

X^e congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel
Conférence du 23 juin 2017, Lille

Imperium Nuclearii¹

LA SOUVERAINETE NUCLEAIRE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE
EN DROIT CONSTITUTIONNEL

« Il faudrait un commandement nucléaire,
une Constitution presque nucléaire pour
arriver à adapter les institutions civiles à
cette formidable puissance »

François Mitterrand, 8 février 1986.

La détention par le Président de la République du pouvoir d'engager le feu nucléaire a beaucoup contribué au renforcement de l'institution présidentielle sous la V^e République en ce qu'elle a joué un rôle essentiel dans la décision de faire élire le Président au suffrage universel direct, et en ce qu'elle a donné à l'article 5 de la Constitution qui fait de lui le « *garant de l'indépendance nationale* » une portée imprévue². Cette pratique consubstantielle au gaullisme d'Etat a visé à faire porter sur un homme seul, élu du peuple, la charge de préserver les intérêts vitaux de celui-ci contre toute spoliation pour assurer la continuité de l'Etat de droit. Objet de travaux juridiques, la compétence particulière d'engager le feu nucléaire ne comporte-t-elle pas au regard du droit constitutionnel le risque de déséquilibrer les institutions ou existe-t-il d'autres dispositions capables de contrebalancer cet *imperium* ? Si le pouvoir présidentiel du feu nucléaire a entretenu des critiques sur son fondement juridique au titre de l'effectivité du droit positif³ et au travers de la responsabilité normative, son cadrage constitutionnel place le Président de la République entre deux feux, son statut oscillant entre inviolabilité et destitution. Aussi ce pouvoir exclusif constitue-t-il une formidable violation d'un ordre juridique basé sur la séparation des pouvoirs et la garantie des droits fondamentaux ? Ou bien, si l'on admet que le pouvoir de décision nucléaire s'identifie à la cause de l'indépendance nationale, principe à valeur constitutionnelle, est-il légitimé par le principe de conservation de l'Etat, base de la souveraineté constituante de la nation, sur laquelle reposent à leur tour l'organisation des pouvoirs publics et la garantie des droits des personnes ? Pratique répétée, cette coutume du *maître de l'atome*⁴ semble comporter une *opinio juris* qui verrait dans l'usage souverain de l'arme nucléaire l'expression d'une règle juridique, possédant force et valeur constitutionnelle, à raison de l'intention qu'elle recèle de produire effet de droit, adaptée aux nécessités de la défense nucléaire.

¹ Proposition de titre, le premier étant : *De la responsabilité de l'Apocalypse*. Le sous-titre restera inchangé.

² Bernard Chantebout, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, Pouvoirs n°38, 1986.

³ David Cumin, *L'arme nucléaire française devant le droit international et le droit constitutionnel*, CLESID, 2000.

⁴ Henri Pac, *Droit et politiques nucléaires*, PUF, 1994.

I. Le pouvoir du feu nucléaire : un apanage présidentiel

I.1. L'*imperium* ou la responsabilité présidentielle du feu nucléaire

L'insertion des impératifs de la défense nucléaire dans le droit constitutionnel français pose nécessairement la question du titulaire du pouvoir de décision du feu nucléaire. Il y a sur ce point une logique du régime de l'Etat nucléaire⁵ dictant le choix entre les quatre formules possibles : soit un pouvoir gouvernemental soumis à l'obligation du vote d'une loi⁶ ; soit un partage du pouvoir entre le Président de la République et son Premier ministre, qui fait de l'accord des deux personnes la condition obligatoire du droit d'arrêter la décision suprême⁷ ; soit un pouvoir laissé à la discrétion du Premier ministre responsable de la défense nationale avec un décret qui écarterait l'autorisation parlementaire et la signature présidentielle ; soit un pouvoir laissé à la discrétion du Président en tant que chef des armées. S'est observée une coutume constitutionnelle qui a privilégié la dernière formule, faisant progressivement du Président de la République l'unique détenteur de la décision d'engager les forces nucléaires, appuyé sur une base constitutionnelle.

A l'article 5 de la Constitution de 1958, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire, et l'article 15 l'érige en chef des Armées en le chargeant de présider les « *conseils et comités supérieurs de la défense nationale* ». Cependant l'article 20 décide que le Gouvernement dispose de la force armée et l'article 21 fait du Premier ministre le responsable de la défense nationale, via l'obligation du contreseing, lequel « *supplée le cas échéant le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15* ». Par la suite, le renforcement démocratique de la souveraineté nucléaire s'est établi sur un consensus démocratique, la Constitution de la V^e République modifiée en 1962 apportant une caution référendaire au Président avec son élection au suffrage universel direct. Seule une personnalité jouissant de la totale légitimité que lui crédite l'élection directe par le peuple pouvait trouver en elle la force morale nécessaire pour décider l'emploi de la force de frappe⁸. Le décret n°62-808 du 18

⁵ Henri Pac, *Le droit de la défense nucléaire*, PUF, 1989

⁶ Article 35 de la Constitution prévoyant la compétence du Parlement pour autoriser la déclaration de guerre.

⁷ Article 19 de la Constitution prévoyant le contreseing du Premier ministre aux actes du Président exercés en vertu de l'article 15.

