
**Les différents aspects du principe de continuité en Droit public français
(sujet commissaire de police 2009 corrigé par Julie Haberman)**

À l'instar de la nature qui a horreur du vide, le Droit administratif refuse les ruptures de continuité d'exercice des services publics destinés à assurer les besoins de la population. Relayé par le Conseil constitutionnel, le juge administratif a alors élaboré une théorie affirmant cette nécessité de la continuité, tout en prévoyant une série d'exceptions strictement encadrées. Le Droit constitutionnel intègre lui aussi cette exigence prégnante de la continuité afin d'éviter cette fois-ci les discontinuités d'exercice du pouvoir politique. C'est ainsi que l'article 5 alinéa 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 confie au Président de la République le soin d'assurer par son arbitrage la continuité de l'Etat, que l'article 7 alinéa 4 du même texte organise l'intérim présidentiel (au profit du Président du Sénat) en cas de vacance ou d'empêchement du Président de la République, que l'article 16 confie les «pleins pouvoirs» au chef de l'Etat lorsque, entre autres conditions, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu. Déjà sous l'Ancien Régime, l'adage selon lequel «*Le Roi est mort, vive le Roi*» consacrait cette ambition de pérennité des institutions. La continuité des services publics, des institutions (monarchiques comme républicaines) constitue ce faisant une sorte de commun dénominateur du Droit public français, intimement lié à la quête de l'intérêt général.

Le principe de la continuité des services publics fait d'ailleurs partie du triptyque fonctionnel des services publics, autrement qualifié de lois de «Rolland», dégagé au milieu du XX^e siècle, au côté de l'égalité et de la mutabilité (ou adaptabilité). Il peut se définir comme le fonctionnement régulier des services sans interruptions autres que celles prévues par la réglementation en vigueur. L'une des difficultés traditionnelle liées à sa mise en œuvre réside dans la délicate conciliation de principes contraires, tel l'exercice du droit de grève et l'exigence du fonctionnement ininterrompu des services publics. Une difficulté plus récente tient à la nécessaire évolution du principe de continuité conduisant à la diffusion de service minimum et/ou garanti en France aujourd'hui. Ce principe est qualifié par le Conseil constitutionnel de principe à valeur constitutionnelle (décisions du 25 juillet 1979, du 23 juillet 1993, du 16 août 2007 et du 7 août 2008). Le juge constitutionnel a d'ailleurs posé des limites à l'exercice du droit de grève qu'il confie au législateur le soin de déterminer en «*opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte*» (décision du 7 août 2008 précitée). Le Conseil d'Etat, pour sa part, le reconnaît expressément (CE 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices*), mieux le qualifie de «*principe fondamental*» (CE 13 juin 1980, *Bonjean*). Il s'impose aussi bien à l'administration (CE 17 janvier 1986, *Ville de Paris c/ Duvinage*) qu'à l'usager (TC 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs invoqué ce principe pour dégager en 1916 la théorie de l'«*imprévision*» dans le cadre des contrats administratifs (CE 30 mars 1916, dit «*arrêt du Gaz de Bordeaux*») en vertu de laquelle si des événements imprévus bouleversent l'économie du contrat de concession au point que le concessionnaire ne puisse plus avec ses propres moyens assurer le service, l'Administration concédante est tenue de venir à son aide en lui allouant les fonds nécessaires de nature à lui permettre d'assurer la continuité du service public concerné.

Quant à la continuité institutionnelle, elle constitue assurément l'un des impératifs de tout régime démocratique comme certains événements ou textes ont pu l'illustrer par le passé en France comme par exemple le Gouvernement de la défense nationale proclamé le 4 septembre 1870 après la défaite de Sedan ou la Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 assurant la transition entre la IV^e et la V^e République.

Ce faisant, la continuité en Droit public entraîne des exigences aussi bien en matière de fonctionnement des services publics (I) qu'en matière de fonctionnement des pouvoirs publics (II).

I) Les exigences de la continuité des services publics

Le principe de la continuité dans les services publics nécessite une conciliation avec l'exercice du droit de grève (A). Les revendications, toujours plus exigeantes, des usagers (devenus d'authentiques clients) conduisent aujourd'hui à l'édiction de service minimum voire de service garanti (B).

A) La conciliation avec l'exercice du droit de grève

L'exigence de la continuité a longtemps prévalu sur le droit de grève dans la fonction publique avant d'être conciliée avec cet autre droit constitutionnellement garanti (1), ce qui n'écarte pas encore aujourd'hui des règles particulièrement strictes en la matière (2).

1) De la prévalence de la continuité à sa conciliation avec le droit de grève.

