



HAL
open science

Situation exceptionnelle et théorie générale de l'Etat

Guillaume Protière

► **To cite this version:**

Guillaume Protière. Situation exceptionnelle et théorie générale de l'Etat. L'exception en droit, Apr 2008, France. hal-00590635

HAL Id: hal-00590635

<https://hal.science/hal-00590635v1>

Submitted on 4 May 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Situation exceptionnelle et théorie générale de l'État »

Guillaume Protière, Docteur en droit
Chargé d'enseignement aux Universités
Lumière Lyon 2 et d'Avignon

Plan

I. LE DUALISME PEUPLE/ÉTAT, ETALON DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE	3
A. LA PRESERVATION DU SOUVERAIN, ENJEU DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE	3
B. LE CONSENTEMENT DU PEUPLE, LIMITE DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE.....	6
II. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, REAMENAGEMENT DES CONDITIONS INSTITUTIONNELLES DU DUALISME PEUPLE/ÉTAT	9
A. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, MISE EN RESERVE DE LA REPRESENTATION NATIONALE ...	9
B. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, VERS L'EMERGENCE D'UN TIERS POUVOIR ?.....	12

* * *

L'état d'exception est un thème sur lequel la doctrine, juridique, mais également politique et philosophique, a beaucoup écrit. La notion et ses variantes¹, fort anciennes, ont trouvé un regain d'actualité à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Depuis lors, les États occidentaux ont en effet multiplié les législations « d'exception »² afin de promouvoir et de protéger la sécurité de leurs populations. Aussi, peut-il paraître de prime abord inutile de tenter à nouveau de parcourir ces terrains largement labourés, si ce n'est abusivement défriché. Pourtant, il semble qu'il ne faille pas céder à la première impression car si beaucoup a été écrit, tout n'a pas été dit. Parce que contrairement à ce que l'on pense bien souvent, l'état d'exception n'est pas ni un acquis doctrinal, mais un terrain de débats âpres et permanents, ni n'épuise les rapports entre l'État et la situation exceptionnelle. Autant de raison qui, si ce n'est justifient, en tout cas permettent d'envisager une nouvelle étude. Celle-ci ne s'insèrera d'ailleurs dans ce thème que d'une manière oblique, car bien plus que la notion d'état d'exception en elle-même³, elle envisage plutôt la *situation exceptionnelle* dans la théorie générale de l'État, modifiant quelque peu la perspective.

Traditionnellement, l'État est défini comme la réunion de trois éléments : une population, un territoire⁴ et une autorité politique⁵ (parfois appelée « puissance »⁶). ESMEIN liant

¹ Principalement l'état de nécessité (LAMARQUE (J.), «La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », *RDP*, 1961, pp. 558-628 et CASTBERG (F.), «Le droit de nécessité en droit constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, pp.105-126), mais également l'état de siège (art. 36 de la Constitution française du 4 octobre 1958), l'état d'urgence (en France, loi du 3 avril 1955)...

² *USA Patriot act* du 26 octobre 2001, *Terrorism Act 2000, 2001, 2006* au Royaume-Uni, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Union européenne (pour l'ensemble des textes communautaires relatifs au terrorisme, voir http://eur-lex.europa.eu/fr/dossier/dossier_03.htm), etc.

³ Sur cette notion, voir le maître ouvrage de François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 2001, 393 p.

⁴ Ce qui assure le caractère sédentaire de la population de l'État – *a contrario*, des tribus nomades, même organisées politiquement, ne constituent pas un État, *Sahara occidental*, Avis consultatif du 16 octobre 1975, C.I.J., *Recueil 1975*, p. 12.

l'ensemble de ces éléments définit l'État comme « la personnification juridique de la Nation »⁷. Cette définition présente l'intérêt de mettre en exergue l'importance de l'élément « Population » dans la création et le fonctionnement de l'État. Celui-ci apparaît en ce sens comme l'organisation juridico-politique d'une population, dénommée Peuple ou Nation⁸, à laquelle on va alors l'identifier. Cette assimilation entre Peuple et État ne peut toutefois pas être poussée trop loin ; si elle permet en effet de faire ressortir la dimension instrumentale de l'État, elle ne doit pas cacher que l'État et le Peuple existent de façon indépendante ; l'État est ainsi une structure propre (au sens technocratique), distinct du Peuple-Société civile. Ce dualisme, loin d'être une question marginale, constitue en fait le fondement du constitutionnalisme contemporain, en ce qu'il débouche sur l'assimilation entre Peuple et Souverain et sur la distinction Souverain/État. Il apparaît de ce fait comme une condition méta-constitutionnelle de l'État de droit libéral, à laquelle il ne saurait être porté atteinte, sauf à saper les fondements de ce dernier. Les rapports entre l'État et « son » Peuple s'inscrivent donc dans la problématique de la souveraineté, c'est-à-dire de cette « notion de la sphère extrême »⁹ qui met en jeu le rapport entre le pouvoir et ses limites, ou autrement dit le rapport entre le Politique et le Juridique.

Reste alors à déterminer le moment où la tension inhérente à ce dualisme est susceptible de façon telle qu'elle révèle les enjeux cachés de la dialectique qui unit Peuple et État. La situation exceptionnelle semble offrir l'un de ces moments de tension importante à la fois entre l'État et son Peuple, mais également, et d'une façon plus générale, entre le Politique et le Juridique. Sans aller jusqu'à considérer avec SCHMITT que « la situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie »¹⁰, force est de constater qu'elle est permise toutefois de « lever le voile qui couvre ce terrain incertain entre le droit public et le fait politique, d'une part, et entre l'ordre juridique et la vie, d'autre part, [qu'elle] est la condition pour saisir l'enjeu de la différence, ou de la prétendue différence, entre le politique et le juridique et entre le droit et la vie »¹¹. Autant d'éléments qui s'ils sont au cœur de la situation exceptionnelle sont inhérents à la dialectique qui se noue entre l'État et le Peuple. Il faut alors simplement préciser ce que nous entendons par situation exceptionnelle. Désireux d'engager un certain dialogue de (et avec) SCHMITT, nous lui emprunterons sa définition de la situation exceptionnelle. Selon lui, « l'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté. Dans sa forme absolue, le cas d'exception se présente dès lors qu'il faut que soit préalablement créée la situation où des propositions de droit peuvent entrer en vigueur »¹². Bien que SCHMITT y rechigne, cette définition formelle peut néanmoins être précisée, bien

⁵ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004 (1^{ère} éd. 1920 & 1922), t. I, pp. 2-7. La définition kelsénienne de l'État, si elle fait de l'État la « personnification de l'ordre juridique étatique », semblant ainsi réduire l'État à sa dimension normative, admet néanmoins les trois éléments mentionnés. Simplement, elle n'en tire pas de conséquences d'un point de vue méthodologique. Sur ce point, KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J. – Bruylant, 1997 (1^{ère} éd. 1945), pp. 235-246.

⁶ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., pp. 103-106. Pour la doctrine contemporaine, HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Manuel », 1999, 26^e éd., p. 21.

⁷ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Paris, Sirey, 1927, t. I, pp. 1-2.

⁸ Nous emploierons désormais le terme « peuple », qui est le plus couramment admis et le plus neutre.

⁹ SCHMITT (C.), *Théologie politique* (1922), Paris, Gallimard-N.R.F., Coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1988 (trad. J.-L. Schlegel), p. 16.