⁸ Odile Rudelle, « Le général de Gaulle et l'élection directe du Président de la République », in Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi, *La Constitution de la Cinquième République*, 1984. C'est la raison pour laquelle Michel Debré, d'abord hostile à l'élection directe du Président en 1958, l'a au contraire conseillée à De Gaulle en août 1962 ; et c'est ce qu'explique le Général à ses ministres pour justifier cette réforme. L'auteur rapporte également la remarque de Pierre Sudreau selon lequel le résultat du référendum du 28 octobre 1962 eût pu être différent sans la dramatisation de la crise de Cuba (22-28 octobre 1962) ce qui place encore un peu plus la réforme sous le signe du nucléaire.

juillet 1962 édicte alors que les conseils et comités présidés par le Chef de l'Etat assurent la direction d'ensemble de la défense nationale et donc la conduite de la guerre, le Premier ministre assurant alors la mise en œuvre de ces décisions.

Exécutif bicéphale, cette organisation constitutionnelle entre le Premier ministre et le Président restait ambiguë⁹ et nécessitait une clarification.

I.2 Un déséquilibre exécutif : l'essai de contre-pouvoir du Premier ministre

Avec le décret n°64-46 du 14 janvier 1964, le rôle éminent du Président de la République est officiellement reconnu avec le pouvoir prépondérant de donner l'ordre d'engagement, sans autorisation parlementaire ni contreseing ministériel, le Premier ministre se contentant d'exécuter les décisions présidentielles. Or le décret du 14 janvier 1964 a été critiqué comme étant porteur d'une double inconstitutionnalité. Celui-ci en son article 5 confère au chef de l'Etat le droit exclusif d'engager la force de dissuasion or s'agissant de toute évidence d'un principe fondamental de l'organisation de la défense nationale, la question relevant du domaine de la loi. En second lieu, ce texte méconnaissait les articles 20 et 21 de la Constitution selon lesquels c'est le Gouvernement et non le Président qui dispose de la force armée, et c'est le Premier ministre et non le Président qui est responsable de la défense nationale.

Du point de vue du droit constitutionnel, cette situation bicéphale demeurait insatisfaisante et demandait la distinction entre un exécutif suprême et un exécutif logistique. Les autres textes pris à l'initiative des présidents successifs pour officialiser leurs prérogatives en ce domaine sont largement passés inaperçus parce qu'ils ne faisaient que confirmer un état de fait supposé¹⁰ d'une situation qui n'allait pas en soi. Un temps, le Premier Ministre fut imaginé comme un intercesseur¹¹ notamment en cas de cohabitation. Samy Cohen évoque une « *constitution inadaptée à l'ère nucléaire* » car « *dyarchie et dissuasion ne font pas bon* »

⁹ Cette ambiguïté n'est pas dissipée par l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense : si le Premier ministre assure la direction générale de la défense (article 9), les décisions en la matière sont prises en Comité de Défense sous la présidence du Président de la République.

¹⁰ Décret n°71-992 du 10 décembre 1971 qui place, en cas de crise majeure, le chef d'état-major général des armées « sous l'autorité du Président de la République et du Gouvernement » ; la loi n°72-1149 du 23 décembre 1972 et le décret n°73-235 du 1er mars 1973 relatifs à la défense opérationnelle du territoire, qui précisent que les secteurs de sécurité autour des installations prioritaires de défense sont délimitées « par le Président de la République en comité de défense » ; le décret du 10 décembre 1974 sous Georges Pompidou place le chef d'Etat-major général sous l'autorité du Président de la République et du gouvernement en cas de mobilisation générale ou de mise en garde ; et le décret n°78-78 du 25 janvier 1978 qui attribue au secrétaire général de la défense nationale le soin de préparer et de suivre l'exécution des décisions des conseils de défense « conformément aux directives du Président de la République et du Premier ministre ».

¹¹ Lors du débat du 24 avril 1964, l'opposition de la gauche et du centre avaient proposé que le Premier ministre fût le décideur, et non le Président de la République.

*ménage ensemble*¹² » avant d'ajouter que « *l'esprit de compromis a prévalu, au point que nombre de commentateurs n'ont pas hésité à parler de cogestion dans la conduite de la politique étrangère et militaire*¹³ ». Par l'analyse sémiologique du texte constitutionnel, le Président est désigné à l'article 5 comme le garant, au sens d' « assurer quelque chose en le prenant sous sa responsabilité » et le Premier Ministre comme le responsable impliquant la notion juridique de responsabilité sans faire concurrence à la disposition de l'article 21 de la Constitution¹⁴. Du fait de cette responsabilité dédoublée, ce pouvoir de codécision, pour les décrets délibérés en Conseil des ministres en vertu de l'article 13, pouvait permettre à un gouvernement hostile au Président d'abroger et de remplacer le décret de 1964 par un autre décret, pris par le Premier ministre dans le cadre de son pouvoir réglementaire, décret transférant à ce dernier la capacité juridique d'engager les forces nucléaires stratégiques. Mais l'ambiguïté de cette situation, bien qu'elle fut soulignée, ne donna lieu à un rectificatif que trente-deux ans plus tard.