Cette loi de «Rolland» amène à considérer comme illégales et fautives les interruptions intempestives du service public. Ont par exemple été jugées illégales les décisions de fermer un collège trois semaines avant la fin normale de l'année scolaire (CE 13 février 1987, *Touchebeuf, Mme Royer*), celle de ne pas assurer certains enseignements obligatoires (CE 27 janvier 1988, *Giraud*), ou encore l'insuffisance des moyens mis en œuvre par La Poste pour permettre la distribution du courrier aux usagers (Cour d'appel Aix-en-Provence 12 décembre 2000, *La Poste c/ Abecassis*). Surtout, ce principe nécessite une conciliation avec le droit de grève qui se définit comme une interruption collective et concertée du travail destinée à appuyer des revendications professionnelles ou salariales (non politiques: TGI 4 novembre 2005, *R.T.M. Marseille c/ Syndicat C.G.T.*). Si dans le secteur privé, le droit de grève a été consacré par la loi «Waldeck-Rousseau» du 21 mars 1884, dans la fonction publique, il fallut attendre 1946 (Préambule de la Constitution du 27 octobre, alinéa 7: «*Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent*»). Le droit de grève y fut longtemps considéré (jusqu'à la loi du 25 mai 1864 *portant légalisation du droit de coalition*) comme un délit pénal («délict de coalition»). Après sa dépénalisation en 1864, il resta toutefois un acte illicite impliquant une faute professionnelle (Maurice Hauriou parlait à cet égard de «*droit de guerre privée*» et Léon Duguit de «*crime*») entraînant la révocation du fonctionnaire gréviste. Celui-ci, s'étant lui-même mis hors la loi par son fait de grève, rompait unilatéralement le lien l'unissant à l'administration qui ne faisait que constater l'auto-exclusion de l'intéressé (CE 7 août 1909, *Winkell et Rosier*, et CE 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*). En 1946, ce droit fut «constitutionnalisé», puis le Conseil d'Etat le consacra. À défaut d'intervention de l'autorité législative constitutionnellement compétente en matière d'organisation du droit de grève, le Conseil d'Etat a désigné l'autorité réglementaire comme autorité de substitution en la matière soit en tant que responsable du bon fonctionnement des services publics (CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*), soit en vertu de son pouvoir réglementaire d'organisation du service (CE 7 février 1936, et CE 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*). S'il appartient donc bien au ministre de fixer les limites de l'exercice du droit de grève en l'absence de dispositif législatif, il ne lui appartient en revanche pas de préciser les modalités d'exercice de ce droit dans les établissements publics placés sous sa tutelle, ce pouvoir revenant dans cette hypothèse aux seuls organes dirigeants desdits établissements (CE 1^{er} décembre 2004, *M. Onesto et autres*). De surcroît, si les organes dirigeants de la R.A.T.P. sont tenus de garantir la continuité du service public, ils ne sont pas tenus d'édicter une réglementation du droit de grève (CE 8 mars 2006, *M. Onesto et autres*).

La constitutionnalisation du droit de grève n'a cependant pas empêché l'édiction d'interdictions au nom de la continuité des services publics.

2) Les interdictions subséquentes.

Le droit de grève est interdit à certaines catégories de personnels de la fonction publique au nom du maintien de l'ordre public soit par des lois (loi du 27 décembre 1947 *portant réorganisation*

*des compagnies républicaines de sécurité, loi du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut des magistrats, loi du 31 juillet 1968 définissant le régime de l'engagement des armées pour les services de transmission du ministère de l'intérieur, loi du 17 juin 1971 relative à certains personnels de l'aviation civile, loi précitée du 24 mars 2005 portant statut général des militaires), soit par la jurisprudence (CE 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne*, concernant les «agents de sécurité»; CE Sect. 16 décembre 1966, *Syndicat national des fonctionnaires des préfectures*, concernant les agents «participant à l'action gouvernementale» comme les préfets, les chefs des services extérieurs des administrations centrales; CE Ass. 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires du Groupement des contrôles radioélectriques*, concernant les agents assurant «les liaisons indispensables à l'action gouvernementale»; CAA Nantes 8 novembre 2001, *Société Cogéma*, concernant la protection et le contrôle des matières nucléaires).*

Certaines formes de grève sont au surplus interdites afin d'éviter les utilisations manifestement abusives de ce droit et de laisser le temps aux usagers de prendre leurs précautions en cas de cessation des services. Ainsi, la loi précitée de 1963 prévoit que la grève surprise, sans respect du préavis de cinq jours francs, est proscrite. Ce préavis doit être déposé auprès des autorités compétentes («l'autorité hiérarchique ou la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé») par les organisations syndicales les plus représentatives et doit contenir diverses informations relatives à ce mouvement (motifs, lieu, date et durée). Par ailleurs, un préavis ne peut être déposé avant l'expiration de celui qui est en cours (loi précitée du 30 septembre 1986). De même, la «grève tournante», qu'elle soit «horizontale» (touchant successivement différentes catégories de personnels) ou «verticale» (affectant différents secteurs d'un même service) est interdite par la loi précitée de 1963 et par la Cour de cassation (Cass. soc. 3 février 1998, *C.G.F.T.E.*: «Il résulte de la combinaison de ces textes - articles L 521-3 et L 521-4 du code du travail - que le droit de grève dans les services publics n'est exercé normalement que si le préavis de grève détermine l'heure précise, commune à tous les membres du personnel, de l'arrêt de travail, peu importe que certains salariés ne travaillent pas à cette heure, dès lors qu'ils peuvent se joindre au mouvement en cours»). Le juge administratif perçoit cette forme de grève comme abusive dans la mesure où elle permet avec un minimum de moyens et de sacrifices pour les grévistes (pertes de rémunération réduites) d'obtenir des résultats significatifs, cependant que les frais généraux du service public considéré continuent à courir (CE Ass. 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*). Sont rejetées par la jurisprudence les grèves courtes et répétitives qui désorganisent profondément le service public sans réellement peser sur la rémunération des agents ainsi que la «grève sur le tas» (avec occupation des locaux) en vertu d'une part, du respect du droit de propriété, inaliénable et sacré (article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) d'autre part, du respect de la liberté de travail des personnels non grévistes. Quant à la «grève perlée» qui prend la forme d'une baisse préjudiciable du rendement, elle n'est pas visée (donc pas proscrite) par les textes. La Cour de cassation a ainsi posé le principe selon lequel «il n'y a arrêt de travail lorsque le travail est exécuté au ralenti ou dans des conditions volontairement défectueuses» (Cass. civ. 5 mars 1953, *S.A. Pneumatiques Dunlop c/ Plisson*). Quant au Conseil d'Etat, il a été amené à reconnaître que l'absence de «service fait», justifiant les retenues sur salaire pour fait de grève prévues par l'article L 521-6 du code de travail, devait s'entendre non seulement lorsque les heures de service n'étaient pas effectuées par l'agent gréviste mais également lorsqu'il manifestait sa volonté de s'associer au mouvement de cessation concertée du travail en se déclarant gréviste et en exécutant partiellement ses obligations de service (CE Sect. 17 mars 1997, *M.Hotz et autres*, et du même juge et du même jour, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*), ou en exécutant mal lesdites fonctions (CE 26 juillet 2006, *France Télécom*).

