

François Saint-Bonnet

L'ABNÉGATION DES HOMMES, LE SACRIFICE DE LA LÉGALITÉ. LA GRANDE GUERRE ET L'IMPOSSIBLE NAISSANCE D'UN DROIT ADMINISTRATIF D'EXCEPTION

La Première Guerre mondiale a-t-elle été l'occasion de la naissance d'un droit administratif d'exception ? Posée ainsi, la question peut être entendue en fonction de deux présupposés. Le premier consiste à considérer qu'un « droit administratif d'exception » existe aujourd'hui, l'interrogation serait donc de savoir s'il est *vraiment* né à la faveur de la Première Guerre mondiale. Le second, au contraire, consiste à douter de son existence et à s'interroger sur le point de savoir pourquoi, malgré les circonstances extraordinaires de la Grande Guerre, ce droit administratif d'exception n'est *jamais* né. Ces présupposés sont l'occasion de se poser deux questions en réalité de natures fort différentes. L'une est historique : la question d'un droit administratif d'exception s'est-elle posée spécialement et pour la première fois avec une telle force à l'occasion de ces quatre années terribles ? L'autre est théorique : un droit administratif d'exception peut-il être pensé logiquement ?

À la première question, une réponse positive peut être apportée sans difficulté ni hésitation¹. Il est certain que dater cette problématique de cette période-là est particulièrement indiqué. Le Conseil d'État a en effet développé sa jurisprudence dite des circonstances exceptionnelles à la fin de la Première Guerre mondiale, dit-on, pour éviter de rouvrir la liste des actes de gouvernement et, partant, leur soustraction au contrôle de la légalité². Donc, le fait de refuser de renoncer à contrôler certains actes à forte teneur politique et stratégique obligeait en quelque sorte le conseil d'État à faire preuve de davantage de souplesse ou de compréhension, d'où l'idée que ce sont cette souplesse et cette compréhension particulières qui ont permis l'éclosion et l'invention d'un droit administratif d'exception. Bref, c'est indubitablement à l'occasion de la Première Guerre mondiale que le juge administratif a accepté de déclarer légales des décisions qui eussent été jugées illégales en périodes normales, au nom de l'évidente nécessité qu'il y

¹ Ce n'est pas à dire que la question de l'exception en droit administratif ne s'est pas posée du tout avant cette date, mais de manière ponctuelle et, somme toute, marginale. Voir nos développements dans F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 335 sq. Il n'en est pas de même en droit constitutionnel.

² F. BURDEAU émet l'hypothèse que « sensible à la réprobation qu'exprimait la grande majorité des juristes à l'égard de cette ensemble hétéroclite d'actes [*i. e.* les actes de gouvernement], dont la totale immunité juridictionnelle constituait une atteinte regrettable aux principes de légalité et de responsabilité de la puissance publique, le Conseil d'État s'est refusé d'en élargir la sphère » (*Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 305).

avait à pourvoir à un objectif plus grand que la légalité : le salut de l'État et du pays.

Pour autant, cela ne règle nullement la question théorique qui est de savoir si peut exister, Première Guerre mondiale ou non, un droit administratif d'exception. Question à laquelle une réponse négative doit être apportée : il n'en existe pas, il n'en a pas existé, il n'en existera pas, et il est impossible qu'il en existe. Parce que c'est un oxymore, les termes s'opposent.

L'exception *stricto sensu* est ce qui ne peut être saisi (ce qui est « hors de prise », *ex capere*) or le droit s'efforce de saisir et d'offrir aux situations saisies un minimum de sécurité juridique qui se traduisent par la prévisibilité, l'encadrement normatif, l'argumentation et la reddition de comptes.

Pour autant, s'il n'existe pas de droit administratif d'exception ou de droit d'exception, ce n'est pas à dire qu'il n'y a rien. L'état d'exception existe, qui véhicule une logique et une manière d'être propres, lesquelles pour autant, ne ressortissent pas au domaine du juridique. Il s'agit de montrer comment la Première Guerre mondiale a été clairement un état d'exception et comment celui-ci a un *impact sur le droit*, sans pour autant qu'il soit *du droit*.

Avant de développer les considérations relatives à la Première Guerre mondiale, des précisions terminologiques rapides s'imposent. « État d'exception » est une expression qui est victime de son succès. Elle a été employée notamment par ceux qui ont dénoncé les mesures radicales et durables adoptées par les États-Unis après 2001, notamment à la faveur des différents *Patriot Acts*, lesquels sont toujours en vigueur au moment où ces lignes sont écrites. C'est le cas de Giorgio Agamben³, qui dénonce un hypothétique état d'exception permanent à grand renfort de relecture du sulfureux Carl Schmitt⁴. Ce qui est décrit et dénoncé n'est pas l'état d'exception, mais le recul durable des libertés aux États-Unis dans le cadre de la lutte non moins durable contre le terrorisme. Que l'on déplore ou que l'on juge fatale cette évolution en profondeur du rapport entre libertés et sécurité, aux dépens des premières, on peut simplement faire le constat mais il n'y a pas d'exception, et pas davantage, d'état d'exception. Cette expression est employée aussi par des juristes pour désigner les renforcements temporaires des pouvoirs à condition que ceux-ci soient prévus par la Constitution ou par la loi, prévision qui constituerait un progrès par rapport à l'improvisation qui régnait jadis. On défend l'idée que l'état d'exception, à travers les législations d'exception, peut être appréhendé par le droit et que, dès lors, il est une composante de l'État de droit, voire une condition de l'État de droit⁵. Cela suppose qu'en cas d'état d'exception, la légalité quoique élargie sera strictement délimitée par les

³ G. AGAMBEN, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003.

⁴ Notamment C. SCHMITT, *La dictature [Die Diktatur]*, 1921, Paris, Seuil, 2000.

⁵ C'est la position adoptée récemment par V. SOUTY, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise : essai de droit comparé*, Thèse de droit Paris 3, 2015.

textes et que ceux-ci seront scrupuleusement observés. Ce que la réalité dément. Une illustration peut être tirée de la jurisprudence de la Première Guerre mondiale, spécialement le fameux arrêt *Delmotte* du 6 août 1915 en vertu duquel les circonstances exceptionnelles viennent justifier une interprétation exceptionnelle et ultra-extensive de la loi de 1849 sur l'état de siège⁶.

