

LA THEORIE DE LA NECESSITE DANS L'ŒUVRE DE GASTON JEZE

Il n'y a pas de construction doctrinale relative à l'état de nécessité chez Jèze. En effet, il n'y a pratiquement aucun élément sur ces points dans ses *Principes généraux de droit administratif*, ni dans la plupart des nombreuses notes écrites sous divers arrêts relatifs à ces questions (1). Son article paru à la *R.D.P.* de 1924, consacré aux actes de gouvernement et aux pouvoirs de guerre, n'évoque qu'à peine la question. L'essentiel de sa conception est exposé dans deux notes sous les arrêts Winkell (7 août 1909) et Général Verrier (30 juillet 1915) (2) et dans un article intitulé « L'exécutif en temps de guerre » (3), alors que curieusement, d'ailleurs, il ne commentera pas l'arrêt Heyries du 28 juin 1918 (il faut dire que l'essentiel avait déjà été tranché par l'arrêt Général Verrier).

Ces éléments permettent de mieux comprendre la conception de Jèze quant au rôle du Parlement en matière de libertés publiques et surtout sa pensée relative au rôle du droit écrit et du juge dans la construction et l'interprétation de celui-ci. Comme toute la doctrine de l'époque, il est très gêné par l'idée selon laquelle le droit écrit pourrait être écarté au nom de principes supérieurs.

La question commence à se poser, en dehors de toute période de guerre, avec l'arrêt Winkell, par lequel le Conseil d'Etat n'hésite pas à considérer que la loi du 22 avril 1905 est inapplicable dans le cas des fonctionnaires grévistes car « en se mettant en grève les agents (...) se placent eux-mêmes (...) en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultants pour chacun d'eux du contrat de droit public les liant à l'administration ». Elle prend plus d'ampleur en temps de guerre, puisque, dans l'arrêt Général Verrier, le Conseil d'Etat

(1) Notes sous C.E., 6 août 1915, DELMOTTE et SENMARTIN, *R.D.P.*, 1915, p. 700, C.E. 28 février 1919, DOL et LAURENT, *R.D.P.*, 1919, p. 338, C.E., 30 novembre 1923, COUTEAS, *R.D.P.*, 1924, p. 204, C.E., 31 octobre 1924, COTTE, *R.D.P.*, 1924, p. 598, T.C., 8 avril 1935. Action française, *R.D.P.*, 1935, p. 309, C.E., 7 janvier 1944. LECOQ, *R.D.P.*, 1944, p. 331 (avec ici un simple rappel de la jurisprudence).

(2) *R.D.P.*, 1909, p. 494 ; *R.D.P.*, 1915, p. 479.

(3) *R.D.P.*, 1917, p. 5, 209, 409, 433, 555.

admet que « le Président de la République (doit prendre) les mesures commandées par les circonstances, en vue d'assurer dans l'intérêt de la défense nationale, l'exécution de la loi lorsque l'accomplissement des formalités prescrites par la loi est rendu impossible par les événements de la guerre » (formule reprise dans l'arrêt Heyries, dans l'hypothèse où le décret présidentiel n'avait pas été ratifié), admettant ainsi que la loi du 22 avril 1905 peut être écartée pendant toute la durée de la guerre, notamment en cas de mise à la retraite d'office des généraux.

Face à ces jurisprudences, Jèze hésite constamment :

Il refuse, tout d'abord la raison d'Etat. Ainsi, dans son commentaire sous Winkell, s'exprime-t-il : « La stricte observation des règles juridiques est la garantie de la liberté des citoyens. Les fonctionnaires publics ne peuvent, sous prétexte qu'il s'agit de sauver l'Etat, dépasser les textes légaux. C'est trop dangereux ! Quelque favorables que puissent être les circonstances, on ne peut aller contre le texte de la loi. La raison d'Etat — et ce n'est pas autre chose que le prétendu argument tiré de la gravité des circonstances — n'est pas un argument de droit... Si la législation est imparfaite, qu'on la change... C'est une pure affirmation que de dire, en l'absence de texte, qu'en se mettant en grève, les fonctionnaires se mettent hors la loi. Cette affirmation n'est qu'une manifestation de la raison d'Etat » (4). Jèze rejoint ainsi la majorité de la doctrine de l'époque ; Duguit, par exemple, craint lui aussi, par ce biais, un retour à la raison d'Etat mais, emporté par le caractère fondamental, à ses yeux, de la continuité du service public, il finit par accepter la mise à l'écart de la loi de 1905 (5).

Jèze sera encore plus net en 1917. Le juriste suisse Hoerni (6) soutient que l'Etat, comme toute personne, a le droit naturel de se défendre. Ce droit lui est reconnu en cas de situation très grave menaçant l'existence même de l'Etat. Quand l'Etat n'a pas d'autre moyen de défense, qu'il lui est impossible de respecter les formes du droit écrit, que l'on revient enfin au droit normal dès que possible, la légitimité du droit de nécessité (Notrecht) est admise.

Jèze s'oppose vigoureusement à ces thèses. Elles reposent tout d'abord sur une fausse conception de l'Etat qui est conçu comme une personne avec des droits alors qu'il s'agit d'une simple organisation au sein de laquelle la répartition des compétences, résultat de longues luttes politiques, est voulue par le souverain. Le Notrecht est une simple réalité politique revêtue d'une forme juridique, au nom d'une force sociale prépondérante : la monarchie ; d'un principe prépondérant : la monarchie (7).

(4) *R.D.P.*, 1909, p. 502.

(5) *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, p. 161 et suiv.