Concernant les jours fériés dont la plus grande majorité d'entre eux correspond à la célébration de fêtes catholiques romaines en dépit de la loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, une circulaire du 24 novembre 2003 du ministre de la fonction publique indique les dates des fêtes religieuses de certaines confessions qui ne sont pas légalement chômées mais à l'occasion desquelles les chefs de service peuvent accorder une autorisation d'absence aux agents placés sous leur autorité et souhaitant y participer. Seul le Premier ministre a compétence pour attribuer des jours de congés supplémentaires aux agents de l'Etat. Le

dispositif a été repris par une circulaire du 21 décembre 2006 (les chefs de services «*peuvent accorder à leurs agents une autorisation pour participer à une fête religieuse correspondant à leur confession dans la mesure où cette absence est compatible avec le fonctionnement normal du service*»).

Les attentes renforcées des «usagers-clients» conduisent de nos jours à la mise en place de service minimum et/ou garanti.

B) Du service minimum au service garanti

Au service minimum établi ponctuellement dans quelques cas (1) succède désormais le service garanti appelé à se développer (2).

1) Le service minimum.

Seulement quatre secteurs organisent en France un «service minimum»: en l'occurrence les établissements détenant des matières nucléaires en vertu de la loi du 25 juillet 1980, le service de la sécurité de la navigation aérienne en vertu de la loi du 31 décembre 1984, le service de la radiotélévision en vertu de la loi du 30 septembre 1986, enfin, le service hospitalier en vertu de l'article L 6112-2 du code de la santé publique. Les autorités compétentes (préfet) ont alors la capacité de réquisitionner (ou d'assigner) des personnels afin d'assurer un service public minimum (article 14 de la loi précitée du 11 juillet 1938 *relative à l'organisation générale de la Nation en temps de guerre*, déclarée applicable en temps de paix par la loi du 28 février 1950) si l'interruption de service porte «*soit à la continuité du service des transports, soit à la satisfaction des besoins de la population une atteinte suffisamment grave pour justifier légalement la réquisition du personnel*» (*a contrario* CE 24 février 1961, *Sieur Isnardon*).

Ce type de service consiste à réagir devant le constat factuel d'un acte de grève sans réellement être en mesure d'anticiper quant à sa survenance. Le service en cause fonctionne dès lors *a minima* grâce à l'utilisation des personnels non grévistes, voire de personnels réquisitionnés. La mise en œuvre d'un tel service ne se révèle pour autant pas satisfaisante dans la mesure où il se contente de gérer un fait avéré et en cours d'exécution (la grève) sans établir de protocoles destinés à désactiver le mouvement ni offrir aux usagers des prestations de qualité. Le Président de la République, Jacques Chirac, a alors appelé de ses vœux, à plusieurs reprises, une évolution en matière de grève dans les services publics et tout particulièrement les transports en commun. À cet égard, a été remis au ministre des transports, Gilles de Robien, le 21 juillet 2004, un rapport issu des travaux de la Commission «Mandelkern» (du nom du conseiller d'Etat Dieudonné Mandelkern) sur la «*continuité du service public dans les transports de voyageurs*». Le ministre de l'équipement de l'époque, Gilles de Robien, a réagi en envisageant la nécessité de mettre en place un «*service maximum avec les personnels présents*», laquelle problématique s'inscrit aujourd'hui dans un contexte renouvelé par la décentralisation (les collectivités territoriales ont en effet en charge des transports régionaux).

Au-delà de cette gestion du fait accompli, il s'est alors agi d'ériger des services garantis.

2) Le service garanti.

