

Le droit constitutionnel face à la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics durant la Première Guerre mondiale

Elise Boz-Acquin, Docteur en droit public – Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

La présente contribution s'est fixée pour objectif de réfléchir sur la place de l'histoire dans la théorisation du droit constitutionnel et ses nombreuses implications épistémologiques. Elle tentera d'apporter quelques pistes de réflexion aux problèmes soulevés par la réception de l'histoire par le droit constitutionnel – une réception nécessaire afin d'en mieux construire les fondements théorico-juridiques – eu égard à la méthode historique comme science du droit¹. Il s'agira de répondre, au fil de notre analyse et tout au long des développements, aux questions découlant directement de l'historicisation de la théorie du droit constitutionnel : *la théorie peut-elle se passer de l'histoire ? Y a-t-il une légitimité de la méthode historique ? S'agit-il d'une histoire des concepts ? des idées ? des textes ? des pratiques ?*

Autant de questions auxquelles nous voudrions répondre en prenant pour objet d'étude l'exemple de l'exercice du pouvoir durant la Première Guerre mondiale, dont la référence est fort utile afin d'appuyer l'idée que le droit constitutionnel se construit, et se conforte, en puisant dans l'histoire ses mécanismes juridiques. En effet au cours de la guerre, qu'il s'agisse du gouvernement, du président de la République, du Parlement ou du commandement militaire, le cadre posé par le droit positif n'a pas pu être respecté. La fonction de législation a été exercée par le gouvernement au détriment du Parlement en recourant aux décrets-lois d'habilitations législatives². Le Parlement quant à lui en est venu à contrôler directement les

¹ Le présent article n'a pas pour objet une réflexion sur la « méthode historique » en tant que science juridique ; au-delà des considérations purement théoriques tendant, par ailleurs, à discuter de l'unicité ou du pluralisme de la méthode historique, notre démarche consistera, modestement, à partir du cas précis de l'exercice du pouvoir durant la Première Guerre mondiale afin d'illustrer l'apport de l'histoire du droit au droit constitutionnel. Pour un regard critique sur l'Ecole Historique, J.-L. Halpérin, « L'Histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1 (n° 4), p. 9-32 ; « Le recul de l'Ecole Historique du droit et le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Volume I, 2009, p. 101-116 ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128 (La preuve en sciences sociales), p. 129-144.

² Dès le début de la Première Guerre mondiale, le gouvernement français a été amené à prendre des décrets-lois sans aucune autorisation du Parlement. Soumis à une ratification ultérieure du Parlement, ces habilitations avaient un effet rétroactif. Ces décrets-lois de crise motivés par l'urgence – qui modifient substantiellement la répartition des compétences constitutionnelles au profit de l'exécutif – sont des mesures intervenant dans le domaine de compétence du Parlement sans y être autorisé par une habilitation préalable des Chambres. Le plus souvent, ils sont ratifiés ultérieurement et ce, à la demande du gouvernement. Toutefois, ces décrets-lois ne doivent pas être confondus avec ceux découlant d'une *habilitation tacite* ou *expresse* du Parlement afin

services qui dépendent du gouvernement ; les commissions permanentes ont investi des délégués chargés de contrôler la zone de guerre. Enfin, le commandement militaire a assumé toute la conduite de la guerre au détriment du président de la République qui dispose de la force armée.

Dès les débuts de la guerre, on a assisté au fonctionnement irrégulier des pouvoirs publics voire à une interruption de certaines fonctions étatiques, précisément celle de l'édiction des lois, au profit du pouvoir exécutif par les habilitations concédées par le Parlement autorisant le gouvernement à prendre des décrets-lois. Cette déviation dans l'exercice du pouvoir, désignée comme le résultat d'un « parlementarisme de guerre »³, s'explique en réalité par la *vacance* et la *vacuité* des pouvoirs publics. Mais nous voudrions montrer que ces concepts eux-mêmes ne peuvent prendre sens, et ne rendre compte des faits produits durant la guerre, que dès lors qu'une rétrospective historique permet d'en dresser une généalogie. Effectivement il s'agit de mécanismes juridiques qui ne peuvent être pensés et érigés en concepts constitutionnels, que par référence précisément à l'histoire de la République romaine.

La référence à la République romaine est en effet précieuse puisqu'elle avait déjà posé un régime juridique propre à la vacance du pouvoir (*Interregnum*) et la vacuité des pouvoirs publics (*Senatus Consultum Ultimum*)⁴. La subtilité du droit romain allant jusqu'à poser une

d'autoriser le gouvernement à prendre des mesures nécessitées par les circonstances. Les décrets-lois d'habilitation législative – appelés à tort de la sorte – sont le *fait* du Parlement. Celui-ci manifeste la volonté, tacite ou expresse, de s'en remettre au gouvernement. Ce dernier est autorisé à se substituer au législateur. Il peut également, le remplacer pour déroger aux normes législatives voire les abroger. Les *décrets-lois de nécessité* et les *décrets-lois d'habilitations législatives* n'ont pas le même intérêt « juridico-politique ». Il y a en effet une confusion terminologique autour du mot « décrets-lois ». Traditionnellement, l'expression « décrets-lois » visait deux catégories principales de règlements avant d'être élargie aux *décrets-lois d'autorisations* ou *d'habilitations législatives*. Dans un premier temps, cette terminologie s'appliquait, au sens strict, aux décrets de Napoléon 1^{er} qui empiétaient sur le domaine législatif mais dont l'illégalité était couverte à défaut d'un recours au Sénat avant 1814. Dans un second temps, on entendait spécifier par « décrets-lois » les empiètements illégaux ou simplement anormaux du pouvoir réglementaire, sans que l'empiètement découle de l'intervention du législateur. Cette hypothèse visait un double cas de figure : soit, il s'agissait de décrets rendus par des gouvernements de fait, sur des matières qui eussent dû faire l'objet d'une loi dans le cadre d'un régime normal soit, il s'agissait de règlements émis en matière législative, par un gouvernement investi de toutes les compétences constitutionnelles, à la suite de la disparition de l'organe en charge de l'élaboration de la loi. Les décrets-lois d'habilitation législative ont été assimilés justement à ces décrets-lois pris sans intervention du législateur du fait de l'absence des Chambres (en raison de leur vacance), voir L. Rolland, « Le pouvoir réglementaire du président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *R.D.P.*, p. 552 ; G. Liet-Veaux, « Décrets-lois et décrets de crise », *Revue administrative*, n°6, 1948, p. 49-51.

³ Terminologie employée par P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, P.U.F., Paris, 1925 ; F. Bock, *Un parlementarisme de guerre 1914-1919*, Editions Belin, 2002.

⁴ Sur l'*Interregnum*, T. Mommsen, *Droit public romain*, Tome II, Thorin et fils, 1894, p. 323-339 ; L. Gohary, *Interregnum. Le partage du corps du souverain et la naissance de la Libera Res Publica*, Thèse Paris – Sorbonne, 2011 ; Y. Berthelet, *Gouverner avec les Dieux. Autorité, auspices et pouvoir, sous la République romaine et sous Auguste*, Les Belles Lettres, 2015, p. 37-59. G. Humbert, « Interregnum », *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, MM. Ch. Daremberg et Edm. Saglio, Tome

différence juridique entre ces deux mécanismes. Il est dès lors instructif de se pencher sur cette période de l'histoire afin de découvrir ces outils juridiques, tirés de l'expérience constitutionnelle de l'époque, dont les ressorts pourraient être mobilisés dans le but de comprendre le fonctionnement du pouvoir durant la Première Guerre mondiale dans la mesure où le « droit public moderne » ne connaissait pas, jusqu'à la Grande Guerre, les concepts de vacance et de vacuité du pouvoir⁵. Ni les pouvoirs publics ni les publicistes, n'avaient esquissé l'idée de l'exercice du pouvoir en l'hypothèse de la vacance et de la vacuité du pouvoir. On a pensé qu'il s'agissait de l'exercice du pouvoir en période de guerre qui impliquait, de fait, une dérogation au droit en vigueur en raison des nécessités liées à la guerre. Or une telle approche conduit à un diagnostic erroné, à savoir un déplacement des compétences voire une interruption du fonctionnement régulier des institutions qui résulterait de l'état de guerre, avec une solution qui l'est tout autant, c'est-à-dire la dérogation à la Constitution.

Or, seule cette référence historique permet de comprendre l'interruption du fonctionnement régulier des institutions durant la Grande Guerre et ce, en sortant du cadre restreint de l'état de nécessité, de l'état d'exception⁶. L'« historicisation du droit constitutionnel » aurait permis de construire, bien avant la guerre de 14-18, un véritable droit public de la vacance et de la vacuité du pouvoir si l'on avait eu le réflexe de se tourner vers l'histoire du droit, précisément le droit romain de l'ère républicaine, pour comprendre ces mécanismes juridiques. Car par ce détour historique, les concepts de « vacance » et de « vacuité » prennent tout leur sens de sorte qu'il devient possible d'opérer une qualification terminologique, et donc juridique, du mode de fonctionnement des pouvoirs publics durant la Première Guerre mondiale. Sans cette référence historique, l'exercice du pouvoir n'a pas d'autres justifications que la guerre : la justification de l'exercice du pouvoir, par dérogation au droit posé ou en vigueur, trouvant ainsi son fondement dans l'impératif de faire face à la guerre. Or ce n'est pas l'état de guerre qui explique l'exercice, en dehors du cadre légal, du pouvoir mais plutôt la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics en période de guerre.

III, Hachette, p. 565-567. Sur le *Senatus Consultum ultimum*, T. Mommsen, *Droit public romain*, Tome II, *op. cit.* p. 370-378 ; F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, P.U.F., coll. Léviathan, 2001, p. 31.

⁵ Il faut noter que la régence, qui est historiquement le moment emblématique de la vacance du pouvoir posant ainsi la question de la continuité de l'Etat, n'est pas méconnue des juristes. Néanmoins, elle intervient sous un régime politique étranger au constitutionnalisme démo-libéral ; or ce dernier n'a véritablement été face à la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics qu'à partir de la Grande Guerre.

⁶ Sur la théorie de l'état d'exception, F. Saint-Bonnet, « Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *Droits*, n°30, 2000 ; *L'Etat d'exception*, *op. cit.* ; M. Goupy, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'Etat à l'époque du libéralisme*, C.N.R.S. Editions, 2016.