¹⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹¹ AGAMBEN (G.), « L'état d'exception », *Le Monde*, 12 décembre 2002, p. 1.

¹² SCHMITT (C.), *Théologie politique* (1922), *op. cit.*, p. 23.

que de façon limitée, par des considérations matérielles. En ce sens, « le cas d'exception, le cas non défini dans l'ordre juridique en vigueur, peut tout au plus être désigné comme cas d'extrême nécessité, comme menace pour l'existence de l'État ou de ce qui en tient lieu, mais on ne saurait le circonscrire dans sa réalité empirique »¹³. C'est pourquoi nous retiendrons essentiellement la définition formelle : la situation exceptionnelle couvrira toute situation non prévue par le droit mettant en péril l'État. Le fait que la situation exceptionnelle n'ait pas été prévue par le droit en fait un moment de dialogue privilégié entre le droit et le Politique, toute étude de la situation exceptionnelle se trouvant forcément à l'extrême limite du droit.

En reposant sur un certain agencement du droit et du politique, le dualisme Peuple/État fournit un étalon de la situation exceptionnelle qu'il permet de mieux cerner (**I.**), tandis qu'en retour la situation exceptionnelle, par les bouleversements institutionnels qu'elle induit, conduit à renouveler les conditions juridiques du rapport entre l'État et son Peuple (**II.**).

I. LE DUALISME PEUPLE/ÉTAT, ETALON DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE

Le dualisme Peuple/État, envisagé dans le cadre de l'État constitutionnel, revêt au moins deux dimensions, impliquées par le caractère janusien du Peuple : le *Souverain* se trouve au fondement de l'édifice, dont il est simultanément le garant, tandis que le *Peuple* (actuel) participe de son fonctionnement. Or, ces deux figurent conditionnent l'intervention de l'État pendant la situation exceptionnelle : la préservation du Souverain en est en effet l'enjeu principal (**A.**) tandis que le consentement du Peuple en fournit la limite (**B.**).

A. LA PRESERVATION DU SOUVERAIN, ENJEU DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE

La situation exceptionnelle serait donc ce moment où l'État fait face à un péril vital. Il doit donc organiser sa protection, sa défense afin de survivre. Cette définition, pour le moins classique, illustre néanmoins l'impact de la situation exceptionnelle : le cadre étatique risque de disparaître. Si l'on admet ce point, on voit très vite les liens qui se nouent entre situation exceptionnelle et souveraineté, puisque derrière l'État, le souverain transparaît¹⁴. Aussi, la préservation de l'État implique-t-elle celle du souverain, faisant de cette dernière l'enjeu de la situation exceptionnelle. Ce dualisme État/Souverain est toutefois source de contradictions, selon que les auteurs privilégient plutôt l'État ou le Souverain comme élément à préserver. Or, seule la défense du Souverain semble préserver la possibilité d'un retour à la situation normale. Pour démontrer ce point, l'œuvre de Carl SCHMITT fournit un point de départ particulièrement pertinent¹⁵.

Il est en effet l'auteur qui a sans doute le plus volontairement rapproché situation exceptionnelle et souveraineté, au point de lier leur définition. Retenant une conception décisionniste du droit, il considère ainsi qu'« *est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* »¹⁶. Pour bien cerner les enjeux de cette définition, plusieurs précisions

¹³ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴ Selon l'idée classique que la souveraineté est le critère de l'État – CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, *op. cit.*, t. I, pp. 69 et suivantes.

¹⁵ En cela, nous répondons donc affirmativement à la question posée par Nicolas TERTULIAN : « La pensée de SCHMITT est-elle indispensable à la démocratie ? », in *Droits*, 2004, n° 40, pp. 189-193.

¹⁶ SCHMITT (C.), *Théologie politique* (1922), *op. cit.*, p. 15.

s'imposent. Tout d'abord, la situation exceptionnelle est forcément inconnue du droit ; SCHMITT, s'il a conscience de la volonté du droit de développer des « législations d'exception »¹⁷, critique et rejette cette tendance¹⁸, maintenant donc la situation exceptionnelle hors du droit. En conséquence, la situation exceptionnelle implique forcément une décision créatrice de droit en dehors des cadres déjà existants. Déterminer l'exception revient donc à déterminer la situation générale. En ce sens, « celui-là est *souverain* qui décide définitivement si [la] situation normale existe réellement. (...) Le *souverain* établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité. Il a le monopole de cette décision ultime. Là réside l'essence de la *souveraineté de l'État*, et juridiquement la juste définition à en donner n'est pas celle d'un monopole de la coercition ou de la domination, mais d'un monopole de la décision »¹⁹. SCHMITT commet ici un premier glissement, en subsumant progressivement le « souverain » sous la « souveraineté de l'État ». Un peu plus tôt, SCHMITT commet la même restriction du champ de la souveraineté lorsqu'il entreprend d'expliquer le fondement de la faculté de déterminer l'exception : « dans le cas d'exception, l'*État* suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation »²⁰. Si est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle, c'est toutefois l'État qui bénéficie d'un droit d'autoconservation, laissant planer une ambiguïté sur le titulaire de la souveraineté. Un détour par *La Dictature* permet toutefois de lever cette ambiguïté, puisque l'auteur y explique que la théorie du pouvoir constituant doit être conçue comme « la tentative pour *transformer une nouvelle fois le peuple en organe de l'État* »²¹, niant le dualisme État/Souverain et subsumant le Peuple sous l'organisation constitutionnelle étatique. L'État, seul maître du droit, est souverain. La construction schmittienne, en organisant la préservation de l'État et non du Souverain pendant la situation exceptionnelle, conduit ainsi à une situation incompatible avec l'État de droit, en ce qu'elle aboutit à un pouvoir total de l'État souverain (seul maître du droit et de l'exception).

Les conclusions de la construction schmittienne ne signifient toutefois pas que la préservation du Souverain ne soit pas l'enjeu de la situation exceptionnelle. Une autre entrée est possible, basée sur une définition de la souveraineté différente. Il faut alors raisonner en deux temps, en proposant une définition de la souveraineté, puis en la confrontant à la situation exceptionnelle. S'inspirant des travaux d'Olivier BEAUD²², on pourrait définir la souveraineté par la formule suivante : « est souverain celui qui fait la Constitution »²³. Une telle définition implique la distinction entre la souveraineté constituante, maîtrise de la Constitution et, par extension, du droit positif de l'État²⁴ et la souveraineté de l'État, maîtrise des pouvoirs de l'État ; cette dernière étant alors assimilable à la souveraineté de la puissance

¹⁷ Sur cette notion, voir FRIER (P.-C.), « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, 1979, n° 11, pp. 21-34.

¹⁸ « À l'évidence, la tendance de l'État de droit à régler si possible dans le détail la situation exceptionnelle signifie rien moins qu'une tentative de description précise du cas où le droit se suspend lui-même. Où le droit puise-t-il cette force, et comment est-il logiquement possible qu'une norme ait valeur, à l'exception d'un cas concret qu'elle est incapable de ressaisir sans reste dans ses manifestations ? », SCHMITT (C.), *Théologie politique* (1922), *op. cit.*, p. 24.

¹⁹ *Ibid.*, p. 23. Nous soulignons.

²⁰ *Ibid.*, p. 22.

