, les Députés pourraient, en cas de menace pour les droits et libertés, voter une motion de censure sur le fondement de l'article 49 de la Constitution afin de renverser le Gouvernement. La logique institutionnelle de la Vème République ne pourrait alors être mise en œuvre puisque le Président ne pourrait, en raison de l'alinéa 4 de l'article 16, dissoudre l'Assemblée Nationale dont les membres pourraient, comme dit précédemment, initier la procédure de réunion de la Haute-Cour.

Outre les difficultés soulevées par la présente étude, l'article 16 pose d'autres problèmes, notamment ceux liés à la modification de la Constitution. En effet, si la Norme suprême ne peut en principe être modifiée durant le régime d'exception, dès lors que celui-ci ne peut poursuivre que le rétablissement du fonctionnement des institutions préexistantes, des questions sur sa remise en cause indirecte se posent. Ces débats n'ont jamais été tranchés malgré leur importance.

La révision constitutionnelle du 23 février 2007 fondant le fait que « *Nul ne peut être condamné à la peine de mort*⁷⁵ » pourrait-elle, en effet, être « suspendue » par l'application de l'article 16 ? D'après les débats parlementaires sur cette loi, « *l'utilisation de l'article 16 de la Constitution – le pouvoir constituant doit être bien clair sur ce point – ne pourra en aucun cas servir à rétablir la peine de mort, même de manière temporaire*⁷⁶ ». Si cette question semble claire, d'autres subsistent encore sur ce point comme le principe des dérogations potentielles apportées au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège en contradiction avec le dernier alinéa de l'article 64 de la Constitution⁷⁷.

Morgan Reynaud

Pour aller plus loin :

[Mathieu Carpentier, « État d'exception et dictature », Tracés. Revue de Sciences humaines \[En ligne\], 20 | 2011](#)

[Sébastien PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », Revue française de droit constitutionnel 5/2008 \(HS n°2\) , p. 97-116](#)

[Michèle VOISSET, "Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16", *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°10, 10 - Les pouvoirs de crise, p.105-113.](#)

Philippe SEGUR, Le mythe de la dictature à la romaine et l'article 16 de la Constitution de 1958, in Mélanges en hommage à Henry ROUSSILLON Le pouvoir, mythes et réalité, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014

⁷⁵ [Loi constitutionnelle n°2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort.](#)

⁷⁶ [Compte rendu intégral, Deuxième séance du mardi 30 janvier 2007, 125e séance de la session ordinaire 2006-2007, intervention du Député Philippe Folliot.](#)

⁷⁷ [Décision du 26 avril 1961 relative aux affectations de magistrats en fonction dans les départements algériens](#)