I.3 La primauté exécutive du Président

Preuve s'il en est de l'absence de littérature sur cette question, le vide juridique de cette division organique et opérationnelle avec la dévolution inhérente desdites compétences ne fut comblé que le 12 juin 1996 avec le décret n°96-520 portant détermination des responsabilités concernant les forces nucléaires, remplaçant le décret de 1964. Il corrige les lacunes de l'ancien décret¹⁵ et reste marqué par une très forte permanence des principes mis en application¹⁶, comme confirmant la pratique et validant la coutume. Alors que le décret de 1964 était un décret simple, celui de 1996 est un décret délibéré en Conseil des ministres¹⁷. Par conséquent, celui-ci ne peut plus être modifié par un décret du Premier ministre sans

¹² Samy Cohen, *La monarchie nucléaire. Les coulisses de la politique étrangère sous la Ve République*, Paris, Hachette, 1986.

¹³ Samy Cohen, *Op Cit.*

¹⁴ Julien Thomas, « Controverse sur la répartition constitutionnelle des compétences en matière de Défense », in *Actes du VIe congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Montpellier, juin 2005. En vertu de l'article 21 de la Constitution, le pouvoir exécutif et le pouvoir réglementaire appartiennent au Premier ministre et non au Président de la République. Jean Massot, dans *L'arbitre et le capitaine* (1987), avance qu'avec la stratégie de dissuasion nucléaire, le domaine de la Défense ne se prête pas à des « allers et retours du pouvoir entre les deux rives de la Seine ». A cela s'ajoute, selon lui, l'esprit même de la politique de dissuasion nucléaire, qui « ne peut reposer que sur des considérations d'ordre psychologique et sur la crédibilité de la détermination du détenteur de la force nucléaire », ce qui implique que l'ordre d'engagement dans l'urgence ne soit pas soumis à un accord du Premier ministre. En ce sens, les arguments en faveur du Président de la République semblent s'accumuler dès lors qu'il bénéficie de l'image charismatique d'élu de la Nation et d'une légitimité personnelle qui lui permettent d'agir directement en son nom. Le Premier ministre ne tient sa légitimité en cas d'opposition avec le Président que du Parlement, en tenant compte du temps nécessaire pour le réunir.

¹⁵ Jusqu'alors, le décret n°64-46 ne concernait que les forces aériennes stratégiques (FAS), soit la composante aéroportée de l'Armée de l'Air, les forces nucléaires s'étaient entretemps diversifiées avec les sous-marins nucléaires lanceurs d'engins (SNLE) et les missiles dans les silos du Plateau d'Albion (SSBS).

¹⁶ David Cumin, *Op Cit.*

¹⁷ Le Conseil d'Etat considère qu'un décret pris en Conseil des ministres ne peut plus être modifié ou abrogé que par un autre décret en Conseil des ministres, c'est-à-dire avec la signature et donc l'accord du Président de la République.

saisine du Conseil des ministres¹⁸ donc sans la signature du Président, garant de son propre pouvoir. Ainsi le président détient toutes les clés de la procédure¹⁹. Comme le prévoyait Samy Cohen, « *la dyarchie ne renforce pas la dissuasion nucléaire, elle ne peut que l'affaiblir. Au nom de ce principe, le Président et ses partisans justifieront la restauration d'une présidence forte*²⁰ » ce qui fut confirmé par le décret n°96-520 mettant fin depuis à toute controverse.

En conséquent, les sources formelles par lesquelles s'exprime un *jus decisionis* sur l'emploi des forces nucléaires sont la Constitution de 1958 à ses articles 5 et 15 et, surtout l'article 5 du décret du 12 juin 1996 succédant à celui du 14 janvier 1964. Se mesure, à travers ce changement de régime juridique du texte, la confirmation de la primauté présidentielle en matière de nucléaire militaire²¹, le Président restant assisté par plusieurs collègues assurant la mise en œuvre de la frappe nucléaire.

II. Le Président et ses autorités consultatives : la responsabilité collégiale

II.1. La responsabilité de décision

Avec l'article 5 de la Constitution, le Président est le garant de l'indépendance nationale. La détention de l'arme nucléaire donne à cette formule qui aurait pu rester une pure clause de style une réalité tangible et une portée telle qu'elle a vidé de leur signification les autres dispositions constitutionnelles qui eussent pu en limiter le sens²². La politique de la nation, en effet, constitue un bloc indissociable, et le Président étant devenu effectivement le garant de l'indépendance nationale, et la politique de la Nation devant tendre à assurer cette indépendance, ce dernier use d'un droit d'orientation sur l'ensemble de la politique, l'un confortant l'autre. De la sorte, l'article 5, alinéa second, de la Constitution influence l'article 20 sur les principes fondamentaux de l'organisation de la défense nationale relevant constitutionnellement du domaine de la loi. Toutefois les tâches se répartissent entre plusieurs autorités²³ ce qui n'en fait pas un pouvoir monocratique, avec l'idée d'une chaîne

¹⁸ Comme c'était le cas jusqu'alors sans qu'aucun Premier ministre, y compris durant les cohabitations, n'ait utilisé cette possibilité.