Si le rapport Mandelkern n'a pas connu de suite législative en 2004, en revanche, une loi du 21 août 2007 *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs* (présentés comme «*essentiels à la population*») reprend certaines de ces suggestions en cas de «*perturbation prévisible du trafic*» (grèves des agents mais aussi travaux, incidents techniques à partir de trente six heures après leur survenance, aléas climatiques si le même délai de trente six heures s'est écoulé depuis le déclenchement d'une alerte météorologique, et «*toute événement dont l'existence a été portée à la connaissance de l'entreprise de transport par le représentant de l'Etat, l'autorité organisatrice de transport ou le gestionnaire de l'infrastructure depuis trente six heures*»). Ce texte pose en effet le principe d'une négociation obligatoire dans les entreprises chargées d'une mission de service public de transport régulier de voyageurs, ferroviaire ou terrestre, à vocation non touristique (article 2-I). Ladite négociation doit aboutir (avant le 1^{er} janvier 2008) à la signature d'un accord-cadre fixant une procédure de prévention des conflits prévoyant l'organisation d'une négociation préalable (dont la

durée ne pourra excéder dix jours) entre les organisations syndicales représentatives et l'entreprise avant le dépôt de tout préavis de grève. L'entreprise devra réunir les syndicats dans les trois jours suivant la transmission à celle-ci des motifs pour lesquels le dépôt d'un préavis de grève est envisagé. Par ailleurs, afin d'éviter la pratique des «préavis glissants», lorsqu'un préavis aura été déposé, le dépôt d'un autre préavis ne pourra intervenir avant l'échéance du précédent (article 3). Si le conflit persiste, les parties auront la possibilité de désigner d'un commun accord, dès le début de la grève, un médiateur chargé de favoriser le règlement de leurs différends. De plus, la loi en cause prévoit, après consultation des représentants des usagers, la définition, par les collectivités en charge de l'organisation des transports publics, de dessertes prioritaires pour permettre notamment les déplacements quotidiens de la population et la prévision de différents niveaux de service en fonction de l'importance de la perturbation (pour chacun de ces niveaux de service, l'autorité fixe les fréquences et les plages horaires sur les dessertes prioritaires). Ces dernières détermineront celles auxquelles l'accès, parce qu'il constitue un «*besoin essentiel de la population*», doit être assuré, y compris en cas de grève. En cas de carence des autorités organisatrices de transports, l'Etat pourra arrêter lui-même les priorités de desserte. L'ensemble du dispositif devant être accompagné d'une information suffisante, gratuite, précise et fiable sur le service assuré, fournie au moins vingt quatre heures avant la perturbation. Le texte instaure d'ailleurs le principe du remboursement des titres de transports aux usagers (auquel peut éventuellement être substitué une prolongation de la durée de la validité du titre de transport ou de l'abonnement) en cas de défaut d'exécution dans la mise en œuvre du plan transport ou du plan d'information des usagers, uniquement lorsque l'entreprise est directement responsable du défaut d'exécution (article 9). Enfin, deux innovations concernant le déroulement de la grève sont consacrées. D'une part, est introduite l'obligation, pour les salariés «*dont la présence détermine directement l'offre de service*», d'informer l'entreprise, au plus tard quarante huit heures avant le début de la grève, de leur intention de participer ou non à celle-ci, sous peine de sanctions disciplinaires (article 5-II). Il s'agit d'un régime de déclaration et non d'autorisation. L'entreprise qui utilisera les informations issues de ces déclarations à d'autres fins que l'organisation du service ou les communiquera à un tiers sera passible de sanctions pénales (article 226-13 du code pénal). D'autre part, possibilité est offerte d'organiser, au bout de huit jours de conflit, une consultation indicative sur la poursuite du mouvement à bulletin secret, à la demande de l'entreprise ou d'un syndicat (article 6-II).

Poursuivant la même logique, le ministre de l'éducation nationale, Xavier Darcos, a mis en place en 2008 un «service minimum d'accueil» dans le domaine de l'éducation nationale consistant à proposer aux professeurs non grévistes et à des agents municipaux compétents dans le domaine des activités éducatives, à assurer la garde des enfants les jours de grève dans l'éducation nationale (appliqué le 24 janvier 2008 et le 15 mai 2008). Ce dispositif a été consacré par la loi du 20 août 2008 *instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*. Sont concernées l'«*absence imprévisible de son professeur et l'impossibilité de le remplacer*» comme les mouvements de grève. Le maire établit une liste de personnes susceptibles d'assurer ce service d'accueil «*en veillant à ce qu'elles possèdent les qualités nécessaires pour accueillir et encadrer des enfants*» (la liste est transmise à l'autorité académique), l'Etat versant une compensation financière à chaque commune ayant mis en place cette mesure au titre des dépenses exposées pour la rémunération des personnes chargées de l'accueil. La responsabilité engagée est celle de l'Etat en cas de fait dommageable commis ou subi par un élève. Le juge administratif n'a pu que constater dans un premier temps que le refus factuel des maires de mettre en œuvre ce droit d'accueil (TA Cergy-Pontoise 7 octobre 2008, *Préfet de Seine-Saint-Denis c/ Commune de l'Ile-Saint-Denis* et TA Melun 9 octobre 2008, *Préfet du Val-de-Marne*). Par la suite, le juge a suspendu le refus de certains maires d'organiser l'accueil des élèves et a prononcé des astreintes afin de les y contraindre (TA Versailles 17 novembre 2008, *Préfet de l'Essonne*, TA Paris 30 janvier 2009, *Préfet de Paris*).

Au-delà des services publics, les pouvoirs publics doivent bénéficier des mêmes attentions en matière de continuité.

II) Les exigences de la continuité des pouvoirs publics

Les titulaires du mandat présidentiel et de la fonction primo ministérielle peuvent rencontrer divers aléas susceptibles d'affecter le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ce qui implique l'édiction de dispositions destinées à éviter le vide fonctionnel ainsi généré (A). Le régime républicain lui-même doit bénéficier d'un dispositif de continuité constitutionnelle (B).