La rétrospective historique s'avère donc utile puisqu'elle permet d'éclairer l'exercice du pouvoir à un instant T, en l'occurrence durant la Grande Guerre. En même temps, cette référence historique au droit romain de l'ère républicaine permet de dégager ces concepts de la contingence historique tout en conférant une histoire aux concepts de vacance et de vacuité. En ce sens, l'histoire du droit est la seule méthode scientifique permettant d'appréhender conceptuellement la vacance et la vacuité du pouvoir. C'est pourquoi, l'objet de notre contribution est de montrer, à partir de cet exemple précis de l'exercice du pouvoir durant la Grande Guerre, que la méthode historique est indispensable au droit constitutionnel, à la théorie du droit ainsi qu'à la science du droit. Sans cette méthode, la science du droit ne pourrait pas penser, dans notre cas de figure, l'histoire des concepts de vacance et de vacuité. C'est seulement à partir de la référence au droit romain de l'ère républicaine que ces concepts se forment et prennent du sens. L'histoire du droit témoigne ainsi de l'existence de ces deux concepts importants, bien avant leur consécration en droit positif qui ne date, en réalité, que de 1959 à travers l'ordonnance portant organisation de la défense nationale⁷.

Ce qui signifie que la science historique permet aussi la construction d'une histoire des textes et, en l'espèce, de la disposition qui consacre la vacance et la vacuité du pouvoir, à savoir l'article 1 de l'ordonnance de 1959 [codifiée à l'article L. 1111-4 du code de la Défense] qui prévoit qu'en l'hypothèse du fonctionnement irrégulier des pouvoirs publics, « entraînant la vacance simultanée de la présidence de la République, de la présidence du Sénat et des fonctions de Premier ministre, la responsabilité et les pouvoirs de défense sont automatiquement et successivement dévolus au ministre de la Défense et, à défaut, aux ministres dans l'ordre indiqué par le décret portant composition du Gouvernement ». Cette disposition s'apparente au mécanisme de l'Interregne (*Interregnum*) en vertu duquel la disparition des magistrats supérieurs (deux consuls) déclenchait la désignation d'un interroi (*Interrex*) dont la principale fonction était d'assurer la continuité des pouvoirs publics et de l'Etat romain afin d'éviter l'interruption du fonctionnement régulier des institutions. Il en est de même du ministre de la Défense chargé par cette disposition, tel un interroi romain, de veiller à la continuité des institutions publiques.

Enfin, la référence historique permet de penser l'histoire des idées et, dans notre cas de figure, elle permet de s'attarder sur l'exercice du pouvoir en période de vacance et de vacuité

⁷Ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, *J.O.R.F.*, du 10 janvier 1959, p. 691.

dont l'utilité est de mettre en évidence l'articulation du droit objectif et du droit subjectif⁸. Le droit subjectif a une part importante dans la formation du droit objectif dès lors que le droit objectif ne peut être réalisé eu égard à cette vacance et vacuité. Tel est le sens des habilitations législatives concédées par le Parlement au profit du gouvernement lors de la Première Guerre mondiale afin de l'autoriser à légiférer par décrets-lois. En l'absence du Parlement, c'est le gouvernement qui réactive la fonction de législation qui n'était plus exercée.

Donc de notre point de vue, l'histoire ne saurait être réduite uniquement à un récit (P. Veyne) ou ne peut être repoussée sous prétexte qu'elle n'aurait aucune portée normative ou nomologique (P. Ricoeur). Dans notre « investigation », tout en suivant les précurseurs de l'Ecole Historique (Savigny, Puchta)⁹ dans l'idée que la science du droit a pour objet sa propre construction historique et celle du droit lui-même, le propos est de montrer que même si l'objet de la science du droit est le droit, l'objet du droit lui-même n'est pas la science (qu'elle soit d'ailleurs juridique ou historique) mais lui-même. Certes, la science du droit historique a besoin du droit pour se constituer en science mais, le droit n'a pas besoin de la science historique pour exister ou pour être légitime, car ce n'est pas le jurisconsulte qui confère la légitimité au droit posé ou en vigueur.

Dans ce travail d'investigation historique, le jurisconsulte doit donc veiller à ne pas s'ériger en une nouvelle source du droit actuel et substituer sa volonté aux détenteurs légitimes du pouvoir. En ce sens, précisons que notre approche ne s'inscrit pas dans une démarche purement savignicienne dont le but serait de conforter le droit romain de l'ère républicaine en revendiquant sa vocation à être la source essentielle du droit¹⁰, mais davantage dans la continuité de Jhering afin de penser le droit positif actuel et fonder le droit

⁸ R. de Carré de Malberg met l'accent sur l'articulation et la complémentarité du droit subjectif et du droit objectif dans l'exercice du pouvoir en faisant une distinction entre la volonté de l'organe et la volonté propre des individus faisant office de fonction organique : « l'individu qui, en se fondant sur la Constitution, prétend faire des actes pour le compte de l'Etat, invoque en cela son pouvoir personnel, son droit subjectif, comme aussi l'activité qu'il s'apprête à exercer, présente un caractère individuel. Mais, au fur et à mesure que cette activité se développe et *dès qu'il s'agit des effets qu'elle va produire*, les choses changent de face. Envisagée *après coup* et *quant à ses effets*, cette activité apparaît comme émanant non plus de tel ou tel individu, mais de l'Etat lui-même. L'auteur de l'acte accompli, non plus comme personne distincte, mais comme organe », *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Dalloz, p. 459.

⁹ Sur le contexte d'apparition de l'Ecole Historique en Allemagne au début du XIX^{ème} siècle, se reporter à O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F., coll. Léviathan, 2005 ; Sur la méthode développée par Savigny, J. Rückert, « Savigny et la méthode juridique », in *L'Esprit de l'Ecole historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n°7, 2004, p. 75-95 ; G. Friedrich Puchta, « Encyclopédie », in *L'Esprit de l'Ecole historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n°7, 2004, p. 33-74.

¹⁰ F.-C Savigny (von), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, P.U.F., coll. Léviathan, 2006.

futur indépendamment de ce droit antérieur¹¹. Mais, en même temps, il convient également de souligner que cette rétrospective historique n'a pas vocation à une « dogmatique prescriptive »¹², c'est-à-dire un jugement de valeur sur le droit positif actuel ou présent. Le but n'est pas de porter un jugement de valeur sur le droit positif ou sur le travail du législateur, mais de rendre compte de ses failles, de ses incomplétudes voire de ses contradictions internes dans le but de consolider le droit positif.

Car le cadre fixé par la Constitution peut souffrir d'une possible insuffisance au point de ne plus être au fondement du pouvoir des organes de l'Etat sous l'effet des circonstances. Si ce n'est l'incomplétude de la Constitution, l'emprise des faits peut éloigner les pouvoirs publics du respect de l'œuvre du pouvoir constituant. Tel est le cas en période de guerre, de *vacance* du pouvoir voire vacuité des pouvoirs publics qui sont des situations « hors norme », c'est-à-dire en dehors de la règle fixée par l'ordonnancement juridique. En présence de ces cas hors- normes, le but est bien la consolidation du droit en vigueur, en échappant au dilemme de la dérogation au droit, eu égard à l'une des théories qui « suspend » véritablement le droit dès lors que l'intérêt de l'Etat est en jeu, la théorie de l'état de nécessité.

La rétrospective historique a donc vocation à neutraliser le principal obstacle érigé par cette théorie – afin de l'empêcher de s'ériger contre la pérennité et la viabilité du droit en vigueur – en permettant une réflexion sur l'inédit (un phénomène qui se produit à un instant T est-il inédit ou pas ? une situation propre à une époque précise est-elle inédite ou pas ?) qui aurait vocation à limiter ainsi les cas de dérogation. L'historiographie est, par conséquent, une source incontournable pour l'élaboration de l'histoire des pratiques afin de déterminer si le droit est confronté à un phénomène auquel il a déjà fait face ou il ne s'agit que d'une situation *inédite* – étant entendu qu'en résultent des conséquences, comme nous le verrons, pour le droit en vigueur. Seule la science historique permet par conséquent de penser l'inédit, et donc, elle seule est témoin des atteintes portées au droit. L'apport de l'Ecole Historique est dès lors de construire non pas sa propre légitimité, mais celle du droit en tâchant de ne pas confondre le droit et la science du droit.

¹¹ Sur sa conception à l'aune de l'Ecole Historique, R. Jhering, « Le combat pour le droit », A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1875. Sur la critique de la conception de Savigny par Jhering, J.-L. Halpérin, « Le recul de l'Ecole Historique du droit... », *op. cit.*, p. 114-115.

¹² Terminologie employée par J.-L. Halpérin, « Le recul de l'Ecole Historique du droit... », *op. cit.*, p. 115.

Par conséquent, l'histoire du droit est certes une nécessité épistémologique pour la fondation de la science historique du droit (Première partie) mais, elle est surtout une nécessité absolue ou « existentielle » au droit lui-même (Deuxième partie).

I. L’historicisation du droit constitutionnel, une nécessité épistémologique pour la compréhension de la vacance et de la vacuité du pouvoir durant la Grande Guerre

L’apport de l’histoire du droit au droit constitutionnel peut être illustré en se référant au régime de la III^{ème} République qui a vécu une expérience inédite : elle a fait le choix d’affronter la guerre tout en ne suspendant pas l’empire de la Constitution¹³. Le vocable « parlementarisme de guerre » fut alors accolé à cette pratique. Mais, le « parlementarisme de guerre » ne signifie pas que le régime de la III^{ème} République a sacrifié la légalité constitutionnelle. Il s’est adapté et a su trouver d’autres ressources tout en ne renonçant pas à ses principes fondateurs¹⁴. Une continuité dans le fonctionnement de l’Etat et de ses institutions a été assurée contribuant à l’exercice du pouvoir, plus précisément, à la continuité du pouvoir (B).