²¹ SCHMITT (C.), *La dictature*, Paris, Seuil, Coll. « L'ordre philosophique », 2000, p. 145. Nous soulignons.

²² Recourir aux travaux d'Olivier BEAUD pour dépasser les conclusions de Carl SCHMITT peut être justifié d'un double point de vue : O. BEAUD « s'attache par prédilection aux écrits de SCHMITT qui concernent la souveraineté et le souverain » ; il est parmi les universitaires français celui « qui fait à la pensée constitutionnelle de C. SCHMITT, quantitativement et, de prime abord qualitativement, la part la plus belle », DAVID (M.), « À propos de la souveraineté : deux relectures de Carl SCHMITT », *RDJ*, 1999, pp. 664-665.

²³ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p. 208.

²⁴ *Ibid.*, p. 214.

publique²⁵. Tenant compte du dualisme Souverain/État, ces définitions impliquent de préciser les rapports entre souveraineté constituante et souveraineté de l'État. Deux moments doivent en ce sens être distingués : la souveraineté étatique est antérieure à la souveraineté constituante, car il faut que l'État existe pour pouvoir être doté d'une Constitution. La souveraineté étatique apparaît donc comme une *condition* de la souveraineté constituante. Toutefois, l'émergence de celle-ci marque le passage d'une conception moniste à une conception duale de la souveraineté, dans laquelle la souveraineté de l'État est encadrée/tempérée par la souveraineté constituante. La Constitution vient en effet organiser l'État et, partant, l'hétéro-limité. En conséquence, la Constitution peut être interprétée comme consacrant et protégeant à la fois les individus (son objectif) et la souveraineté de l'État (sa condition d'existence). La distinction entre les deux types de souveraineté permet enfin de poser le pouvoir (souveraineté constituante) et les limites du pouvoir (souveraineté de l'État). La différence avec le paradigme schmittien est assez nette : le dualisme des souverainetés, préservé, permet l'inscription du souverain dans l'État de droit, cadre d'action de la souveraineté de l'État. Celle-ci est alors ramenée au rang de « pseudo-souveraineté »²⁶, confirmant le primat du Peuple souverain sur l'État-*instrumentum*.

Il convient à présent de confronter cette conception de la souveraineté à la situation exceptionnelle ; la comparaison avec l'analyse de C. SCHMITT s'avérant possible par le truchement de la souveraineté de l'État, commune aux deux conceptions. En situation exceptionnelle, comme dans le paradigme schmittien, la souveraineté de l'État est la notion centrale pour comprendre l'économie institutionnelle. Condition de l'existence de la souveraineté constituante, c'est en effet à elle qu'il va revenir de se poser en rempart afin de la protéger. Une première nuance avec SCHMITT apparaît ici puisque l'État n'a plus un droit à l'autoconservation en (ou pour) lui-même, c'est-à-dire en sa qualité de Puissance de domination, mais en tant que condition de la souveraineté constituante, c'est-à-dire comme condition d'existence de l'État de droit. En conséquence, la situation exceptionnelle ne conduit pas dans ce cas à identifier l'État au souverain, l'organe de la puissance d'État qui intervient ne pouvant prétendre qu'au statut de *magistrat souverain*²⁷. « Cette formule du magistrat souverain désigne la situation paradoxale d'un pouvoir situé au-dessus des autres pouvoirs publics – pouvoir suprême – mais théoriquement limité et donc hétéro-limité par la Constitution – idée du magistrat »²⁸. Cette hétéro-limitation manifeste la tentative de concilier la nécessité de préserver le cadre étatique, y compris en suspendant temporairement le droit, et la volonté de ne pas aboutir à une négation totale de « l'idée constitutionnelle »²⁹, c'est-à-dire du dualisme État/Souverain. La difficulté de parvenir à un tel équilibre explique sans doute la tendance des États contemporains à prévoir et organiser des mécanismes désignant expressément le magistrat constitutionnel chargé de rétablir la situation normale. Ces « Constitutions de réserve »³⁰, dont l'article 16 est sans doute l'exemple le plus connu, permettent en effet de définir dans la Constitution un cadre normatif de substitution, assurant par là-même l'infériorité normative et organique du magistrat souverain par rapport au Souverain (qui lui délègue en fait la compétence de gérer la crise) et, partant, le respect du dualisme Souverain/État.

²⁵ *Ibid.*, p. 208.

²⁶ BEAUD (O.), « Le souverain », *Pouvoirs*, 1993, n° 44, p. 38.

²⁷ Olivier BEAUD utilise également l'expression de « souverain 'hors-la-Constitution' » pour marquer le « caractère anormal de cette hypothèse ». *Ibid.*, p. 40.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 44.

La difficulté de la situation exceptionnelle réside ainsi dans la confusion – inévitable – des pouvoirs qu'elle entraîne. Au cœur de celle-ci, le dualisme Souverain/État est l'enjeu principal du retour à la normale (c'est-à-dire à l'État de droit) contre la pérennisation de la situation exceptionnelle. La définition schmittienne de la souveraineté profite de cette confusion pour rendre possible un changement de titulaire de la souveraineté constituante et nier ainsi le dualisme du Peuple-Souverain et de l'État. On ne peut donc retenir la définition schmittienne de la souveraineté ; l'abandon de l'instrument normatif pour rendre compte de la situation exceptionnelle conduisant à l'anéantissement du droit par le Politique³¹. *A contrario*, une définition du Souverain comme maître de l'acte constituant, sans nier le possible passage par l'anomie de la situation exceptionnelle, permet de poser des gages garantissant le retour à la normale, le dualisme Souverain/État faisant alors office de cadre méta-constitutionnel indérogeable s'imposant à la puissance de l'État.

Si la préservation du Souverain est l'enjeu de la situation exceptionnelle, le consentement du Peuple (actuel) en constitue de son côté la limite. C'est en effet celui-ci qui pourra *in fine* veiller à ce que l'action de l'État respecte l'idée de « Constitution ».

B. LE CONSENTEMENT DU PEUPLE, LIMITE DE LA SITUATION EXCEPTIONNELLE

Admettre que l'État agisse dans le but de la préservation du Souverain postule une convergence minimale, si ce n'est une identité, entre l'intérêt de l'État (compris en tant que structure) et celui du Peuple (incarnation actuelle du Souverain). En ce sens, si l'on considère que la souveraineté de l'État est la condition de la souveraineté constituante, tant l'État que le Peuple ont un intérêt identique à la préservation de l'État. Cette identité d'intérêt n'épuise toutefois pas la question, sauf à supposer que le Peuple actuel n'ait pas d'intérêt propre en dehors de l'État. Admettre ce point reviendrait à nouveau à subsumer le Peuple sous l'État ; ce que l'on ne saurait accepter. Il faut alors déterminer jusqu'où l'État peut aller dans la recherche de sa préservation sans porter atteinte aux intérêts particuliers du Peuple ? Il y a là une « porte étroite »³² dont il convient de mesurer l'embrasement.