A) La continuité du mandat présidentiel et de la fonction primo ministérielle

La continuité du mandat présidentiel peut être affectée par une vacance comme par un empêchement (1). Quant à la fonction primo ministérielle, sa continuité s'organise dans le cadre d'un intérim et d'une délégation (2).

1) La continuité du mandat présidentiel.

Spontané, l'abrègement correspond à la vacance présidentielle occasionnée par le décès du Président de la République (cas de Georges Pompidou le 2 avril 1974), voire par sa démission (cas du général de Gaulle le 28 avril 1969). La vacance apparaît donc comme définitive. Il y a alors mise en place de l'intérim présidentiel assuré par le Président du Sénat en vertu de l'article 7 alinéa 4 de la Constitution (ce fut le cas pour Alain Poher du 28 avril au 20 juin 1969, soit cinquante trois jours, à la suite du départ du général de Gaulle, puis du 3 avril au 27 mai 1974, soit cinquante six jours, à la suite du décès de Georges Pompidou), ou par le Gouvernement le cas échéant (sous la III^e République, l'intérim était assuré par le conseil des ministres et sous la IV^e République par le Président de l'Assemblée nationale). Le Professeur René Chapus considère toutefois que ce remplacement du Président de la République par le Président du Sénat ne constitue pas un authentique intérim mais au contraire une suppléance. En effet, la suppléance et la délégation sont prévues par un texte qui détermine précisément les conditions d'application et qui induit un régime juridique subséquent. À l'inverse, l'intérim n'est normalement prévu par aucun texte dans la mesure où l'autorité administrative est appelée à pourvoir, de manière improvisée, au remplacement temporaire du titulaire naturel de la compétence soit en désignant un intérimaire, soit en exerçant elle-même la compétence en cause, le tout sans respecter les règles de forme et de fonds normalement applicables (CE 27 mai 1987, *Melki*). À la différence de la suppléance, l'intérim ne détermine pas *a priori* le nouveau titulaire de la compétence et à la différence de la délégation, l'intérim est possible, même en l'absence de texte qui l'organise et prend fin de plein droit dès la cessation de la situation d'empêchement.

L'intérimaire (durant la vacance présidentielle ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président et l'élection de son successeur) dispose de tous les pouvoirs présidentiels, à l'exception du pouvoir d'organiser un référendum (article 11), du pouvoir de prononcer la dissolution de la Chambre basse (article 12) et de celui de provoquer une révision constitutionnelle (article 89). En contrepartie, les articles 49 et 50 ne peuvent être mis en œuvre par l'Assemblée nationale en période d'intérim. Concernant l'article 16, aucune interdiction textuelle n'est établie ce qui laisserait à l'intérimaire la possibilité d'y recourir afin d'assurer la continuité de la vie de la nation par exemple. Le Président intérimaire peut ainsi accepter la démission d'un ministre et en nommer un autre (en 1969, René Capitant, ministre de la justice, démissionna et fut remplacé par Jean-Michel Jeanneney déjà membre du Gouvernement), peut déposer les instruments de ratification d'un traité (ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le Président Alain Poher en 1974), enfin doit «*veiller à ce que l'élection du futur Président de la République résulte de la libre expression de la souveraineté nationale*» (selon les propos du Président Poher à l'issue du conseil des ministres du 10 avril 1974). L'expérience tend à prouver que la position du Président intérimaire se révèle plus ou moins facile selon qu'il est ou non lui-même candidat à la future élection présidentielle. En 1969, ce fut le cas du Président Poher qui ne renouvela pas cette candidature lors du second intérim en 1974.

L'abrègement peut aussi être provoqué par l'empêchement définitif ou temporaire du Président de

la République (maladie, détention à l'étranger, incapacité temporaire ou haute trahison). L'empêchement définitif est constaté par le Conseil constitutionnel (saisi par le Gouvernement) à la majorité absolue de ses membres (article 7 alinéa 4 de la Constitution). Allant au-delà de ses compétences d'attribution, le Conseil constitutionnel, par des déclarations du 28 avril 1969 et du 3 avril 1974, a constaté la vacance de la présidence de la République et pas seulement l'empêchement de son titulaire. Les mesures de l'article 7 de la Constitution de 1958 relatives à la suppléance provisoire n'ont au demeurant jamais trouvé à s'appliquer. Ainsi, rien ne fut mis en œuvre en 1964 lors d'une intervention chirurgicale du général de Gaulle, pas plus qu'en mai 1968 durant son voyage en Roumanie. Dans l'hypothèse d'un empêchement momentané, le Premier ministre est appelé à présider le conseil des ministres (article 21 *in fine*), les conseils et comités supérieurs de la défense nationale (article 21 alinéa 3) en vertu «*d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé*», cette délégation pouvant être simplement verbale (CE 11 juin 1948, *Société Sabarot*). En 1964, cette délégation est intervenue à deux reprises (le 22 avril: une dizaine de jours pour une intervention chirurgicale; le 30 septembre: vingt six jours pour un voyage du chef de l'Etat en Amérique du sud). Puis le 14 février 1973 en raison de l'état de santé du Président Pompidou, les 16 septembre 1992 et 20 juillet 1994 en raison des interventions chirurgicales du Président Mitterrand. Quant au garde des Sceaux, il pouvait remplacer le chef de l'Etat à la présidence du Conseil supérieur de la magistrature (article 65 de la Constitution de 1958), disposition et présence que la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a supprimées. À l'exigence de continuité de la fonction présidentielle vient s'ajouter celle de la fonction primo ministérielle.