Une comparaison avec la République romaine permet d’attester que le régime a élaboré une organisation du pouvoir, sous le coup des événements, qui a permis de pallier la vacance et / ou la vacuité des organes de l’Etat même si, le droit romain de l’ère républicaine va plus loin en élaborant un véritable régime juridique de la vacance du pouvoir et de la vacuité des pouvoirs publics. La République romaine est une source d’inspiration afin de fonder les assises théoriques d’un *droit public de la vacance du pouvoir et de la vacuité des pouvoirs publics*, et rendre compte de leurs fonctions durant la Grande Guerre en puisant respectivement dans le procédé de l’*Interregnum* (permettant de remédier à la vacance des magistratures régulières), et du *Senatus consultum ultimum*, (conçu pour pallier leur inaction). Ce détour historique permet, par conséquent, de tracer les contours terminologiques et juridiques de ces deux concepts qui seront nécessaires à la compréhension du mode d’exercice du pouvoir durant la guerre (A).

¹³ Alors que la Constitution de 1793 a été victime d’une suspension de fait de son empire par décret, le 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793) qui décrète que « Le Gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu’à la paix », la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) confère aux pouvoirs publics le droit de suspendre l’empire de la Constitution (art. 92). Mais le résultat est le même : c’est la mise à l’écart de la loi et des garanties constitutionnelles, O. Jouanjan, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, P.U.F., n°17, 1993, p. 125-138 ; P. Romain, *De l’état de siège politique*, Thèse, 1918, p. 55-58.

¹⁴ Cette thèse est développée par P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, P.U.F., Paris, 1925, spécialement à partir de la page 143 à 148.

**A. Les traces historiques des concepts de « vacance » et de « vacuité » :
une référence utile au droit romain de l'ère républicaine**

Précisons pour commencer que la vacance du pouvoir et la vacuité des pouvoirs publics sont deux régimes juridiques distincts qui ne se confondent pas en droit romain : alors que l'interroi agit par Représentation du Sénat (en cas de vacance du pouvoir), la proclamation de la force majeure (en cas de vacuité des pouvoirs publics) déclenche la suspension de la Constitution, étant un régime dérogatoire.

S'agissant d'abord de la vacance du pouvoir, il convient de noter que ce concept ne peut se comprendre qu'en égard au principe de la continuité des magistrats romains. Car la continuité des magistratures est une règle au fondement de la République romaine qui suppose la détention des *auspicia* pour les consuls et d'autres magistrats supérieurs¹⁵ dont l'interruption, pour cause de vacance, pouvait impliquer une paralysie des institutions. En présence des cas d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, pour que les auspices¹⁶ ne soient interrompus et que le fonctionnement de la Cité puisse être assuré et ce, surtout en cas de guerre étrangère ou de guerre civile, on avait strictement réglementé la vacance du pouvoir en recourant à l'Interrègne.

Le recours à ce mécanisme juridique tient donc à la vacance des magistratures régulières qui avait pour conséquence de rompre la continuité des auspices. Ce qui pouvait impliquer une paralysie des institutions affectant la survie même de la Cité. Un interroi était alors désigné ou investi par le Sénat, en vertu de l'*auctoritas patrum*¹⁷, afin d'assurer la tenue des

¹⁵ L. Gohary, *L'Interregnum. Le partage du corps souverain et la naissance de la Liberia Respublica* », *op. cit.*, p. 99.

¹⁶ En vertu de la classification qualitative, il existe deux sortes d'auspices : *urbana* (d'entrée en charge), et *bellica* (de départ), sachant que les auspices *urbana* sont indispensables aux auspices *bellica* de sorte que chaque magistrat doit prendre les auspices d'entrée en charge. Les auspices (*auspicia*), signes envoyés par Jupiter aux magistrats romains pour garantir la légitimité ou l'opportunité d'un acte public, constituent un acte d'entrée en fonction. La prise d'auspices assure l'assentiment des dieux. Lorsque le magistrat doit agir en tant que général, et assurer le commandement propre, il doit prendre les auspices de départ (ou auspices de guerre) avant de quitter le *pomerium*. La prise des auspices de départ est essentielle sinon le général court le risque que son commandement soit affecté d'un vice. Dans ce cas, il est contraint de retourner à Rome pour répéter la solennité de départ, T. Mommsen, *Droit public romain*, Tome I, Thorin et fils, 1892, p. 76 et suivants.

¹⁷ C'est-à-dire par une approbation souveraine préalable des *patres*. Il convient de distinguer deux périodes : durant la première, l'*auctoritas patrum* était un vote du Sénat qui autorisait ou refusait, après le vote, les décisions soumises au plébiscite. Mais dès 339 av. J.-C et le vote de la *Lex Publilia Philoni*, l'*auctoritas patrum* fut neutralisée ; l'autorisation des *patres* n'était plus requise, L. Gohary, *Interregnum. Le partage du corps du souverain et la naissance de la Liberia Res Publica*, Thèse Paris-Sorbonne et Université Laval, 2011, p. 96 ; Y. Berthelet, *Gouverner avec les Dieux. Autorité, auspices et pouvoir, sous la République romaine et sous Auguste*, Les Belles Lettres, 2015, p. 209-213.

comices électoraux par celui-ci pour revenir, dans les meilleurs délais, à l'exercice des magistratures régulières.

Cette vacance du pouvoir pouvait résulter soit de la maladie, soit de la mort des deux consuls, ou des tribuns *consulari potestate* soit en cas de vice de forme dans l'élection des magistrats – constaté par le collège des augures qui sont chargés de veiller à l'observation des rites sacrés¹⁸. Dans ce cas précis, l'irrégularité touchant à une seule magistrature faisait que l'ensemble des magistrats supérieurs devait abdiquer. La déposition de toutes les magistratures découlait de deux principes suivants¹⁹. Un magistrat ne pouvait être élu par une assemblée dont la présidence était assurée par un magistrat de rang inférieur. Par ailleurs, les magistrats inférieurs, ayant été élus sous les auspices du magistrat supérieur, n'étaient plus en mesure d'exercer dès lors que leurs auspices étaient dépendants de ce magistrat.

Aucun magistrat curule – consulat, tribunat consulaire ou dictature – ne pouvait rester en fonction hormis les tribuns de la plèbe. C'est d'ailleurs pour cette raison que la convocation des comices, par l'interregne, pouvait être perturbée par l'opposition tribunicienne. L'*intercessio* tribunitienne pouvait être dirigée contre la convocation des comices – mais elle ne pouvait s'appliquer à l'*auctoritas patrum* donnant lieu à l'*interregnum*²⁰. Seul l'interroi était donc en mesure de prendre les auspices ; aucun autre magistrat supérieur n'étant en fonction²¹.

Ainsi faute de pouvoirs légalement dévolu, en cas de vacance des magistratures, le droit romain revient à la source du pouvoir – au concept d'autorité dans son sens originel²² – pour permettre le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Le droit romain de l'ère

¹⁸ G. Humbert, « Interregnum », *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, op. cit., p. 566.

¹⁹ L. Gohary, *L'Interregnum...*, op. cit., p. 105-106.

²⁰ *Ibid.* p. 62.

²¹ *Ibid.* p. 55.

²² La notion d'autorité, « souvent confondue avec le pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction », trouve son origine dans le concept romain d'*auctoritas*. Le pouvoir et l'autorité ont laissé leur empreinte à la modernité qui ne cesse de puiser en ces concepts. Mais l'*auctoritas* n'a pas toujours eu le sens qu'on lui accorde aujourd'hui, à savoir la personnification de l'autorité. Cette acception de la notion d'*auctoritas* remonte à une période précise de l'histoire romaine. Quand Octave devient Auguste, qualificatif concédé par le Sénat, et devient porteur d'*auctoritas*. Ce qui fait de lui *princeps auctoritate*. Avec César, la notion d'*auctoritas* « repose maintenant sur une conception de la conduite de l'Etat par l'armée sous le commandement de son chef ». C'est pourquoi, la période qui va de César à Auguste est primordiale, étant à l'origine du renouvellement du sens du mot *auctoritas*. De la représentation de toute l'Italie par le prestige et le pouvoir du Sénat, l'*auctoritas* change de sens et devient la personnification de l'autorité. L'*auctoritas* d'Auguste va submerger celle du Sénat et change irrémédiablement de signification s'éloignant de son sens originel Il devient ainsi l'équivalent de pouvoir. C'est cette connotation que la modernité retient de la notion d'autorité, S. Kernéis, « autorité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. D. Alland et S. Rials, P.U., 2003, pp. 111 et 116 ; G. Gély, *Le pouvoir et l'autorité. Avatars italiens de la notion d'auctoritas d'Auguste à Domitien* (27 a. C.- 96 p. C.), Editions Peeters, 1995, p. IX – XXVII.

républicaine remonte jusqu'à la source du pouvoir lorsque le pouvoir n'est plus. Ne se contentant plus du droit posé (ou en vigueur), il invoque le droit voulu par celui qui détient socialement le savoir, l'interroi, pour pallier l'incomplétude du droit légal, voulu et imposé, qui cesse de plein droit de produire ses effets juridiques en l'absence de magistratures régulières. Ce n'est pas à l'obéissance au pouvoir légal mais à l'acceptation du savoir de l'interroi (et donc du patriciat) que le droit romain s'en remet afin d'empêcher l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics – qui peut être néfaste notamment en période de troubles intérieurs ou d'invasion par l'ennemi.

Une sorte de gouvernement provisoire était ainsi instauré en recourant à l'*Interregnum* – un mécanisme qui trouve ses origines à l'époque royale avant de se voir décliner sous l'effet du déclin de l'*auctoritas patrum* (qui a commencé par le vote de la *Lex Publilia Philonis de patrum auctoritate* en 339 av. J.-C., et la *Lex Maenia* du début III^e siècle a sans doute fini par affaiblir ce mécanisme. L'*auctoritas patrum* fut formellement neutralisée par la *Lex Hortensia*²³).

C'est par décret du Sénat que la procédure pouvait être engagée afin de provoquer la réunion des patriciens (*patres*) en vue de désigner le premier interroi. Les *patres* transmettaient à celui-ci non seulement leur *auctoritas*, mais aussi les auspices pour qu'il puisse éventuellement transmettre à son successeur la charge de tenir les comices électoraux en cas d'échec. Il s'agit du retour provisoire de l'autorité au Sénat patricien²⁴. Ce qui est déterminant à la désignation de celui-ci tient à la qualité de cet individu. Le Sénat nomme en principe une personnalité dotée d'un certain prestige et de l'autorité « afin d'incarner psychologiquement [...] une certaine *auctoritas* »²⁵.

