

UNIVERSITÉ PARIS-PANTHÉON-ASSAS

École doctorale d'Histoire du droit, de philosophie du droit et de sociologie du droit

LE GOUVERNEMENT DE FAIT

DE LA RÉVOLUTION À LA LIBÉRATION

Un expédient saisi par le droit



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Thèse de doctorat en droit
Présentée et soutenue publiquement
Le 14 décembre 2022
Par

LOUIS TERRACOL

Sous la direction de
M. le Professeur FRANÇOIS SAINT-BONNET

Membres du jury

<i>Rapporteurs</i>	Mme ANNE-SOPHIE CHAMBOST, Professeure à l'IEP de Lyon M. SÉBASTIEN LE GAL, Professeur à l'Université Grenoble Alpes
<i>Examineurs</i>	M. OLIVIER BEAUD, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas M. GRÉGOIRE BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes M. LAURENT PFISTER, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

AVERTISSEMENT

LA FACULTÉ N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION NI IMPROBATION AUX OPINIONS ÉMISES DANS CETTE THÈSE ; CES OPINIONS DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME PROPRES À LEUR AUTEUR.

LE GOUVERNEMENT DE FAIT
DE LA RÉVOLUTION À LA LIBÉRATION

À mes parents

SOMMAIRE

– Première Partie –

LES CRITÈRES DU GOUVERNEMENT DE FAIT

47

I	PALLIER L'ABSENCE DE TITRE	49
1	Illégalité constitutionnelle	51
2	Nécessité	103
II	PRÉSUMER LA POSSESSION DU POUVOIR	163
1	Effectivité	165
2	Assentiment	223

– Seconde Partie –

LE RÉGIME JURIDIQUE DES GOUVERNEMENTS DE FAIT

273

I	COMPÉTENCES	275
1	Valeur des actes	279
2	Étendue des pouvoirs	335
II	RESPONSABILITÉS	387
1	Juger les hommes	389
2	Juger l'État	431

REMERCIEMENTS

Mes premiers mots vont au Professeur François Saint-Bonnet, non seulement pour l'aide précieuse qu'il a su m'apporter tout au long de cette recherche doctorale, mais aussi et surtout pour la bienveillance et le soutien dont il a fait preuve dans les moments de doute et d'incertitude. À bien des égards, ce travail lui doit grandement. Qu'il en soit infiniment remercié.

Mes remerciements les plus sincères s'adressent également à Madame la Professeure Anne-Sophie Chambost et Messieurs les Professeurs Sébastien Le Gal, Olivier Beaud, Grégoire Bigot et Laurent Pfister pour m'avoir fait l'honneur de bien vouloir siéger dans mon jury et d'examiner mon travail.

Cette thèse doit beaucoup à Monsieur le Professeur Olivier Jouanjan, à ses conseils toujours précieux et à l'appétit pour le travail de l'esprit qu'il a inspiré chez moi. Plus largement, je remercie les enseignants qui ont accepté de me confier leurs étudiants : Messieurs les Professeurs Franck Roumy, Bernard d'Alteroche, Anthony Mergey, Laurent Pfister, ainsi que Monsieur Pascal Gourgues. La liste de ceux qui m'ont permis de développer un goût pour la recherche serait incomplète sans mentionner Messieurs les Professeurs Armel Le Divellec et Olivier Beaud, dont les cours de Master 2 ont contribué à l'intérêt que je porte à l'histoire constitutionnelle. J'adresse une pensée toute particulière à Monsieur le Professeur émérite Jean Morange et Madame Nadine Poulet Gibot-Leclerc, pour leur aide, ainsi qu'à Madame la Directrice de l'École doctorale d'Histoire, de Philosophie et de sociologie du droit d'Assas, Sophie Démare-Lafont, pour sa présence continue et son soutien. Je remercie également mon centre de recherche, l'Institut Villey, et son directeur, Monsieur le Professeur Denis Baranger. Enfin, sans le travail indispensable des personnels de bibliothèques que j'ai eu le plaisir de fréquenter, cette recherche aurait plus tenu du calvaire que de l'aventure qu'elle a été. Ainsi, soient grandement remerciés Aïcha Lebdjeb ainsi que le personnel de l'Institut d'Histoire du droit, de Cujas, de la Bibliothèque nationale de France, mais aussi la bibliothèque de la Cour de cassation et son conservateur, Monsieur Philippe Galanopoulos.

Au moment d'aborder la partie la plus intime de ces remerciements, je dois quelques mots à celui qui m'a suivi, si ce n'est précédé, à Tulle, Limoges et Paris, qui fut mon compère dans la noce comme dans l'austérité, s'acquittant d'une relecture intégrale sans jamais protester : à Romain Vincent, un immense merci est de circonstance. Il ne fut toutefois pas mon seul secours : aussi, je sais éternellement gré à Marc Parayre, Romain Broussais et Eva Becquet d'avoir toujours été des piliers sur lesquels je pouvais me reposer sans crainte. Pour leurs relectures, mais aussi pour tant d'autres raisons, ils ont toute ma reconnaissance. Je remercie également, car leurs remarques me furent précieuses, Jules Jallet-Martini pour son œil de lynx et son indéfectible soutien, Théo Ducharme et Thibault Mullier pour leur sagacité toujours teintée d'humour et Laura André pour ses conseils aussi précis que savants. Mes collègues et amis, compagnons de pauses caféinées ou non, trop nombreux pour être cités, sauront je l'espère déceler l'expression d'une profonde gratitude dans ces quelques lignes. Ce panthéon ne saurait se clore sans une pensée pour mes amis corréziens, source continue de joie et d'espoir.

Enfin, mes derniers mots vont à mes parents à qui je dois tant. Puissent-ils comprendre que par ce travail je ne cherche qu'à leur rendre un peu de tout ce qu'ils m'ont donné.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

I- ABRÉVIATIONS USUELLES

†	: décédé en	<i>ibid.</i>	: <i>ibidem</i> (ouvrage identique ici)
art.	: article	<i>infra</i>	: ci-après
c.	: contre	<i>loc. cit.</i>	: <i>loco citato</i> (article cité)
CA	: Cour d'appel	n.	: note
Cass.	: Cour de cassation	n.p.	: non paginé
CE	: Conseil d'État	<i>op. cit.</i>	: <i>opere citato</i> (ouvrage cité)
<i>cf.</i>	: <i>confer</i> (comparez à)	p.	: page
CFLN	: Comité français de Libération nationale	rééd.	: réédition
Civ.	: Chambre civile	Req.	: Chambre des requêtes
coll.	: collection	s.d.	: sans date
DDHC	: Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen	s.l.	: sans lieu
éd.	: édition	s.n.	: sans éditeur
<i>et alii</i>	: et autres	<i>sic</i>	: ainsi
etc.	: <i>et cetera</i>	<i>sqq.</i>	: <i>sequunturque</i> (et les suivantes)
f.	: feuillet	<i>supra</i>	: ci-avant
GPRF	: Gouvernement provisoire de la République française	t.	: tome
<i>id.</i>	: idem (auteur identique ici)	TC	: Tribunal des conflits
<i>i.e.</i>	: <i>id est</i> (c'est-à-dire)	th.	: thèse (version de soutenance)
		trad.	: traduction
		v.	: voir
		vol.	: volume(s)

II- ABRÉVIATIONS BIBLIOGRAPHIQUES ET ÉDITORIALES

<i>A.P.</i> , 1, 1, 1, 1	MADIVAL (Jérôme), LAURENT (Émile) éd., <i>Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Première série. 1787-1799. Deuxième série. 1799-1860</i> (127 vol., Paris, Paul Dupont, 1862-1913), série 1, t. 1, p. 1, col. 1
<i>ADP</i>	<i>Archives de la philosophie du droit</i> (Paris, Dalloz, 1952-)
<i>AHFDSJ</i>	<i>Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique</i> (Paris, Société pour l'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 1984-1986)
<i>AHRF</i>	<i>Annales historiques de la Révolution française</i> (Paris, Société des études robespierristes, 1924-)
<i>Baudouin</i> , I, p. 1	BAUDOUIN (François-Jean) (éd.), <i>Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale (1789-1791)</i> , (21 t., 16 vol., Paris), t. I, p. 1

<i>Bulletin des lois</i> , 1794, 1 ^{ère} série, t. 1, n° 1, p. 1	<i>Bulletin des lois de la République française</i> (Paris, Imprimerie nationale, 1794-1931), 1794, 1 ^{ère} série, t. 1, n° 1, p. 1
CTh., XV, 14, 8	Code théodosien, livre XV, chapitre 14, paragraphe 8 (T. MOMMSEN, P. M. MEYER, J. Sirmond éd., <i>Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosiam pertinentes</i> , vol. I, t. 2, Berolini, Weidmann, 1954)
CURAPP-PUF	Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie – Presses Universitaires de France
D. 1825, I, p. 1	DALLOZ (Désiré), DALLOZ (Armand), CAMPIOT (Amédée), <i>Dalloz Jurisprudence générale</i> (Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1825-1902, Librairie Dalloz, 1903-1944, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1945-1955), année 1825, Première partie, p. 1
<i>Droits</i>	<i>Droits. Revue française de théorie et de du droit</i> (Paris, PUF, 1985-)
<i>Duvergier</i> , 1, 1, 1	DUVERGIER (Jean-Baptiste), <i>Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'État, depuis 1789 par ordre chronologique</i> (2 éditions, Paris, Guyot, 1838), éd. 1, t. 1, p. 1
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État</i> (Paris, Imprimerie nationale, 1947-)
GMCC	<i>Guerres mondiales et conflits contemporains</i> (Paris, PUF, 1987-)
JCP-G, I, 1945	<i>La semaine juridique, édition générale</i> (Paris, Éd. Techniques, 1942-1995, Jurisclasseur, 1995-2004, LexisNexis, 2005-)
JO	<i>Journal officiel</i> (sous ses différentes moutures, à l'exception de celles mentionnées ci-après)
JO (Alger)	<i>Journal officiel de la République française, Alger</i> (Imprimerie officiel du gouvernement général de l'Algérie, 1943-1944)
JO (Tours)	<i>Journal officiel, édition de Tours</i> (1870)
JOFL	<i>Journal officiel de la France libre</i> (Londres, Société des éditions de la France libre, 1940-1943)
<i>Journal universel</i>	<i>Collection du journal universel, publié à Gand pendant le séjour de S. M. Louis XVIII en 1815, précédé d'un avertissement et d'une table des matières, servant d'appendice au moniteur de l'année en 1815</i> , Paris, Chez Mme Veuve d'Agasse, 1825
LGDJ	Librairie de droit et de jurisprudence
<i>Moniteur universel</i>	<i>Moniteur universel</i> , Paris [éditeur inconnu], 1811-1901

PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUR	Presses universitaires de Rennes
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i> (Paris, LGDJ, 1894-)
Rec.	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i> (Paris, Bureau d'administration du Recueil, 1821-1847, Paris, Delhomme, 1848-1954)
REMMM	<i>Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée</i> (Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 1988-)
RGD	<i>Revue générale de droit</i> (Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1970-)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris, Pedone, 1894-)
RHFD	<i>Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique</i> (Paris, LGDJ, 1987-2007, Société pour l'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 2008-)
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> (Paris, Dalloz, 1902-2001)
<i>S. refondu</i> , 1, 1, 1, 1	DEVILLENEUVE (Lemoine), CARETTE (Antoine-Auguste), <i>Recueil général des lois et des arrêts. Avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs, rédigé sur l'ancien recueil général des lois et des arrêts, fondé par M. Sirey, revu et complété</i> (10 vol., Paris, M. Pouleur, 1840-1843), série 1, t. 1, partie 1, p. 1
<i>S.</i> 1800, I, p. 1	SIREY (Jean-Baptiste) <i>et alii</i> , <i>Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale, et de droit public</i> (Paris, Recueil Sirey, [180?]-1950), 1800, Première partie, p. 1.