Il est classiquement admis qu'à défaut d'une définition juridique *a priori* du champ de la compétence de l'État³³, la mesure des actions de l'État réside dans leur proportionnalité à la situation qu'elles entendent régler. La mesure de cette proportionnalité s'avère toutefois problématique³⁴. Prolongeant les conclusions de Jean BODIN, François SAINT-BONNET a proposé de la faire reposer sur l'assentiment du Peuple, lui-même fondé sur l'évidente nécessité des mesures prises. Celle-ci apparaît comme la traduction de l'identique intérêt du Peuple et de l'État à la préservation de ce dernier, ainsi que l'illustrent ces trois caractéristiques principales : « son caractère inquantifiable, la transparence (ou publicité dans les rapports entre gouvernants et gouvernés), la dimension fusionnelle de la communauté politique »³⁵. Si le premier élément renvoie à la difficile mesure de l'évidente nécessité (syntagme antonymique bien plus que redondant), les deux derniers critères témoignent de l'identification du Peuple à son État, dans un creuset commun exprimant leur nécessité

³¹ D'où la dimension paradoxale du paradigme schmittien, qui tente de réintroduire le droit là où il l'élimine. Sur ce point, voir AGAMBEN (G.), « L'état d'exception », *op. cit.*, pp. 1 et 16.

³² Luc, XIII, 24.

³³ Une telle définition est rendue impossible par la dimension essentiellement factuelle de la situation exceptionnelle.

³⁴ Ainsi que le relève Jean-Claude MONOD in *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl SCHMITT*, Paris, La découverte, Coll. « Armillaire », 2006, p. 118.

³⁵ SAINT-BONNET (F.), *L'état d'exception, op. cit.*, pp. 382-383.

commune à la préservation de ce dernier. La fusion de l'État et du Peuple exprimée par l'évidente nécessité ne semble toutefois pas sans conséquence pour le Peuple. L'État monopolisant la décision afin d'assurer sa préservation, les conditions d'expression du Peuple sont substantiellement modifiées : celui-ci se trouve en fait réduit à l'état d'« opinion »³⁶. Ce basculement n'est pas neutre car si le Peuple est capable d'adhésion positive, ce n'est pas le cas de l'opinion, « puissance passive mais en même temps porteuse d'aspirations »³⁷. La communauté d'intérêt entre l'État et l'opinion est alors déduite d'un silence, ou d'une absence de réaction. En effet, « si l'évidence qualifiée juridiquement n'est pas reçue socialement, elle devient le fondement de la résistance »³⁸ et marque la disjonction des intérêts de l'État et du Peuple réel. Ce n'est que dans ce cas, extrême, que le Peuple recouvre son caractère d'acteur politique de plein droit. L'évidente nécessité apparaît ainsi comme un critère d'appréciation fragile, qui n'aboutit qu'à déplacer le problème de la détermination du consentement du Peuple « vers les conditions politiques de partage d'une "évidence" dans le diagnostic d'une situation de crise »³⁹.

Il est en ce sens possible de conférer une base plus solide à l'adéquation entre intérêt de l'État et intérêt du Peuple. Si l'on admet que l'action du magistrat souverain ne doit pas remettre en question la distinction fondamentale/structurale Souverain/État, on peut admettre que la convergence des intérêts de l'État et du Peuple (réel) cesse dès que le magistrat souverain porte atteinte à cette dualité. Dans ce cas, le Peuple et l'État peuvent entrer en conflit et deux situations peuvent être distinguées. Dans un premier cas, le magistrat souverain porte atteinte au dualisme Souverain/État en s'accaparant le pouvoir constituant. La structure de l'ordre juridique et de l'État de droit sont bouleversées ; le Peuple est alors en droit de s'opposer massivement à l'État⁴⁰ ; la situation exceptionnelle est qualifiée de *révolution*. Dans un second cas, une partie du Peuple s'oppose à l'action de l'État tandis qu'une autre l'admet, la situation exceptionnelle sera alors qualifiée de *guerre civile*. Il est possible dans ce cas que la partie du Peuple qui s'oppose à l'État prétende également au Pouvoir constituant, la guerre civile devenant révolutionnaire, ainsi qu'illustrent les insurrections des populations colonisées contre les États coloniaux. En cas de guerre civile, seule l'issue de la crise permettra par une validation rétroactive de la situation de dire s'il y avait ou pas identité des intérêts de l'État et du Peuple⁴¹. Le rétablissement de l'ordonnement juridique ne peut ainsi intervenir qu'*in fine*, une fois la situation exceptionnelle terminée, confirmant que cette dernière est une transition au cours de laquelle le politique tempère substantiellement le droit.

Une telle conclusion n'est toutefois guère satisfaisante. Outre qu'elle illustre l'impossibilité pour le droit de poser une quelconque barrière concrète à l'intervention de l'État, érigeant la tolérance du Peuple-Opinion comme seule limite de l'action de l'État, elle peut conduire à une aporie : que se passe-t-il en effet si l'État porte atteinte au dualisme Souverain/État sans que le Peuple (actuel) réagisse ? Doit-on alors interpréter la tolérance du

³⁶ *Ibid.*, p. 370.

³⁷ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 292-293.

³⁸ SAINT-BONNET (F.), *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 342.

³⁹ MONOD (J.-C.), *Penser l'ennemi, affronter l'exception...*, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁰ « L'ambivalence de la Constitution dans un régime démocratique tient donc à ce que d'un côté, elle impose aux sujets l'obéissance et que de l'autre, elle impose au peuple, aux mêmes sujets, un devoir de résistance et même un *droit* d'insurrection si elle venait à être à violée. L'individu-sujet doit normalement obéir à l'État, mais l'individu-citoyen a le droit de résister si les gouvernants méconnaissent ses droits », BEAUD (O.), *La puissance de l'État...*, *op. cit.*, p. 261.

⁴¹ Il y aura identité si le mouvement d'opposition est annihilé tandis qu'il y a aura disjonction si le mouvement insurrectionnel l'emporte.

Peuple comme un acte constituant (ou un acte attributif du pouvoir constituant⁴²) implicite ? Une réponse affirmative à cette dernière question semble peu plausible puisque la situation exceptionnelle conduit à transformer le Peuple (politique) en opinion et que celle-ci, « peuple passif », ne dispose pas de la capacité constituante. Une réponse négative ne repose de son côté sur aucun argument irréfragable⁴³. Sur ce point, le respect du dualisme Constituant/État n'est pas en lui-même dirimant. S'il empêche que l'État n'usurpe le pouvoir constituant, il ne signifie pas qu'il soit soumis au respect de la Constitution. Il a bien été vu, au contraire, que la situation exceptionnelle est un moment où la Constitution est suspendue afin d'être protégée. Aussi, ce dualisme apparaît-il sans conséquence véritable sur la limitation matérielle du pouvoir de l'État en situation exceptionnelle. Un tel constat est toutefois tempéré si on envisage la situation à l'aune du droit international public. La structuration progressive (et toujours en cours) d'une Communauté internationale construite autour des valeurs humanistes a en effet conduit à organiser la disjonction des magistrats souverains et des peuples, en admettant la possibilité de mettre en jeu la responsabilité des gouvernants pour leurs actions pendant la situation exceptionnelle (conflit international ou guerre civile principalement)⁴⁴. Cette possibilité repose sur une relecture de la notion de souveraineté et sur une condamnation (implicite) de l'irrespect du dualisme Souverain/État. Ainsi que l'explique Jean-Claude MONOD, « qu'un souverain [comprendre ici un magistrat souverain] puisse faire sombrer “son” État dans l'indignité et le crime, c'est là un fait historique que le droit se devait – et se doit toujours – de prendre la mesure : dès lors, la dissociation avec “son peuple” n'était-elle pas nécessaire, pour éviter toute criminalisation juridique d'un peuple entier ? »⁴⁵. Cette condamnation de l'« exercice criminel de la souveraineté étatique »⁴⁶ repose bien en partie sur l'idée que la souveraineté de l'État rencontre comme limite le respect du Peuple. Dans ce cas, l'assentiment même de la population ne suffit plus, la Communauté internationale faisant primer la fiction de la moralité du Constituant (c'est-à-dire la nécessaire conformité de son dessein avec les valeurs fondamentales autour desquelles se structure la Communauté internationale) et de sa réprobation sur ce fondement de l'action menée. Jean-Claude MONOD ouvre par ailleurs une piste analogue, en posant l'idée qu'« un État perd sa souveraineté quand il massacre “sa” population (ou qu'il entreprend la destruction d'une population voisine) »⁴⁷, invoquant l'idée rawlsienne de « limite extérieure au droit interne des sociétés »⁴⁸. Face à la phase ultime de la situation exceptionnelle, c'est-à-dire ce moment où l'État est parvenu à déjuridiciser les rapports qu'il noue avec « son » Peuple en les réduisant à un rapport politique de domination absolue⁴⁹, seule la réintroduction d'éléments juridiques (donc limitant) par une Communauté de valeurs de taille supérieure permet de rétablir la situation normale.