La Première Guerre mondiale est l'occasion de vérifier fréquemment ce phénomène d'emprise absolue de la nécessité pour subjuguier la légalité, notamment à travers les remarques faites par la doctrine. Il n'est que de lire la fameuse série d'articles de Joseph Barthélémy dans la *Revue du droit public* de 1915 à 1917⁷ où il explique à longueur d'articles que la loi de 1849 est enfreinte, que les règles de répartition de compétences sont piétinées, que les libertés sont bafouées, et qui, à une quinzaine de reprises a des affirmations dont la teneur est identique à celle-ci : « Certes, il est bien loin de ma pensée de critiquer ces mesures excellentes ; mais il faut bien que je reconnaisse qu'il n'y a rien, dans les lois sur l'état de siège qui les autorise⁸ ». Son zèle va jusqu'à soutenir que les mesures de lutte contre l'alcoolisme adoptées n'ont pu l'être que « grâce » à la guerre qui est, dès lors, une excellente occasion, c'est-à-dire un prétexte pour le faire, parce que les « alcooliers » osent moins exciper la liberté du commerce, et les consommateurs la liberté individuelle. À propos de l'interdiction de la vente au détail de boissons alcooliques prise par certains préfets avec le concours de l'autorité militaire pour toute la durée de l'état de siège, le même Joseph Barthélémy écrit : « c'est là une mesure en tous points excellente ; et si l'administration avait le droit de la prendre, elle est en vérité bien coupable d'avoir tant tardé. Mais je suis persuadé qu'avant le changement causé par la guerre dans les esprits, elle aurait été considérée comme illégale, à raison de l'atteinte qu'elle porte au principe de la liberté des professions⁹ ».

Il faut ajouter un élément supplémentaire qui permet de mieux cerner l'articulation entre droit et nécessité lors de la Première Guerre mondiale. Derrière l'idée de droit d'exception, il y a toujours une infinité de situations concrètes possibles. On peut toutefois identifier trois grandes catégories : les guerres, les insurrections ou séditions armées, et enfin – mais il n'en est pas question au début du XX^e siècle – les catastrophes naturelles. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi relative à l'état de siège de 1849 envisage un « péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ». Deux situations en réalité extrêmement différentes : l'insurrection armée suppose un peuple divisé, en guerre civile, et une opposition politique

⁶ Voir *infra*, II.

⁷ J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *Revue du Droit Public*, 1915 (p. 134-162, p. 310-359 et p. 545-575), 1916 (p. 73-119 et p. 552-586) et 1917 (p. 146-151). Sur Barthélémy, voir la thèse de F. SAULNIER, *Joseph Barthélémy, 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 110, 2004.

⁸ J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, p. 156.

⁹ *Ibid.*, p. 549.

plus ou moins clandestine, mais réelle et déterminée. La guerre étrangère, en principe, provoque une réaction consensuelle d'union et de dépassement des clivages face à l'ennemi commun. Dans un cas le *dissensus*, dans l'autre le *consensus* doublé de l'existence de *tabous*, c'est-à-dire de position qu'il est socialement impossible de soutenir au risque de s'exposer au reproche de lâcheté, de défaitisme, de pusillanimité, voire de trahison. La présence et l'intensité de ces tabous sont déterminantes. En effet, le critère de l'état d'exception est l'évidente nécessité¹⁰, laquelle résulte de la réunion du consensus et de tabous et suppose un partage quasi à l'unanimité de l'impératif d'une réaction face à la situation. Or la Première Guerre mondiale est une illustration archétypique de cette dimension fusionnelle de l'union « sacrée¹¹ » de la nation : sans doute, avec les mois et les années, le consensus n'empêche-t-il pas un jeu de nuances d'appréciations, comme le montre une vie politique à la vitalité persistante. Mais sur l'essentiel, nourrie de nationalisme et d'esprit de revanche depuis plus de quarante ans, l'unité du pays n'a pas été prise en défaut. Il faut noter la rareté du phénomène : la guerre de 1870 et la guerre de 1940 n'ont pas fait l'objet de ce même sentiment d'évidente nécessité. Pour la première, les divisions quant aux conditions de la paix et quant au régime politique souhaitable ont été considérables. Pour la seconde, l'opposition entre les partisans de la collaboration et ceux de la résistance a déchiré la société.

Le droit noue avec cette évidente nécessité des relations singulières qui obligent les gouvernants, les gouvernés, les juges et la doctrine à adopter des positions et des stratégies diverses. Tout le monde a *besoin du droit* car il est constant qu'agir en dépit de la légalité n'est pas le meilleur moyen d'obtenir l'obéissance, et en même temps, tout le monde est *gêné par le droit* car l'appliquer sérieusement serait se priver des moyens de faire face efficacement à l'ennemi. On peut examiner un certain nombre de ces actions (I) et de ces réactions (II) pour tenter de montrer que si le gouvernement et l'administration agissent souvent en dépit de la légalité stricte, ce n'est pas à dire qu'elle soit soustraite à tout contrôle du juge et à l'appréciation de la doctrine, simplement l'examen dont font l'objet les mesures ne relève pas du contrôle de la légalité mais de l'appréciation de l'évidente nécessité.

I. L'ACTION GOUVERNEMENTALE ET ADMINISTRATIVE

L'état d'exception provoque en général un double mouvement. D'une part, une modification des rapports entre les institutions qui se traduit par une concentration des pouvoirs dans peu de mains mais dans des mains énergiques ; d'autre part, une transformation des rapports entre la société et

¹⁰ Voir sur ce point notre ouvrage : F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*

¹¹ Voir le message aux chambres du président Raymond Poincaré prônant l'« Union Sacrée », lu par René Viviani, président du Conseil, le 4 août 1914.

l'État qui prend la forme d'une atrophie des libertés individuelles au profit d'une administration envahissante.