INTRODUCTION

« Qu'est-ce que le Gouvernement ? Quel est son principe, son objet, son droit ? – Telle est incontestablement la première question que se pose l'homme politique [...]. Or, à cette question en apparence si simple, et dont la solution semble si facile, il se trouve que la foi seule peut répondre. La philosophie est aussi incapable de démontrer le Gouvernement que de prouver Dieu. L'Autorité, comme la Divinité, n'est point matière de savoir ; c'est, je le répète, matière de foi. »

Pierre-Joseph PROUDHON, *Les confessions d'un révolutionnaire*¹

Le 28 brumaire an II (18 novembre 1793), lorsque Billaud-Varenne monte à la tribune de la Convention, la Révolution encore jeune, vient d'amorcer un de ses tournants majeurs. Par un décret du 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793), la Constitution de l'an I, votée le 27 juin 1793 et ratifiée le 4 août, avait été suspendue avant même son entrée en vigueur. Billaud-Varenne s'apprête à présenter son rapport « sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire ». Il entend élucider le « mystère du pouvoir »², en identifiant les bases de son bon exercice :

« En gouvernement, comme en mécanique, tout ce qui n'est point combiné avec précision, tant pour le nombre que pour l'étendue, n'obtient qu'un jeu embarrassé, et occasionne des brisements à l'infini. Les circonstances entravantes et les frottements destructeurs diminuent à mesure qu'on simplifie les rouages »³.

Résoudre le problème du bon gouvernement se résumerait donc à une question de mécanique bien huilée. Le montagnard s'empare de la question au moment où elle se pose avec une acuité toute particulière. L'obsession d'un gouvernement fort et efficace – antienne présente dès 1789⁴ – trace le sillon de son discours. Pourtant, nonobstant minuties et précautions, la mécanique gouvernementale se grippe parfois et, en dépit de rouages qui devraient fonctionner, s'enraye. Le phénomène est significatif pour la France qui a connu nombre de renversements de gouvernements.

Fort de ce constat, certains historiens dressent un âpre tableau de la situation constitutionnelle depuis 1789. Parmi eux, Maurice Deslandres considère que « [l]a France

¹ P.-J. PROUDHON, *Les confessions d'un révolutionnaire pour servir à l'histoire de la révolution de février*, Paris, Garnier frères, 1851 [3^e éd.], p. 5.

² Pour reprendre l'expression de Georges Burdeau : G. BURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, Paris, PUF, 1979 (*La Politique éclatée*), p. 111 et p. 117.

³ *A.P.*, 1, 79, 453

⁴ G. BIGOT, « “La force du gouvernement” : écritures et réécritures constitutionnelles de l'administration (1789-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, t. 389, 2017, p. 19-38, notamment p. 30 *sqq.*

se présente [...] comme le pays révolutionnaire par excellence, les Français semblent ingouvernables, toujours prêts à renverser les régimes qu'ils ont commencé par applaudir »⁵. Est-ce donc la seule alternative proposée par l'histoire des institutions : un gouvernement combiné avec précision et efficacité ou bien le chaos ? À bien y regarder, ces moments dits « ingouvernables » de l'histoire constitutionnelle ne laissent pas souvent l'État en proie à la désorganisation totale. La plupart du temps, il est possible d'y déceler un soubassement institutionnel. Apparaissent alors, ponctuellement, des gouvernements qui prétendent agir au nom et pour le compte de l'État, mais dont le statut « de droit » est dénié, parce qu'ils ne s'insèrent pas dans la situation constitutionnelle réputée ordinaire. Ces gouvernements de fait exercent pourtant des prérogatives juridiques. Penser le gouvernement de fait (§1) implique nécessairement de recourir à l'analyse des discours juridiques (§2) afin de comprendre comment cet expédient est saisi par le droit (§3).

§1. Penser le gouvernement de fait

Le phénomène que tente d'appréhender le concept de gouvernement de fait s'avère bien vivace, malgré sa relative désaffection ces dernières années. L'intérêt de son étude réside tant dans ce qu'il peut enseigner des techniques de gouvernement passées, que de l'actualité des solutions retenues (1). Dès lors, il est fécond d'aborder cette étude sous un angle historico-juridique ayant spécifiquement pour cadre la France, de la Révolution à la Libération (2).

1. Dissection ou examen de santé : l'intérêt d'une étude du gouvernement de fait

L'histoire constitutionnelle française est jalonnée par les révolutions, les coups d'État, les invasions de son territoire et les bouleversements institutionnels. Il en résulte de nombreux changements informels de gouvernements⁶. Se développe une pratique du droit constitutionnel parfois en marge, sinon en dehors, des régimes de droit, contribuant à instaurer une tension entre la norme voulue comme gage de stabilité et son application tributaire des aléas politico-juridiques. Pour accorder ces dissonances, certains auteurs ont essayé d'interpréter les palpitations constitutionnelles de la France. Dans une perspective progressiste, le doyen Vedel comprenait l'histoire comme un rivage balayé ponctuellement par des vagues démocratiques qui déposent des « sédiments

⁵ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome premier. De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire (1789-1815)*, Vaduz, Paris, Topos Verlag AG, E. Duchemin, 1977, p. 9.

⁶ Cette étude aborde les nombreux gouvernements de fait qui se sont succédés en France. Ainsi, pour limiter le nombre de renvois internes à chaque fois qu'il est fait mention de l'un d'entre eux, le choix a été fait d'insérer une table répertoriant les principaux gouvernements de fait dont il est question et les pages dans lesquelles ils sont mentionnés : Cf. *infra*, Table des principaux gouvernements de fait évoqués, p. 529.

constitutionnels »⁷. Il percevait donc un *sens* de l'histoire, allant vers une organisation de plus en plus parfaite des sociétés⁸. Opposé à l'idée d'une linéarité inexorable Maurice Hauriou voyait plutôt dans cette succession de changements la manifestation de cycles. Des phases alterneraient alors, comme pour le mouvement d'un « pendule », laissant se relayer « une période révolutionnaire de gouvernement des assemblées », « une période consulaire ou impériale de dictature » et « une période parlementaire »⁹. Dans le même ordre d'idées, l'historien Maurice Deslandres appréhendait l'histoire constitutionnelle comme une « alternance entre des régimes, qui se sont succédés en s'opposant radicalement l'un à l'autre ; la faiblesse venant après la force et la force après la faiblesse »¹⁰, dans un « mouvement d'oscillation intégrale »¹¹.

Ces discours tentent de réordonner *a posteriori* le chaos en lui donnant un sens, une sorte de mouvement général qui guiderait les transitions constitutionnelles en leur conférant une logique propre¹². Sans se ranger derrière une lecture plutôt qu'une autre, il semble nécessaire de souligner que ces théories ont souvent tendance à faire l'économie d'un « acteur » qui joue pourtant un rôle directeur dans les périodes de troubles : le gouvernement de fait. Lors d'une révolution et plus encore durant un coup d'État, le pouvoir ne reste jamais vacant longtemps. Ces périodes voient d'ailleurs revenir les mêmes protagonistes. Cette permanence explique la récurrence de certains procédés, notamment la réorganisation du pouvoir autour d'un groupe d'hommes non régulièrement investis, mais qui prennent en charge les affaires du gouvernement.

Pourtant, le rôle du gouvernement de fait est la plupart du temps ignoré, oublié, méprisé. Cela tient à ce qu'avant de pouvoir le considérer comme un concept juridique, il a longtemps été cantonné à une imprécation politique. On ne voyait alors en lui que le masque hideux des forces en présence, mais pas le droit, que son nom même tendrait à rejeter (il était « de fait »). Défini la plupart du temps par la négative, il désignerait l'autorité qui n'est pas de droit. Le concept demeurerait alors tributaire de la posture de celui qui en faisait usage, pour dénoncer le gouvernement illégitime, hors du droit. Cette approche négative – qui le définit avant tout par ce qu'il n'est pas – apparaît toutefois insuffisante et trop réductrice. L'utilisation juridique qui se dégage au long des XIX^e et XX^e siècles permet, sous l'épais nuage du politique, de discerner une définition positive pour identifier le gouvernement de fait, à partir de laquelle on décèle un outil juridiquement utile à la compréhension des transitions constitutionnelles.

⁷ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 275.

⁸ J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus Politicum*, t. 7, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Histoire-et-temporalite-constitutionnelles-460.html>]. Consulté le 27/03/2022], n.p. (dans la première partie).

⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 294 *sqq.*

¹⁰ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome premier...*, *op. cit.*, p. 10 *sqq.*

¹¹ *Ibid.*, p. 11.

¹² V. de manière générale, sur ces « régimes d'historicité » : J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *loc. cit.*, *passim* ; v. aussi : S. MOUTON, « Le “code génétique” des constitutions françaises », *Demain, la Sixième République ?*, éd. H. ROUSSILLON, S. MOUTON, Toulouse, PUSST, 2007, p. 75-106.

La discipline juridique bénéficie depuis ces dernières années d'un accroissement des études qui exploitent les données fournies par l'histoire des bouleversements politiques et constitutionnels. Ainsi, les Assemblées constituantes ont fait l'objet d'études approfondies¹³, tout comme les transitions constitutionnelles¹⁴, la permanence du pouvoir exécutif¹⁵ ou encore l'état d'exception et l'état de siège¹⁶. Au confluent de ces phénomènes, se profile parfois le gouvernement de fait, bien qu'il soit peu usité par la doctrine depuis le milieu du XX^e siècle. Si l'on excepte quelques articles ponctuels¹⁷, il n'a plus guère fait l'objet d'une étude systématique depuis le colloque de l'association Henri Capitant consacré aux situations de fait en 1957¹⁸.

Il a pourtant connu sa fortune doctrinale du début du XX^e siècle à la fin des années 1950. Plusieurs thèses lui furent consacrées, en 1913¹⁹, 1927²⁰ et 1929²¹. Dans les années 1920-1930, le sujet fait aussi l'objet d'articles, par Ferdinand Larnaude en 1921²² et Scipione Gemma en 1924²³ notamment, et de riches développements dans certains manuels, comme chez Gaston Jèze dans la 3^e édition de ses *Principes généraux du droit administratif* en 1930²⁴. C'est à cette période qu'il bénéficie de la plus grande diffusion : il

¹³ V. en ce sens, de manière non exhaustive : D. GROS, *Naissance de la Troisième République*, Paris, PUF, 2014 (*Léviathan*), *passim* ; A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, 2005 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*), *passim*.

¹⁴ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005, *passim* ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994 (*Léviathan*), p. 208 *sqq.*

¹⁵ B. MONTAY, *L'autorité perdue : pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021 (*Léviathan*), *passim*.

¹⁶ S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, [th. droit, Lyon] 2011, *passim* ; F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001 (*Léviathan*), *passim*.

¹⁷ De manière non exhaustive : P.-M. RAYNAL, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, t. 7, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Revolutions-et-legitimite-la-dimension-politique-de-l-excursion-sociologique-du-droit-constitutionnel-467.html>. Consulté le : 02/09/2018], *passim* ; F. DELPÉRIÉE, « Le gouvernement provisoire », *Le provisoire en droit public*, éd. A. VIDAL-NAQUET, Paris, Dalloz, 2009, p. 85-93 ; P. PACTET, « retour sur l'acte dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Le passé et ses suites », *La constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de D.G. Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 491-507.

¹⁸ V. dans ce colloque les contributions suivantes : C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, éd. J. CARBONNIER, *et alii*, Paris, Dalloz, 1957, p. 235-246 ; E. WOLF, « Le gouvernement de fait en droit suisse », *ibid.*, p. 246-271 ; C. GOSSENS, « Les gouvernements de fait en Belgique », *ibid.* p. 271-273.

¹⁹ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec le gouvernement de fait*, [th. droit, Paris] 1913, *passim*.

²⁰ N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, [th. droit Paris] 1927, *passim*.

²¹ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait à l'égard des étrangers*, [th. droit Paris] 1929, *passim*.

²² F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *RGDIP*, 1921, p. 457-503.

²³ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. III, 1924, p. 297-413.

²⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du Droit Administratif*, t. II, Paris, Dalloz, 1930, p. 344 *sqq.* Plus largement, les relations entre le droit politique et le fait suscitent un intérêt doctrinal certain en Europe à cette période. En 1918, Pitalien Santi Romano consacre une partie des développements de son ouvrage *L'ordinamento giuridico* aux ordres juridiques concurrents à l'État (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* [1918], trad. L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, notamment p. 78 *sqq.* spécialement p. 89-91), tandis qu'en Allemagne, des auteurs comme Georg Jellinek (G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* [1906], trad. O. JOUANJAN, *Révision et mutation constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2018, *passim*) ou Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* [1932], trad. C. ROY et A. SIMARD, *Légalité et légitimité*, Montréal, Paris,

a même suscité deux sujets d'admissibilité au concours d'agrégation de droit public de 1938 : « Les gouvernements de fait » (en droit constitutionnel) et « Les fonctionnaires de fait » (en droit administratif)²⁵. La Seconde Guerre mondiale, l'Occupation puis la Libération suscitent ensuite une littérature importante qui, réactualisant les questions de légitimité en droit, conserve un certain intérêt pour l'étude du gouvernement de fait²⁶. Enfin, il connaît son chant du cygne dans les années 1950. Outre le colloque de 1957 évoqué, quelques articles ou écrits doctrinaux lui sont consacrés, mais le concept tombe progressivement en désuétude en France²⁷.

Pourtant, le phénomène dont il tente de s'emparer est loin d'être obsolète. Récemment, les « Printemps arabes » – succession de révolutions et de changements informels de gouvernements se produisant à partir de décembre 2010 avec la révolution tunisienne suivie en janvier 2011 de la révolution égyptienne – montrent tout l'intérêt que peuvent avoir des outils juridiques propres à saisir les transitions constitutionnelles, le droit provisoire et le phénomène révolutionnaire²⁸.

Les données fournies par l'histoire constitutionnelle présentent un cadre d'observation particulièrement riche pour étudier ces notions. Depuis la Révolution, nombre de gouvernements de fait se sont manifestés et ont offert la matière propice à une analyse du concept.

2. De la Révolution à la Libération : l'histoire constitutionnelle française comme cadre de la recherche

La France n'a pas le monopole du gouvernement de fait. Le concept se manifeste dans des États étrangers et en droit international. Si ces exemples ont pu constituer ponctuellement des sources d'inspiration, leurs logiques respectives diffèrent tout de même en partie de la pratique française. Cette étude fait donc le choix d'écarter ces deux

Presses de l'Université de Montréal, Édition de la Maison des sciences de l'homme, 2016) s'intéressent aussi aux mutations du droit, au pouvoir exercé hors du cadre constitutionnel et à la légitimité.

²⁵ V. les sujets publiés dans la *Revue du droit public* : RDP, 1938, p. 879.

²⁶ Des auteurs comme Roger Bonnard, Georges Liet-Veaux, Georges Burdeau ou encore Georges Berlia s'intéressent, au moins incidemment, au concept de gouvernement de fait. Sur ce point, cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 260 *sqq.* Maurice Duverger lui consacre même spécifiquement un article à la RDP : M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », RDP, t. 61, 1945, p. 73-100.

²⁷ On retiendra surtout les développements que Georges Vedel accorde au gouvernement de fait (G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 273 *sqq.*), la thèse de Maurice Flory qui aborde le sujet par un type de gouvernements de fait : les gouvernements en exil (M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés et le cas de la France libre. 1939-1945*, Paris, Pédone, 1952, *passim*) et un article d'Ernst Wolf (E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », RDP, 1952, p. 39-104.

²⁸ La perspective de la révolution égyptienne et l'étude de la « montée en puissance de la dialectique insurrection / répression » constitue d'ailleurs le sujet de l'article de Pierre-Marie Raynal précité : P.-M. RAYNAL, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *loc. cit.*, *passim*. V. aussi l'article d'Olivia Danic qui traite de la reconnaissance internationale et des « Printemps arabes » : O. DANIC, « L'évolution de la pratique française en matière de reconnaissance de gouvernement », *Annuaire français du droit international*, t. 59, 2013, p. 511-534.

ensembles²⁹ pour étudier spécifiquement la genèse du concept en droit interne français. Il importe néanmoins d'expliciter les raisons de ce choix.

Le détour par le droit comparé. D'autres États connaissent le concept de gouvernement de fait, à l'instar de l'Angleterre, dans laquelle on le retrouve au début de la seconde moitié du XIX^e siècle sous la plume de John Austin. L'avocat et philosophe du droit identifiait trois formes de gouvernement : celui à la fois de fait et de droit forme le gouvernement régulier – qu'on pourrait appeler constitutionnel –, à côté duquel on rencontre le gouvernement de droit mais pas de fait et le gouvernement de fait sans droit. Austin dissocie, dans une perspective positiviste, les gouvernements de droit qui ne sont plus obéis ni effectifs (*de jure* mais pas *de facto*) et ceux qui sont au pouvoir, mais qui y sont parvenus illégalement (*de facto* mais pas *de jure*)³⁰. Ses conclusions diffèrent cependant du sens qui se dégage de la pratique française, qui a plutôt tendance à voir une différence de nature entre gouvernements de fait et de droit. En revanche, elles confirment que c'est à l'aune du positivisme juridique que s'appréhende le concept de gouvernement de fait.

Dans les Amériques, une « doctrine du gouvernement de fait » se développe également avec l'appui des cours suprêmes, notamment en Argentine ou aux États-Unis. Dans ce dernier État, la guerre de Sécession (1861-1865) rend le besoin d'outils juridiques pour appréhender les changements informels de gouvernements impériaux, comme le montre un procès de 1861³¹. Ce contentieux résulte de ce qu'un des premiers actes révolutionnaires, après la rébellion au Sud des États-Unis d'Amérique, fut pour Jefferson Davis (le président des États confédérés au Sud) de remettre des lettres de marque à des navigateurs pour qu'ils puissent se livrer à des actes de pillage contre les navires du Nord. Lorsque le capitaine du *Savannah* a été capturé et ramené à New-York pour y être jugé, la question s'est posée de savoir si son équipage et lui-même devaient être jugés en tant que pirates ou corsaires. Selon *La gazette des tribunaux* – le journal dont est extrait l'affaire – si le tribunal admettait l'existence dans le Sud d'un gouvernement de fait, donc d'un état régulier de guerre entre deux parties belligérantes, alors il s'agissait d'actes de corsaires, légitimés par la guerre. Le droit des gens devait donc s'appliquer. Si, au contraire, le statut de gouvernement de fait était nié au Sud, il ne s'agissait par conséquent que de pirates, appréhendés comme des criminels au sein de l'État, devant être soumis à son droit pénal. En l'espèce, le gouvernement et les officiers de police judiciaire ont choisi de les traiter selon le droit pénal national et les ont traduits devant la cour fédérale du district de New-York, refusant ainsi tacitement de reconnaître un gouvernement de fait dans le Sud. La défense des accusés reposait évidemment sur l'idée

²⁹ Sans pour autant s'interdire de les mobiliser occasionnellement, lorsqu'il y a eu une influence manifeste en droit interne et que cela est utile à la démonstration.

³⁰ J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, t. I, London, John Murray, 1869 [third edition by Robert Campbell], p. 336 *sqq.*

³¹ *Moniteur universel*, 22 décembre 1861, p. 1789, reproduit dans la rubrique « faits divers », dans la partie consacrée aux tribunaux étrangers et extrait de *La gazette des tribunaux*.

qu'ils n'étaient pas pirates mais bien belligérants au service d'un gouvernement ennemi³². La qualification ou non de gouvernement de fait était donc cruciale. L'accusation se trouvait extrêmement embarrassée car, à l'époque des faits, il semblait politiquement épineux, pour l'Union, de reconnaître la qualité de gouvernement aux insurgés du Sud. Le juge Nelson lui-même trahissait sa gêne en précisant : « [q]uant à la question de savoir s'il y a lieu de tenir compte, dans l'appréciation des faits et des circonstances, de l'existence dans le Sud d'un gouvernement *de facto*, jouissant des droits et des prérogatives attachés à la souveraineté, c'est là un point que le juge ne croit pas avoir pour mission de discuter et dont il abandonne la solution à la conscience du jury » ; jury qui se révéla incapable de rendre une décision unanime³³.

Le gouvernement de fait sert donc d'argument pour résoudre ou dissimuler les problèmes posés par les bouleversements politiques et constitutionnels. Son utilité s'avère telle que la Cour suprême est conduite à s'en saisir. Durant la période dite de la « Reconstruction » (1865-1877), dans une affaire *Texas v. White* rendue le 12 avril 1869³⁴, la *Supreme Court of the United States* s'interroge sur la nature du gouvernement ayant régi le Texas lors de la guerre de Sécession. Elle s'empare de la « *de facto* government doctrine », affirmant que puisque la sécession était un acte illégal, le Texas avait été dirigé par un gouvernement de fait. Si elle établit bien la distinction avec le gouvernement de droit, elle précise que les actes du « *de facto* government », du moment qu'ils ont été effectifs, ont pu être valides³⁵. Un gouvernement de fait peut donc engendrer des effets juridiques³⁶.

La Cour constitutionnelle argentine se saisit également du gouvernement de fait pour le hisser au rang de concept juridique. Dans cet État qui a connu de nombreuses transitions constitutionnelles et luttes intestines menant à des changements informels de gouvernement, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* reconnaît, particulièrement à partir de 1930, une « *doctrina de facto* ». Certes incertaine et fluctuante, cette doctrine poursuit l'objectif de minorer la brutalité des changements constitutionnels résultant des révolutions³⁷. Ce souci d'encadrer les changements informels de gouvernement pousse même – ce qui est rare – les législateurs constitutionnels sudaméricains à intervenir. Ainsi, un certain nombre de constitutions des États de cette région ont pu contenir des dispositions visant à limiter ou à rendre nuls, par avance, tout acte qui serait édicté par

³² *Ibid.*, selon les mots mêmes de l'avocat de la défense : « L'on peut, tant que l'on voudra, se refuser à reconnaître la légitimité des États confédérés ; on ne pourra jamais leur enlever leur qualité de gouvernement de fait », tout le prouve, selon ce dernier, et il s'emploie à essayer de le démontrer.

³³ *Ibid.*

³⁴ Elle est restée célèbre pour avoir proclamé que l'union des États-Unis d'Amérique était perpétuelle. V. sur ce point : J.-P. FELDMAN, « Les Constitutions des États confédérés d'Amérique », *RFDC*, t. 59, 2004, p. 529.

³⁵ *Texas v. White*, 74, U.S. (7 Wall.), 733 (1868) ; v. aussi : G. LAWSON, G. SEIDMAN, *The Constitution of Empire : territorial expansion and American legal history*, New Haven, London, Yale University Press, 2004, p. 163.

³⁶ Il s'agit d'autant plus d'une affirmation de principe de la part de la Cour suprême que dans sa décision, elle ne reconnaît pas, par exception, la validité de l'acte en cause du gouvernement rebelle du Texas. La raison en est ses effets injustes sur certains citoyens (v. *ibid.*, p. 164-164).

³⁷ V. en ce sens : E. I. GROISMAN, « Los gobiernos *de facto* en el derecho argentino », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, t. 4, 1989, p. 35-45.

un gouvernement de fait³⁸. Toutefois, ces dispositions sont restées de peu d'effets en pratique puisqu'elles n'ont pas endigué la frénésie révolutionnaire et favorisé la stabilité gouvernementale³⁹.

Ainsi, des préoccupations semblables animent les acteurs politiques et juridiques français ou étrangers lorsqu'ils se trouvent face à un gouvernement de fait. Le droit comparé enseigne que ce concept peut constituer un argument juridique certes difficile à manier mais pouvant servir, dans une optique positiviste, à essayer d'assurer la continuité de l'État. La France ne dispose toutefois pas de Cour constitutionnelle qui aurait pu s'emparer de ce concept pour en clarifier le sens. Il faut alors se tourner vers l'histoire du droit interne, car le droit international, s'il peut sembler une solution adéquate par le recours à la reconnaissance de gouvernement, demeure en réalité impropre pour identifier le gouvernement de fait en droit constitutionnel.