⁴² Selon la formule d'O. BEAUD, *La puissance de l'État...*, *op. cit.*, p. 271.

⁴³ Retenant une conception dynamique et non plus statique, il est toujours possible d'avancer que l'État et le Peuple (actuel) commettent une usurpation de souveraineté, mais l'argument peut être dépassé si l'on estime que l'État, devenu souverain, peut du fait même de cette qualité valider l'usurpation tolérée par le Peuple et valider ainsi sa propre souveraineté.

⁴⁴ Des juridictions ont ainsi été organisées à cette fin : des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en 1945 et 1946 jusqu'aux tribunaux pénaux *ad hoc* (pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en 1993 et 1994) et à la Cour pénale internationale (Convention de Rome du depuis le Statut de Rome du 17 juillet 1998, entré en vigueur 1^{er} juillet 2002).

⁴⁵ MONOD (J.-C.), *Penser l'ennemi, affronter l'exception...*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ RAWLS (J.), « Le Droit des gens », *Esprit*, 1996, p. 78, cité in *ibid.*, p. 138.

⁴⁹ Ce qui marque le dévoiement de l'État vers une forme totalitaire de pouvoir. En ce sens, voir ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Paris, Seuil, Coll. « Points Essais », 1972, Chapitre III « Le totalitarisme au pouvoir », pp. 119 et suivantes.

L'identité des intérêts de l'État et du Peuple constitue un élément important de la situation exceptionnelle. Si elle justifie que l'État agisse pour le Peuple, elle constitue également la limite de l'action de l'État. Quand cette identité est brisée, le rapport entre l'État et son Peuple est condamné à la violence jusqu'à ce qu'un nouvel équilibre apparaisse, soit que la Population, à travers une Révolution aura remis l'État au pas, soit que face à une population en situation de faiblesse face à « son » État, un élément tiers intervienne pour rétablir l'équilibre et mette fin à la situation exceptionnelle. Dans ce cas extrême, le droit doit donc être réintroduit par le recours à la violence afin de pouvoir à nouveau limiter le pouvoir ; par ailleurs, il vient rétroactivement clarifier et valider la situation.

Si le couple Peuple/État permet de préciser la définition de la situation exceptionnelle, celle-ci va en retour influencer sur l'agencement institutionnel et participer au réaménagement du dualisme Peuple/État.

II. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, REAMENAGEMENT DES CONDITIONS INSTITUTIONNELLES DU DUALISME PEUPLE/ÉTAT

En situation normale, la décision résulte d'un régime, constitutionnaliste pour l'État constitutionnel, d'expression de la volonté générale. Il consiste en une procédure organisant l'intervention du Peuple et de l'État : la volonté générale exprimée dans la loi, adoptée par le Parlement ou le corps électoral (Puissance démocratique), est mise en application par l'Exécutif (Puissance d'État). L'intervention de la puissance d'État est en ce sens conditionnée par le cadre posé par le Peuple ou ses représentants. La situation exceptionnelle conduit à aménager ces conditions de prise de la décision. L'État se voyant octroyer le monopole de la décision, la volonté générale et les Représentants se trouvent mis en réserve (**A.**). Cette mise à l'écart des organes représentant le Peuple semble conduire à laisser la puissance d'État sans véritable contre-pouvoir. Cette impression doit toutefois être tempérée par le rôle de tiers pouvoir que peut jouer le Juge (**B.**).

A. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, MISE EN RESERVE DE LA REPRESENTATION NATIONALE

La situation exceptionnelle conduit à une modification des conditions de la prise de décision. En temps normal, celle-ci résulte d'un processus complexe, contradictoire et pluraliste centré sur la délibération d'un organe collégial représentant le Peuple souverain. La décision énonce alors la volonté générale, selon le mécanisme représentatif classique. Or, en cas de crise, la procédure d'édiction de la décision est substantiellement modifiée, puisque bien souvent un organe restreint prend en charge la décision, sans intervention de l'organe délibérant. Ce changement dans la prise de décision semble ainsi conduire à un affaissement du représentant au profit d'un organe, dont la qualité est indéterminée. La situation exceptionnelle semble ainsi non seulement modifier les conditions d'énonciation de la volonté générale, mais également bouleverser la nature de l'organe auteur de la décision, en ce sens qu'il n'est *a priori* pas certain qu'il soit un représentant du Peuple-Nation. Ce point soulève alors la question de la légitimité de cet organe à prendre des décisions pour l'ensemble de la population.

Dans son ouvrage *La Dictature*, Carl SCHMITT distingue deux types principaux d'organisation de l'État en situation exceptionnelle : la dictature de commissaire et la

dictature souveraine, l'histoire consistant en un glissement progressif d'une catégorie vers l'autre. Ces deux notions reposent sur une conception commune de la notion de dictature, entendue comme l'articulation de trois éléments : le rationalisme, la technicité et le pouvoir exécutif. « Le terme dictature est ici employé au sens d'une sorte de commandement qui, par principe, est indépendant du consentement ou de la compréhension du destinataire et n'attend pas son approbation »⁵⁰. La distinction tient alors dans la qualité du dictateur. Dans la dictature de commissaire, « le dictateur est toujours un organe républicain, extraordinaire certes, mais toujours constitutionnel, il est '*capitano*', comme le consul et d'autres '*chefs*' »⁵¹. Afin de bien comprendre les caractères du commissaire, on peut, à l'instar de SCHMITT, l'opposer au fonctionnaire. La charge du fonctionnaire est définie dans la loi (tant pour son fondement que pour son étendue), elle a un caractère perpétuel et le fonctionnaire a un droit à la charge. De son côté, la compétence du commissaire trouve son fondement dans une ordonnance ; elle n'a qu'un caractère occasionnel ; le commissaire n'a pas de droit à sa fonction et le contenu de son activité est strictement lié à ses instructions⁵². Là réside à la fois la force et la faiblesse du commissaire, qui « dépend toujours et pour tous les détails directement de la volonté du commettant, mais celui-ci ne peut lui accorder une plus grande marge de manœuvre »⁵³. Cette dernière phrase est d'ailleurs sybilline : s'agit-il d'une sorte de principe de proportionnalité (le commettant ne peut lui accorder une plus grande marge de manœuvre car celle octroyée est adéquate) ou bien cela signifie-t-il que le commettant signe un blanc-seing au commissaire afin qu'il règle la crise ? Le constat par SCHMITT que chez BODIN le fonctionnaire est plus libre que le commissaire car il se borne à appliquer la loi tandis que le commissaire applique la volonté d'un autre, qui peut le révoquer à tout instant est *in fine* peu utile pour résoudre ce point. Indépendamment de cela, il apparaît nettement que le commissaire n'exprime pas la volonté souveraine, mais s'y soumet en entreprenant tout ce qu'il faut pour préserver l'État. Le commissaire ne semble donc pas pouvoir prétendre au rang de représentant ; il n'est qu'un magistrat.