¹⁹ Pol-Rémy Barjavel, Youness Bousenna *De quel droit utilise-t-on l'arme nucléaire ?*, 8 novembre 2013.

²⁰ Samy Cohen, *Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle*, Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°38, 1986.

²¹ Bernard Chantebout: *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale* (thèse), Paris, LGDJ, 1967, pp.191-228, 429-447 ; "Constitution et défense nationale", Droit et Défense, n°99/2, décembre 1999.

²² Bernard Chantebout, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°38, 1986.

²³ Le *Conseil de Défense*, présidé par le Président de la République (article 15), qui décide de la mission, de la composition et des conditions d'engagements des forces nucléaires ; le *Premier ministre*, qui prend les mesures générales d'application de

d'intervenants et une répartition claire des compétences et de l'exécution. C'est au Chef de l'Etat qu'il revient de se prononcer en dernier lieu quant à l'engagement de l'arme, et les textes infra-constitutionnels appuient cette logique de répartition au point que certains auteurs parlent d'une coutume constitutionnelle²⁴.

Le juriste constatera un législatif lésé du fait que la décision nucléaire s'exerce exclusivement au niveau exécutif. Mais bien que mineures, les attributions du pouvoir législatif en matière de défense nationale demeurent importantes du fait que l'article 34 de la Constitution confie au Parlement le soin de « *déterminer les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale* » lesquels sont traduits par le vote périodique des lois de programmation militaire. Cet état de fait pousse à solidariser l'exécutif et le législatif à la mise en œuvre de l'armement nucléaire d'où des auditions sur la dissuasion nucléaire réalisées en 2014 devant l'Assemblée Nationale²⁵ dans le cadre de sa modernisation.

En outre, trois autres organes participent ainsi de manière consultative à la mise en œuvre du processus de la responsabilité suprême, à savoir le Conseil des Ministres, le Conseil de Défense et de Sécurité Nationale²⁶ et le Conseil de Défense restreint²⁷. La mission, la gestion et les conditions d'engagement des forces sont arrêtées par le Président au cours d'un conseil de défense qu'il dirige, cette décision ne transite que par les commandements spécialisés avant de parvenir aux unités nucléaires elles-mêmes²⁸, sans qu'aucun échelon ministériel ne s'intercale²⁹. On retrouve ainsi une répartition des responsabilités à la fois normative, la prescription du chef de l'Etat, et exécutive, l'acte d'exécution des commandements militaires.

II.2. Le contrôle gouvernemental de la dissuasion nucléaire

Compte tenu des contraintes techniques de la stratégie nucléaire, la jouissance effective de ce pouvoir exige que soient garantis les moyens nécessaires à la concrétisation de l'option décisionnelle du feu nucléaire. A cette préoccupation, dominée par le souci de mettre

ces décisions ; le *Ministre de la Défense* et le *Chef d'état-major des armées*, qui doivent assurer que les forces en question sont opérationnelles ; le *Président de la République*, qui à terme donne l'ordre d'engagement.

²⁴ David Cumin, *Op Cit*.

²⁵ Commission de la défense nationale et des forces armées, rapport à l'Assemblée nationale, 27 juin 2014. L'Assemblée nationale entamait l'examen de la Loi de programmation militaire (LPM) qui fixait les orientations de la France en matière de défense pour la période 2014-2019. Ce texte, qui s'inscrit dans la continuité de l'exercice précédent, a confirmé le maintien d'une force de dissuasion nucléaire au coût de 23,3 milliards d'euros jusqu'en 2019.

²⁶ Article 15 de la Constitution. Egalement à son niveau, le Chef d'Etat-major des Armées est un consultant du Président de la République.

²⁷ Décret n°2009-1657 du 24 décembre 2009 relatif au conseil de défense et de sécurité nationale et au secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale. Ce conseil de Défense restreint peut être réuni dans une composition fixée par son président en fonction des points figurant à son ordre du jour. Il peut également être réuni en formation spécialisée. Ce décret, conjointement à l'article R1122-9 du Code de la Défense, prévoit un autre conseil, celui des armements nucléaires qui définit les orientations stratégiques et s'assure de l'avancement des programmes en matière de dissuasion nucléaire.

²⁸ ALFOST et COFAS.

²⁹ David Cumin, *Op Cit*.

la puissance nucléaire à l'abri des fluctuations politiques et d'assurer par là sa permanence, a répondu l'institutionnalisation du pouvoir exceptionnel du Président par le décret n°2009-1118 du 17 septembre 2009 lequel instaure un « contrôle gouvernemental de la dissuasion nucléaire ». Ce contrôle gouvernemental est constitué de l'ensemble des mesures, protégées par le secret de la défense nationale, qui ont pour finalité de garantir au Président de la République qu'il dispose en toutes circonstances des moyens de la dissuasion nucléaire. Sans remettre en cause cette hiérarchie des pouvoirs et la souveraineté présidentielle du feu nucléaire, l'ordre d'engagement des forces nucléaires reste l'apanage du Président³⁰ et le Premier ministre n'a plus qu'à prendre les *mesures générales d'application* suite aux décisions du Président. Le ministre de la défense est tenu responsable de l'organisation, de la gestion, de la mise en condition d'emploi des forces nucléaires, en somme de la bonne application des directives³¹ émise en amont, il n'est aucunement décisionnaire.