Le rejet de la reconnaissance internationale. Le gouvernement de fait connaît une certaine fortune en droit international, surtout à partir de la fin du XIX^e siècle. Il repose sur un mécanisme de reconnaissance, consistant en ce que la nature du gouvernement serait subordonnée à l'acte juridique par lequel un État, ou une grande partie de la communauté internationale, prend acte de l'existence *de facto* d'un gouvernement établi dans un autre État⁴⁰. Son utilisation comme critère d'identification du gouvernement de fait en droit interne a pourtant été considérée inadéquate à plusieurs reprises. En France, un avocat général, M. Sarrut, l'évoque clairement dans ses conclusions sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juillet 1891, *Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée et Gouvernement de la république du Chili c. Gouvernement provisoire du Chili*⁴¹. Mais surtout, la marginalisation de la reconnaissance internationale est présente dans la doctrine, qui appelle à bien distinguer les deux approches, internationale et interne, du gouvernement de fait⁴². Plusieurs auteurs rejettent la pertinence du droit international – tout en conservant une partie de ses outils – pour déterminer les critères du gouvernement de fait en droit interne⁴³. Scipione Gemma s'attache à démontrer que l'existence du gouvernement de fait ne peut être subordonnée au principe de la reconnaissance, car

³⁸ C'est le cas par exemple dans l'art. 69 de la Constitution de San Salvador de 1886, ou encore dans l'art. 10 de la Constitution péruvienne de 1860 : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *RGDIP*, t. 28, 1921, p. 500.

³⁹ *Ibid.*, p. 500-501.

⁴⁰ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, v^o Reconnaissance, p. 938-946, notamment p. 941.

⁴¹ *S.* 1895, II, p. 307 : « N'admettre un gouvernement étranger à ester en justice qu'autant qu'il a été officiellement reconnu, c'est ne pas tenir suffisamment compte de la portée du fait, dans une matière que le droit écrit ne régit pas, c'est s'attacher à une conception, selon moi, inexacte ».

⁴² Notamment en ce que la théorie de la reconnaissance ne coïncide pas avec le droit interne, elle se situe sur un plan spécifiquement international, dans un rapport d'État à État et non plus d'État à nation. V. en ce sens : C. GOSSENS, « Les gouvernements de fait en Belgique », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, [Journées lilloises 31 mai-3 juin 1957], éd. J. CARBONNIER *et alii.*, Paris, Dalloz, 1960, p. 271-273.

⁴³ Par exemple : L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 7 à 35 ou N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 1. *sqq.*, et p. 237.

rien n'oblige les États étrangers à reconnaître un gouvernement plutôt qu'un autre lors d'une insurrection⁴⁴. La nature du gouvernement ne peut donc y trouver son fondement en droit interne, sans quoi le risque que ce soit *in fine* le motif ou le prétendu bien-fondé de l'insurrection qui préjugerait de son caractère *de facto* ou *de jure* serait latent, ce qui ne saurait constituer un critère juridique adéquat : « [c]e n'est donc pas la cause de l'insurrection qui décide, mais sa consistance »⁴⁵. Georges Burdeau en arrive également à rejeter la reconnaissance internationale en ce qu'elle lui paraît davantage résulter « des considérations subjectives qui dicteront aux chancelleries l'attitude qui leur paraît opportune ». Il en conclut que : « [l]a reconnaissance est un acte politique »⁴⁶. Il faut donc s'intéresser aux mécanismes de fonctionnement d'une reconnaissance interne du gouvernement de fait⁴⁷ et, partant, de ce qui a présidé à leur détermination. Pour ce faire, il apparaît pertinent de se pencher sur l'histoire constitutionnelle française.

L'histoire constitutionnelle française. En France, le concept de gouvernement de fait est le résultat d'équivoques, de luttes de pouvoirs et d'incertitudes politiques et juridiques ; s'il est mobilisé devant et par les cours de justice, il ne fait pas l'objet d'une consécration formelle (ni même réellement matérielle). L'embarras des autorités publiques est manifeste. Ce concept connaît une évolution interne qui lui est propre, parfois marquée par les exemples internationaux, mais qui résulte la plupart du temps des transformations du droit constitutionnel et des changements de perception des acteurs. L'intérêt d'une étude du phénomène des transitions constitutionnelles centrée sur l'État en France n'est alors pas de raisonner dans l'abstrait ou de déceler une notion universelle de gouvernement de fait, mais de mettre en lumière les rapports entre la pratique gouvernementale dans l'État et le droit qui en découle, ainsi que les lectures que ces relations ont pu susciter. Cette étude se propose de partir à la quête de la construction d'un concept *juridique* de gouvernement de fait en France, à partir des données fournies par l'histoire constitutionnelle.

⁴⁴ Il note ainsi que l'on « pourrait être persuadé du bon fondement en justice de la cause des insurgés et toutefois on n'aurait pas pour cette raison la compétence d'une déclaration de légitimité ni le devoir juridique d'une reconnaissance », au contraire de l'ancienne littérature du droit des gens qui imposait aux États, selon lui, une conduite différente selon que l'insurrection contre le souverain était juste ou non (S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 406).

⁴⁵ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 406. En outre, la pratique l'atteste. Cela ressort nettement d'un extrait du journal *La Patrie* de 1861, reproduit au *moniteur universel*, qui mentionne que « la reprise des rapports diplomatiques avec Turin n'impliquerait, de la part de la France, au sujet de la politique du royaume italien, aucun jugement sur le passé ni aucune solidarité pour l'avenir. Elle constaterait que le gouvernement de fait de ce nouvel État est suffisamment établi pour qu'il soit possible d'entretenir avec lui des relations internationales que réclament impérieusement les intérêts des deux pays » (*Moniteur universel*, 16 juin 1861, p. 900).

⁴⁶ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 575.

⁴⁷ Par ailleurs, Gemma prend bien soin de distinguer les questions qui relèvent du droit international de celles qui sont spécifiques au droit constitutionnel, en précisant que « les deux légitimations, celles de droit interne et celle de droit international, sont absolument indépendantes, de sorte que l'une ne peut influencer l'autre. Rien n'empêche qu'un gouvernement tout à fait affermi et fonctionnant régulièrement depuis longtemps, soit encore ignoré par des États étrangers et rien n'empêche aussi d'admettre l'hypothèse contraire » (*ibid.*, p. 332).

Une étude française du concept de gouvernement de fait, qui se définit par son absence de titre juridique, s'insère dans le sillon du légicentrisme et suit le développement du droit constitutionnel contemporain. Il importe d'entamer les recherches à partir de la Révolution française, d'autant que la première occurrence trouvée de la formule résulte d'un discours de Jean-Joseph Mounier du 9 juillet 1789⁴⁸. En outre, le concept de gouvernement de fait ne paraît pas avoir été opérant dans l'ancien droit, dont l'architecture constitutionnelle répondait à un paradigme différent. Ainsi, en France, le gouvernement de fait s'est déployé en relation directe avec la notion de constitution – et d'illégalité constitutionnelle – et celle d'État au sens contemporain⁴⁹. Ce concept se singularise donc d'autres solutions qui ont pu exister avant la Révolution pour préserver l'État des ruptures dans l'ordre légitime de succession, comme la régence. Par la suite, le XIX^e siècle offre de nombreuses études de cas autour desquelles différents acteurs vont débattre et permettre d'affiner ce concept. La Restauration en connaît une utilisation spécifique⁵⁰, qui évolue sous la Monarchie de Juillet, la Seconde République et le Second Empire⁵¹. Les bouleversements politico-juridiques de 1870-1875 – de la chute de l'Empire à la promulgation des trois Lois constitutionnelles de 1875 en passant par le gouvernement de la Défense nationale, l'élection de l'Assemblée nationale et la Commune de Paris – précisent une utilisation juridique d'un concept de gouvernement de fait en germe tout au long du siècle. Enfin, au siècle suivant, les gouvernements de fait de l'Occupation et de la Libération, ainsi que les débats qu'ils ont suscités, offrent de nouveaux éléments et renforcent ceux qui étaient acquis, afin d'affiner la définition du gouvernement de fait⁵². La France constitue donc un important terrain d'analyse juridique. Une vision large du gouvernement de fait permet à certains auteurs d'en compter jusqu'à une vingtaine entre la Révolution et la Libération⁵³.

La seule étude des institutions s'avère toutefois insuffisante. La généalogie du gouvernement de fait est aussi tributaire d'une histoire de la pensée politique⁵⁴. Les tensions et les mutations que connaît le sens même du terme, notamment de la Restauration à la chute du Second Empire, peuvent s'inscrire dans une « culture juridique » du XIX^e siècle décrite par Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin comme un

⁴⁸ *A.P.*, 8, 214.

⁴⁹ Sur ce point : G. BIGOT, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Pouvoirs*, t. 177, 2021, p. 5-15.

⁵⁰ Dans une perspective politique, le gouvernement de fait est identifié à la notion d'usurpation, dont la conséquence juridique est la nullité : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 53 *sqq.*

⁵¹ V. la thèse de Raymond Gaudu, du début du XX^e siècle, qui s'attarde notamment sur les périodes 1814-1816, 1830, 1848, 1851 ou encore 1870-1875. R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, *passim*.

⁵² On pense ici plus précisément à la période du régime de Vichy, de la France libre, puis du Gouvernement provisoire de la République française jusqu'en 1946.

⁵³ Un tel nombre est proposé par Marcel Prélot entre 1789 et 1946 (M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1957, p. 7-8). Ces gouvernements sont étudiés à la suite dans le chapitre concerné au critère de la nécessité, dans la mesure où c'est un argument auquel ils ont systématiquement recours : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 103 *sqq.*

⁵⁴ Sur l'importance et l'utilité de l'histoire des idées politiques dans une étude d'histoire du droit : A.-S. CHAMBOST, « "Ce n'est pas du droit..." : L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *RHFD*, t. 35, 2015, p. 497-538 ; v. notamment les développements relatifs aux démarches de l'histoire des idées ou de l'histoire de la pensée politique et les apports de l'école de Cambridge, p. 518 *sqq.*

processus de « nationalisation du droit » chez nombre de juristes. En effet, selon ces deux auteurs, au lendemain du Congrès de Vienne de 1814-1815, « [l]a Nation comme réalité historique et comme catégorie analytique devient le schème autour duquel s'élabore une réflexion du droit modernisé »⁵⁵. La prise en compte progressive, par les acteurs puis par le droit, des gouvernements révolutionnaires procède de cette représentation accrue de la Nation. De même, ils considèrent qu'un phénomène de « clôture juridique » se met en place à partir de la Troisième République, c'est-à-dire que la matière juridique se singularise, précisant ses contours tout en se refermant pour devenir moins accessible aux profanes. Il en découle une rationalisation accrue et un renforcement de l'étatisation du droit. Il conduit à la spécialisation d'une doctrine juridique et tout à la fois à un isolement de la matière⁵⁶. C'est également à cette période que le concept de gouvernement de fait, sujet à de profondes mutations, est pleinement saisi par le droit. Les luttes politiques contribuent à des changements substantiels dans la perception des objets juridiques, si bien qu'il faut faire une place importante, dans l'étude, non seulement aux discours du droit, mais également aux discours sur le droit. Il semble impossible de comprendre le concept de gouvernement de fait usité au lendemain de la Seconde Guerre mondiale sans avoir saisi les enjeux de sa construction au XIX^e siècle ; de même on ne peut comprendre pleinement le rejet dont il fait l'objet, par exemple par le Conseil d'État lorsqu'il traite du gouvernement de Vichy⁵⁷, sans étudier la dissociation qui s'opère, dans la pensée juridique, entre les notions d'usurpation et de gouvernement de fait qui étaient largement confondues sous la Restauration.

Les données fournies par l'histoire des institutions doivent ainsi être mises en relation avec la pensée juridique pour appréhender les évolutions qu'elles subissent et pour comprendre les discours juridiques qui se déploient dans le cadre temporel retenu.