La concentration du pouvoir se manifeste en général par un transfert de compétences normalement exercée par l'organe délibératif (fonction législative) et par son relatif mutisme (fonction de contrôle du gouvernement) face au pouvoir exécutif. S'il est patent que l'on a assisté à un transfert massif des compétences du parlement sous la forme d'habilitations du gouvernement à légiférer en urgence par décret¹² (et cela dans le silence des lois constitutionnelles de 1875) et si, en outre, les autorités civiles se sont largement vues privées de nombre de leurs prérogatives au profit des autorités militaires en vertu de la loi de 1849 sur l'état de siège, on n'a guère assisté, pendant la Grande Guerre à un phénomène de mutisme politique.

L'atrophie des libertés résulte d'un investissement considérable de l'administration dans des domaines qui normalement ne relèvent pas de son ressort. L'activité consistant à policer la société qui était essentiellement répressive avant la guerre (sanctionner le comportement déviant par l'action judiciaire) devient largement préventive (autorisation administrative préalable aux actions des citoyens). Pour l'écrire autrement, une croissance du droit administratif aux dépens du droit pénal, un progrès du régime (autoritaire) de l'autorisation aux dépens du régime (libéral) de la répression.

Pour autant, de manière parfaitement singulière et *extra-ordinaire* pendant la Première Guerre mondiale, la dilatation des pouvoirs comme la régression des libertés ont été, sauf exceptions marginales, volontiers acceptées comme une sorte de sacrifice nécessaire. Comme si le sacrifice volontaire des libertés et des contre-pouvoirs était le corolaire minimum et indispensable du sacrifice des soldats qui payaient de leur vie même le prix de la liberté.

A. La concentration des pouvoirs

La concentration se traduit souvent par une ignorance gouvernementale des prescriptions législatives, ignorance qui n'est « couverte » que postérieurement par les Chambres.

Dès l'été 1914, le gouvernement s'est abstenu d'exécuter des lois qui devaient l'être au motif que leur application aurait pu aller à l'encontre de l'Union sacrée. De manière très caractéristique, le gouvernement décide de ne pas organiser certaines opérations électorales prévues ou de ne pas convoquer les électeurs alors que des mandats arrivent à leur terme. Outre la difficulté matérielle de l'élection, on invoque l'absence de nombreux électeurs partis se battre. On songe également qu'une élection suppose une compétition électorale et donc des divisions, lesquelles pourraient conduire

¹² Voir sur ce point dans ce même numéro de *Jus Politicum*, B. DAUGERON, « Le contrôle parlementaire de la guerre ».

à altérer l'esprit d'Union sacrée qui doit animer la nation. Mais loin de s'opposer à une telle méconnaissance de la répartition normale des pouvoirs, les Chambres ne trouvent rien à redire. Lors de la séance du 24 décembre 1914 au Sénat alors qu'il est question de régulariser la situation en adoptant une loi sur les élections et de mettre fin à l'illégalité dans laquelle on règne depuis août, le rapporteur indique laconiquement que la Chambre des députés a adopté un projet de loi d'ajournement des opérations de révisions des listes électorales pour 1915 jusqu'à la cessation des hostilités et de suspension de toute élection législative, départementale, communale ou consulaire jusqu'à ce qu'une loi spéciale ait autorisé la convocation des collèges électoraux. Pour défendre devant ses pairs le projet qui revient à suspendre la démocratie pour tout le temps de la guerre, il se contente de dire « que les motifs du projet sont *trop évidents* pour qu'il y ait lieu d'insister sur la *nécessité* de l'adopter¹³ ». Et en effet, le projet est adopté sans discussion.

De même, un grand nombre de garanties légales offertes aux fonctionnaires, spécialement des militaires, se trouvent suspendues. En particulier la fameuse communication personnelle du dossier en cas de mesure disciplinaire, de déplacement d'office ou de retard dans l'avancement à l'ancienneté adoptée avec la loi de finances du 22 avril 1905 (article 65). Le rapport du ministre de la guerre, Messimy, du 15 août 1914 souligne que « cette mesure n'est pas, en ce qui concerne les militaires des armées de terre et de mer, compatible avec les nécessités du temps de guerre qui exigent que les sanctions disciplinaires soient immédiates ». Le décret adopté, qui vise l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 fera l'objet d'une abondante et passionnante littérature doctrinale. En effet, la justification donnée à la suspension d'une loi par un décret du président de la république réside paradoxalement dans le fait qu'il « surveille et assure l'exécution des lois¹⁴ ».

Quant au transfert des pouvoirs civils aux autorités militaires, prévu par la loi de 1849, force est d'observer que ses dispositions ont été exploitées à leur maximum, au risque parfois du surrégime. L'état de siège ne doit être déclaré que pour un périmètre donné, c'est tout le territoire qui est placé sous ce régime le 2 août 1914, y compris des zones fort éloignées des combats. Il doit être prévu un terme légal à l'état de siège, la loi qui le proroge n'envisage que celui « des hostilités ». En réalité, cette loi a été pensée au milieu du XIX^e siècle¹⁵ pour conjurer un risque politique circonscrit territorialement. Quant à la guerre étrangère, elle se conçoit à cette époque comme une guerre de mouvement, relativement brève, ayant un impact limité sur la société civile. Or celle qui commence en 1914 est la première guerre absolument totale, qui va engager toutes les forces humaines et économiques de la nation. Ce conflit est donc surdimensionné par rapport aux ressources législatives dont dispose le gouvernement. En

¹³ *JORF*, Sénat, séance du 23 décembre 1914, p. 1333 (nous soulignons).

¹⁴ Voir *infra* (II) l'interprétation de l'arrêt Heyriès.