Le premier paragraphe de l'article R1411-8 du Code de la Défense rappelle les missions de ce contrôle gouvernemental qui vise à assurer au Président la garantie à tout moment de l'engagement des forces nucléaires tout en rendant impossible la mise en action des armes nucléaires sans ordre de sa part ; la conformité de l'emploi, dont le contrôle a pour finalité de garantir au Président que la posture opérationnelle des forces nucléaires est conforme à ses directives ; jusqu'à l'assurance de disposer des matières premières fissiles au paragraphe 3 lequel indique que soit assurée l'intégrité des moyens de la dissuasion nucléaire, dont font partie les matières nucléaires, et dont le contrôle a pour finalité de garantir au Président de la République que l'ensemble de ces moyens soit, en tout temps, protégé contre les actes malveillants ou hostiles et contre les atteintes au secret de la défense nationale.

II.3. La dévolution de responsabilité du feu nucléaire

En cas d'incapacité, le pouvoir du souverain nucléaire est transféré pour assurer la permanente de la dissuasion et de l'emploi de la force de frappe. A l'article 7 de la Constitution, en cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil Constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 de la Constitution, sont provisoirement exercées par le Président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces

³⁰ Article R1411-5 du Code de la Défense.

³¹ Article R1411-3 du Code de la Défense.

fonctions, par le Gouvernement³². Des procédures de dévolution de l'autorité d'emploi maintenues secrètes seraient prévues³³ car rien n'empêche constitutionnellement le président de déléguer les codes nucléaires à une personne de confiance n'ayant pas de fonction officielle connue. Ce « *statut prétorien*³⁴ » des forces nucléaires, investies du commandement organique sous l'autorité du Conseil de défense et du commandement opérationnel sous l'autorité du Président de la République, n'est pas tant dérogoire au droit commun : les commandements militaires relèvent directement du Président, rappelant la primauté de la hiérarchie civile sur l'échelon militaire.

En conséquent, l'apparition de l'arme nucléaire³⁵ a conféré aux pouvoirs du chef de l'Etat en matière de défense, une dimension sans précédent qui a entraîné, parallèlement à la réforme de 1962, la présidentialisation du régime. Avec l'effacement du Premier ministre, les prérogatives du Président de la République se sont confirmées.

Cette construction juridique qui réserve la totalité du pouvoir nucléaire au chef de l'Etat résulte d'une pratique présidentielle greffée sur de simples textes réglementaires. La dissuasion, par ses exigences d'efficacité et de crédibilité, a déterminé le contenu de ce droit d'exception qu'est le droit de la défense nucléaire. Planifié pour le processus de mise à feu de l'arme nucléaire, son objet a été de fournir une structure d'action permanente au commandement du Président assisté de collègues pour concrétiser sa décision. Le *principe du maître de l'atome* décrit par Henri Pac est l'expression juridique de ce modèle stratégique. Détenteur d'une puissance de destruction absolue, l'Etat nucléaire confère à son dirigeant un pouvoir de commandement extraordinaire et de responsabilité exorbitante³⁶. Vu comme un

³² Deux articles du Code de la Défense fixent clairement l'autorité nucléaire au Président de la République à savoir l'article R*1411-1, C : « *La mission, la composition et les conditions d'engagement des forces nucléaires font l'objet de décisions arrêtées en Conseil de défense et de sécurité nationale* » ; et l'article R*1411-5, C : « *Le chef d'état major des armées est chargé de faire exécuter les opérations nécessaires à la mise en œuvre des forces nucléaires. Il s'assure de l'exécution de l'ordre d'engagement donné par le Président de la République* » in Florent Baude et Fabien Vallée, *Code de la Défense*, Ellipses, 2012.

³³ Dans le documentaire *La France, le président et la bombe* de Stéphane Gabet diffusé le 22 mars 2016 sur la chaîne de télévision France 5, il est annoncé, pour la première fois et sans donner de détails précis, qu'en cas de défaillance du Président de la République en temps de guerre, un « inconnu » situé en province et désignée par le président, dispose de l'arme nucléaire et des codes pour l'utiliser. Si elle était avérée, cette dévolution serait un déni de la Constitution qui prévoit dans son article 7 en cas d'empêchement au Président de la République son intérim par le président du Sénat.

³⁴ David Cumin, *Op Cit*.

³⁵ Charles de Gaulle, dans son allocution télévisée du 4 octobre 1962 invoque plusieurs raisons pour justifier la proposition de modification constitutionnelle, parmi lesquelles l'argument de la « rénovation de notre défense », soit les pouvoirs militaires du Chef de l'Etat en matière nucléaire.