2) La continuité de la fonction primo-ministérielle

L'intérim du Premier ministre n'est pas expressément prévu dans le texte suprême de 1958, seul l'article 21 alinéa 2 indiquant que le chef de Gouvernement «*peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres*». Les décrets confiant à un ministre l'ensemble des pouvoirs que le Premier ministre n'exercera pas du fait de son absence ne peuvent pas entrer régulièrement dans le cadre de la délégation mais constituent un intérim nécessitant un décret présidentiel contresigné par le Premier ministre (CE Ass. 31 octobre 1980, *Fédération de l'Education Nationale et Syndicat national des instituteurs et professeurs de collèges d'enseignement général et autres*). L'autorité chargée de l'intérim est désignée de manière personnelle et provisoire par le décret qui l'investit, exerce la totalité des pouvoirs attachés à la fonction de celui dont il assure le remplacement, sa mission s'éteignant dès le retour en fonction du titulaire sans qu'un texte soit alors nécessaire. Le Conseil constitutionnel a confirmé qu'au delà de la lettre de l'article 21 alinéa 2 de la Constitution de 1958, l'intérim du Premier ministre était possible. Le juge constitutionnel a au demeurant considéré que le ministre assurant l'intérim du Premier ministre «*possédait l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire*» (décisions des 29 décembre 1989 et 9 janvier 1990).

Constitue en revanche une délégation à un ministre l'«*expédition des affaires courantes*» pendant l'absence du Premier ministre (CE Ass. 27 mai 1966, *Société de crédit commercial et immobilier*), «*l'expédition des affaires courantes*» étant une coutume *praeter legem* pratiquée depuis la III^e République (CE 19 octobre 1962, *Brocas*). Le Premier ministre ne peut se dessaisir de son pouvoir qu'après avoir arrêté lui-même les principes dont les ministres subdélégués devront faire application (CE Ass. 2 décembre 1960, *Union des voies ferrées*, CE 28 novembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux*, et CE 18 février 1994, *Comité de défense du Verdelet*).

Quant au ministre démissionnaire ou révoqué, il doit attendre son successeur et continuer de gérer son département ministériel durant cette période sans abandonner ses fonctions. L'attente peut être plus ou moins longue en fonction des circonstances politiques, des difficultés rencontrées pour le remplacement. Pour l'intérêt de la Nation comme pour celui des acteurs politiques concernés, le traitement le plus bref de ce genre de situation se révèle en tout état de cause la meilleure des solutions.

B) La continuité constitutionnelle

La consécration de la continuité constitutionnelle a notamment induit l'authentification d'une

responsabilité de la République française et la nécessité d'un système indemnitaire (1). Elle a aussi parfois donné lieu à quelques artifices notamment en 1940 et 1958 (2).

1) La reconnaissance de la responsabilité de la République française.

Le Président de la République, Jacques Chirac, contrairement à ses prédécesseurs, a reconnu dans un discours du 16 juillet 1995, *«les fautes commises par l'Etat»*, la *«faute collective»* dans la déportation des populations juives de France et l'existence d'une *«dette imprescriptible»* à leur égard à raison de l'*«irréparable commis par l'Etat français»*, *«la folie criminelle de l'occupant (ayant) été, chacun le sait, secondée par des Français, secondée par l'Etat français»*. Par cette déclaration solennelle, un chef de l'Etat de la V^e République a pour la première fois (ré)intégré le régime de Vichy et ses crimes subséquents dans l'histoire de la France. À ce sujet, le Conseil d'Etat, abandonnant des arrêts d'Assemblée du 4 janvier 1952, *Epoux Giraud*, et de Section du 25 juillet 1952, *Dlle Remise*, a jugé, le 12 avril 2002, *M.Papon*, que *«la responsabilité de l'Etat républicain peut être engagée à raison d'agissements administratifs accomplis dans le cadre des actes législatifs et réglementaires du régime de Vichy qui établissaient ou appliquaient une discrimination fondée sur l'origine juive des personnes»*. Le Haut Juge, appréciant les parts respectives de la faute personnelle de l'ancien secrétaire général de la préfecture de la Gironde (condamné à dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crime contre l'humanité, peine assortie de la déchéance de ses droits civiques, civils et familiaux) et de la faute de service imputable à l'administration, a ainsi condamné l'Etat à prendre à sa charge la moitié du montant total des condamnations civiles (près de sept cent vingt mille euros) prononcées le 3 avril 1998, par la Cour d'assises de la Gironde, à l'encontre de Maurice Papon, sur le fondement de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* selon lequel *«lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui»*. À côté de la faute personnelle de l'ancien fonctionnaire (facilitation de la déportation de juifs de la région de Bordeaux vers Drancy entre 1942 et 1944), *«qui ne peut s'expliquer par la seule pression exercée sur l'intéressé par l'occupant allemand - et qui - revêt, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable»*, le Conseil d'Etat a observé que *«plusieurs actes ou agissements de l'administration française, qui ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant, ont permis et facilité, indépendamment de l'action personnelle de M.Papon, les opérations qui ont été le prélude à la déportation»*. Les décisions et agissements du régime de Vichy dans l'accomplissement de sa politique de persécutions antisémites constituent ainsi une faute (collective) des différents services administratifs de nature à engager la responsabilité de l'Etat français. L'arrêt retient donc à la fois un cumul de fautes et de responsabilités justifiant l'engagement de la responsabilité civile du fonctionnaire auteur de la faute personnelle et de la responsabilité de l'administration auteur de la faute collective ayant permis la réalisation du dommage réparé par la Cour d'assises de la Gironde. Quant à la référence à l'article 3 de l'ordonnance précitée du 9 août 1944 qui constate expressément la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant *«gouvernement de l'Etat français»* qui *«établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif»*, le Conseil d'Etat indique que ces dispositions *«ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine ... Tout au contraire ... en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, l'ordonnance a nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif»* de nature à engager la responsabilité de l'administration même cinquante ans après les faits. L'avocat Michel Zaoui indique ainsi que si l'article 2 de cette même ordonnance déclare *«nuls et de nul effet»* (autrement dit frappés d'inexistence) tous les actes constitutionnels et législatifs ou réglementaires pris pendant cette période, cela ne saurait signifier que la République est étrangère à ce qui s'est passé. Une continuité politico-juridique entre le Gouvernement de l'Etat français et la République contemporaine est donc consacrée par cet arrêt, d'autant que les fonctionnaires qui ont fait valoir leurs droits à la retraite ont toujours compté,