¹⁵ Voir sur ses origines la thèse de S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France*, Thèse droit, Université Lyon 3, 2011.

effet, la loi de 1849 n'est pas un régime de « pleins pouvoirs » – de telles lois n'existent d'ailleurs jamais véritablement – mais de « pouvoirs militaires spéciaux », tendus vers un objectif. Dans cette logique, les pouvoirs qui ne sont pas transférés aux autorités militaires parce qu'ils sont liés au rétablissement de la situation doivent être exercés par les autorités civiles, et cela sans accroissement particulier de leurs prérogatives. Par conséquent, sur un périmètre placé en état de siège, les domaines qui ne relèvent pas d'un mode de gouvernement *exceptionnel* pour rétablir la situation grâce aux autorités militaires doivent rester administrés de manière *normale* par les autorités civiles. Cette logique qui est celle de la loi de 1849 est inappropriée à la guerre totale. Ainsi des préfets adoptent des mesures d'exception qui relèvent du registre civil et font contresigner l'arrêté par le général commandant la place de manière à recouvrir d'un voile de légalité les compétences étendues dont ils ne disposent pas, contrairement aux autorités militaires. Ils vont par exemple viser la loi de 1849 pour réglementer le débit de boissons alcoolisées, notamment en interdisant certains breuvages comme l'absinthe ou en limitant le temps d'ouverture des établissements pratiquant cette activité (huit puis neuf heures et demi du soir pour les cafés et restaurants parisiens en août 1914), ou pour entraver le commerce d'alcool. Ils vont en outre l'utiliser pour réglementer la prostitution sur ordre du ministre de l'intérieur. Qu'il soit socialement souhaitable aux yeux de ces autorités civiles de lutter contre l'alcoolisme ou la prostitution est une chose, mais le fait que ces mesures permettent la victoire militaire ne va pas de soi, d'autant que l'alcool est largement distribué aux soldats, et la compagnie galante un loisir lors des permissions. Barthélémy rappelle gêné : « Il n'y a pas de mesure d'hygiène sociale en soi plus urgente mais si l'autorité administrative ne pouvait pas la prendre en période normale, nous cherchons vainement, dans l'article 9 de la loi de 1849, la disposition qui la rendait compétente pour la prendre au cours de l'état de siège¹⁶ ».

La loi de 1849 s'efforce de maintenir une frontière étanche entre le civil et le militaire afin d'éviter l'absorption du premier par le second, mais en 1914 c'est parfaitement sciemment que le pouvoir civil dont les compétences ne sont pas matériellement augmentées en vertu du régime de l'état de siège se sert du pouvoir militaire pour le faire.

B. La résignation des acteurs

L'atrophie des libertés est considérable, mais le consensus social autour de cette nécessité rend la chose sinon indolore, au moins acceptée. À nouveau, point l'idée centrale de sacrifice : il est moins douloureux de renoncer à quelques libertés à l'arrière que d'exposer sa vie à l'avant, il serait donc indigne et inacceptable de s'en plaindre. Ce phénomène est particulièrement notable lorsqu'on examine la résignation des patrons de presse et celle des alcooliers. Une résignation qui doit être entendue à la fois

¹⁶ J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, p. 158.

comme un abandon mais aussi comme l'acceptation sans révolte d'une fatalité.

La loi de 1849 autorise l'autorité militaire à interdire les journaux. Mais elle ne précise pas si ces interdictions doivent être temporaires ou définitives, si elles ne doivent concerner qu'un numéro ou toute une série, un article ou le journal lui-même. Et la presse vit avec une épée de Damoclès sur la tête, à savoir la menace permanente de son interdiction totale et durable. Cependant, le gouvernement a besoin de la presse car l'information est un enjeu essentiel du soutien de l'arrière et du moral de la nation. Donc, si le gouvernement se montre trop dur à l'égard de la presse, il a beaucoup à y perdre, mais il répugne toutefois à laisser imprimer des informations démoralisantes. De son côté, les directeurs ne souhaitent pas que leur journal apparaisse comme défaitiste, ce qui risquerait d'ailleurs de lui faire perdre des lecteurs. Dans ces conditions, sans avoir recours à la censure (c'est-à-dire à un mécanisme d'autorisation préalable, auquel la loi de 1881 a totalement tourné le dos) et sans agiter à l'excès la menace de l'interdiction, les journaux vont être invités à soumettre leur production au « bureau de la presse » à Paris¹⁷ et aux commandements des places en province¹⁸. Le régime applicable est celui de la loi de 1881, auquel il faut ajouter la loi dite « scélérate » de 1893 relative aux menées anarchistes qui permet de punir des provocations non suivies d'effets et la loi « de circonstance » du 5 août 1915 qui réprime les « indiscretions de la presse en temps de guerre¹⁹ », c'est-à-dire en principe les informations à caractère militaire que l'ennemi ne doit pas connaître (levées de troupes, mouvements, pertes, etc.). Les refus d'autorisation de publier aboutissent à des caviardages qui se traduisent par des « blancs²⁰ », après échoppage²¹, au milieu des colonnes des journaux. Parce que les journaux soumettent « volontairement » leurs morasses²², l'on n'a pas affaire à un mécanisme de

¹⁷ En vertu de la loi de 1849, ce « bureau » devrait dépendre de « l'autorité militaire », or il n'en est rien : les membres de cet organisme sont des agents du ministère de l'intérieur, des professeurs d'université, des magistrats de l'ordre judiciaire, bref de « bonnes volontés ».

¹⁸ Cette « invitation » n'est pas un acte juridique mais un simple communiqué du gouvernement Viviani du 6 août à la suite des réunions des assemblées des 4 et 5 août 1914 aux journaux dans lequel on peut lire « Le gouvernement compte sur le bon vouloir patriotique de la presse de tous les partis à Paris et en province, pour ne pas publier une seule information concernant la guerre, quelle que soit sa source, son origine, sa nature, sans qu'elle ait été visée au bureau de la presse établi depuis hier au ministère de la guerre » (publié dans différents journaux, et notamment *Le Temps*, 7 août 1914, p. 3, donc en page intérieure et nullement à la « Une » qui concerne les événements du 5^e jour de la guerre).

¹⁹ Art. 1^{er} : « Il est interdit de publier [...] des informations et renseignements, autres que ceux qui seraient communiqués par le Gouvernement ou le commandement, sur les points suivants » : les mouvements des troupes, les pertes militaires, les effectifs, les renseignements stratégiques et, en général, « toute information ou article concernant les opérations militaires ou diplomatiques de nature à favoriser l'ennemi et à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et des populations ».