Nommé pour cinq jours, sa principale fonction était d'organiser la tenue des comices électoraux en procédant à l'élection de magistrats supérieurs. En cas d'échec à tenir ces comices électoraux, il désignait à son tour un nouvel interroi. Une situation qui pouvait perdurer jusqu'à ce que des magistrats soient *régulièrement* élus. Une fois sa charge accomplie, il devait se retirer pour que les magistrats réguliers puissent entrer en fonction afin de revenir en quelque sorte à la légalité normale, constitutionnelle.

La vacance des pouvoirs publics, qui se traduit par un blocage institutionnel, a trouvé sa solution dans l'organisation d'un régime juridique qui ne se confond pas avec le *ius*

²³ L. Gohary, *L'Interregnum. Le partage du corps souverain et la naissance de la Liberia Respublica* », *op. cit.*, p. 98.

²⁴ *Ibid.* p. 41.

²⁵ *Ibid.* p. 42.

publicium. Les lacunes du droit légal sont surmontées en faisant appel au *mos maiorum*²⁶. Le pouvoir puise sa justification en lui-même,²⁷ seulement dans une certaine mesure. Lorsque le fonctionnement régulier des pouvoirs publics est interrompu, le pouvoir exercé par les magistrats l'est aussi assurément. Le pouvoir, la *potestas* (pouvoir socialement accepté) se trouve en quelque sorte suspendu au profit de l'*auctoritas* (savoir socialement reconnu)²⁸. C'est le savoir des anciens, les patriciens membres du Sénat, qui incarnent l'*auctoritas*.

Mais parfois l'ordre juridique, aussi perfectible et organisé soit-il, et tout en étant toujours en quête d'anticipation, ne peut se prémunir de l'inaction de ceux-là mêmes qui sont chargés de son effectivité, à savoir les organes de l'Etat. C'est-à-dire ceux-là mêmes qui sont chargés d'appliquer ce droit posé. Une éventuelle *vacuité* de leur part ferait que le respect de l'ordonnancement juridique serait dévoyé. Le respect de l'ordre juridique étant *in fine* entre les mains de ceux auxquels il est confié : les organes qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat. S'agissant cette fois du cas précis de la vacuité des pouvoirs publics, le droit romain de l'ère républicaine avait instauré la procédure du *Senatus consultum ultimum* (S.C.U.). En effet, il y avait des cas où le fonctionnement régulier des pouvoirs publics pouvait être altéré alors que les magistrats réguliers étaient en fonction : il s'agit précisément soit de l'inaction des magistrats soit de leur empêchement.

La vacuité résulte ainsi de l'*inaction* d'un magistrat ou de son *empêchement*. Une vacuité se traduisant par une absence d'exercice des attributions légalement dévolues qui débouche sur une vacance de fait du magistrat. Une vacuité pouvant aller jusqu'à porter atteinte à l'intégrité de l'Etat romain, en cas de menaces pesant sur la Cité, telle une guerre civile ou une guerre étrangère. Dans ce cas de figure, le Sénat pouvait adopter un *Senatus Consultum ultimum* (S.C.U.), un avis ou une résolution proclamant la force majeure²⁹. L'intervention du Sénat, qui se fait sous forme de S.C.U., n'a rien à voir avec l'*auctoritas patrum* qui est à l'origine de l'Interrègne. Il permet de faire face à un cas de force majeure sans recourir au processus de l'Interrègne. D'ailleurs, l'absence d'exercice des magistratures régulières est soulignée par T. Mommsen en mettant l'accent sur le fait que la vacance légale –

²⁶ *Ibid.* p. 49.

²⁷ A. Sériaux, *Le droit naturel, naturel*, P.U.F., 2^{ème} édit., 1999., p. 124.

²⁸ *Ibid.* p. 71.

²⁹ T. Mommsen *Droit public romain*, Tome II, *op. cit.*, pp. 370- 378. Au sujet de l'expression *senatus -consulte*, Mommsen évoque « une dernière et extrême » résolution. Celle-ci regroupe plusieurs formules rapportées par les sources : « sénatus-consulte ultime et extrême », *senatus -consulte* « impérieux et écrasant » ou selon la formule la plus fréquente « la république ne subisse aucun préjudice », voir en ce sens, F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, *op. cit.*, p. 73.

Interregnum – n'est aucunement requise³⁰. Le Professeur Saint-Bonnet estime que le *Senatus Consultum ultimum* est une violation de la Constitution – et qui, en tant que tel, ne rentre pas dans le cadre de l'état d'exception³¹. Selon T. Mommsen, il s'agit simplement d'une dérogation pour pallier l'inaction des magistrats supérieurs en adressant une *invitation* à agir³².

L'inaction vise des cas particuliers : soit le commandant d'une place assiégée est par trahison ou lâcheté est disposé à capituler soit le général en chef en personne est d'accord avec l'ennemi³³. Cette force majeure peut également résulter de la perte de son chef d'un détachement en campagne ou de toute garnison d'une place assiégée.

Concrètement, la résolution déclarant la force majeure déclenche *ipso facto* la loi martiale dont les conséquences sont distinctes sur le territoire *domi* et *militiae*³⁴.

Sur le territoire *militiae*, le détachement ou l'armée dépourvue de chef devait s'en trouver un nouveau. Un simple soldat pouvait être désigné commandant. Le choix se portait d'ordinaire sur le plus distingué. Quand il s'agit d'un commandement suprême, son titulaire a l'*imperium* et les droits qui en sont inséparables (par exemple le droit de punir). Cette situation prend fin lorsqu'un magistrat (officier ou général), ayant constitutionnellement qualité pour commander, arrive près des troupes ou de l'armée. Donc un simple individu pouvait être chargé d'une fonction publique.

Dans le territoire *domi*, les effets du *Senatus consultum* sont d'un autre ordre. Tout citoyen, qu'il soit magistrat ou particulier devait faire face à l'ennemi les armes à la main. Mais, l'invitation du Sénat s'adressait généralement aux magistrats en fonction – à condition qu'ils ne fassent pas partie des ennemis désignés. T. Mommsen déclare : « le dernier et extrême sénatus-consulte par lequel la guerre civile est proclamée se borne même, quant à la forme, à inviter les magistrats supérieurs, c'est-à-dire les consuls et à leur défaut à l'interroi, et de plus les préteurs, les tribuns du peuple et les gouverneurs qui peuvent se trouver en Italie à veiller à ce que l'Etat ne subisse pas de préjudice »³⁵. C'est une *invitation à agir à l'adresse des magistrats en fonction* afin qu'ils exercent effectivement leurs fonctions, plus précisément

³⁰ Il fait état d'un « droit de légitime défense pour l'Etat, et pour tous ses citoyens, quand la Constitution est en danger et la magistrature n'est pas exercée », T. Mommsen, *Droit public romain*, Tome II, *op. cit.*, p. 370.

³¹ F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, *op. cit.*, p. 75-76. Le Professeur Saint-Bonnet n'envisage pas cette hypothèse de la vacuité du pouvoir exécutif.

³² T. Mommsen utilise le terme « invitation » à deux reprises, in *Droit public romain*, Tome II, *op. cit.*, p. 373 et p. 377.

³³ *Ibid.* p. 371.

³⁴ *Ibid.* p. 377-378.

³⁵ *Ibid.*

les consuls, qui avaient tendance, une fois le dictateur³⁶ désigné afin de faire face aux menaces, à ne plus exercer leurs fonctions militaires – les consuls cumulaient en effet l'exercice de fonctions à la fois civiles et militaires. Ce sont des cas de vacuité du pouvoir que le droit romain distingue de la vacance du pouvoir (*Interregnum*).

B. Application des concepts de « vacance » et de « vacuité » à la Grande Guerre

C'est ce détour par le droit romain qui permet de qualifier les déplacements de compétences auxquels on a assisté durant la Grande guerre à partir d'une sémantique identique à savoir, « inaction », « empêchement », « interruption du fonctionnement régulier des institutions » qui donnent tout leur sens aux concepts de « vacance » et de « vacuité ». Même si durant la Première Guerre mondiale, le déplacement des compétences n'a pas pu être interprété eu égard à la vacance et la vacuité du pouvoir, il faut aujourd'hui porter un autre regard pour qualifier ces faits. Un siècle après la Première Guerre mondiale, le temps est venu de changer de regard sur l'organisation des pouvoirs publics telle qu'elle fut opérée lors de la Grande Guerre. Il n'y a pas eu de déplacement de compétences ; il a fallu faire face à la vacance et la vacuité du pouvoir en contexte de guerre.

Pour arriver à une telle conclusion, il faut s'appuyer sur les faits : lorsque le 2 août 1914, le Gouvernement a décrété la mobilisation générale et que le 3 août l'Allemagne a déclaré la guerre à la France, le Parlement n'était pas en session. Il fut convoqué en session extraordinaire pour le 4 août par le Président de la République Poincaré et, aussitôt ajourné

³⁶ Les règles normales de fonctionnement de la magistrature ordinaire pouvaient subir une métamorphose, en cas de péril extérieur ou intérieur, par l'instauration d'une magistrature exceptionnelle, la dictature – qui n'est en rien un régime dérogoratoire à la magistrature. Alors que les magistrats sont élus par l'assemblée, le dictateur est nommé par les consuls. Sa nomination a pour but de « faire face à une crise grave provoquée par des dangers extérieurs ou des troubles dans la cité, libéré des entraves de la collégialité et investi des attributions les plus larges » en rétablissant l'ordre. La désignation d'un dictateur par l'un des deux consuls, c'est-à-dire dans le cadre des magistratures régulières, signifie que l'exécutif s'en remet à la compétence du dictateur, qui est un généralissime militaire. Sa désignation signifie la mise entre parenthèses des libertés individuelles puisque le dictateur exerce le commandement militaire à l'intérieur du *Pomerium* ; les individus pouvant subir la répression pénale sans qu'il soit possible d'opposer la *provocatio ad populum* et ce, jusqu'à la troisième loi de *provocatio* vers 300, J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967, p. 342. Le dictateur est un général en chef. Alors que les consuls sont soumis à la règle de l'annualité et de la collégialité, le dictateur (désigné pour six mois) n'a pas de collègue qui puisse lui porter ombrage. Son commandement est unique. Sa nomination a vocation à éviter un commandement dispersé qui pourrait être néfaste à l'exécutif. En principe, la nomination du dictateur n'empêche pas les consuls d'exercer leur compétence militaire même si, à l'époque ancienne, ils se sont abstenus de faire la guerre et s'en sont remis à la compétence de celui-ci, T. Mommsen, *Droit public romain*, Tome III, p. 181.

jusqu'à la session extraordinaire du 22 décembre, clôturée le lendemain. Entre l'ajournement de la session extraordinaire d'août 1914 et la réunion constitutionnelle du second mardi de janvier 1915, le Parlement s'est complètement effacé. Les sessions extraordinaires n'étaient que l'occasion de donner au Gouvernement les moyens de sa politique en vue de la guerre.