De son côté, le titulaire du pouvoir dans le cadre de la dictature souveraine est celui qui peut suspendre la Constitution afin d'en garantir l'application⁵⁴, conformément à la logique⁵⁵ de la dictature qui « consiste en la possibilité générale de séparer les normes du droit et les normes de réalisation du droit »⁵⁶. SCHMITT procède alors à une curieuse distinction, puisqu'il admet que la volonté d'assurer l'application concrète de la Constitution peut conduire le dictateur souverain à chercher à appliquer la « Constitution véritable »⁵⁷. Ce faisant, il ne commet toutefois pas une usurpation de pouvoir car « la spécificité du *pouvoir constituant* rend possible une dépendance de ce type parce que, étant donné la nature de ce *pouvoir*, qui est non constitué et n'est jamais constituable, il est possible que le titulaire du pouvoir d'État se rende lui-même dépendant, sans que le pouvoir dont il se rend dépendant se convertisse en souverain constitué, et sans que, d'autre part, toute autre instance temporelle ne s'efface, comme c'est le cas avec la dépendance du souverain par rapport à Dieu »⁵⁸. La dictature serait ainsi ce « miracle » au cours duquel l'invocation du pouvoir constituant suffit

⁵⁰ SCHMITT (C.), *La dictature, op. cit.*, p. 31.

⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

⁵² *Ibid.*, pp. 48-49.

⁵³ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁴ « La Constitution peut être suspendue sans cesser d'être en vigueur, parce que la suspension signifie seulement *exception concrète* », *ibid.*, p. 142.

⁵⁵ SCHMITT emploie le terme « essence », *ibid.*, p. 18.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, p. 143.

à elle seule à garantir la continuité juridique de la situation⁵⁹. Derrière la fiction, le dictateur souverain semble toutefois bien s'approprier le pouvoir constituant. Là où la dictature de commissaire garantissait le dualisme Constituant/État, en ne déléguant que la capacité de décision à l'organe d'État en charge de régler la situation exceptionnelle, la dictature souveraine aboutit à la confusion entre l'organe d'État et le Constituant, le premier n'étant plus seulement magistrat, mais Pouvoir absolu⁶⁰.

La dictature souveraine apparaît ainsi comme une construction dans laquelle l'État subordonne son Peuple, la souveraineté de l'État primant sur toute autre considération. SCHMITT a beau préciser que « ce pouvoir dictatorial est souverain, mais uniquement en tant que "transitoire", et cela étant donné sa relation de dépendance par rapport à la tâche à accomplir »⁶¹. cela n'atténue pas l'anéantissement du Peuple comme souverain. En effet, si l'on admet, avec SCHMITT, que le pouvoir souverain décide de la situation exceptionnelle, le caractère transitoire (c'est-à-dire les conditions du retour à la situation normale) dépend concrètement de la volonté de ce pouvoir dictatorial, qui trouve ainsi dans la définition même de la souveraineté un moyen de pérenniser sa dictature. La souveraineté de l'État peut alors aboutir à cet État total revendiqué par SCHMITT et à la subordination du Peuple, réduit au rang d'organe d'État⁶².

Fortement marqué par les présupposés la théorie de l'École allemande de l'*Isolierung*, la conception schmittienne de la dictature aboutit à ce que l'organe d'État qui décide en (et non de la) situation exceptionnelle ne soit pas un représentant au sens classique de la représentation tel qu'il est admis par la doctrine française⁶³. La situation exceptionnelle apparaît donc comme un moment où le canal d'expression de la volonté générale est placé hors d'usage, conduisant à sa mise en réserve ; constater cela renforce l'idée selon laquelle l'action du magistrat chargé de régler la crise doit être soumise au contrôle des représentants du Peuple, afin que ceux-ci puissent au moins surveiller l'exercice de la souveraineté de l'État. Or, ce n'est pas toujours le cas. En ce sens, et à titre d'exemple, l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 illustre les deux dimensions de la question. Tout d'abord, quand il intervient sur ce fondement, le Président de la République française n'agit pas comme un représentant du Peuple, mais comme une incarnation de la puissance d'État⁶⁴ ; il n'intervient en effet pas dans la procédure d'adoption de la loi, et sa légitimité démocratique n'est qu'un fondement indirect de son action. Ensuite, cet article ne prévoit explicitement aucun contrôle des actes du Président par le Parlement, laissant bien le Président-incarnation

⁵⁹ « La dictature de commissaire possède, tout comme la dictature souveraine, une continuité juridique. La dictature souveraine invoque le *pouvoir constituant* qui ne peut être aboli par aucune Constitution s'opposant à lui », *ibid.*, p. 144.

⁶⁰ « Le dictateur commissaire est le commissaire d'action absolu d'un *pouvoir constitué*, la dictature souveraine, quant à elle, est la commission d'action absolue d'un *pouvoir constituant* », *ibid.*, p. 151.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² « Une théorie de l'État pour laquelle l'État, en tant qu'unité, agit au moyen d'organes dont l'activité fait naître la volonté de l'État sans pour autant la représenter, de telle sorte qu'il n'existe pas de volonté de l'État en dehors de l'activité de ses organes, doit comprendre cette théorie du *pouvoir constituant* comme la tentative pour transformer une nouvelle fois le peuple en organe de l'État, de manière que dans ce cas le problème de l'élaboration de la Constitution redevient un problème d'organisation de l'organe constituant », *ibid.*, p. 145. Nous soulignons.

⁶³ Construction tirée du discours de BARNAVE devant la Constituante lors de la séance du 10 août 1791, dont CARRÉ DE MALBERG a très bien montré les enjeux (*Contribution...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 263-264). Voir également dans la doctrine contemporaine, Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, « La pensée juridique », 2004 (Préface de Michel TROPER), 396 p.

⁶⁴ BURDEAU (G.), « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, p. 113.

de l'État face au seul Peuple⁶⁵. De son côté, la loi de Tréveneuc du 15 février 1872⁶⁶ illustre une autre facette de la question. Soucieuse de parer à d'éventuels abus d'un renforcement trop important de l'Exécutif, la Chambre des députés décida d'adopter une loi faisant des conseils généraux de département un palliatif en cas d'empêchement de la Représentation nationale⁶⁷. L'idée sous-jacente à cette initiative est alors d'empêcher que la volonté générale ne trouve plus à s'exprimer et reste en réserve face à la puissance d'État, incarnée dans l'Exécutif.