²⁰ Au XIX^e siècle, le « caviardage » consiste pour l'imprimeur à saturer de points noirs (d'où le « caviar ») les passages refusés par la censure.

²¹ L'instrument avec lequel le technicien gratte l'article monté s'appelle l'échoppe.

²² Ultime épreuve avant le tirage.

censure *stricto sensu*²³, et ces opérations ne sont pas davantage soumises au contrôle du juge. On doit ajouter que les fameux « blancs » ne choquent personne, à commencer par le pouvoir qui les assume. (Par contraste, le pouvoir ne reconnaît quasiment jamais la censure en régime autoritaire.) Le contrôle de l'information en période de guerre répond à une logique stratégique – certes plus assumée par le gouvernement qu'acceptée par les journalistes –, il n'y a donc pas lieu de cacher de quelconques turpitudes illibérales.

En principe, seules les informations militaires susceptibles de provoquer ou d'entretenir le désordre peuvent être interdites²⁴. Il n'en demeure pas moins que le bureau de la presse menace d'interdire des journaux qui publieraient des informations de nature à altérer le moral ou la concorde entre les citoyens plus qu'à provoquer un quelconque désordre. Il est vrai toutefois que le désordre, dans une nation en guerre, ne s'arrête pas au trouble à l'ordre public, il est constitué de tout ce qui pourrait freiner l'ardeur et l'esprit combattif. En outre, la notion d'« indiscrétion » peut être entendue de manière plus ou moins large²⁵. De même que la notion d'information de nature « à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et des populations ». Ainsi l'administration apporte un soin particulier au contrôle administratif sur les rubriques nécrologiques : faire connaître à la population la réalité du nombre des morts, notamment dans un village ou une localité est de nature à briser le moral, et, craint-on, à encourager l'insoumission. On peut mentionner également les invitations à ne pas publier des articles à trop forte teneur anticléricale, car ils conduiraient à rouvrir des plaies qui ne sont pas encore refermées depuis les luttes violentes des premières années du XX^e siècle. Enfin, dans une période de très grand souci pour l'unité nationale, il n'est pas question de critiquer de manière trop véhémement le gouvernement et le Parlement, même s'il est vrai que le débat politique n'a pas cessé au cours de la Première Guerre mondiale. À Paris et dans certaines provinces, pour éviter une consommation trop frénétique d'informations sensationnelles, la préfecture interdit les crieurs, les éditions qui sont espacées de moins de vingt-quatre heures, de même que les « manchettes », c'est-à-dire les titres dont la largeur excède trois colonnes. Sans avoir recours techniquement à la censure, mais avec une administration qui exerce une surveillance *a priori* très minutieuse et parfois arbitraire parce qu'illogique, illisible et imprévisible, le ton de la presse est souvent très normé, fortement aseptisé, d'un nationalisme sans tâche : cela s'explique par l'importance du moral des populations civiles et de l'union indéfectible de la nation lors d'une guerre totale.

²³ Le système de la sanction *a posteriori* par le juge pénal, quand bien même la sanction est rigoureuse, est techniquement un mécanisme de liberté et non de censure car l'auteur prend le risque de commettre un délit. Il reste que si les incriminations sont larges et que les sanctions sont lourdes, la liberté n'existe pas, quand bien même il n'y a pas de censure.

²⁴ L'article 9 de la loi prévoit que « l'autorité militaire a le droit [...] 4° d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à entretenir le désordre. »

²⁵ Compte tenu du contrôle très strict de l'accès des journalistes aux places militaires, le risque d'une information « indiscrète » est limité d'autant.

Autres acteurs en état de résignation face à la politique gouvernementale : les débitants de boissons et plus généralement ceux qui font commerce d'alcool. L'hygiénisme est très puissant dans les années qui précèdent la Première Guerre mondiale, spécialement dans son volet de lutte contre l'alcoolisme²⁶. Auteur d'un *Précis d'hygiène*, le Dr Jules Courmont écrit en 1914 : « L'alcoolisme est un des grands fléaux qui accablent l'humanité ». Il l'est spécialement en France, explique-t-il, parce que la consommation y est la plus importante au monde. Et de se lamenter : « une race alcoolique est une race perdue. L'alcoolisme est un péril national, c'est un fléau social²⁷ ». Mais les résistances sont nombreuses²⁸, et les relais politiques des bouilleurs de cru et des débitants sont en mesure de freiner efficacement cette vague hygiéniste. À l'occasion, la faveur ou le prétexte de la guerre, c'est selon, cette politique hygiéniste est mise en œuvre tandis que les résistances sont moindres. Pendant cette période exceptionnelle, l'ordre public (tranquillité, salubrité et sécurité publiques) est désormais entendu si largement qu'un général interdit que des rideaux empêchent que l'on puisse voir à l'intérieur d'un débit de boissons, car la « surveillance doit pouvoir [y] être exercée facilement²⁹ ».

Cette lutte se traduit par la prohibition de l'absinthe (production et consommation) par des arrêtés préfectoraux au cours de l'été 1914, prohibition généralisée en vertu d'un décret du Président de la République du 7 janvier 1915³⁰, puis de la loi du 16 mars 1915. Des arrêtés, un décret et une loi qui toutefois déforment les perspectives, car l'absinthe est très peu consommée, comparativement au vin, au cidre et à la bière. Ils marquent toutefois une victoire symbolique du camp antialcoolique, victoire qui est acquise à la faveur de la guerre et qui est sans rapport évident avec la réalité des nécessités de la guerre, cela d'autant moins que l'alcool est utilisé abondamment pour aider les soldats du front à tenir. Six mois plus tard, le 9 novembre 1915, entre en vigueur une loi qui interdit aux étrangers qui ne sont pas résidents depuis au moins cinq ans d'être tenanciers de débits de boissons. Une limitation aux accents nationalistes et hygiénistes dont les justifications sont ténues au regard de la liberté du commerce. Mais le contexte de guerre interdit toute réaction des acteurs sur ce terrain.