La conception de l'effacement complet du Parlement s'imposa dès les premiers jours du mois d'août³⁷ jusqu'à la réunion constitutionnelle du second mardi de janvier 1915. Dans la fameuse séance du 4 août 1914, en raison des hostilités avec l'Allemagne et la nécessité pour le gouvernement d'obtenir des crédits pour faire face à l'effort de guerre, le Parlement vota à l'unanimité, en une seule séance et sans aucun débat, dix-huit projets de lois qui lui étaient demandés³⁸. Il exerça complètement le pouvoir législatif en adoptant des décrets modifiant et complétant des lois. Ce fut également l'occasion de donner une forme légale aux premiers décrets dont l'un des plus importants étant celui qui prescrit l'*état de siège*³⁹.

Or cette séance « de draperie »⁴⁰ sera la seule jusqu'à la convocation en session extraordinaire du mois de décembre 1914 (où il ne sera question que de trois séances et encore une fois sans aucun débat). Selon J. Barthélemy, le Parlement s'est volontairement

³⁷ P. Barrère, *Le droit public français dans la première période de la guerre (31 juillet 1914 -12 janvier 1915)*, Thèse, Montpellier, 1922, p. 31-32.

³⁸ J. Barthélemy, « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », in *Problèmes de politique et finances de guerre*, Conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes Sociales par MM. G. Jèze, J. Barthélemy, C. Rist, L. Rolland, janvier-février 1915, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 117.

³⁹³⁹ Le régime juridique de l'état de siège, élaboré en temps normal pour les périodes de crise, est un régime légal dont l'objet est de concilier les droits des citoyens avec les exigences qui découlent des temps troublés. Sa déclaration a pour résultat l'augmentation de l'autorité gouvernementale à un double degré. Le gouvernement pourra recourir aux agents militaires, au lieu des agents ordinaires, qui exerceront les compétences normales des autorités civiles sans qu'une réquisition soit nécessaire. Par ailleurs, il pourra s'extirper des obstacles que représentent les libertés publiques en instaurant un régime préventif et prohibitif dans le but de soumettre leur exercice à la permission gouvernementale. L'état de siège trouve ses fondements dans la loi du 9 août 1849 modifiée, dans certaines de ses dispositions, par la loi du 3 avril 1878 (loi Bardoux). Aujourd'hui, l'état de siège est codifié à l'article L. 2121-1, l'ordonnance n° 2002-1374 du 20 décembre 2004 ayant abrogé les lois de 1849 et 1878. L'esprit de ces lois a marqué la législation actuelle sur l'état de siège. A l'origine, l'état de siège était une mesure exceptionnelle, purement militaire, qui ne visait que les places de guerres ou les postes militaires attaqués. Issu du décret du 8 juillet 1791 sur la conservation et le classement des places de guerre, l'état de siège visait les places et postes militaires investis ou attaqués par l'ennemi. Mais l'*état de siège militaire* ou *réel* n'a pas tardé à dégénérer en une fiction légale, par suite de l'assimilation entre la situation d'une place assiégée et celle d'une partie quelconque du territoire exposée à un danger intérieur ou extérieur. Selon J. Reinach, il semble que l'Assemblée constituante n'ait pas envisagé la possibilité de détourner l'application des règles relatives à l'état de siège militaire contre des factieux, des « ennemis intérieurs ». C'est ainsi qu'on en est venu à distinguer deux états de siège : l'*état de siège proprement dit* (ou état de siège militaire, réel) qui se caractérise par l'état d'une place investie ou assiégée et l'*état de siège politique* (ou *fictif*) qui caractérise une situation spéciale se rapprochant de celle que les circonstances imposent à l'intérieur des places assiégées, et qui peut s'appliquer à n'importe quelle partie du territoire. L'état de siège politique peut donc être établi en période de paix, dans une ou plusieurs localités, du fait des troubles pouvant dégénérer en guerre civile. Sur l'état de siège, T. Reinach, *De l'état de siège*, Thèse, Paris, 1885 ; P. Romain, *De l'état de siège politique*, Thèse, Toulouse, 1918 ; J. Carret, *Organisation de l'état de siège d'après la loi du 3 avril 1878*, Thèse, Dijon, 1916 ; L. Velut, *Le régime de l'état de siège avant la loi du 9 août 1849*, 1910.

⁴⁰ J. Barthélemy, « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », in *Problèmes de politique et finances de guerre*, op. cit., p. 117.

abstenu d'exercer son contrôle en séance publique. Pis encore, il s'en est à peu près remis à la *convocation* gouvernementale⁴¹. Pendant près de cinq mois, « le gouvernement exerça un pouvoir dictatorial » en prenant par décrets des mesures relevant du domaine législatif⁴². Alors même que le Parlement est en session, dès le mois de janvier 1915, le gouvernement n'en continue pas moins d'exercer la fonction de législation⁴³.

De même s'agissant de l'exercice de la fonction de contrôle dans la zone de guerre : ni les lois constitutionnelles de 1875, ni les règlements des Assemblées ne permettaient aux commissions de la Chambre de dépêcher des délégués aux armées pour opérer un contrôle sur

⁴¹ « Le Parlement s'en est à peu près complètement remis au gouvernement au sujet de laquelle il lui plairait de le convoquer : la constitution, en effet, prescrit que les Chambres seront convoquées si la moitié plus un de leurs membres en font la demande : il n'y a eu aucun mouvement sérieux en faveur de la mise en œuvre de cette prérogative parlementaire », *Ibid.* p. 118.

⁴² J. Barthélemy, « Les pouvoirs publics et le commandement militaire », *R.D.P.*, n°31, 1916, p. 556. La période d'août à décembre a donné lieu à la suspension du Parlement. Cela s'est traduit par une extension du pouvoir réglementaire. Les Chambres tentèrent de reprendre l'exercice de la fonction législative. Mais, les nécessités de l'état de guerre eurent raison des Chambres. Face à la persistance du gouvernement à vouloir légiférer par voie réglementaire, elles finirent par lui accorder ou concéder quelques habilitations législatives alors que les lois constitutionnelles de 1875 ne donnent aucune attribution au gouvernement pour prendre des décrets- lois d'habilitation législative.

⁴³ Dès le début de la Première Guerre mondiale, le gouvernement français a été amené à prendre des décrets- lois sans aucune autorisation du Parlement. Soumis à une ratification ultérieure du Parlement, ces habilitations avaient un effet rétroactif. Ces décrets- lois de crise motivés par l'urgence – qui modifient substantiellement la répartition des compétences constitutionnelles au profit de l'exécutif – sont des mesures intervenant dans le domaine de compétence du Parlement sans y être autorisé par une habilitation préalable des Chambres. Le plus souvent, ils sont ratifiés ultérieurement et ce, à la demande du gouvernement. Toutefois, ces décrets- lois ne doivent pas être confondus avec ceux découlant d'une *habilitation tacite* ou *expresse* du Parlement afin d'autoriser le gouvernement à prendre des mesures nécessitées par les circonstances. Les décrets- lois d'habilitation législative – appelés à tort de la sorte – sont le *fait* du Parlement. Celui-ci manifeste la volonté, tacite ou expresse, de s'en remettre au gouvernement. Ce dernier est autorisé à se substituer au législateur. Il peut également, le remplacer pour déroger aux normes législatives voire les abroger. Les *décrets- lois de nécessité* et les *décrets- lois d'habilitations législatives* n'ont pas le même intérêt « juridico-politique ». Il y a en effet une confusion terminologique autour du mot « décrets- lois ». Traditionnellement, l'expression « décrets- lois » visait deux catégories principales de règlements avant d'être élargie aux *décrets- lois d'autorisations* ou *d'habilitations législatives*. Dans un premier temps, cette terminologie s'appliquait, au sens strict, aux décrets de Napoléon 1^{er} qui empiétaient sur le domaine législatif mais dont l'illégalité était couverte à défaut d'un recours au Sénat avant 1814. Dans un second temps, on entendait spécifier par « décrets- lois » les empiètements illégaux ou simplement anormaux du pouvoir réglementaire, sans que l'empiètement découle de l'intervention du législateur. Cette hypothèse visait un double cas de figure : soit, il s'agissait de décrets rendus par des gouvernements de fait, sur des matières qui eussent dû faire l'objet d'une loi dans le cadre d'un régime normal soit, il s'agissait de règlements émis en matière législative, par un gouvernement investi de toutes les compétences constitutionnelles, à la suite de la disparition de l'organe en charge de l'élaboration de la loi. Les décrets- lois d'habilitation législative ont été assimilés justement à ces décrets- lois pris sans intervention du législateur du fait de l'absence des Chambres (en raison de leur vacance). Il faut préciser que l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 charge le président de la République de surveiller et d'assurer l'exécution des lois. Le droit positif ne consacre pas la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'intervenir dans le domaine législatif en tant qu'organe de législation. Si le gouvernement s'est accaparé l'édiction des lois, pour faire adopter les mesures nécessaires à la poursuite de la guerre, c'est en déviant sur le terrain du pouvoir réglementaire autonome du président de la République. La Constitution Grévy, ayant transformé le parlementarisme orléaniste ou dualiste en un monisme, s'était traduit politiquement par l'effacement du chef de l'Etat au profit du gouvernement qui se trouvait être, d'office, le seul à pallier l'absence du Parlement.

place et sur pièces⁴⁴. Il ne s'agit pas même d'un mécanisme parlementaire trouvant son origine dans la pratique ou la coutume. Il est vrai que sous la Convention, les commissaires aux armées avaient pour principale mission de contrôler les chefs militaires⁴⁵. Néanmoins, ce contrôle était réalisé au nom et pour le compte de l'exécutif. Durant la Grande Guerre, le contrôle tient à l'initiative des commissions : les délégués aux armées agissaient au nom et pour le compte des commissions auxquelles ils appartenaient. C'est justement pour éviter, à la dernière minute, la création d'un organisme de contrôle de la zone des armées – afin de procéder à des enquêtes permanentes et générales – en tant que délégués de la Chambre que l'on s'est orienté vers une délégation aux armées issue de l'*investiture* des commissions. Une solution qui empêcha la métamorphose de la III^{ème} République en un régime d'Assemblée.