dans leur période d'activité, les annuités passées sous le régime de Vichy. Le commissaire du gouvernement, Sophie Boissard, a d'ailleurs expressément indiqué que s'il existe *«une altérité radicale entre l'Etat républicain et la parenthèse autoritaire qu'a représenté le régime de Vichy ... en droit et en fait, il n'en existe pas moins une continuité entre ces différentes périodes de l'histoire de notre pays»*.

Dans cette dynamique de repentance politico-historico-juridique, un décret du 13 juillet 2000 a mis à la charge de l'Etat le bénéfice de la réparation des persécutions antisémites subies par les seuls orphelins des déportés. L'Assemblée du contentieux (CE Ass. 6 avril 2001, *M. Pelletier et autres*) a analysé le texte comme une aide financière accordée par le Gouvernement de la République en reconnaissance des *«souffrances endurées par certaines victimes de la déportation»* mais non comme la création d'un régime spécifique de responsabilité de l'Etat, fût-elle sans faute, dès lors que les agissements criminels dont le texte vise à réparer les conséquences sont le fait d'une autorité tierce au Gouvernement légal et légitime de la France (en vertu de la théorie dégagée par l'ordonnance précitée du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine*). Enfin, dans un avis du 16 février 2009 (CE Ass. 16 février 2009, *Mme H.*), le juge administratif a affirmé que l'Etat français était bien responsable de la déportation des juifs durant la seconde guerre mondiale mais que les dommages matériel, moral et collectif engendrés par ces déportations avaient été depuis réparés. Concernant les dommages matériel et moral, le Conseil d'Etat a estimé que *«l'Etat a pris une série de mesures, telles que des pensions, des indemnités, des aides ou des mesures de réparation»*, celles-ci ayant été arrêtées dans le cadre d'une démarche très graduelle, reposant sur des bases largement forfaitaires et devant au final être regardées comme ayant permis, autant qu'il a été possible, l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par les actions de l'Etat qui ont concouru à la déportation. Relativement à la réparation des *«souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites»* qui ne pouvait se borner à des mesures d'ordre financier, le Conseil d'Etat a mentionné d'une part la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par lesdites personnes, d'autre part la reconnaissance du rôle joué par l'Etat dans leur déportation, enfin la reconnaissance du souvenir que doivent laisser à jamais, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles. *«Cette reconnaissance a été accomplie par un ensemble d'actes et d'initiatives des autorités publiques françaises»*, telle la loi du 26 décembre 1964 *tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*, tel le discours précité du Président de la République le 16 juillet 1995, tel le décret du 26 décembre 2000 reconnaissant d'utilité publique la Fondation pour la mémoire de la Shoah.

2) La loi du 10 juillet 1940 et la Loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

La III^e République disparaît le 10 juillet 1940 avec le vote de la loi des «pleins pouvoirs» (sur six cent quarante neuf votants, cinq cent soixante neuf voix pour, quatre vingts voix contre et vingt abstentions) confiés au Gouvernement sous l'autorité du maréchal Pétain pour promulguer une nouvelle Constitution (celle-ci fut signée par le chef de l'Etat en janvier 1944 mais ne fut pas promulguée): *«L'Assemblée Nationale donne tout pouvoir au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs Actes une nouvelle Constitution de l'Etat français. Cette Constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. Elle sera ratifiée par la nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées»*. Par ce texte, l'Assemblée nationale a délégué au Gouvernement, *«sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain»*, l'exercice du pouvoir constituant dérivé devant garantir *«les droits du travail, de la famille et de la patrie»*. La Chambre tenait cette prérogative de la Constitution de la III^e République qui n'avait jamais prévu, sans pour autant l'interdire, qu'elle puisse renoncer à l'exercer en la déléguant à une autre institution de l'Etat. Pour autant, et il s'agit d'un principe constant du Droit français, une autorité investie d'une compétence ne saurait en déléguer l'exercice que dans la mesure où elle y est autorisée. En déléguant au Gouvernement *«sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain»*, l'exercice d'un pouvoir constituant dérivé qui lui avait été confié par la Constitution, l'Assemblée a modifié les règles constitutionnelles et a commis une violation patente du Droit. La procédure suivie apparaît entachée d'irrégularité grossière en ce sens que l'article 8 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875 prévoyait qu'une révision ne pouvait être votée qu'à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale. En décidant que le calcul s'effectuerait sur les suffrages