§2. *Comprendre les discours juridiques*

Si le gouvernement de fait apparaît durant une transition constitutionnelle ou une période de bouleversements politiques, il n'existe avant tout qu'au travers du discours que les acteurs du monde du droit et de la politique développent à son sujet. En effet, un tel exercice du pouvoir en dehors du cadre légal ou légitime ne laisse pas indifférent : sa prolifération dans l'histoire de France ayant suscité assez naturellement de nombreux discours politiques, mais aussi juridiques. Pour comprendre ce phénomène et cerner les acteurs qui cherchent à le circonscrire, il importe de poser des jalons épistémologiques nécessaires (1), avant d'expliquer pourquoi le langage juridique apparaît comme la clef de voûte sur laquelle reposent le corpus des sources (2) et la méthode pour les analyser (3).

⁵⁵ F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre Mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 104.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 149 *sqq.*

⁵⁷ Sur ce point : *cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 91 *sqq.* et Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 328 *sqq.*

1. Quelques prérequis épistémologiques nécessaires

*Jusnaturalisme et positivisme*⁵⁸. Entre le XVIII^e et le XX^e siècle, une progressive substitution du jusnaturalisme à une forme de positivisme juridique s'opère en France⁵⁹. Ce changement entraîne des conséquences sur la réception du concept de gouvernement de fait qui, historiquement, bénéficie d'un traitement sémantique ambigu. D'abord utilisé comme synonyme d'usurpation, il se place alors dans le champ du droit naturel, pour qualifier un gouvernement qui ne serait pas en conformité avec un droit transcendant ou immanent rattaché à un principe de légitimité politique⁶⁰. Cet usage du concept, qualifié de *politique* dans l'étude, vise une délégitimation du gouvernement visé. L'expression se retrouve dans plusieurs discours politiques et juridiques, souvent pour justifier le principe monarchique⁶¹, mais aussi le principe de la souveraineté nationale (lorsqu'il est employé par les ennemis de la monarchie, surtout à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle)⁶². Selon cette perspective, le gouvernement de fait semble donc consister en un argument politique invalidant, condamnant sa cible à demeurer dans le néant juridique⁶³. Se défendant de poser des problèmes de droit, il prétend au contraire les

⁵⁸ Sans qu'il soit permis d'entrer dans des détails qui alourdiraient par trop le propos, on se bornera ici à préciser succinctement ce qui est entendu par jusnaturalisme et positivisme. Le jusnaturalisme, au sens large, désigne l'ensemble des doctrines faisant reposer l'édifice du droit sur un principe spéculatif : le droit naturel, qu'importe l'origine ou la définition qui lui est allouée. Il vise à la détermination d'un droit « objectif, universel et passablement immuable, auquel toute législation humaine doit se conformer pour être juste » (A. SÉRIAUX, « Droit naturel », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. D. ALLAND, S. RIALS, Paris, PUF, 2003, p. 507-511, ici p. 508, et la bibliographie associée). La normativité, selon cette perspective, repose sur un principe transcendant (qui surplombe les règles du droit positif). Le jusnaturaliste entretient donc des rapports étroits avec la morale, en ce qu'il s'efforce de trouver la norme *juste*, indépendamment ou en marge de son efficacité (c'est dans la perspective de ces rapports entre droit et morale qu'Otto Pfersmann traite du droit naturel : O. PFERSMANN, « Morale et droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1040-1046). Une doctrine positiviste, en revanche, approche le droit comme un ensemble de règles contraignantes d'origine humaine en vigueur. Du point de vue de la méthode, elle « se caractérise par la volonté de se borner à décrire le droit tel qu'il est », refusant les jugements de valeurs et les énoncés prescriptifs (N. BOBBIO, « Positivisme juridique », *Dictionnaire de la philosophie politique*, éd. D. ALLAND, S. RIALS, Paris, PUF, 2003 (*Quadrige*), p. 576, v. là encore la bibliographie afférente). Ainsi, pour Norberto Bobbio, le droit naturel peut être soluble dans le positivisme juridique, dès lors qu'il n'est pas considéré comme contraignant en raison de sa seule existence supposée, mais par le biais d'une transposition dans l'ordre normatif positif. La distinction entre positivisme et jusnaturaliste existe donc, mais est à relativiser : « elle peut ne consister qu'en une distinction entre deux voies différentes qui conduisent aux mêmes prescriptions » (ID., « Positivisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1174). V. aussi : N. BOBBIO, « Giusnaturalismo e positivismo giuridico », trad. M. GUÉRET, « Jusnaturalisme et positivisme », *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 39-53 ; G. RIPERT, P. JESTAZ, *Droit naturel et positivisme juridique* [1915], Paris, Dalloz, 2013 (*Tiré à part*), *passim* (le texte de Ripert et la présentation de celui-ci par Philippe Jestaz).

⁵⁹ A. SÉRIAUX, « Droit naturel », *loc. cit.*, p. 508.

⁶⁰ Les notions de légitimités politique et juridique font l'objet d'une étude dans le premier chapitre de cette étude, p. 51 *sqq.*, notamment p. 97 *sqq.*

⁶¹ On en trouve un exemple chez Chateaubriand : F.-R. DE CHATEAUBRIAND, C.-A. SAINTE-BEUVE, *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VII : *Mélanges politiques-polémiques*, Paris, Garnier, 1861, p. 208 ou p. 215.

⁶² Cela se remarque dans un discours à l'Assemblée nationale constituante, lors de la séance du 9 juillet 1789 par Jean-Joseph Mounier : « Quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du peuple clairement exprimée, il n'a point de constitution ; il n'a qu'un gouvernement de fait qui varie suivant les circonstances, qui cède à tous les événements. Alors l'autorité a plus de puissance pour opprimer les hommes que pour garantir leurs droits » (*A.P.*, 8, 214).

⁶³ Un constat qui peut se dresser de manière générale pour l'argument du fait dans le monde juridique. Comme le souligne Nicolas Cornu-Thénard : « [e]mployée dans la langue courante, la distinction [fait/droit] sert même

résoudre de manière hermétique : puisqu'un tel gouvernement n'aurait jamais dû exister, il n'a tout simplement – selon ces vues – jamais existé. Cette inexistence induit une nullité substantielle de sa production normative et conduit, à l'aune du droit pénal d'exception, à envisager ses partisans comme des traîtres. Or, en pratique, la nullité est aussi dangereuse que difficile à manier sur le plan constitutionnel.

Avec les progrès du positivisme, l'usage du concept évolue. Progressivement, il tend à désigner un organe de l'État qui, en dépit d'une illégalité présumée, produit des décisions s'insérant dans l'ordre juridique positif. En le percevant comme ayant existé, en marge du droit, mais non en dehors, les acteurs essaient de résoudre les problèmes posés par les bouleversements juridiques qu'implique un gouvernement de fait. C'est donc dans le cadre d'un positivisme qui se développe et s'affirme, que le concept de gouvernement de fait prend réellement tout son sens. Concernant la méthode, c'est avec ces outils qu'il convient d'aborder le gouvernement de fait, afin d'y percevoir un concept non plus politique, mais qualifié dans cette étude d'*institutionnel*, c'est-à-dire propre à le rattacher à l'institution étatique pour en faire, *in fine*, un usage juridique.

Durant la période qui s'étend de la Révolution à la Libération, la tension entre les deux acceptions de la formule de gouvernement de fait est constante. Elle s'inscrit dans l'essor du droit constitutionnel contemporain qui fait appel à un corpus de notions comme le pouvoir constituant, la notion de constitution ou celle d'État en passant par le droit provisoire, les rapports entre légitimité et légalité ou encore à la validité et l'effectivité du droit. Les différentes transitions constitutionnelles, la multiplication des gouvernements de fait et les problèmes juridiques qu'ils peuvent provoquer, conduisent ainsi les acteurs à réfléchir aux implications du renvoi d'un gouvernement dans le *factum*⁶⁴. Par conséquent, de nouvelles questions, relatives au besoin de sûreté et de préservation des droits des citoyens, dont les périodes de transitions constitutionnelles – souvent violentes en fait comme en droit – sont la plupart du temps dépourvues, découlent de ces réflexions.

Pour autant, si le jusnaturalisme fait courir le risque de réintroduire des jugements de valeur dans l'étude d'un tel phénomène, il est difficile de rendre compte des ruptures dans l'ordre constitutionnel en suivant les réquisits du positivisme juridique⁶⁵. Cette

souvent à écarter les sujets de contestation les plus divers, en prétextant l'évidence. Dire d'une donnée quelconque qu'elle est un fait permet d'exclure tout débat sur son interprétation. Affirmer qu'un principe relève du droit conduit à l'extraire de toutes les controverses, morales notamment, qu'il pourrait susciter » (N. CORNU-THÉNARD, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, [th. droit, Paris] 2011, p. 8).

⁶⁴ La distinction entre fait et droit – entre *factum* et *ius* – et les interrelations qu'ils entretiennent n'est pas une nouveauté. On la rencontre au moins dès l'époque romaine. Sur ce point, v. la thèse de Nicolas Cornu-Thénard : N. CORNU-THÉNARD, *La notion de fait dans la jurisprudence classique...*, *op. cit.*, *passim*. En l'occurrence, pour le gouvernement de fait, une distinction imperméable ne décrit pas une réalité statique, mais sert un but politique.

⁶⁵ Dominique Rousseau exprime cette idée lorsqu'il considère qu'il est nécessaire de sortir de la dichotomie entre l'incapacité à penser les changements anti constitutionnels dont peut faire preuve le positivisme et l'approche proprement jusnaturaliste fondée sur des jugements de valeurs : D. ROUSSEAU, « Une théorie juridique des changements anti constitutionnels est-elle possible ? », *Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu*, t. 3, 2014, p. 63.

summa divisio entre jusnaturalisme et positivisme apparaît donc quelque peu artificielle⁶⁶ lorsque l'on se penche sur les écrits qu'ont suscité les gouvernements de fait. Les prises de position méthodologiques qu'ils ont engendrées font davantage ressortir les disparités entre deux visions, l'une normativiste et l'autre empreinte d'institutionnalisme.

Institutionnalisme et normativisme. Selon les vues doctrinales adoptées sur le gouvernement de fait, on peut soit essayer de lui accorder une place dans le champ du droit, soit au contraire l'en écarter totalement, soit, position intermédiaire assez peu satisfaisante théoriquement, en reconnaître ses effets tout en niant ses causes. Cette dernière attitude repose sur un compromis pragmatique et s'avère plus souvent adoptée par les autorités publiques que par la doctrine⁶⁷. Les deux premières solutions révèlent en revanche une alternative fondamentale pour le sujet. Selon le postulat méthodologique adopté, il est possible ou non de faire une place à l'étude des gouvernements de fait dans une perspective juridique. Une approche normativiste – ou empreinte d'un positivisme radical qui cherche la description de la norme posée et refuse l'étude d'un droit hors ou en marge de l'État – rejette fondamentalement concept et phénomène juridiques du gouvernement de fait ; il paraît nécessaire, pour des raisons épistémologiques, d'adopter un point de vue institutionnaliste pour le saisir pleinement. En effet, le normativisme tend par nature à rejeter le gouvernement de fait en ce que, pour l'objet, il relèverait d'un champ étranger au droit et pour la méthode, il ferait appel à des données qui relèvent du fait politique mais non du droit (par exemple l'assentiment, la nécessité, le sentiment d'obligation). Une telle approche n'est pourtant pas totalement imperméable à la notion de « révolution », simplement elle ne peut être appréhendée méthodologiquement qu'à l'aune de l'effectivité comme condition de validité du droit, comme l'explique Kelsen⁶⁸. Dans une même perspective méthodologique, Raymond Carré de Malberg – que l'on ne peut pourtant pas ranger parmi les normativistes⁶⁹ – prétend qu'il « n'y a point de place, dans la science du droit public, pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'État ou des révolutions et de leurs effets »

⁶⁶ Sur ce point, Norberto Bobbio ne manque pas de souligner qu'il « en va de cette opposition comme de toutes les autres et les tentatives ne manquent pas pour démontrer soit qu'un auteur considéré comme positiviste n'est en réalité qu'un jusnaturaliste ou inversement, soit qu'une voie moyenne est possible » (N. BOBBIO, « Positivisme juridique », *loc. cit.*, p. 576 »). Pour Bobbio, il n'y aurait ainsi pas d'opposition doctrinale entre positivisme et jusnaturalisme dans la mesure où, en l'absence de démarche prescriptive, il ne pourrait exister de doctrine positiviste, ce serait une *contradictio in abstracto*. En outre, la disparité des conceptions positivistes du droit conduit Bobbio à affirmer qu'il n'existerait peut-être pas une théorie politique positiviste à opposer à un jusnaturalisme univoque (*ibid.*, p. 576 *sqq.*).