Alors que le gouvernement a exercé l'édiction des lois dès le début de la guerre – en raison de l'ajournement des Chambres – une fois réunies en session extraordinaire à partir de janvier 1915, celles-ci n'ont cessé d'être en réunion jusqu'à la fin de la guerre. Leurs Commissions ont entamé un contrôle poussé de l'action du gouvernement en lieu et place du Parlement⁴⁶. La puissance des commissions parlementaires a donné lieu à un glissement dans la nature du contrôle exercé : le centre de gravité du pouvoir s'est déplacé du Parlement tout entier aux Commissions, notamment celles de l'armée de la Chambre et du Sénat⁴⁷.

⁴⁴ Sur le contrôle direct dans la zone des armées, F. Bock, *Un parlementarisme de guerre*, op. cit., p. 177-209 (spécialement le chapitre 6 « Etablir le contrôle des armées »).

⁴⁵ G. Chevrier, « Les rapports du pouvoir civil et du pouvoir militaire de la chute de l'Empire romain à la fin du I^{er} Empire », *La Défense Nationale*, 1958.

⁴⁶ D'ailleurs, c'est sous la III^{ème} République que les commissions parlementaires ont commencé à faire leur apparition. Leur rôle résulte d'une évolution coutumière dont l'institutionnalisation fut entamée juste avant la Première Guerre mondiale. La Grande Guerre ne sera que l'occasion d'une ascension fulgurante où leur compétence, loin de s'inscrire dans le cadre de l'activité législative, aura vocation à contrôler le gouvernement en lieu et place du Parlement. Telles furent les prétentions notamment de la commission de l'Armée de la Chambre ainsi que de son homologue, la commission de l'Armée du Sénat. Sous les premières législatures, les commissions sont dites « spéciales ». L'intérêt manifeste est d'être limité à l'examen d'un texte précis impliquant nécessairement une compétence limitée. Les « commissions permanentes » inspiraient méfiance du fait de leur ressemblance aux comités de la Convention. Par l'accroissement de l'activité législative, compte tenu de la compétence du Parlement dans des domaines tout à fait nouveaux, les commissions parlementaires sont devenues continues et permanentes en s'imposant de plus en plus. Dès la fin du XIX^{ème} siècle (1894-1898), les commissions s'imposent, coutumièrement, dans le paysage politique français : 10 grandes commissions de 33 membres existent de façon permanente en effectuant l'essentiel du travail législatif ; et, 15 commissions sont créées au cours de la 7^{ème} législature (entre le 28 juin 1898 et le 18 janvier 1899). Au début du XX^{ème} siècle, il ne reste plus aux députés que de prendre acte de cette évolution coutumière des commissions et, d'inscrire au Règlement de la Chambre, l'existence de droit de ces organes devenus incontournables dans le paysage politique, F. Bock, *Un parlementarisme de guerre 1914-1919*, Editions Belin, 2012, p. 125 et p. 149.

⁴⁷ Si les parlementaires en sont venus à restreindre le contrôle à son exercice en Commissions, cela tient pour une large part à l'autocensure à laquelle ils s'étaient soumis, lors des interventions à la tribune, pour éviter la divulgation d'informations secrètes touchant à l'intégrité de la Nation. Pour s'extraire de ce contrôle minimaliste, les parlementaires ont emprunté la voie du travail en Commissions qui, tout en garantissant le secret des débats, permettait une certaine collaboration avec le gouvernement. Assez rapidement, le travail en Commission a montré ses limites. La Chambre des députés ainsi que le Sénat ont alors tenu plusieurs Comités secrets pendant la guerre de 1914-1918 pour pallier l'inaction du gouvernement, *Ibid.* p. 121.

A la vacance du Parlement s'est ajoutée, dès le 2- 3 septembre 1914, la fuite du Gouvernement à Bordeaux, au moment où les troupes allemandes s'approchaient de la capitale. Le siège des pouvoirs publics a été déplacé jusqu'en décembre 1914 – or, l'article 9 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics prévoit que le siège des pouvoirs publics est à Versailles. Malgré la volonté du Président Poincaré, dès le 21 septembre 1914, de rentrer à Paris compte tenu de l'éloignement de la menace d'invasion de la capitale, le ministre de la Guerre Millerand s'y oppose⁴⁸. Celui-ci se trouve dès lors en étroite relation avec le commandement militaire du fait de l'éloignement du Gouvernement et de l'absence des Chambres. Ainsi, l'empêchement du Gouvernement a laissé une grande marge de manœuvre au commandement militaire qui a pu s'accaparer la conduite des opérations militaires.

Le Gouvernement n'ayant pas repris la conduite militaire de la guerre une fois revenu à Paris en décembre 1914, le commandement militaire a continué à l'exercer en lieu et place du Gouvernement. Il s'est même complètement dépossédé en nommant le général Joffre généralissime le 2 décembre 1915, juste avant son retour le 8 décembre. Dès cette période, le général Joffre qui menait la guerre depuis le Grand Quartier Général (G.Q.G.), a réussi à former un second ministère de la Guerre concentrant entre ses mains tout le commandement sans même que le ministre de la Guerre ne puisse lui porter ombrage.

Le constat qu'il convient de dresser à partir de ces faits est que le problème n'était pas celui du silence de la Constitution qui, n'ayant anticipé l'état de guerre, aurait paralysé le fonctionnement régulier des institutions : c'était bien celui de la vacance légale, l'inaction ou l'empêchement des pouvoirs publics à exercer des compétences légalement dévolues⁴⁹. C'est en effet l'empêchement du gouvernement ou l'obstacle matériel imputable à son éloignement du siège des pouvoirs publics qui explique son inaction. C'est également l'incompétence ou plutôt le sentiment d'incompétence, avec une dimension psychologique liée sans doute à la personne du ministre de la Guerre voire à sa personnalité, qui est à l'origine de son laisser-faire. C'est aussi la *vacance* du Parlement – qui est une cause légale – qui a empêché toute tenue de sessions parlementaires. Mais, c'est surtout la *vacuité* du Parlement dans la mesure où il a péché par excès de confiance au gouvernement par l'attente de sa convocation⁵⁰. C'est

⁴⁸ *Ibid.* p. 76.

⁴⁹ L'ampleur de ce phénomène porte à se demander si ces blocages ne sont pas liés au compromis de 1875. Les hésitations politiques sur la nature du régime, République ou Monarchie, ont sans doute altéré la pratique des institutions, Voir en ce sens, F. Saulnier, « Opportunisme, positivisme et parlementarisme à l'anglaise au début de la III^{ème} République », *R.F.H.I.P.*, n°12, 2000, p. 307- 325.

⁵⁰ Ce qui témoigne des hésitations sur la nature du régime, en raison d'une mauvaise interprétation du texte constitutionnel, dont l'origine est à rechercher dans la connotation monarchique de la convocation des Chambres

dans le même ordre d'idées qu'il convient d'analyser l'inaction du chef de l'Etat à exercer la conduite des opérations militaires. Cette compétence présidentielle était une évidence pour les partisans de Mac Mahon puisqu'elle avait été taillée sur mesure pour le maréchal – même si, pour ses détracteurs, il ne s'agissait que d'une compétence purement symbolique.

Il convient d'ajouter que le Président de la République aurait pu remédier à la vacance du Parlement en le convoquant pour une session extraordinaire bien avant le 22 décembre. La vacuité présidentielle est aussi symptomatique de cette volonté d'empêcher toute réunion de la représentation nationale. Nonobstant cette inaction, le Président de la République a en réalité organisé sa propre vacuité en n'exerçant pas une compétence constitutionnellement dévolue – l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics accorde au président de la République le pouvoir de disposer de la force armée. Or, cette attribution a été abandonnée au commandement militaire. Comme le précise J. Barthélemy, s'il fallait s'en tenir à une *théorie littéraire de la Constitution*⁵¹, le Président de la République est « le véritable chef de l'armée, pouvant la commander seul, comme un chef militaire, à l'égal du roi de Prusse, ou du tsar de Russie »⁵². Il est ainsi « le chef direct et agissant de l'armée »⁵³. Pour Barthélemy, arguer du contraire reviendrait à construire la théorie juridique de l'abstention du chef de l'Etat : dénier au président de la République le pouvoir de diriger les armées en campagne n'aurait pas de sens. Sa compétence n'est pas un

par le président de la République. J. Barthélemy fait remarquer qu'il y a une irrégularité à ce que la volonté du Président de la République, qui ouvre la session, soit également celle qui puisse la clore. Il en conclut que la session qui s'est ouverte le 4 août 1914 sur convocation de l'exécutif (alors que, juridiquement, il n'en fallait pas) ne pouvait être close par lui, comme ce fut le cas quelques jours plus tard. En effet, en cas d'ajournement des Chambres, certes le Président peut déclarer l'état de siège, de l'avis du Conseil des ministres (art. 2 de la loi de 1878) mais dès qu'elles sont réunies, les Chambres maintiennent ou lèvent l'état de siège (art.5 de la loi de 1878). Selon Barthélemy, cela ne signifie absolument pas qu'elles *ne* se réunissent *que* pour maintenir ou lever l'état de siège. Elles se réunissent de plein droit et restent en session toute la durée de l'état de siège puisque la loi qui établit l'état de siège en fixe la durée par unités de temps, mois ou jours. Et, à l'expiration de ce premier délai, la loi peut en ouvrir un second si les circonstances le justifient. Dès lors, le Parlement devait rester en session pendant toute la durée de l'état de siège. Il montre qu'il n'y a aucune contradiction entre la loi de 1878 et la loi fondamentale de 1875 ; celle-là ne faisant que compléter les zones d'ombre de celle-ci. Il est vrai que l'autorité gouvernementale augmente avec la déclaration de l'état de siège (loi du 9 août 1849 et celle du 3 avril 1878). Mais, il précise que la déclaration de l'état de siège, qui est de la compétence du Parlement, ne peut être initiée par le Président de la République qu'en l'absence des Chambres. Mais dans ce cas, elles *se réunissent de plein droit*, deux jours après la déclaration de l'état de siège (selon la loi du 3 avril 1878, article 2). Or, par le décret du 2 août 1914, les Chambres ont été convoquées par le Président de la République et, elles n'auraient pas dû l'être, puisqu'elles pouvaient se réunir de plein droit. C'est ainsi qu'il souligne la différence d'ordre moral et politique entre la convocation obligatoire et la réunion de plein droit. Sur la déclaration de l'état de siège et le respect de la légalité par le Gouvernement, J. Barthélemy, « Le droit public en temps de guerre. Augmentation de l'autorité gouvernementale », *R.D.P.*, n°32, 1915, p. 135-153.