La situation exceptionnelle est ainsi caractérisée par une faiblesse extrême de la Représentation nationale dans le processus décisionnel. La volonté générale est mise en réserve, laissant le champ libre pour la Puissance d'État. L'équilibre de la situation normale est ainsi rompu et le canal d'expression politique du Peuple pour que son intérêt soit pris en compte dans l'action de l'État suspendu. Cela explique à nouveau les risques de déconnexion très important entre l'intérêt visé par l'État et l'intérêt réel du Peuple. Face à cette déshérence de la volonté générale, des canaux de substitution peuvent apparaître, qui sont susceptibles, si ce n'est de garantir la participation du Peuple à la prise de décision, à tout le moins de limiter le caractère discrétionnaire de la décision de la puissance d'État.

B. LA SITUATION EXCEPTIONNELLE, VERS L'EMERGENCE D'UN TIERS POUVOIR ?

L'affaiblissement, ou à tout le moins, la situation de réserve dans laquelle se trouve cantonnée la Représentation nationale, conduit à un potentiel déséquilibre des institutions en cas de situation exceptionnelle. La question d'un potentiel rétablissement de l'équilibre institutionnel se pose alors afin de transformer l'autolimitation politique de l'État en une hétérolimitation juridique. Si les Représentants ne peuvent jouer ce rôle, pas plus que le Peuple d'ailleurs, la situation exceptionnelle n'est toutefois pas condamnée à demeurer exclusivement dans la sphère politique. L'intervention d'un tiers-pouvoir juridique pourrait en effet permettre de réintroduire une dimension juridique à la situation exceptionnelle. « Pour les constituants de 1789, le "tiers pouvoir" désigne (...) une instance qui ne participe ni à la formation de la loi ni à son exécution mais qui se contente de surveiller que les pouvoirs constitués respectent la Constitution »⁶⁸. Il s'agissait d'un pouvoir censé garantir et préserver le dualisme Constituant/Pouvoirs constitués, afin d'assurer la suprématie de la Constitution ; l'idée n'aboutit toutefois pas sous la Constituante⁶⁹.

⁶⁵ Il est bien entendu possible d'imaginer que le Parlement puisse actionner le mécanisme d'empêchement pour acte constituant un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68C). Toutefois que pourrait faire un Parlement si un Président de la République recourrait, avec le soutien du Peuple, de façon abusive à l'article 16 ? Sauf à déclencher une crise institutionnelle, pouvant se terminer au « mieux » par la dissolution de l'Assemblée nationale, au pire par le basculement dans une dictature souveraine, le Parlement ne peut que se taire. Cela illustre la difficulté qu'un organe constitué puisse devenir magistrat souverain (Point relevé par Olivier BEAUD, « Le Souverain », *op. cit.*, p. 44). Disposant de moyens pour contrer le contrôle du Parlement en situation normale, il renforce ainsi sa position en cas de situation exceptionnelle.

⁶⁶ Loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles, *JORF*, 23 février 1872 ; *BO*, 83, n° 928 ; *S.* 1872.III.176 ; *D.* 1872.IV.39 ; DUVERGIER (J.-B.), *Coll. complète des lois*, t. 72, pp. 83-84.

⁶⁷ Selon la thèse défendue par P.-F. SIMON, *La loi de TRÉVENEUC et ses précédents*, Paris, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1911, 343 p.

⁶⁸ BLACHÈRE (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, P.U.F., Coll. « Les grandes thèses du droit français », 200, p. 215.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 209-215. Sur l'échec de l'apparition de jurys citoyens comme tiers pouvoir, nous nous permettons de renvoyer à notre étude « La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens », *Politèia*, n° 11, décembre 2007, pp. 113-133.

La doctrine française contemporaine s'est quant à elle intéressée à cette idée quand elle a travaillé sur le statut du Conseil constitutionnel. Philippe BLACHÈRE admet ainsi que le Juge du Pavillon Montpensier puisse jouer le rôle d'un « tiers pouvoir » sous la V^e République. Par voie d'extension, il semble que le juge constitutionnel puisse, d'une manière générale, tenir ce rôle en cas de situation exceptionnelle. Il apparaît en effet comme un « gardien de la Constitution », assurant une mission d'arbitrage juridictionnel des conflits politiques⁷⁰. Ce faisant, le juge emmène le conflit politique sur le terrain du droit. Cette propriété est incontestablement utile en situation exceptionnelle (situation politique par excellence), puisqu'à défaut l'opposition politique entre l'État et le Peuple ne pourra se conclure que par le recours à la violence. En ce sens, le règlement juridictionnel du litige permet de réintroduire le droit (donc la limitation du pouvoir) et participe ainsi à la pacification de la situation. Le juge constitutionnel présente une deuxième qualité qui en fait un intercesseur potentiel : garant du respect de la Constitution, il énonce, à travers son office, des principes constitutionnels, se prononçant ainsi au nom du Peuple constituant dont il fait primer la volonté⁷¹. En garantissant la primauté de la souveraineté constituante sur toute autre volonté, son intervention s'inscrit ainsi parfaitement dans les bornes théoriques de la situation exceptionnelle telles qu'elles ont été présentées précédemment. L'intervention du juge constitutionnel fournit ainsi une hétéro-limitation à la souveraineté de l'État, s'affirmant comme un moyen de s'assurer que la situation exceptionnelle n'engendre pas une inversion de la hiérarchie des souverainetés.

En ce sens, la Cour suprême des États-Unis a participé activement à la limitation des pouvoirs d'urgence (*emergency power*) du Président. Dans l'arrêt *Ex Parte Milligan* (1866), elle a ainsi considéré que « la Constitution des États-Unis est la loi pour les dirigeants comme pour le peuple, en temps de guerre, comme en temps de paix... Aucune doctrine recélant des conséquences plus pernicieuses ne fut jamais inventée par l'esprit humain que celle qui permettrait que l'une quelconque des dispositions constitutionnelles soit suspendue en raison d'une nécessité gouvernementale. Une telle doctrine conduit directement à l'anarchie et au despotisme et la théorie de la nécessité sur laquelle elle est fondée est inexacte ; car le gouvernement trouve dans la Constitution même tous les pouvoirs nécessaires à la défense de son existence »⁷². La position de la Cour confirme les développements précédents : la Constitution est le cadre à préserver et dans lequel la situation exceptionnelle doit être gérée. Si la position de l'arrêt *Ex Parte Milligan* a été réaffirmée en 1952⁷³, la Cour n'a toutefois jamais censuré une mesure de l'Exécutif en cas de crise aiguë (on songe principalement aux deux conflits mondiaux). Elle a par ailleurs admis que le Congrès pouvait déléguer des pouvoirs au Président afin qu'il gère la crise. « En l'absence d'une telle décision [de délégation de ses pouvoirs] de la part du Congrès, le pouvoir propre du président dépend de la gravité de la situation devant laquelle se trouve la nation »⁷⁴. En France, le juge constitutionnel n'intervient que pour donner un avis quant à la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels par le Président de la République⁷⁵. Il a par ailleurs validé la constitutionnalité des législations d'exception⁷⁶. De son côté, le juge administratif français en développant la

⁷⁰ Dans le cas du Conseil constitutionnel, le conflit oppose « la majorité gouvernementale à la minorité parlementaire », BLACHÈRE (P.), *Contrôle de constitutionnalité...*, *op. cit.*, p. 217.