Au cours des deux premières années de la guerre, le pouvoir de l'administration est à la fois concentré dans les mains des préfets et des autorités militaires et dilaté en touchant des domaines qui jusqu'alors étaient

²⁶ D. NOURRISSON, *Le buveur du XIX^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1990.

²⁷ J. COURMONT, *Précis d'hygiène*, Paris, Masson, 1914, p. 767.

²⁸ Voir O. SERRA, *Le législateur et le marché vinicole sous la Troisième République*, thèse histoire du droit, dactyl., Bordeaux, 2012, à paraître.

²⁹ Cité par J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », 3^e partie, p. 548 (*Le temps*, 12 août 1915).

³⁰ Décret au demeurant jugé illégal par le Tribunal correctionnel de Toulouse le 17 février 1915 (*Gazette des tribunaux du midi du Midi*, 23 mai 1915) au motif que le pouvoir exécutif ne peut édicter d'interdiction et de peine sans délégation expresse et spéciale du pouvoir législatif. Dans le même sens, le Tribunal correctionnel de Lyon 25 février 1915. (*Gazette des Tribunaux* du 31 mars 1915 et *Le Droit* du 30 mars 1915).

protégés, au motif du respect des libertés, de l'intervention publique. Concentration et dilatation qui sont acceptées par les acteurs. Il en sera globalement de même de la réaction des tribunaux et de la doctrine.

II. LA RÉACTION JURIDICTIONNELLE ET DOCTRINALE

On peut considérer comme assez confortable pour un juge de savoir qu'une large partie de la population accepte volontiers les sacrifices qui doivent être consentis. Toutefois, ce confort ne peut exister que lorsque l'on a affaire à une forme consensuelle d'état d'exception, ce qui est généralement le cas dans l'hypothèse d'une guerre étrangère, qui plus est dans un climat nationaliste. Tel n'est évidemment pas le cas lorsque l'état d'exception résulte d'une grave division interne comme dans le cas de la sédition, de l'insurrection ou de la guerre civile.

Mais en même temps, il y a deux très grands motifs d'inconfort. Le premier est de devoir développer des argumentations intellectuellement et juridiquement peu satisfaisantes. Le second est de devoir sacrifier les droits de ceux qui ne sont pas prêts spontanément à ce sacrifice, tel l'officier général ou le dessinateur militaire du génie de l'arrêt éponyme Heyriès mis à la retraite d'office en vertu d'un décret, qui ont été privés de l'accès à leur dossier en contradiction avec la loi.

À nouveau, malgré l'inconfort, la puissance de l'évidente nécessité joue à plein : les juges comme la doctrine s'accommodent de justifications qui eussent été considérées comme inacceptables en d'autres temps. Finalement, les juges et les juristes doivent, eux aussi, faire des sacrifices – sacrifice de la protection sérieuse des justiciables, sacrifice de la cohérence intellectuelle – qui sont toutefois sans commune mesure avec ceux qui sont consentis par les « poilus ».

On doit préciser que la doctrine n'est pas placée dans la situation de *décider* contre la protection des droits des justiciables ou contre les exigences légales à l'occasion des circonstances exceptionnelles, elle se doit de *commenter* ces jugements en forme de décisions. Ici l'éthique de la responsabilité est sans doute guère moins difficile que l'éthique de la conviction. La doctrine démontre, d'ailleurs aisément, que l'administration agit en violation de la loi, que les justifications des magistrats sont incertaines, et pourtant, elle s'empresse de souligner que sa critique est toute « intellectuelle » et qu'elle ne saurait être « politique », car tous, au fond, y compris les professeurs de droit en vue, approuvent la manière d'agir du gouvernement. Pour des hommes dont le métier est fait d'éthique de conviction, être contraint de verser dans des démonstrations schizophrènes est une difficulté palpable.

A. L'adaptation du juge

Afin de ne pas « gêner » l'action du gouvernement et de l'administration pendant la période de guerre, le juge administratif va

adopter deux attitudes ou techniques qui vont lui permettre de regarder comme légaux des actes qui eussent été évidemment jugés illégaux en période de paix.

La première est l'interprétation exceptionnelle, si extensive qu'elle est une interprétation *contra legem*, d'une législation elle-même d'exception. L'exemple topique est l'arrêt *Delmotte* rendu par le conseil d'État le 6 août 1915. L'autorité militaire avait fermé autoritairement un débit de boissons au motif qu'elle pouvait interdire les « réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre », sur le fondement de son article 9. La fermeture de l'établissement était peut-être *évidemment nécessaire*, mais le moyen qu'offrait cet article aurait semblé notoirement insuffisant sans cette conviction du juge que la mesure l'était. Le juge se prononce moins ici en vertu de la légalité que de la nécessité. Le commissaire du gouvernement Corneille défend d'ailleurs clairement cette position. Pour lui, il ne faut pas interpréter les dispositions de la loi du 9 août 1849 en se référant à la législation du temps de paix, du temps normal. Il conteste l'idée que cette loi « s'adosse » aux autres lois relatives aux garanties individuelles des citoyens :

Or, rien n'est plus faux. [...] C'est une législation extraordinaire ! Elle a pour but de *contrecarrer* ces textes, et de les *contrecarrer en bloc*, en substituant à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, forcément l'amènent, et indubitablement le justifient³¹.

Cette manière de penser peut se voir opposer la suivante : si la loi d'exception doit offrir une garantie juridique que son absence n'offre pas, elle doit être interprétée strictement. Si on l'interprète en vertu des circonstances exceptionnelles, alors la prétendue garantie offerte par la loi n'en est plus une. Ce n'est pas à dire que l'existence de législations d'exception soit nuisible en soi, mais cela est en réalité assez indifférent eu égard au résultat obtenu, car dans l'état d'exception, l'on prend moins en considération la législation (fût-elle d'exception) que l'évidente nécessité qui est le véritable critère tant de l'action que du contrôle exercé sur elle.