exprimés, l'Assemblée a commis une grave irrégularité. Le 11 juillet, paraissait le premier de ces Actes renvoyant les Chambres, avec la formulation suivante: «*Nous, maréchal Pétain, chef de l'Etat*». Le mot République avait disparu. Cet Acte constitutionnel n° 1 confirme le renoncement au parlementarisme et à la démocratie en abrogeant implicitement la présidence de la République.

Quant à la Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 *portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution*, elle édicte cinq grands principes qui constitueront les fondements du texte constitutionnel du 4 octobre 1958 et qui inscrivent ledit texte dans une certaine continuité historique au-delà d'une volonté de rupture sur certains points (tous ces principes ne se retrouvent d'ailleurs pas dans le texte constitutionnel proprement dit telle la séparation des pouvoirs, pourtant affirmée par le général de Gaulle dès le discours de Bayeux du 16 juin 1946): «*Seul, le suffrage universel est la source du pouvoir; le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés, de façon que le Gouvernement et le Parlement assument, chacun pour sa part et sous sa responsabilité, la plénitude de leurs attributions; le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement; l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante; la Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés*». Alors que l'article 90 de la Constitution de la IV^e République confiait le pouvoir de révision constitutionnelle au Parlement, cette Loi constitutionnelle l'a transféré au seul Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 («*par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée par le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958*»), ce qui suscita de nombreuses critiques. L'opposition de l'époque n'hésita d'ailleurs pas à qualifier ce procédé de «*coup d'Etat*» tel Pierre Mendès France le 1^{er} juin 1958 à l'Assemblée nationale, ou encore François Mitterrand. L'investiture fut néanmoins accordée au Gouvernement dont la composition venait d'être acceptée par trois cent vingt neuf voix (dont quarante deux socialistes et vingt quatre radicaux) contre deux cent vingt quatre (les communistes, quarante neuf socialistes et dix huit radicaux et U.D.S.R., dont Pierre Mendès France et François Mitterrand). Cette Loi se borne à substituer au profit du Gouvernement, par dérogation aux règles établies en 1946, une procédure exceptionnelle de révision qui respecte néanmoins le principe républicain quant à la forme (le général de Gaulle déclara d'ailleurs devant l'Assemblée nationale le 2 juin 1958 que la V^e République «*sera la continuation de la République*»). L'objet de ladite Loi n'étant pas limité, cette procédure va permettre de transformer le régime dans son intégralité.

En fait le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 utilisa un subterfuge juridique afin de faire l'économie des premières étapes de la procédure de révision constitutionnelle. La Constitution de la IV^e République ne pouvait en effet être modifiée que par décision de la majorité des membres de l'Assemblée nationale dans le cadre d'une première lecture, puis d'une seconde lecture intervenant trois mois après. Le projet était ensuite soumis au Parlement, enfin au référendum sauf s'il avait été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ou à la majorité des trois cinquièmes dans chacune des deux Chambres. Le Gouvernement invoqua une résolution présentée et votée en 1955 ayant pour finalité de réaménager la Constitution de la IV^e République (révision des articles 17, 49, 50, 51, 60 à 82 inclus et 90 de la Constitution de 1946) sans pour autant conduire à l'édiction d'un nouveau texte. Il proposa son projet de révision constitutionnelle (future V^e République), en estimant que le vote de 1955 constituait la première lecture et celui de 1958 la seconde. Cette référence à un vote antérieur lui permettait alors de présenter directement au peuple son projet de révision constitutionnelle, en s'abstenant de respecter strictement toutes les étapes prévues à l'article 90. En réalité, non seulement le délai constitutionnel de trois mois exigé entre les deux lectures à l'Assemblée nationale était largement écoulé en 1958 (dans la mesure où le premier vote remontait à 1955 et la révision déclenchée à l'époque était restée en suspens) mais surtout les deux projets portaient sur des domaines totalement différents. Devant un tel procédé et au-delà de l'apparent respect de la lettre des textes, un artifice procédural a semblé pouvoir se constater et conduire à une véritable délégation du pouvoir constituant, authentiquement inconstitutionnelle (à l'instar de la loi du 10 juillet 1940). Ce type de procédé est irrégulier en ce qu'il procède à une délégation du pouvoir constituant en violation du principe de Droit public prohibant, sauf disposition expresse, les délégations de compétences.

Cette théorie de la continuité occupe donc une place prépondérante dans le système juridique français et ne supporte que de rares exceptions. Les services publics, pierre angulaire de l'intérêt général, bénéficient de la sorte d'une protection renforcée au détriment dans certaines hypothèses des intérêts des agents publics. Quant aux pouvoirs publics qui engagent la souveraineté nationale, leur exercice quotidien ne saurait supporter la moindre remise en cause.