³⁶ Avec la Constitution de 1958, l'indépendance nationale est clairement devenue l'un des devoirs du Président de la République. Aussi selon Pierre Messmer, « *« le chef de l'Etat a seul l'emploi de la force nucléaire stratégique. La conséquence dans un régime démocratique est que le chef de l'Etat doit être l'élu de toute la Nation, qu'il peut plonger dans de terribles épreuves* ». Sans influence externe, le Président reste un pouvoir isolé qui peut donner l'ordre d'engager les forces nucléaires, aucune action du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif du Président de la République n'est prévue sur cette question. Cette suprématie du Chef de l'Etat est légalisée par la qualification de la plus haute autorité de l'Etat pour décider de l'engagement éventuel de l'arme nucléaire, soit par elle-même, étant sa propre fin.

cas-limite pour ces dimensions nouvelles, l'Etat nucléaire contient une nouvelle fonction présidentielle au-dessus de la légalité dite ordinaire car non-nucléaire laquelle s'est vue imposer des limites avec la révision constitutionnelle de 2007.

III. La remise en cause de l'imperium présidentiel

Les textes constitutionnels et réglementaires dans lesquels s'exprime la pratique présidentielle du feu nucléaire font prévaloir le droit du commandement, une sorte d'*imperium*³⁷ originel illustrée par une procédure unilatérale de décision qui donne l'ordre d'engager l'arme nucléaire. C'est de son statut constitutionnel de chef des armées que le Président tire la prérogative de pouvoir commander en personne les forces armées nucléaires. Cette coutume est basée sur la localisation constitutionnelle de la compétence en matière de défense à l'article 5 qui réserve la totalité de celle-ci au Président de la République, ainsi que sur sa greffe à un simple texte réglementaire ce qui l'a élevée en une sorte de principe dans l'organisation de la défense avec pour but d'appuyer l'indépendance nationale. Toute l'existence de ce droit n'a de raison d'être que dans la perspective de valider au plan juridique le modèle logique de stratégie de dissuasion nucléaire française. Mais sans racine constitutionnelle, cet *imperium nuclearii* s'est vu appliquer des limites contrariant la personne du Président.

III.1. La procédure de destitution du Président

La logique des institutions de la V^e République qui aboutit à la remise du pouvoir suprême à un seul homme a pour contrepartie la suprême responsabilité de celui-ci³⁸. Selon l'expression du spécialiste du droit nucléaire Henri Pac, le « *principe du maître de l'atome*³⁹ » implique une exception au droit en vue de son efficacité et de sa validité : le président de la République n'est soumis à aucun contrôle et ne peut être juridiquement responsable⁴⁰.

La dissuasion nucléaire permet un pouvoir discrétionnaire, sans contreseing ministériel ni autorisation parlementaire, du Président élu mais inviolable, selon les articles 6 et 67 de la Constitution, celui-ci ne peut en effet « *durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que de faire l'objet d'une*

³⁷ Henri Pac, *Op Cit.*

³⁸ Charles Zorgbibe, *Le chef de l'Etat en question*, Economica, 1986.

³⁹ Henri Pac, *Op Cit.*

⁴⁰ L'irresponsabilité politique du chef de l'État se traduit concrètement par l'apposition sur les actes du président de la République du contreseing du Premier ministre et des ministres concernés par ces actes. Ce sont ces derniers qui en endossent alors la responsabilité politique et seul le Gouvernement peut être désavoué par les députés.

*action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures [...] peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions*⁴¹ ».

La Cour de Cassation dans son arrêt du 10 octobre 2001 avait déjà établi que le président bénéficiait d'une inviolabilité temporaire jusqu'à la fin de son mandat, entraînant la suspension des poursuites.

Or la révision constitutionnelle du 23 février 2007 portant sur le statut du président de la République l'a modifié en introduisant notamment une procédure de destitution à l'article 68 modifié. Si l'immunité temporaire du chef de l'État pendant l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire la suspension de toute poursuite pénale et des actes d'information, est actée, un mécanisme de responsabilité politique en contrepois a été instauré avec une procédure très encadrée de destitution qui sanctionne les atteintes que le comportement du chef de l'État pourrait porter à la fonction présidentielle⁴². La loi organique n°2014-1392 adoptée par le Parlement le 24 novembre 2014 sur la responsabilité juridictionnelle du chef de l'Etat précise les modalités de la procédure, le Président de la République pouvant être destitué en cas de « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* ». Ainsi, en vertu de l'article 68 de la Constitution modifiée, « *quel que soit l'acte commis par le chef de l'Etat, cet acte ne doit pas nuire à sa fonction* », sauf à considérer que celui-ci est passible de crime contre l'humanité en enclenchant le feu nucléaire auquel cas le Parlement, constitué en Haute Cour, peut enclencher la procédure de destitution⁴³ et bloquer le gouvernement, sans nécessaire jugement autre que l'avantage politique conféré⁴⁴. Cette destitution ne constitue donc pas une sanction pénale mais une sanction politique dont la conséquence est de mettre un terme au mandat du chef de l'État et à l'inviolabilité qui lui est reconnue par l'article 67 de la Constitution pour la durée de ses fonctions.

Ainsi la Constitution fait porter au Président la charge de la garantie des intérêts vitaux de la Nation selon l'article 5 mais cette responsabilité normative ne peut-elle pas se retourner

⁴¹ Toute action à son encontre pour des faits commis avant ou pendant son mandat peut alors être jugée. Les droits des personnes tiers sont préservés par la suspension de tout délai de prescription et de forclusion.

⁴² La première procédure a eu lieu le 7 novembre 2016 sur proposition de destitution de François Hollande pour divulgation d'informations secrètes, et déboutée le 23 novembre 2016 à son examen par le bureau de l'Assemblée nationale.