Si l'on se penche un instant sur les débats qui ont été ceux de 1849, il est impossible de penser que le législateur ait songé à autoriser l'administration à interpréter si librement les textes, mais ces considérations sont d'un poids quasi-nul lorsqu'il est question de sauver un pays dans une guerre totale. Corneille se prévaut de l'exposé des motifs de la loi de 1849 dans lequel on peut lire : « Quand la loi ordinaire devient impuissante à protéger la nation, dans l'intérêt même de la loi, pour la sauver, il faut la suspendre³² ». Mais cette assertion, qui évoque la loi *ordinaire*, plaide pour l'existence d'une législation d'exception, et rien de plus, c'est-à-dire une législation d'exception interprétée strictement. C'est même la raison d'être de ce type de législation : répondre à l'exigence de sauver le pays sans renoncer absolument à la légalité. C'est pourquoi l'interprétation ultra-

³¹ *Rec. CE*, p. 278.

³² *Ibid.*

extensive de la loi ordinaire ne vaut pas mieux que l'interprétation ultra-extensive de la législation d'exception : dans les deux cas, la légalité ne commande ni ne limite l'action, c'est l'évidente nécessité qui n'en charge.

L'autre technique est la jurisprudence dite des circonstances exceptionnelles, laquelle permet au juge de basculer dans une autre légalité ou légalité d'exception. Il n'est pas besoin dans ce cas de distendre les règles d'interprétation pour subsumer ce qui ne peut pas l'être : il faut se placer *dans* la situation d'exception. Dans le fameux arrêt Heyriès, la difficulté était liée à l'application du fameux article 65 de la loi de finance de 1905 relatif à la communication préalable des notes individuelles aux fonctionnaires avant toute mesure disciplinaire. Le Conseil d'État reconnaît la légalité d'un décret pris le 10 septembre 1914, alors que le gouvernement était à Bordeaux, qui suspend les dispositions de cette loi. Le requérant, dessinateur, est révoqué en vertu du décret du 10 septembre 1914, qui, contrairement à bien d'autres décrets du même genre, n'a pas été ratifié par la loi du 30 mars 1915 vraisemblablement à la suite d'un oubli. Faute de ratification *a posteriori* par le législateur d'un décret illégal (tout le monde a pleine conscience de l'illégalité du décret, à commencer par le gouvernement qui fait « ratifier » les autres) et faute de législation d'exception susceptible d'être interprétée de manière très constructive, il faut se situer dans une autre perspective : le biais sera l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui dispose que « le Président de la République promulgue les lois, il en surveille et en assure l'exécution ; il dispose de la force armée ; il nomme à tous les emplois civils et militaires ». À partir de ce texte, le Conseil considère que la communication prescrite par la loi du 22 avril 1905 était

... pendant la période des hostilités, de nature à empêcher l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient en fait à cette époque les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité.

Le Conseil estime que la légalité des temps normaux est gênante, et puisqu'il « faut » lui substituer une autre légalité en suspendant la loi, et s'empare de l'idée de « nécessité » pour « la vie nationale » qu'il recueille dans la constitution. Le rattachement au texte constitutionnel est parfaitement artificiel, mais l'essentiel n'est pas là, il est dans l'idée que l'application de la loi aurait « empêché » et « entravé » la sauvegarde de la « vie nationale ». De manière plus assumée que dans le cas de l'interprétation exceptionnelle des législations d'exception, le juge se laisse guider par l'évidente nécessité que tout le monde (sauf l'intéressé) ressent de corriger le tir après ce malencontreux oubli de ratification.

Ces deux techniques obligent le conseil d'État à faire le deuil provisoire d'une certaine rigueur dans le contrôle exercé sur l'administration. Mais entre abandonner tout contrôle et faire le sacrifice de la rigueur juridique et intellectuelle à l'occasion du contrôle, c'est la seconde branche de l'alternative qui est retenue sans hésitation.

B. La bienveillance de la doctrine

S'agissant de la doctrine, deux manières de concevoir les rapports qu'entretiennent l'évidente nécessité avec le droit sont proposées. La première consiste à considérer l'action de l'administration comme illégales mais, comme les mesures sont évidemment nécessaires, elles se métamorphosent en mesures légales pour cette raison même. La seconde au contraire tend à considérer que ce qui est illégal reste illégal, mais, parce que cela est évidemment nécessaire, il n'y a pas lieu de le critiquer, plutôt de l'assumer politiquement. Dans le premier cas, l'on fait fond sur l'idée que « nécessité fait loi », c'est-à-dire que la nécessité rend légal l'illégal ; dans le second, on donne crédit à l'adage romain « nécessité n'a pas de loi », c'est-à-dire que lorsque la nécessité règne, la loi se tait, il ne reste que la politique. Peu importe d'ailleurs la posture des membres de la doctrine – car tel auteur peut adopter un point de vue ou un autre en fonction des commentaires –, nul ne critique les mesures elles-mêmes, qui sont regardées comme justifiées, soit juridiquement, soit politiquement.

La première attitude peut être illustrée par la célébrissime note du doyen Hauriou sous l'arrêt Heyriès³³. « Il faut bien reconnaître que les lois de garanties individuelles (ici l'article 65 de la loi de 1905) sont faites pour les temps normaux, et que, depuis longtemps, on a constaté la nécessité de les suspendre, au moins partiellement, dans les temps anormaux, où le salut de l'État passe avant les convenances individuelles ». Hauriou trace une frontière claire entre les périodes pour, ensuite, identifier les légalités propres à chacune d'elles. « En somme, c'est cette règle fondamentale du régime de la légalité que le Conseil d'État déclare pouvoir être suspendue provisoirement en temps de guerre, en vertu de textes constitutionnels » : reste à démontrer que cette suspension de la loi n'est pas illégale parce qu'elle n'est pas contraire à une constitutionnalité d'*exception* qui suspend la légalité *normale*. Pour Hauriou, l'exécutif n'est pas seulement un *exécutant*, ayant pour tâche d'appliquer et de faire appliquer les lois, il a aussi et surtout la mission « d'assurer la marche de l'administration et du gouvernement », bref, d'être le garant de la continuité de l'État. « D'abord gouverner et administrer : ensuite, exécuter la loi, – ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant que l'on peut dans les circonstances anormales ». « Il se produit une *cassure*³⁴ dans la légalité : il y a les lois qu'il faut appliquer, parce qu'elles assurent la marche des services ; il en est d'autres dont il faut suspendre l'application, parce qu'elles entraveraient cette marche. Le pouvoir exécutif n'acquiert pas le droit de suspendre toute espèce de lois ; il acquiert celui de suspendre celles qui arrêterait la marche de l'État, même les lois de garanties individuelles, parce que les temps anormaux font passer au premier plan ce qui en temps normal est à l'arrière-plan, en temps normal, la liberté individuelle est au premier plan ; en temps de guerre c'est la légitime défense de l'État ». Deux légalités : l'une qui est une véritable