⁵¹ J. Barthélemy, « Les pouvoirs publics et le commandement militaire », *R.D.P.*, *loc. cit.*, p. 567.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

droit dont il puisse disposer, auquel il ait la faculté de renoncer. C'est un devoir qu'il a l'obligation de remplir⁵⁴.

Cette lecture littéraire de la Constitution a donc volé en éclats dès lors que, pour des considérations purement militaires, l'on a confié l'attribution présidentielle à un généralissime militaire. Si J. Barthélemy juge un tel déplacement de compétence comme légal, c'est pour mieux assurer la victoire militaire ; ainsi le chef de l'Etat, malgré les *apparences constitutionnelles*, n'aura pas la direction des opérations militaires. Ces opérations ont finalement été confiées à Joffre, généralissime nommé en vertu du décret de 2 décembre 1915. L'instauration d'un généralissime militaire est, selon J. Barthélemy, la seule solution qui vaille pour assurer « la centralisation de l'autorité et de la responsabilité sur une seule tête » nécessaires au succès militaire⁵⁵.

En abandonnant la conduite militaire de la guerre au généralissime, le Gouvernement n'était plus en mesure de contrôler directement ses services. A l'ouverture des hostilités, le décret du 28 octobre 1913 sur la conduite des grandes unités précisait bien que le « gouvernement, qui assume la charge des intérêts vitaux du pays, a seul qualité pour fixer le but politique de la guerre ». C'est précisément au ministre de la Guerre Millerand que revient la conduite militaire de la guerre. Or, celui-ci a laissé une grande marge de manœuvre au commandement militaire et n'a pas estimé nécessaire de prendre en mains les rênes de la conduite militaire de la guerre - sans doute parce qu'il n'a pas pu porter ombrage à l'imposant commandant en chef Joffre.

⁵⁴ *Ibid.* p. 569. C'est justement pour « contrecarrer » cette compétence constitutionnelle présidentielle qu'un amendement a été déposé le 1^{er} février 1875. M. Barthe proposait qu'après les mots « il dispose de la force armée », on ajoutât la restriction capitale « sans pouvoir la commander en personne ». Un amendement qui avait pour objet de poser une nette distinction entre la direction comme chef direct des armées et le commandement personnel des forces armées. L'argumentaire du général Chabaud-Latour, ministre de l'Intérieur, afin que l'amendement soit rejeté est révélateur sur ce point : « Je suis autorisé à déclarer à l'Assemblée que, s'il était adopté une disposition qui empêchât le maréchal de Mac Mahon de tirer son épée pour défendre son pays, il ne resterait pas vingt-quatre heures à déposer le titre de Président de la République. ». Cette disposition permettant au Président de la République de disposer de l'armée a été « taillée sur mesure » pour le maréchal de Mac Mahon. Il était inconcevable que le maréchal ne puisse effectivement exercer cette attribution se cantonnant uniquement à une « représentation symbolique ». Finalement, l'amendement fut rejeté. Dès lors que l'amendement n'a pas abouti et qu'aucune révision constitutionnelle n'est intervenue pour introduire une telle restriction alors, le commandement militaire direct est une compétence du chef de l'Etat. Par conséquent, la Constitution de 1875 attribue au président de la République le « droit d'exercer les fonctions effectives de chef militaire suprême ». Historiquement, seule la Constitution du 4 novembre 1848 avait pris le soin de prévoir cette restriction dans son article 50. Il est vrai que cela n'a pas empêché le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Selon Barthélemy, « du moment que la Constitution lui a reconnu cette attribution, elle a entendu par là même lui donner la possibilité de l'exercer comme elle doit l'être : sans contrôle, sans supérieur, sans entraves, sans contreseing. Le commandement militaire suprême doit s'exercer en toute liberté et avec une entière responsabilité. Donc la Constitution a voulu apporter sur ce point une exception aux règles ordinaires du régime parlementaire », p. 567-568

⁵⁵ J. Barthélemy, « Les pouvoirs publics et le commandement militaire », *loc. cit.*, p.567.

D'ailleurs, comment le Gouvernement aurait pu contrôler ses services directement en zone de guerre sachant qu'il n'avait pas de pouvoir effectif pour conduire militairement la guerre. Malgré les *invitations à agir* des parlementaires le Gouvernement, par l'inaction du ministre de la Guerre, a organisé sa propre vacuité. Pour pallier cette situation, c'est le Parlement qui a exercé en lieu et place du Gouvernement le contrôle de ses services en zone de guerre. Mais ce contrôle a été mis en place par les commissions parlementaires, en leur nom et, non en celui du Parlement. A l'effacement parlementaire du début de la guerre succéda ainsi une ère durant laquelle le Parlement ne cessa d'être en session, sans discontinuer, jusqu'à la fin de la guerre.

II. L'historicisation du droit constitutionnel, une nécessité absolue ou « existentielle » au droit

La prise en considération de tous ces faits tend à conforter l'idée que ces déplacements de compétences n'ont pas pour cause directe l'état de guerre – justifiant la dérogation à la Constitution sous l'empire de la nécessité – mais plutôt la vacance et la vacuité des pouvoirs publics dans un contexte de guerre. Le pouvoir a été exercé en période de vacance ou de vacuité des pouvoirs publics, c'est-à-dire dans le cadre d'un régime juridique qui n'est pas celui posé par les lois constitutionnelles de 1875. C'est la compréhension de la nature de ce cadre *inédit* que permet justement la science historique en illustrant par ailleurs l'idée que, ce qui est inédit entre 1914-1918 ne l'est pas, en réalité, si on se réfère au droit romain. La référence à l'historiographie atteste que la vacance et la vacuité ne sont pas des phénomènes inédits. Ce qui confère une histoire à ces concepts, nécessaire dans une optique d'exigence épistémologique (A).

Néanmoins, l'objectif n'est pas tant de donner vie aux concepts, de les inscrire dans l'Histoire que d'assurer, par cette entreprise, la survie du droit lui-même afin de réduire les hypothèses justifiant sa dérogation qui *in fine* sapent les assises du droit au regard précisément de l'état d'exception. Dès lors, la science historique a vocation à œuvrer à la survie du droit comme le révèle la réflexion sur le concept même de l'« inédit » dans son rapport avec l'« exceptionnel ». Il est dès lors tentant de requalifier ou de redéfinir l'exceptionnel afin de vérifier s'il ne revêtirait pas *in fine* le visage de l'inédit. Ainsi réduit à l'« inédit », l'exceptionnel ne pourrait plus s'arguer de déroger au droit puisque l'inédit est justement ce qui est à la *fondation du droit* (B).

A. La référence historiographique pour penser l'inédit

Nous avons vu que même si le mode d'exercice du pouvoir durant la Grande Guerre est inédit pour autant, dans une perspective historique, la vacance et la vacuité ne sont pas inédites. Ces mécanismes ne sont pas étrangers au droit constitutionnel dans la mesure où le droit public de l'ère républicaine en avait strictement posé les assises juridiques par une réglementation scrupuleuse. Ce qui n'est pas le cas du concept « inédit », manifestement ignoré par le droit constitutionnel au profit de celui d'« exception », mais dont il convient de fixer l'exacte signification étant l'objet même du droit constitutionnel.

Dans cette tâche, il faut admettre que seule la référence historique est un soutien utile car elle seule permet de se rendre compte du phénomène de l'itération. Se pencher sur la pratique, sur l'expérience, est donc indispensable pour savoir si le droit se trouve face à un phénomène qui lui est « familier » ou s'il ne s'agit que d'une situation complètement inédite. Donc l'apport de la science historique est sur le plan empirique puisque l'histoire est une référence précieuse afin de comprendre si un phénomène, qui se rencontre à un instant T, est finalement inédit ou est-ce un phénomène dont l'histoire témoigne déjà de son existence. Etant entendu que le droit constitutionnel est une discipline qui se doit de limiter la part de l'inédit afin, justement, d'éviter le bouleversement dans l'exercice du pouvoir en vertu du droit légalement en vigueur. Car plus il est possible d'anticiper un phénomène juridique, plus la part de ce qui échappe au droit se réduit. Le but étant, bien entendu, de limiter les dérogations au droit en vigueur qui seraient, d'abord et avant tout, imputables à ses incomplétudes.

C'est donc ce concept de l'inédit que le droit constitutionnel doit « apprivoiser » afin d'appréhender la vacance et la vacuité du pouvoir. Or sur ce point, force est de reconnaître l'inexistence de travaux permettant d'en délimiter les contours conceptuels. Constatons simplement qu'entre le moment où il n'y a ni une pratique ni une coutume qui se soient formées, c'est l'inédit qui règne. C'est ce moment précis que le droit constitutionnel ne sait pas saisir et sur lequel il faudra s'attarder pour mieux comprendre une situation ainsi que la réponse qui doit lui être apportée par le droit.