⁴³ Le Conseil Constitutionnel a censuré l'article qui limitait le droit de chaque membre du Parlement à la signature d'une seule proposition de résolution par mandat présidentiel. Il a également censuré l'article qui limite à deux jours la durée des débats devant la Haute Cour. Enfin, le Conseil Constitutionnel a jugé que le respect du principe de séparation des pouvoirs ainsi que l'exigence de sincérité et de clarté des débats devant la Haute Cour imposent que les règles relatives à ces débats soient précisées par un règlement de la Haute Cour, qui devra être soumis à l'examen du Conseil Constitutionnel.

⁴⁴ Au demeurant, le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2014-703 DC du 19 novembre 2014 sur la loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution a clairement rappelé que « *la Haute Cour, instituée à la suite de la suppression de la Haute Cour de justice, ne constitue pas une juridiction chargée de juger le Président de la République pour des infractions commises par lui en cette qualité, mais une assemblée parlementaire compétente pour prononcer sa destitution en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat.* »

contre lui au titre de l'article 68 modifié permettant de le destituer et d'engager des poursuites judiciaires contre sa personne.

III.2. La condamnation pénale du Président

La concentration des pouvoirs du feu nucléaire, à savoir l'initiative, la décision et l'usage des armes à un seul homme⁴⁵, confère une toute-puissance présidentielle en vue de l'efficacité de la manœuvre⁴⁶. Ce droit d'exception exorbitant le droit commun, se caractérise par une augmentation des pouvoirs de l'exécutif dont le droit public français n'a pas connu d'équivalent dans sa forme républicaine. Régime d'élection du prince, il fait prévaloir l'imperium du Président de la République et donc un droit de commandement de type impératif dont l'obligation conditionne l'efficacité de sa pratique de dissuasion. En effet, le succès de la dissuasion nucléaire repose sur la comparaison de la destruction qui résulterait d'une salve nucléaire et du gain que représenterait une conquête. Pour que ce calcul soit à la fois possible et crédible, il faut effectivement ramener la complexité d'un Etat moderne à une totalité singulière, à un territoire sanctuarisé, à une sorte de « perfection de l'Etat-nation⁴⁷ », à une personne habilitée à prendre la décision nucléaire, incarne alors l'Etat et dispose d'un droit de vie et de mort sur la Nation.

L'irresponsabilité du souverain nucléaire apparaît en décalage avec l'importance de ses pouvoirs sans apposition de contrepouvoirs. Or l'inviolabilité du Chef de l'Etat, déjà réduite avec la procédure de destitution, dispose d'une seconde limite : le Président peut être poursuivi devant la Cour pénale internationale pour crimes contre l'humanité. S'est alors posée la question de la validité même du garant, la personne présidentielle apparaissant comme non responsable normatif des conséquences du feu nucléaire pour les détracteurs lesquels tablent que le pouvoir présidentiel français entrerait en contradiction avec des principes du droit international, comme la Convention de la Haye selon laquelle « *les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi* », et national, comme la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui dispose que « *le chef de l'Etat ne saurait détenir un pouvoir de vie et de mort* » sur l'homme.

De plus, la reconnaissance de la Cour Pénale Internationale avec la signature du Statut de Rome en 2002 par la France entraîne la question dans le domaine du droit international. Le Statut de Rome de 2002 définissant les crimes internationaux sur lesquels la Cour a un

⁴⁵ David Cumin, *Op Cit.*

⁴⁶ Une crise grave impliquant un conflit nucléaire enclencherait l'article 16 de la Constitution.

⁴⁷ Henri Pac, *Op Cit.*

pouvoir juridictionnel, cette disposition permet de condamner le Président de la République s'il venait à déclencher le feu nucléaire sous le coup d'une inculpation pour crime de guerre ou crime contre l'humanité auprès de la Cour Pénale Internationale. Néanmoins, cette hypothèse reste théorique car l'application de l'article 16 dans un contexte de crise nucléaire peut toujours permettre au Président de garder l'initiative⁴⁸.

III.3. L'imperium et l'effectivité constitutionnelle

Une dernière limite à l'exercice de l'imperium présidentiel du feu nucléaire implique la pyramide des normes, les détracteurs avançant que les décrets conférant ce pouvoir décisionnaire à l'égard des forces nucléaires ne sont pas valides car non-effectifs.

Pour rappel, la définition de l'autorité prééminente en matière de défense réside essentiellement dans les articles 5, 15, 20 et 21 de la Constitution. Et le droit effectivement appliqué, autrement dit efficace, est le droit positif que le juriste analyse dans son double rapport de validité et d'effectivité⁴⁹. Ainsi, le décret du 12 juin 1996 succédant à celui du 14 janvier 1964 est un acte administratif en vigueur depuis son émission, il est effectif et opposable aux administrés. Mais cette effectivité et cette opposabilité n'emportent pas nécessairement sa validité au regard des normes supérieures du droit applicable, tant international qu'interne. Si l'on admet que juridiquement, seul compte le texte de référence, la norme supérieure, on en conclura qu'une pratique fixée par une norme inférieure contraire à ce texte, bien qu'effective, n'a pas de valeur normative, en soi le décret n°96-520. Le problème est alors de savoir si l'on est en présence d'une pratique dénuée de validité ou bien d'une règle dénuée d'efficacité voire de praticabilité. Or la coutume constitutionnelle, au regard du paysage politique français depuis le début de la V^e République, apporte la réponse au regard des cohabitations et des usages politiques des différents présidents français. Six décennies de pratique semblent comporter une *opinio juris* dans l'usage souverain de l'arme nucléaire, une valeur constitutionnelle à raison de l'intention qu'elle recèle de produire effet de droit.