³³ S. 1922, III, p. 49 *sq.*

³⁴ Nous soulignons.

légalité, l'autre qui est une légalité entièrement justifiée par la nécessité. Contrairement à ce que pensait le gouvernement qui a ratifié d'autres décrets analogues, Hauriou affirme que le décret du 10 septembre 1914 « était légal puisqu'il était constitutionnel ; il était contraire à la loi du 2 avril 1905, mais il était conforme à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, *légalité supérieure, super-légalité*³⁵ qui devait l'appliquer, du moment que l'hypothèse du temps de guerre était réalisée ». Bref, pour Hauriou, nécessité fait loi.

L'interprétation inverse peut être illustrée par les trois grands articles de Barthélémy à la *Revue du droit public*³⁶. À longueur de pages, il montre à quel point le gouvernement agit dans l'illégalité, à quel point il utilise de manière excessive la loi sur l'état de siège, à quel point il fait de la guerre une occasion ou un prétexte pour conduire une politique hygiéniste qu'il n'est pas parvenu à conduire dans les années qui ont précédé la guerre au motif du respect des libertés individuelles et de celle du commerce et de l'industrie, mais à chaque fois, il loue l'attitude gouvernemental qui, selon lui, conduit une politique salvatrice et régénératrice. « Nécessité n'a point de loi » sans doute, mais la nécessité prévaut quand même. Après avoir longuement assuré que les sanctions que l'administration se croit autorisée à décréter et à prendre à l'égard de la presse en les déduisant de la loi de 1849 – telle la suspension indéfinie d'un journal – ne peuvent être en aucun cas regardées comme légales, il écrit : « il n'est pas dans notre pensée de critiquer l'emploi de ces mesures de rigueur qui peuvent paraître nécessaires ; il faut cependant que nous confessions qu'elles ont quelque chose d'un peu pénible pour l'esprit du juriste³⁷ ». Le juriste souffre, le citoyen prend sur lui, le patriote tient bon... Dans le troisième article de 1915, dans lequel il commente l'interprétation qui est faite de la loi de 1849, Barthélémy écrit :

Il faut reconnaître que, si la loi a voulu conférer à l'autorité militaire l'exercice du pouvoir en temps de crise, elle a pris en considération toutes les qualités, ou, si l'on aime mieux, tous les caractères de cette autorité. Or, dans tous les pays, ces caractères sont l'énergie, la rapidité de la décision, le penchant à user de la force qu'elle incarne, le goût de l'ordre et de la discipline, et, enfin, avec les meilleures intentions du monde, un sentiment très fort des droits du gouvernement, ayant, comme corollaire, un dédain des limites que leur opposent ceux des gouvernés. Aussi, depuis le début de l'état de siège, qui, je le répète, ne s'est fait sentir qu'imperceptiblement pour l'ensemble des citoyens paisibles, bien des chefs militaires ont cru que l'autorité de police dont ils étaient investis n'avait de limites que leur propre conscience³⁸.

Si les militaires n'estiment pas devoir rencontrer d'autres limites que « leur propre conscience » et qu'ils éprouvent un certain « dédain » pour les droits des gouvernés, le seul moyen possible pour justifier leur action réside

³⁵ Nous soulignons.

³⁶ Voir *supra*, note 7.

³⁷ J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *RDP*, 1915, p. 351.

³⁸ *Ibid.*, p. 547.

dans la nécessité, une nécessité qui n'a rien de juridique, qui « n'a point de loi », mais qui s'impose néanmoins.

À première vue, la Première Guerre mondiale est bon laboratoire d'expériences pour l'état d'exception parce que l'on y rencontre de manière concentrée et paroxystique tous les éléments qui le constituent : une règle juridique qui bride l'action du gouvernement, une finalité supérieure qu'est la sauvegarde de l'État et l'invocation de l'absolue et évidente nécessité de s'affranchir ou de distendre la première pour pourvoir à la seconde. La quasi-unanimité du pays (sauf sans doute les victimes « personnelles » de la négation de la légalité) partage le sentiment qu'il faut agir avec vigueur. D'ailleurs ceux qui, comme Barthélémy, ont l'audace de tenir pour illégales quoique légitimes nombre de décisions du gouvernement et de l'administration s'exposent au risque d'être mal jugés tant il est vrai que la légalité commande l'obéissance, d'où sans doute le luxe de précautions oratoires pour dire du bien des mesures qui froissent la légalité, comme s'il fallait cacher ces réalités subversives et démoralisantes comme l'on cache au public les pertes réelles lors des combats. En tout état de cause, la dynamique de l'évidente nécessité³⁹, critère décisif de l'état d'exception, apparaît avec une telle pureté en marge de la légalité que l'on a tous les motifs d'une satisfaction intellectuelle à analyser une problématique à la limpidité incomparable.

Pour autant, cette Première Guerre mondiale n'est pas un moment très fécond pour penser l'état d'exception, car ce qui est à craindre pour les libertés, ce ne sont pas les cas limpides, mais au contraire les situations incertaines dans lesquelles le pouvoir invoque une évidente nécessité construite de toutes pièces et qui n'existe que dans l'esprit de ceux qui façonnent un discours et une propagande liberticides.

François Saint-Bonnet est professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

³⁹ Pour un exposé condensé de ses caractéristiques, notre article, F. SAINT-BONNET, « Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1999, n° 30, p. 29-43.