⁶⁷ Cette position suscite de nombreux débats, notamment quant à la validité des actes édictés par un gouvernement de fait. Cf. sur ce point : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 279 *sqq.*

⁶⁸ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. C. EISENMANN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999 (*la pensée juridique*), p. 209-210. V. aussi : E. CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, t. 71, 2007, p. 521-522. Kelsen précise bien que l'effectivité d'une norme est bien sa condition de validité, mais non son fondement.

⁶⁹ Pour une synthèse complète de la pensée de Carré de Malberg : É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, (*Léviathan*), *passim*, v. particulièrement les p. 16 *sqq.* pour l'explication du « positivisme » très particulier du professeur strasbourgeois, qui le rend difficilement catégorisable (un « positivisme étatique » pour Éric Maulin).

car dans ce cas « la dévolution et l'exercice du pouvoir constituant ne sont point régis par le droit »⁷⁰. Cette étude doit s'affranchir d'une telle approche, parce qu'elle ne permet pas de tenir compte du processus *instituant* qui se déroule durant les transitions constitutionnelles⁷¹. L'architecture théorique du système normativiste rendrait un tel projet caduc⁷². Il faut donc se tourner vers une perspective institutionnelle pour comprendre le sens et la portée de la captation du gouvernement de fait par le droit. Une telle méthode consiste, au-delà des normes, en une prise en compte des institutions dans lesquelles ces normes se déploient ainsi que des processus d'apparition et de disparition qui animent ces institutions. En ce sens, les outils et la grille d'analyse de l'institutionnalisme permettent d'observer le phénomène politique et les faits sociaux en plus du droit émanant des autorités publiques. Ils offrent la possibilité de voir dans la légitimité la manifestation d'un phénomène juridique⁷³.

Le gouvernement de fait s'inscrit dans un processus d'institutionnalisation montrant les mutations internes à l'État, tout en le préservant de la disparition. Un changement informel de gouvernement conduit à bouleverser l'organisme étatique, mais, en tant qu'institution qui se veut immortelle, l'État lui-même perdure⁷⁴. Le gouvernement de fait peut donc être rangé parmi les outils des juristes qui visent à assurer la continuité de l'État, à préserver sa pérennité et à maintenir la dialectique entre gouvernants et gouvernés. Ainsi, c'est au regard de cette perspective que le discours juridique qui le concerne se déploie et évolue.

2. Les discours du droit et sur le droit comme sources

Les prérequis méthodologiques permettent de dresser un double constat : il est nécessaire, pour définir un concept de gouvernement de fait, de s'attacher aux discours juridiques qui le concerne et, plus encore, de prendre ces discours au sérieux. Cela

⁷⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 497.

⁷¹ V. pour davantage de détails sur cette exclusion de la révolution – radicale chez Carré de Malberg et plus nuancée chez Kelsen – du champ des études juridiques : P.-M. RAYNAL, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *loc. cit.*, p. 6 *sqq.*

⁷² En ce sens, Grégoire Bigot explique que « le droit restera toujours confronté à la double problématique de son origine et de sa légitimité » ; ainsi, une « méthode logico-déductive de la théorie de l'État » présente donc des limites pour rendre compte des phénomènes qu'elle prétend décrire (G. BIGOT, « État et anthropomorphisme », *Des racines du Droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, t. II, Aix-en-Provence, Toulouse, Editions L'Épilogue, 2020, p. 40 *sqq.*).

⁷³ V. en ce sens : J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », *loc. cit.*, p. 4 *sqq.* ; É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 384 ; P.-M. RAYNAL, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *loc. cit.*, n.p., notamment la partie II. En outre, l'institutionnalisme fait l'objet d'une définition plus approfondie et de plus amples précisions sont apportées sur ses rapports avec le gouvernement de fait : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 73 *sqq.*

⁷⁴ Cela fait sensiblement écho à la doctrine de « l'identité en dépit du changement » et, plus largement, du phénomène de *perpetua necessitas* dont traite Ernst Kantorowicz dans *Les deux corps du Roi*, à propos de la continuité des corporations. V. en ce sens : E. KANTOROWICZ, *Œuvres*, Paris, Gallimard, 2000 (*Quarto*), *passim*, notamment p. 843 *sqq.*, 850 *sqq.* et 860 *sqq.* Cela rappelle aussi une idée présente chez Montesquieu, au chapitre 5 du livre XI de *l'Esprit des lois* : « [q]uoique tous les États aient en général un même objet, qui est de se maintenir... » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1979 [livre III], p. 293).

n'implique pas de prêter une foi aveugle aux assertions de tous les acteurs, mais permet de constater que la description et l'analyse des systèmes juridiques ne peuvent être appréhendées que par l'étude des discours juridiques, c'est-à-dire « des décisions et des arguments par lesquels on les justifie »⁷⁵. Ce qui signifie que le discours juridique produit les propriétés qui lui servent d'argument. Il importe d'opérer une sélection des sources permettant de bien cerner ce discours pour voir émerger un concept proprement juridique de gouvernement de fait. Ces sources, disparates et souvent disséminées dans une masse de questions annexes et plus pragmatiques, peuvent toutefois relever de quatre registres.

Il est d'abord nécessaire de procéder à l'analyse des actes juridiques, qu'il s'agisse de ceux émis par l'autorité de droit pour légiférer à propos d'un gouvernement de fait – statuer sur le sort de ses actes ou celui de ses hommes – ou des actes édictés par les gouvernements de fait eux-mêmes⁷⁶. À ce titre, la consultation des différents recueils de lois, principalement le *Recueil Duvergier*, le *Bulletin des lois*, et les différentes moutures du *Journal officiel*, s'avère utile. Ce premier registre de sources implique de s'interroger sur le sens et la portée de la production normative de l'État comme discours sur l'histoire et le droit. Les actes édictés par les gouvernements de fait permettent de cerner à la fois l'étendue qu'ils entendent eux-mêmes donner à leurs pouvoirs, mais aussi, par les interprétations postérieures de ces énoncés, la continuité que leur alloue le régime de droit qui leur succède. Au surplus, l'approche législative du gouvernement illégal par l'autorité légale enseigne sur la façon dont cette dernière prétend réécrire la période concernée et l'appréciation qu'elle se fait du gouvernement de fait : une annulation en bloc, par exemple, traduit une assimilation à l'usurpation ; au contraire, valider son œuvre revient, au moins implicitement, à le légitimer.

En second lieu, le dépouillement des décisions de justice fournit des renseignements sur la perception qu'ont les acteurs du gouvernement de fait et de leurs conséquences. On trouve ainsi de nombreux éléments dans les mémoires des parties, les conclusions des avocats généraux, les décisions des juges ou encore dans les notes des arrêtistes. Si, le plus souvent, la juridiction civile ou pénale s'en empare, le Conseil d'État connaît également des litiges qui mettent en jeu des gouvernements de fait. Le dépouillement des Recueils *Sirey*, *Dalloz* et *Lebon* a permis de déceler un vaste contentieux allant de la

⁷⁵ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011 (*Léviathan*), p. 3. V. aussi en ce sens : O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable*, Paris, PUF, 2017 (*Léviathan*), *passim*, dont le propos est une invective qui invite à prendre au sérieux le discours juridique (ici nazi), pour mieux en comprendre les apories, « ses inversions et oxymores » (p. 301).

⁷⁶ On rencontre en effet divers types d'actes, soit qu'ils émanent de gouvernements de fait – l'abolition de l'esclavage par un décret du 27 avril 1848 par exemple, édictée par le Gouvernement provisoire de février 1848 – ; soit d'autorités légales venant légiférer sur un gouvernement de fait passé, tant à propos des individus (l'ordonnance d'amnistie du 12 janvier 1816 promulguée par Louis XVIII par exemple) que des actes (une ordonnance du 28 novembre 1831 venant ratifier les décorations et avancements militaires octroyés par Napoléon durant les Cent-Jours l'illustre bien). Enfin, il existe des actes hybrides, édictés par un gouvernement de fait et visant à réglementer la succession d'un autre gouvernement de fait. L'exemple type se trouve dans l'ordonnance du 9 août 1944 dite de rétablissement de la légalité républicaine. Dans cette étude, il convient de n'écarter aucun de ces types d'actes.

responsabilité de la personne publique à la responsabilité pénale ou civile pour des dommages causés en cas d'émeutes, aux questions d'applicabilité de la loi, de nature des actes, d'obligations contractuelles, de sanctions disciplinaires, de successions, de droit de propriété ou encore de recouvrements de l'impôt. Ce second registre de sources indique donc que l'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait peut avoir une incidence sur tous les pans du droit. Il illustre les difficultés juridiques posées par l'indétermination du concept de gouvernement de fait et l'incertitude quant au régime juridique qui doit lui être appliqué. Il fournit enfin des renseignements, par le biais de l'avis des différents protagonistes, sur l'utilisation du gouvernement de fait comme arme dans le discours juridique qui se déploie devant la justice.

L'étude des actes et des décisions amène ensuite à se pencher sur les discours parlementaires relatifs aux périodes de transitions. Rhétorique parlementaire et actes juridiques entretiennent un dialogue permanent, dans la mesure où les actes des gouvernements de fait fondent l'argumentation des hommes politiques et celle-ci débouche sur des lois concernant ces gouvernements (par exemple une validation, une annulation d'actes en blocs ou une loi d'amnistie). De même, certaines décisions de justice amènent de vives réactions sur la scène politique. On distingue alors dans les débats parlementaires d'abondants éléments de définition du gouvernement de fait. L'étude des *Archives parlementaires*, des *Annales de l'Assemblée nationale*, du *Moniteur universel* et du *Journal officiel* révèle la richesse des conceptions du gouvernement de fait, et les grandes tendances qu'il a pu connaître. Elle montre aussi qu'il a fait office d'argument juridique au renfort de prétentions politiques et l'importance que peut avoir la clarté sémantique en droit. Ce troisième registre de sources permet plus généralement de s'interroger sur la manière dont les parlementaires, souvent juristes, perçoivent certaines périodes de l'histoire constitutionnelle qu'ils qualifient de gouvernement de fait et sur la façon dont ils entendent répondre aux défis soulevés par ces périodes.

Pour finir, une part doit être faite à l'étude des discours politiques, c'est-à-dire aux écrits et témoignages d'acteurs de ces gouvernements ou de leurs opposants, qui éclairent de manière subjective les intentions et les réalisations des acteurs⁷⁷. Ce dernier registre de sources permet d'avoir une vue plus précise, durant les périodes où leur gouvernement est en carence de titre constitutionnel, sur la façon dont les gouvernants et leurs opposants se voient eux-mêmes.

Ces sources constituent le matériau essentiel pour cerner le sens conféré au gouvernement de fait. Elles permettent d'identifier les acteurs essentiels dans cette étude. Par « acteurs » il est entendu les individus qui participent à la production du langage juridique ou dont les décisions ont des conséquences juridiques directes⁷⁸. Ils

⁷⁷ Notamment les mémoires des gouvernants ou de leurs opposants, leur correspondance, mais aussi les pamphlets contemporains à ceux-ci, critiques de ces gouvernements.

⁷⁸ V. par exemple Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats qui définissent les acteurs comme des « producteurs de normes juridiques ou des prétendants à cette production » : V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques*,

proviennent des sources : législateurs, gouvernants – de droit ou de fait –, parlementaires, avocats, juges et parties au procès, auxquels s'ajoutent certains pamphlétaires. Enfin, la doctrine juridique s'intègre également au champ de l'étude. Chaque groupe, à sa façon, produit un discours sur le gouvernement de fait, contribue à permettre de le saisir juridiquement. Il faut néanmoins éviter de tomber dans les pièges du langage partisan, en l'abordant à l'aune de sa fonction : faire du droit.