C'est dans ce cadre précis que l'approche historique s'avère utile à la science juridique ; concernant précisément la vacance et la vacuité des pouvoirs publics, elle permet de se rendre compte qu'elles n'avaient pas pu être anticipées car elles n'avaient pas été pensées et

intégrées dans le droit positif. Par conséquent, c'est sous le coup des événements qu'il avait fallu s'accommoder de cet état de fait en demandant, dans le cas précis par exemple du gouvernement, des habilitations législatives afin de légiférer par décrets-lois. Etant entendu que le recours aux décrets-lois avait eu une utilité pratique : le gouvernement avait pu ainsi exercer la fonction d'exécution des lois, tout en activant celle de la législation, sans laquelle elle n'aurait pas eu de sens, toutes deux étant nécessaires à la continuation de l'effort de guerre. Ce qui avait donc permis de remédier à la vacance du Parlement⁵⁶.

Durant la Grande Guerre, la vacance et la vacuité des pouvoirs publics est une situation inédite à laquelle on a trouvé une réponse juridique en restant dans le cadre du droit en recourant notamment aux habilitations législatives. Ce qui permet de conclure que l'inédit constitue, de fait, le point de rupture du droit posé, c'est-à-dire du droit en vigueur, puisque la fonction de législation se trouve exercée par le gouvernement en lieu et place de l'organe chargée par le constituant. Mais, en même temps, il est le point de départ du nouveau droit à fonder par le recours aux décrets-lois d'habilitations législatives. Par conséquent, un tel procédé réduit l'empire de l'inédit : l'inédit cesse d'être inédit et devient un mécanisme complètement juridique intégré au droit positif⁵⁷.

L'inédit apparaît alors comme ce qui ne peut jamais être anticipé, régulé car il est toujours *singulier* et le singulier ne peut être normé s'il n'est pas encore advenu. Mais une fois qu'il se produit, il peut enfin être objet du droit de sorte qu'il peut être institutionnalisé sous forme législative ou constitutionnelle. C'est-à-dire que l'inédit peut *enfin* être réglé ; il peut être appréhendé juridiquement. Et donc, cesser d'être inédit ! Ce n'est que lorsque l'inédit sera dépassé que l'on pourra construire les fondations juridiques du nouveau régime juridique applicable à une situation inédite. Donc, les réponses qui sont apportées à une situation inédite ne peuvent être pensées que comme des catégories du droit. *In fine* l'objectif est bien le respect du droit et non sa mise à l'écart, c'est-à-dire sa dérogation. Dans cette perspective, il est possible de faire face à une situation inédite tout en respectant le droit en vigueur.

⁵⁶ Toutefois, même si la vacance du Parlement pouvait être un motif « légitime », dans la mesure où la continuité de l'Etat était menacée, il n'en demeure pas moins que le gouvernement ne pouvait plus recourir aux décrets-lois d'habilitation législative dès lors que le Parlement était en session à partir de début janvier 1915. Bien qu'il soit en session, c'est le gouvernement qui a continué à exercer la fonction de législation en lieu et place du Parlement, en manifestant une volonté farouche de confisquer son exercice et ce, malgré l'opposition des Chambres. La rapidité et la promptitude du gouvernement ont été déterminantes face à un Parlement dont les mécanismes de fonctionnement le condamnaient à une lenteur néfaste, pour justifier cette « dérogation à la Constitution ».

⁵⁷ Cette pratique des décrets-lois sera systématisée surtout durant la Seconde Guerre mondiale. S'agissant de la vacance et de la vacuité, elles seront également intégrées au droit positif à partir de 1958-1959.

Lorsqu'une situation paraît inédite, entendons par-là exceptionnelle, c'est-à-dire jamais rencontrée auparavant et dont la solution n'existe pas encore, cela signifie non pas une dérogation au droit mais le fait de « poser des règles juridiques où il n'y en a pas » voire « où il n'y en a plus ». Donc est exceptionnel ce qui est inédit ; et l'inédit est ce qui doit être normé et qui ne l'est pas encore. Par conséquent, l'exceptionnel est dans le droit ; il n'est pas en dehors du droit. Il n'est pas dans une optique de dérogation au droit mais, bien au contraire, dans celle de la *fondation du droit*.

B. La maîtrise de l'inédit afin d'assurer l'empire du droit

C'est pour mettre fin à la mise à l'écart du droit pour cause d'état de nécessité, dont la conséquence immédiate est d'accepter sans remords la dérogation au droit en vigueur, qu'il faut requalifier le concept d'« exception ». Car face à une situation dite « exceptionnelle », on pense que la solution à lui apporter ne peut être qu'exceptionnelle en raison des conséquences de la théorie de l'état de nécessité. Or l'état de nécessité est une théorie qui désarme le juriste car il bute sur une aporie dont le propre est d'être indépassable. Plus qu'un défi, il attise la « crispation » si ce n'est la « frustration » du juriste.

En effet, F. Saint-Bonnet résume l'aporie en ces termes : « soit nécessité fait loi, auquel cas elle appartient encore au juridique mais le respect du texte est laissé de côté. Soit nécessité n'a point de loi, auquel cas elle obéit à une logique différente et les mesures nécessaires, mêmes opportunes ne sont pas valables ».⁵⁸ L'objectif est de sortir de ce raisonnement binaire puisqu'il n'y a dès lors plus d'alternative entre un droit constitutionnel inadéquat, compte tenu des nécessités, et un état de nécessité qui ignore la légalité constitutionnelle. Ainsi, cette théorie ne permet pas de concilier ces deux exigences afin de tenir compte des nécessités découlant d'une situation inédite tout en demeurant dans la légalité, c'est-à-dire ni en-deçà de la légalité ni au-delà de l'état de nécessité. C'est donc sur le terrain de l'état d'exception qui se situe le point d'achoppement ; il faut revenir sur sa signification profonde afin de dépasser l'aporie autrement que par le *jugement esthétique* qui conduit à prôner l'*autonomie de l'état d'exception*⁵⁹.

⁵⁸ F. Saint-Bonnet, « Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 35 ; F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, *op. cit.*

⁵⁹ Ces concepts sont définis par F. Saint-Bonnet : Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *op. cit.*, p. 29-43.

C'est la reformulation de l'exception, entendue comme « ce qui déroge à la règle », au profit de « ce qui permet de poser une règle où il n'y en a pas ou il n'y en a plus » qui permet de reconsidérer cette théorie⁶⁰. L'inédit suppose ainsi la fondation du droit et non sa dérogation. Par conséquent, l'exceptionnel n'échappe pas au droit : il n'est pas dérogatoire au droit en vigueur mais constitutif de celui-ci (il ne lui déroge mais le constitue). Il est fondateur du droit *ie.* d'un nouveau droit (« un droit *ad hoc* »). Par conséquent, l'exceptionnel ou l'inédit n'est pas en dehors de la science juridique et mérite, à ce titre, d'être l'objet de la science historique.

Car c'est la survie du droit lui-même qui impose, ou qui nous commande, de réduire au maximum la part de l'inédit dans la mesure où l'inédit est prétexte à la dérogation au droit en vigueur en raison d'une interprétation qui se fonde sur l'état de nécessité, l'état d'exception (durant la Grande Guerre, ce fut l'état de guerre). Or, la contradiction est que le droit ne peut avoir pour objet sa propre dérogation ! L'objet du droit est sa survie, son existence pour renforcer son emprise sur les faits. C'est en ce sens qu'il faut renouveler les postulats de l'Ecole historique du droit. L'historicisation du droit est une nécessité, non pas pour la science du droit, mais pour le droit lui-même car l'objet du droit, c'est le droit positif en vigueur – et donc le droit actuel tourné vers le futur.

Cette conclusion force à s'imprégner de l'avertissement de R. de Carré de Malberg qui consiste à ne pas confondre l'objet du droit et l'objet de la science du droit de sorte que « la science juridique n'a pas pour objet de créer le droit »⁶¹. Il poursuit en précisant que « quant au juriste, il ne participe point, comme tel, à la tâche de création du droit. La raison en est que cette tâche est réservée aux organes ou autorités qui, sous des formes diverses, ont été investis, à cet effet, d'un pouvoir spécial par la loi constitutionnelle de l'Etat ou par des lois ordinaires faites en vertu de cette loi fondamentale. La détermination de ce qui doit devenir règle de droit, n'est donc point affaire d'investigations individuelles de savants ou de penseurs, mais un acte de puissance présupposant une compétence organiquement instituée »⁶². Comme le précise M. Troper, « la science du droit, comme toute science, est incapable d'émettre des propositions. Elle se borne donc à énoncer des propositions, appelées « propositions de droit » qui décrivent des normes ayant une existence objective,

⁶⁰ Cette interprétation est suggérée par B. Bernardi, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?* VRIN, 2003, p. 31.

⁶¹ R. Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 197.

⁶² *Ibid.*

indépendante de la science du droit, tandis que le droit est formé de ces normes »⁶³. Par conséquent, « la science, qui décrit le monde à l'aide de propositions, ne peut en aucun cas énoncer des prescriptions. Elle dit ce qui est, mais ne peut dire ce qui doit être »⁶⁴.

Ces mêmes conclusions commandent à l'historien du droit de ne pas confondre le droit et la science historique. L'école historique, en se focalisant sur le rapport du droit et de l'histoire, en vient à voiler le rapport étroit et intime entre le droit et la science du droit. La quête de la méthodologie historique ne doit pas tendre à la confusion de la science du droit et du droit lui-même. Le jurisconsulte doit prendre acte de l'« autonomie du droit » eu égard à la science historique. Dans ce travail d'investigation historique, le jurisconsulte doit veiller à ne pas s'ériger en une nouvelle source du droit actuel et substituer sa volonté à celle de ses détenteurs légitimes.

La science du droit a besoin du droit mais le droit n'a pas besoin de la science pour exister ou pour être légitime ; car ce n'est pas le jurisconsulte qui confère la légitimité au droit en vigueur. Ce droit n'a besoin de rien, pas même de l'histoire du droit, pour se tenir puisque c'est le droit codifié, c'est-à-dire l'œuvre du constituant ou du législateur. La science et son objet ne doivent donc pas être confondus. L'objet de la science du droit est le droit, mais l'objet du droit lui-même n'est pas la science du droit, c'est lui-même afin d'assurer sa survie ou de se conserver. Dans cette perspective, le combat pour le droit consiste en la limitation des cas de dérogation au droit.

⁶³ M. Troper, *La philosophie du droit*, P.U.F., 2011, p. 32.

⁶⁴ *Ibid.*