⁷¹ *Ibid.*, p. 191.

⁷² Cité par TUNC (A.), « Les pouvoirs du président des États-Unis et l'arrêt de la Cour suprême relatif à la saisie des aciéries », *RIDC*, 1952, p. 740.

⁷³ Voir le commentaire d'A. TUNC, « Les pouvoirs du président... », *op. cit.*, pp. 735-751.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 741.

⁷⁵ Avis du 23 avril 1961, *Rec.* p. 69.

⁷⁶ Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité du recours à l'état d'urgence dans une décision, n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (*Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*), *Rec.* p. 43.

théorie des circonstances exceptionnelles⁷⁷ a privilégié la « légitime défense de l'État »⁷⁸ sur le strict respect de la légalité, se montrant très compréhensif de l'action de l'Exécutif⁷⁹. La doctrine a ainsi pu critiquer les conditions d'utilisation de l'état d'urgence et la faiblesse des contrôles juridictionnels dont il a fait l'objet⁸⁰. Le caractère discutable de la position du Conseil d'État français apparaît sous un jour nouveau si on l'envisage à l'aune des considérations précédentes. Le Conseil d'État, qui n'est pas juge constitutionnel, est en ce sens mal armé pour garantir la suprématie de la souveraineté constituante. D'autant moins que son histoire le conduit à une certaine compréhension de la puissance d'État, bien plus que de la souveraineté constituante.

Si elle peut être d'un impact limité, l'intervention d'un tiers pouvoir n'est par ailleurs pas sans risque, le juge pouvant vouloir assurer lui-même la primauté de la souveraineté constituante en qualifiant unilatéralement la situation d'exceptionnelle. Face à l'action des pouvoirs constitués (volonté de réviser la Constitution pour autoriser le port du voile à l'université), le Procureur général de la Cour de cassation turque a ainsi saisi la Cour constitutionnelle pour obtenir la dissolution de l'AKP, parti actuellement au pouvoir. Il est reproché à ce parti d'être « un foyer d'activités anti-laïques »⁸¹. Cette initiative, justifiée, selon le Procureur général, par le danger exceptionnel pour le modèle d'État laïc hérité de Mustapha KEMAL, conduit toutefois à s'interroger sur l'opportunité de l'initiative d'un juge qui vise à contester l'action légale d'un gouvernement élu démocratiquement et soutenu par la population ; une telle initiative paraît en rupture avec le fonctionnement normal de la démocratie. Or, si l'on sait que les juridictions turques ont toujours eu une conception active et – parfois trop⁸² – extensive de leur mission de protection de l'État laïc, il apparaît qu'en décidant de la situation exceptionnelle, les juridictions turques sont en train de franchir le Rubicon et de substituer leur volonté à celle du Souverain. Or, si l'intervention du juge permet d'emmener le conflit politique sur un terrain juridique, le juge ne prend-il pas le chemin inverse en emmenant un problème juridique sur le terrain politique ? Force est alors de constater qu'il ne remplit plus son rôle de tiers pouvoir mais prétend à l'expression de la volonté générale. Son intervention ne peut donc plus participer au cantonnement de la situation exceptionnelle, mais participe au contraire de son émergence, si ce n'est de son développement. Dans ce cas, le pompier étant devenu pyromane, le droit se désagrège dans le champ politique. Les limitations du pouvoir s'étant effondrées, la situation exceptionnelle peut mûrir sans aucune barrière, laissant la violence absolue prête à bondir sans plus rien qui puisse la canaliser.

La marge d'intervention du Tiers pouvoir est étroite, son intervention ne devant pas viser à se substituer à la Représentation nationale (faute pour ce pouvoir de jouir d'une légitimité pour cela), mais à limiter le champ discrétionnaire laissé à la puissance d'État par l'absence

⁷⁷ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Leb.* p. 651 ; S. 1922.3.49, note HAURIOU.

⁷⁸ Selon l'expression de M. HAURIOU dans sa note sous l'arrêt *Heyriès*, reproduite in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1929*, Paris, La Mémoire du droit, 2000, vol. 1, p. 83.

⁷⁹ Par ex. refus d'enjoindre au Président de la République de suspendre l'état d'urgence alors que les conditions requises à son application ont disparu – CE, ord. réf., 9 décembre 2005, *Allouache et autres*, req. n° 287777.

⁸⁰ En ce sens, CAILLE (P.), « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *RDJ*, 2007, pp. 323-353.

⁸¹ Cité sur <http://ovipot.blogspot.com/2008/03/le-procureur-gnral-de-la-cour-de.html>.

⁸² La Turquie a en effet été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme du fait de la déclaration d'inconstitutionnalité de certains partis politiques ; cette pratique a été jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – *Parti communiste unifié de Turquie et al. c. Turquie*, 30 janvier 1998 (Grande Chambre), *Rec. 1998*, I, p. 1.

de tout contre-pouvoir. Dans cette perspective, l'action du tiers pouvoir consiste à insuffler du droit dans la situation exceptionnelle afin d'éviter la phase extrême de celle-ci. Son rôle est toutefois rendu difficile par la suspension du droit induite par la situation exceptionnelle. Bien souvent, le contrôle exercé par le tiers pouvoir ne pourra d'ailleurs intervenir qu'une fois la situation exceptionnelle close, son intervention participant de la procédure de réagencement rétroactif auquel procède l'ordre juridique afin de rétablir la situation normale. À cette aune, l'intervention du tiers pouvoir apparaît limitée et tardive ; elle présente toutefois l'intérêt de donner un *bill* d'indemnité aux organes qui ont endossé la responsabilité de la gestion de la situation exceptionnelle. Dans l'optique d'un rétablissement de la vie démocratique (c'est-à-dire d'une réconciliation entre le Peuple et son État, voire d'une réappropriation de l'État par son Peuple), il y a là une étape fondamentale dont on ne saurait faire l'économie.

* * *

Envisagée à l'aune de la théorie générale de l'État, la situation exceptionnelle apparaît comme un moment révélateur au cours duquel les équilibres fondamentaux à la base de l'État moderne apparaissent avec une certaine originalité. Derrière l'équilibre entre l'État et le Peuple, ce sont les rapports entre le Politique et le Juridique qui se jouent. Sur ce point, la situation exceptionnelle n'a pas fini de révéler tous ses secrets. Si elle permet de prendre conscience de l'importance de l'articulation de ces deux dimensions, elle n'en offre pas une connaissance très nette, de trop nombreux facteurs intervenant pour que l'on puisse véritablement envisager leurs apports respectifs. Aussi, davantage que la métaphore théologique du miracle, la fonction de la situation exceptionnelle s'apparente dans le monde juridique à celle des trous noirs en astrophysique. *Moment d'effondrement du droit au profit du Politique, elle en est simultanément une condition d'émergence.* Mais, tout comme pour que les trous noirs génèrent une nouvelle galaxie, il faut du temps et qu'un nouvel équilibre de matières se crée, le rétablissement de la situation normale ne saurait être immédiat. Entre temps, la disparition de la lumière marque le triomphe du vide et jette un voile sur le déchainement des passions. À l'instar des astrophysiciens, la doctrine juridique va sans doute continuer longtemps à lever ce voile pour tenter de comprendre ce qui se cache dans l'ombre.