3. Une analyse fonctionnelle du langage juridique

Un effort d'analyse et de taxinomie des gouvernements réputés a-juridiques ne peut pas être une pure invention ; il doit nécessairement émerger de l'interprétation des faits et des discours du droit et sur le droit produits par les acteurs. Il s'agit alors d'identifier la ou les définitions du gouvernement de fait qui en ressortent. L'analyse de leur langage et la prise en compte de leurs objectifs permettent de surmonter leurs imprécisions et la subjectivité de leurs stratégies, pour mettre en lumière l'utilité juridique du concept de gouvernement de fait.

Un facteur est récurrent dans ces discours : tout porte à croire, lorsque les acteurs utilisent le terme de gouvernement de fait, qu'il s'agit d'un objet politico-juridique qui existe par abstraction, à l'état d'Idée, et dont le régime qui en découle serait *logiquement et implicitement* l'application d'un principe qui préexiste à la réalité juridique. En somme, il y aurait une essence du gouvernement de fait. En conséquence de cet essentialisme, les orateurs, gouvernants, juristes ou juges, ne cherchent guère à définir ce qu'ils entendent sous ce vocable, car son contenu semble aller de soi. Il s'agit là d'un facteur de confusions sémantiques, particulièrement manifeste dans la jurisprudence. Dans un arrêt du 8 février 1817, *Liste civile c. Barandon et compagnie*, la Cour d'appel de Paris décide que tout acte « imposé par les violences du gouvernement de fait de l'usurpateur [...] suivant les principes du droit public, commun aux sujets de toutes les nations, est substantiellement nul »⁷⁹, sans que l'on n'en sache vraiment plus sur ce que signifie cette formule ; à la même époque, la même Cour le 31 mai 1816, dans un arrêt *Bourdois c. Cacatte*, évoque une « espèce de légalité que les publicistes attribuent, en abstraction, aux actes » d'un « gouvernement usurpateur »⁸⁰. Dans les deux décisions, l'usage poursuit le même objectif : dénier à l'usurpateur son effectivité et proclamer la nullité de son droit⁸¹. Seulement, les deux discours sont antinomiques, puisque l'un reconnaît que l'usurpation emporte la nullité et l'autre, très marginal à cette époque, évoque une « espèce de légalité ». Ces imprécisions qui entourent de manière symptomatique le concept de gouvernement de fait démontrent l'écueil d'une approche essentialiste. D'un même

éd. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2005 (*La pensée juridique*), p. 15.

⁷⁹ *S.* 1817, II, p. 393.

⁸⁰ *S. refondu*, 1, 5, 2, 153.

⁸¹ *Ibid.* : dans l'arrêt de 1816, le gouvernement est tellement violent et inique qu'il « ne peut pas mériter le nom de gouvernement usurpateur ».

terme, différents interprètes vont tirer des conséquences juridiques drastiquement discordantes : le partisan du gouvernement de fait est condamnable pénalement comme un traître ou, au contraire, déchargé de sa responsabilité selon le sens qui lui est alloué ; de même, les actes de l'autorité illégale seront appréhendés tantôt comme nuls, tantôt comme valides, à divers degrés. On comprend alors que le terme de gouvernement de fait sert d'expédient, c'est-à-dire qu'il est utilisé comme un moyen détourné, un palliatif convenable et expéditif, pour résoudre une situation juridique déconcertante en la contournant ou en ne s'embarrassant pas d'entrer dans les détails.

Le recours à l'histoire du droit permet toutefois de nuancer ce constat. Si chaque discours, pris indépendamment, permet difficilement d'établir une définition du gouvernement de fait, une approche diachronique constitutionnelle autorise, d'une part, à tracer à grands traits les évolutions de ce concept, et d'autre part, à comprendre ce que juristes et politiciens entendent mettre derrière, en le restituant dans la complexité de son historicité. Le gouvernement de fait est tributaire de son contexte politique et juridique. Il ne s'incarne donc pas en substance, mais constitue plutôt une forme historique prise par le développement juridique d'un certain pouvoir dans l'État, pour répondre à un besoin qui consiste à servir d'argument ou de clef de lecture à des situations de crise. Dès lors, la méthode historique et l'analyse de l'histoire du droit, des institutions et de la pensée politique paraissent nécessaires pour comprendre le fonctionnement et les réalisations des gouvernements de fait. Mais elle doit être abordée de manière fonctionnelle, non pour déceler une essence du contexte, mais pour en faire ressortir l'utilité qu'il(s) a (ont) pu avoir dans la compréhension du droit et des institutions postérieures aux transitions constitutionnelles, dont les institutions actuelles sont en grande partie le résultat.

Il devient alors possible de dégager de l'usage du gouvernement de fait une typologie qui lui est propre. La catégorie qu'il constitue au sein de la théorie des gouvernements (ce n'est pas un gouvernement légal, mais il constitue tout de même un mode d'exercice du pouvoir de l'État) se subdivise en plusieurs types⁸². On trouve des gouvernements révolutionnaires ou de restauration, des gouvernements provisoires ou d'expédition des affaires courantes, des gouvernements en exil ou encore des gouvernements de fait locaux. Indépendamment du qualificatif dont ils s'affublent eux-mêmes, c'est au travers de l'étude de leur discours qu'il est possible de confectionner des catégories. Une telle classification ne résout cependant pas tous les problèmes posés par les transitions constitutionnelles. Certains gouvernements se laissent difficilement saisir, tels ceux issus

⁸² Pour reprendre les postulats établis par Charles Eisenmann dans un article consacré aux classifications, une fois dégagés les principes de la classification – les notions des classes et leur système – on peut ensuite s'intéresser au contenu de la classe et au régime juridique qui lui est alloué (C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique. Revue internationale des idées, des institutions et de la vie politique*, t. 11/41-44, 1968, p. 9 et p. 14).

des Assemblées constituantes⁸³, ou encore ceux dont la légalité fait l'objet de vifs débats⁸⁴, tant politiques que juridiques. De même, des mouvements retenus comme gouvernements de fait peuvent parfois apparaître nébuleux tant ils sont disparates à l'origine. Les différentes formations et courants qui ont traversé la France libre ont été très variés⁸⁵ ; pourtant, à la Libération, la victoire du Gouvernement provisoire de la République française (GPRF) et sa rhétorique d'unité a contribué, pour les besoins de la continuité de l'État, à envisager la France libre comme un tout uni qui a pu être qualifié de gouvernement de fait. C'est l'un des efforts, parfois artificiel mais nécessaire, qui soutient la logique du concept de gouvernement de fait. Le constat que dressait Georges Burdeau dans son *Traité de science politique* n'a pas perdu de sa pertinence : « [c]omme il est clair qu'on ne peut considérer comme un "gouvernement", fût-il révolutionnaire [...], ni tout état-major d'une bande de rebelles, ni toute réunion de quelques personnalités politiques dans une chambre d'hôtel du pays qui leur offre refuge, force est de préciser les caractères généraux de ce qu'il faut entendre comme gouvernement de fait, pour pouvoir ensuite utilement considérer la valeur des actes qu'il accomplit »⁸⁶. L'un des buts de cette étude est de débrouiller la pluralité sémantique et les incertitudes juridiques qui entourent le concept de gouvernement de fait, en étudiant de quelle façon le droit s'en empare.

§3. *Saisir juridiquement un concept fuyant*

L'étude des trois grands types de discours évoqués précédemment met en avant une pluralité sémantique des différents concepts maniés, qui ne doit pas surprendre : tous ces acteurs et auteurs ne sont pas nécessairement juristes et n'appartiennent pas à la même époque ; surtout, ils n'ont pas une vision univoque et semblable du droit. Dissiper les ambiguïtés nécessite donc de clarifier les composantes du syntagme de « gouvernement » (1) « de fait » (2), avant de revenir sur la problématique générale qu'il soulève (3).

⁸³ Les gouvernements de mai 1848 ou de février 1871, par exemple, sont assez peu souvent abordés comme des gouvernements de fait. Cela tient à ce qu'ils rattachent leur légitimité à celle de l'Assemblée élue dont ils sont issus et qui leur permet, sur le plan du discours juridique, d'apparaître convaincants.

⁸⁴ Le gouvernement de Vichy a suscité de vifs débats sur ce point ; il en est question tout au long de ce propos. Le gouvernement de Gaulle III du 1^{er} juin 1958 a lui aussi pu être l'objet d'interrogations quant à sa légalité. Cette perspective est évoquée dans la conclusion générale.

⁸⁵ L'historien Henri Michel a bien montré que les diverses formations de la Résistance n'ont pas toujours formé un tout cohérent, en distinguant pas moins de cinq courants principaux caractérisant les idées politiques de la Résistance (les Français libres, la Résistance a-politique, le Giraudisme, les Communistes et les socialistes), avant de préciser qu'ils finirent par se confondre pour un temps dans le même « collecteur » : la Résistance. Ainsi, lorsque dans cette thèse les termes de France libre ou de la Résistance sont employés, ils traduisent la plupart du temps un souci d'abstraction et de simplification par une métonymie conceptuelle. V. en ce sens : H. MICHEL, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les idées politiques et sociales de la Résistance (documents clandestins – 1940-1944)*, Paris, PUF, 1954, p. 16 *sqq.*

⁸⁶ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 571.

1. Quel gouvernement ?

Le terme de gouvernement est équivoque, car il est utilisé selon deux acceptions par les acteurs – concomitantes aux XIX^e et XX^e siècles –, pour désigner soit la forme du gouvernement, soit le gouvernement en tant que force agissante dans l'État.

Le gouvernement, forme de pouvoir dans l'État. Un certain usage désigne explicitement la République, la Monarchie ou l'Empire, comme constituant le « gouvernement de fait de la France ». En ce sens, il s'insère dans la perspective d'une bonne ou d'une mauvaise organisation du pouvoir étatique et fait écho à la théorie des formes de gouvernement, qui désigne « les modes ou systèmes d'attribution et d'exercice “du pouvoir” dans l'État »⁸⁷. On la distingue de la théorie des régimes politiques⁸⁸. Le type de régime est relatif au mode de répartition des pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – au sein d'une forme de gouvernement⁸⁹. Ainsi, on y a principalement – mais pas exclusivement – recours pour étudier la démocratie représentative. Or, et indépendamment de toute critique de cette typologie conceptuelle⁹⁰, c'est une question qui n'intéresse pas les gouvernements de fait, dans la mesure où, selon une hypothèse émise dans cette étude⁹¹, ils ne connaissent guère de séparation des pouvoirs.

La théorie des formes de gouvernement, en revanche, s'attache essentiellement à typifier la forme que prend le pouvoir au sein de l'État, ainsi que l'attribution et l'organisation du pouvoir suprême⁹². Elle se distingue donc aussi de la théorie des formes de l'État, qui vise, quant à elle, l'organisation de la structure étatique⁹³. Ainsi, comme le remarque Philippe Lauvaux, chez les Anciens le critère fondamental est le nombre des détenteurs du pouvoir, de sorte que la forme du gouvernement peut osciller entre celui d'un seul (la monarchie), de quelques-uns (l'aristocratie) ou de tous (la démocratie⁹⁴). À cette typologie s'ajoute une démarche qualitative, visant à identifier des formes dévoyées, que sont respectivement la tyrannie, l'oligarchie et l'ochlocratie⁹⁵.

Ces quelques rappels sémantiques sont importants car, sur la période qui intéresse cette recherche, une partie des acteurs qui emploient le terme de gouvernement de fait – principalement des parlementaires, parfois des pamphlétaires – le font pour désigner la forme de gouvernement, qui ne correspondrait pas à celle voulue par le Droit (au sens d'une norme transcendant le droit positif). On en trouve un exemple sous la plume de

⁸⁷ C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *loc. cit.*, p. 5

⁸⁸ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 (*Léviathan*), p. 252. V. aussi, dans le même sens, l'article de Charles Eisenmann : C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *loc. cit.*, notamment p. 5-6.

⁸⁹ P. LAUVAUX, « Régimes (Classification) », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1316.

⁹⁰ V. M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 251-262, où l'auteur critique notamment par cette théorie une démarche essentialiste et dénuée d'intérêt pratique.