(6) *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Genève, 1917.

(7) *R.D.P.*, 1917, p. 422.

Que peut-il en être dans un Etat démocratique :

— Il faut, tout d'abord que règne la loi, c'est à elle de prévoir des régimes spéciaux pour les périodes d'exception. C'est au Parlement de s'organiser pour assurer un meilleur contrôle.

— A défaut, il faut, au moins, qu'un contrôle juridictionnel étendu subsiste après coup : « il faut un contrôle indépendant, vigilant et incessant sur l'exécutif (...), encore plus nécessaire qu'en temps de paix. On ne peut fermer les yeux sur les abus, en se contentant de la réponse trop commode : c'est la guerre ». (...) « Même lorsque la patrie est en danger, une nation civilisée et libre ne peut consentir à ce que les individus soient soumis, pieds et poings liés, à la discrétion de bureaucrates anonymes, omniprésents et irresponsables » (8).

En tout état de cause, ces violations du droit ne découlent nullement du droit naturel et n'ont aucune valeur juridique : « Si l'exécutif, au cours de ces périodes graves, prend les mesures qu'il croit nécessaire au salut public, mais que la législation en vigueur ne place pas dans sa compétence, il commet une illégalité engageant juridiquement sa responsabilité à tous points de vue » (...) « le juriste doit considérer comme illégaux, inconstitutionnels tous les actes accomplis en violation des compétences constitutionnelles ou légales (...) ; les tribunaux (...) ont le devoir de déclarer irréguliers les actes ainsi faits ; voilà la solution juridique » (9).

Il rejoint ainsi Carré de Malberg, alors qu'Hauriou admet une telle dérogation au nom de la légitime défense de l'Etat et que Duguit reste très hésitant, partagé qu'il est entre la crainte de voir les conquêtes « libérales » remises en cause par ce biais et la nécessité d'assurer, en toute circonstance, la continuité de l'Etat (10).

Cependant, dans sa note sous l'arrêt Général Verrier, ainsi que dans son article sur la théorie des pouvoirs de guerre (donc avant et après l'article de 1917), il admet, au contraire, de telles atteintes au droit écrit, que le chef de l'Etat agisse *contra legem*, « légalement ». En effet, il faut distinguer la partie essentielle du texte (ici, permettre la mise à l'écart des généraux dans l'intérêt de la défense nationale), de sa partie secondaire (le respect de garanties procédurales) pour éviter que l'application de la partie secondaire compromette les intérêts supérieurs de l'Etat. Il faut, ensuite, que le but visé soit celui de la protection de la défense nationale, il faut qu'il soit impossible de faire autrement et, enfin, que cette solution reste provisoire et limitée : on ne doit pas « mettre de côté toute une organisation légale ».

(8) R.D.P., 1917, *op. cit.*, p. 8.

(9) R.D.P., 1917, p. 418 et 424.

(10) Voir sur ces points P.L. FRIER, *L'urgence*, L.G.D.J., 1987, p. 505 et s.

Comme on le voit, ces raisonnements ne sont pas exempts de contradiction. Ces textes, qui restent souvent purement descriptifs, paraissent souvent avoir été écrits au fil de la plume, avec des constructions assez approximatives et largement critiquables. Jèze, comme une grande partie de la doctrine française de l'époque, essaie de sauver le dogme de l'intangibilité du droit écrit et s'enfonce dans des théories byzantines pour éviter de reconnaître que le droit est d'abord un instrument au service de fins, ce qui explique que, quand l'instrument n'est plus adapté à ces fins, il puisse être nécessaire de déroger au droit écrit, même *contra legem*.

La distinction entre les parties essentielles et les parties secondaires de la loi n'est ainsi qu'une des manifestations des théories essayant de s'appuyer sur la volonté présumée du législateur. Comme l'a montré C. Roig, « la loi établit un équilibre entre le but et les moyens. Découvrir les parties essentielles dans cet équilibre ne peut en aucun cas être interprété comme réalisant la volonté du législateur » (11). Il est, par ailleurs, impossible de poser une limite car une loi, même a priori fondamentale (par exemple un texte protecteur des libertés), peut se révéler dangereuse pour atteindre le but suprême : préserver le régime démocratique.

De plus, si l'on examine en détails les conditions que Jèze pose pour admettre, parfois, la validité du droit de nécessité, on remarque qu'elles ne diffèrent pas fondamentalement de celles exposées, notamment, par Hoerni à propos du *Notrecht* : la seule différence porte sur le but visé ; dans un cas, un but illégitime : sauver la monarchie face à la montée des forces démocratiques ; dans l'autre, au contraire, sauver la démocratie.

Malgré ces éléments discutables, les textes de Jèze gardent un intérêt sur le plan méthodologique : il a toujours une approche très comparatiste, y compris en droit administratif, il pose souvent les bonnes questions en s'interrogeant, par exemple, sur les rapports entre le droit et le pouvoir dans ces hypothèses, sur la portée des lois de ratification et en se demandant ce qui serait advenu si le Conseil d'Etat avait, au lieu de reconnaître la régularité des mesures prises, annulé celles-ci. Enfin, il n'hésite pas à critiquer vertement la jurisprudence du Conseil d'Etat quand elle lui paraît susceptible de contenir des germes dangereux pour les libertés publiques.

Par tous ces traits, l'étude de Jèze reste utile de nos jours.

Pierre-Laurent FRIER,
*Professeur de droit public
à l'Université de Paris-Nord
(Paris XIII).*

(11) *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence et la doctrine*, Thèse, Paris, 1958.