⁴⁸ L'article 16 permet au Président de la République de s'octroyer des pouvoirs exceptionnels lorsqu'une menace grave et immédiate pèse sur les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux. Dans l'esprit de chacun, l'emploi effectif de l'armement nucléaire implique la mise en œuvre, préalable ou au plus tard simultanée, de l'article 16 de la Constitution. Ce n'est que par ce moyen que pourraient être pris dans les délais les plus rapides les nombreux textes qui ont été préparés par le secrétariat général de la défense nationale d'organiser la nation pour le temps de guerre et qui n'ont jamais été soumis au Parlement. Dès lors, la totalité du pouvoir reviendrait au Président.

⁴⁹ La validité permet ainsi de distinguer les normes qui doivent s'imposer au respect de leurs destinataires, puisque obligatoires et valables, des autres normes, qui doivent être obéies selon le principe de l'obéissance préalable mais qui n'auraient pas à l'être, précisément parce qu'elles ne sont pas valables. L'effectivité, elle, permet de distinguer les normes qui s'imposent et celles qui ne s'imposent pas, qu'elles soient valables ou non, qu'obéissance leur soit due ou non.

Conclusion

Imperium Nuclearii : un généralissime bouc-émissaire ?

La souveraineté nucléaire du Président de la République est la conséquence de la satisfaction des exigences juridiques d'un modèle de stratégie, celui de la dissuasion, respectée ou non par l'adversaire. La V^e République a ainsi été *nucléarisée* par le biais de la coutume autant que du droit⁵⁰, avec un Président nettement avantagé et conforté dans ses pouvoirs exécutifs pour engager le feu nucléaire. Si l'arme nucléaire française dispose de ses quatre généraux de l'Apocalypse à savoir Ailleret, Beaufre, Gallois et Poirier qui ont établi la doctrine de dissuasion nucléaire, leur généralissime demeure le Président de la République, sacré par le vote au suffrage universel lequel lui confère, pour le temps démocratique, l'autorité suprême nécessaire à cette responsabilité.

Elément constitutif du régime politico-juridique, la défense nucléaire a soumis l'ordre constitutionnel à son emprise⁵¹ en affectant ses équilibres internes. La puissance de l'arme nucléaire est devenue une nouvelle source du droit constitutionnel⁵², illustrée par la présidentialisation, l'impératif catégorique de l'indépendance nationale⁵³ et l'élection au suffrage universel direct. Le problème de l'équilibre des pouvoirs semble demeurer dans l'insertion des impératifs de la dissuasion au sein d'une démocratie parlementaire avec la crainte d'un régime monocratique en temps de crise, la peur d'une dictature virtuelle, la contestation d'un exécutif fulgurant.

Dans ses mémoires, le général De Gaulle écrit qu'il avait souhaité par la Constitution « *que, désormais, le Chef de l'Etat [...] soit réellement le chef de l'armée, bref qu'émanent de lui toute décision importante aussi bien que toute autorité* [et que le Premier Ministre et son Gouvernement n'auraient à agir] *sur de graves sujets que d'après ses directives*⁵⁴ ». Emanation de la volonté populaire, encore convient-il, pour exercer cette responsabilité ultime, que cette fonction exécutive de défense nucléaire intègre les moyens de sa mise en œuvre. Dans la dissuasion, la stabilité du décideur est un élément de sa crédibilité, et il est important qu'elle soit fondée en droit. Aussi serait-il nécessaire, à titre de précaution, que le

⁵⁰ Jean Guisnel, Bruno Tertrais, *Le président et la bombe*, Odile Jacob, 2016 (nous soulignons).

⁵¹ David Cumin, *Op Cit.*

⁵² Jacques Robert, *Libertés publiques et défense*, RDP, septembre-octobre 1977, « On s'en remet à l'homme qu'on a élu au suffrage universel », écrit le futur membre du Conseil constitutionnel qui s'inquiète de la concentration des pouvoirs militaires.

⁵³ La garantie de l'indépendance nationale est la condition nécessaire de l'application de l'article 20 de la Constitution aux termes duquel « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation », et il n'est pas de politique véritable de la nation sans nation indépendante.

⁵⁴ Charles de Gaulle, *Mémoires d'espoir I - Le renouveau 1958-1962*, Paris, 1970.

Président ait les moyens *constitutionnels* de conserver son droit exclusif d’engager la force de frappe⁵⁵.

⁵⁵ Maurice Duverger, « La crédibilité du décideur » in *L’aventure de la Bombe. De Gaulle et la dissuasion nucléaire 1958-1969*, Plon, 1985.