⁹¹ Cf. Partie II – Titre I – Chapitre 2, p. 344 *sqq.*

⁹² C. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *loc. cit.*, notamment p. 7-8.

⁹³ Formes simples ou plures, de l'État unitaire à la forme fédérale. *Ibid.*, p. 6.

⁹⁴ Bien que chez les Grecs anciens, le terme de démocratie soit le plus souvent utilisé de manière péjorative. V. en ce sens : G. MULHMANN, *et alii*, *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2012 (*Quadrige*), p. 16.

⁹⁵ P. LAUVAUX, « Régimes (Classification) », *loc. cit.*, p. 1316.

Chateaubriand, pour qui les tenants du gouvernement de fait sont ceux qui n'adhèrent pas au gouvernement de droit, c'est-à-dire ceux qui suivent la force et non leurs convictions. Il fustige les partisans de tout gouvernement en place, qu'importe la forme qu'il prend tant qu'il est effectif, qu'il soit légitime ou non – entendu par là tout gouvernement en rupture avec le principe de légitimité monarchique et qui n'est pas dirigé par un Bourbon⁹⁶. Ces tenants de la « doctrine du gouvernement de fait », comme il les appelle, risquent de conduire à de néfastes conséquences pour l'État : « un sabre remplacera le sceptre légitime [...]. Le gouvernement de fait, autrement le gouvernement des parjures, deviendra, puisqu'il prend place dans l'ordre politique, le gouvernement dominant ; il détruira toute vertu dans le cœur des hommes... »⁹⁷. Cet usage persiste jusqu'à la fin du XIX^e siècle où il sert toujours à qualifier tout gouvernement non-royal. Mais il évolue cependant, puisqu'il s'agit moins, désormais, d'en critiquer l'existence que de la reconnaître formellement en attendant sa consécration constitutionnelle⁹⁸. Conjointement, cet usage spécifique se marginalise jusqu'au début du XX^e siècle, à mesure que le débat entre formes républicaine et monarchique s'amenuise. Durant la seconde moitié du XX^e siècle, un tel emploi ressurgit sous une classification différente, désignant désormais une distinction entre les formes de gouvernement plutôt libérales et les formes à tendances autoritaires⁹⁹.

Une telle définition du gouvernement de fait, comme étant, en soi, tout gouvernement non-monarchique ou non-légitime n'est, en fin de compte, pas la plus pertinente pour fonder un critère juridique de qualification. Il semble que si un tel sens était retenu pour définir le gouvernement de fait, cela reviendrait à dire, par exemple, qu'en dehors de toute forme monarchique du gouvernement, la France vivrait sous une succession de gouvernements de fait depuis 1848, dont les actes seraient frappés de nullité absolue lors de la restauration du régime de Droit¹⁰⁰... Si ce prisme est écarté, il ne faut tout de même pas rejeter totalement les discours légitimistes qui le mobilisent en ce sens. Il convient, en effet, de leur ménager un espace dans l'étude, car la place politique majeure des royalistes, dans la première moitié du XIX^e siècle, leur permet de développer une

⁹⁶ F.-R. DE CHATEAUBRIAND, C.-A. SAINTE-BEUVE, *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VIII : *polémique (fin)*, Paris, Garnier, 1861, p. 30. V. aussi : ID., *Œuvres complètes...*, t. VII, *op. cit.*, p. 215 ou encore p. 637.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 598.

⁹⁸ Par exemple, M. le vicomte de Lorgeril rapporte une pétition à l'assemblée lors de la séance du 6 janvier 1872 dans laquelle « des habitants de Pau [...] demandent que l'Assemblée nationale proclame que la République est en ce moment le gouvernement de fait librement voulu et accepté par la France » (*JO*, 7 janvier 1872, p. 107). De même, dans le cadre d'un débat houleux sur la forme du gouvernement de la France, Jules Dufaure répond à une interruption du marquis de La Rochejacquelin ainsi : « [q]uel rapport ce qu'il me dit me dit a-t-il avec la question que nous discutons maintenant, et qui consiste à savoir qui est depuis trois ans et demi, le gouvernement de fait de la France ? [...] Eh bien je vous montrerai ce que M. le rapporteur a dit directement dans son rapport : que la république est incontestablement, à l'intérieur et à l'extérieur, le gouvernement de fait de la France. » (*JO*, 24 juillet 1874, p. 5181).

⁹⁹ P. LAUVAUX, « Régimes (Classification) », *loc. cit.*, p. 1316.

¹⁰⁰ Georges Vedel, non sans un certain humour, évoque cet écueil du principe de légitimité. La théorie juridique est contrainte de reconnaître des effets juridiques aux révolutions ainsi que la translation du pouvoir, « faute de quoi un descendant de Pharamond représenterait aujourd'hui le pouvoir légitime » (G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 275).

conception du gouvernement de fait aux conséquences juridiques très pratiques. D'une part, cette conception a exercé une influence décisive sur la formation du concept moderne de gouvernement de fait, dans la mesure où elle fournissait une assise théorique à ses contradicteurs¹⁰¹ ; et d'autre part, ce discours a parfois été assorti d'effets de droit certains, dont il conviendra d'apprécier la portée juridique.

Le gouvernement, force agissante de l'État. La seconde définition aborde ce terme de gouvernement à partir de son acception organique¹⁰², que l'on peut interpréter de manière plus restreinte et plus juridique comme organe du pouvoir politique au sein de l'État¹⁰³. Elle désigne, au sens le plus étroit, une portion de l'exécutif¹⁰⁴ ou, au sens le plus large, l'ensemble des pouvoirs publics d'un pays¹⁰⁵. De manière générale, et malgré la latitude qui subsiste entre ces deux perspectives – étroite et large – au sein des différents discours, il semble que ce soit le sens large qui prédomine. Par gouvernement de fait, est alors entendu une force agissante de l'État, c'est-à-dire « l'ensemble des autorités chargées de mettre en œuvre la puissance publique de l'État », selon Adhémar Esmein¹⁰⁶. Il est possible d'aller plus loin pour envisager cette conception du gouvernement de fait, en s'appuyant sur la notion de pouvoir minoritaire de Maurice Hauriou, soit le pouvoir d'une minorité qui va agir normativement pour traduire l'idée de droit¹⁰⁷. Il s'agit donc de l'organe qui assure l'« activité dirigeante » de l'État¹⁰⁸. Cette perspective permet le syncrétisme de la vision extensive et étroite du gouvernement.

Le gouvernement entendu comme force agissante de l'État assure alors le moyen d'appréhender le concept dans sa pluralité. Qu'il s'agisse du pouvoir au sein d'une assemblée (le comité de Salut public sous la Convention, ou la Législative à partir du 10 août 1792¹⁰⁹ par exemple), d'une commission *ad hoc* (comme la Commission sénatoriale en 1814), d'un collège ministériel formé durant la chute d'un gouvernement légal (le gouvernement de la Défense nationale) ou durant une révolution (le Gouvernement

¹⁰¹ Cette assise théorique mène à un affrontement des légitimités entre républicains et monarchistes, ainsi qu'à un affrontement conceptuel entre légitimité et légalité : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, notamment la Section 1, p. 52 *sqq.*

¹⁰² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018 (*Quadrige*), p. 496.

¹⁰³ M. SÉNÉLLART, « Gouvernement », *Dictionnaire de philosophie politique*, éd. P. RAYNAUD, S. RIALS, Paris, PUF, 2003, p. 293.

¹⁰⁴ Le terme de gouvernement, pour désigner l'Exécutif, est attesté dans la Constitution de l'an VIII. Sous la Révolution, la crainte des acteurs envers l'Exécutif entraînait une méfiance envers l'idée de volontarisme juridique que contient ce terme : G. BIGOT, « "La force du gouvernement" : écritures et réécritures constitutionnelles de l'administration (1789-1799) », *loc. cit.*, p. 19.

¹⁰⁵ N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914 [rééd. fac. sim. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001], p. 19.

¹⁰⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 27 et p. 169 *sqq.*

¹⁰⁸ G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates. Erster Band: Allgemeine Staatslehre*, trad. G. FARDIS, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, p. 331.

¹⁰⁹ Il s'agit ici, par exemple, de l'avis de M. Lavy, membre de la chambre des députés en 1892, pour qui « du 10 août [1792] part [...] la chute effective de la Royauté, votée plus tard par la Convention et résolue légalement par elle. De cette date part la proclamation de la République car, depuis la chute de la royauté, il y avait un gouvernement de fait, la République, qui est devenu un gouvernement légal le 21 septembre ». *JO*, 10 mars 1892, p. 221.

provisoire de la République française de 1848), d'un gouvernement sans territoire (le gouvernement de la France libre pendant un temps), ou exerçant localement son pouvoir (la Commune de Paris entre mars et mai 1871), voire d'un gouvernement au sens étroit (le gouvernement de Philippe Pétain à partir du 11 juillet 1940), tout pouvoir qui entend exercer la souveraineté en dehors du cadre constitutionnel légal préexistant peut être désigné comme un gouvernement de fait¹¹⁰.

Considérer le gouvernement de fait sous l'angle de l'organe gouvernemental plutôt que sous celui de la forme de gouvernement et lui conférer le sens étendu d'une force agissante, de mise en œuvre de la souveraineté de l'État, emporte deux conséquences. D'une part, cela permet de comprendre que la notion moderne de gouvernement de fait ne vise pas un niveau qualitatif, consistant à définir quel est le bon gouvernement, le mauvais n'étant qu'une usurpation. Il a plutôt pour conséquence de faire perdurer la distinction entre gouvernants et gouvernés, entre une nation et la portion de celle-ci qui prend en charge les affaires de l'État, durant des périodes où justement cette frontière se disloque. D'autre part, cela permet de comprendre le discours des acteurs qui parlent de gouvernement de fait sans le définir, explicitement ou implicitement. Dès lors, envisager le gouvernement comme force agissante de l'État paraît la conception idoine pour appréhender le discours des acteurs et pour retranscrire le plus fidèlement leur pensée, car elle permet de saisir au mieux ce que les acteurs veulent signifier lorsqu'ils qualifient un gouvernement comme relevant du fait.

2. *Entre fait et droit*

Le sens du fait. Il est nécessaire, pour bien comprendre le concept dans sa totalité, de se pencher sur l'autre versant de la locution de gouvernement de fait, en explicitant la nature *de fait* de ce pouvoir. Là encore, l'expression contient une ambivalence : ce gouvernement est-il de fait, au sens où il s'oppose à un droit, transcendant ou immanent qui le renvoie hors de l'ordre juridique ? Ou bien est-il de fait, car il existe factuellement, à défaut de posséder un titre juridique, et se situe donc dans cet entre-deux entre le néant et le réel, dans une sorte de limbes juridiques, situation bâtarde dont le régime est tributaire ? On a évoqué que l'une et l'autre de ces interprétations ont pu être à un moment considérées comme valides, dans la mesure où l'emploi du terme de gouvernement de fait révèle une oscillation, selon celui qui le met à profit, entre ces deux acceptions. La première conduit à assimiler gouvernement de fait et usurpation, tandis que le passage à la seconde accentue davantage les conséquences juridiques pratiques en droit positif et, conséquemment, l'utilité juridique *a posteriori* du concept. Elle le reconnaît comme un organe de l'institution étatique. Une chose est certaine, ce qualificatif, dans le

¹¹⁰ Ces exemples ne sont pas exhaustifs. Certains peuvent conduire à des débats sur la rupture (formelle ou matérielle) dans la légalité. C'est le cas par exemple pour le gouvernement de Vichy (*cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 91).

discours, sert dans un cas, à distinguer gouvernement de fait et gouvernement de droit et dans l'autre cas, à les opposer frontalement.

Inapplicabilité des hypothèses du non-droit et de l'anti-droit. Si le gouvernement est *de fait*, cela voudrait dire qu'il n'est pas de droit. De ce qui vient d'être dit, ce truisme apparaît fallacieux. En réalité, il ne correspond ni au non-droit, ni même à l'anti-droit. Ces situations de « hors-droit », à défaut de pouvoir les regrouper autrement dans leurs diversités, font partie d'hypothèses posées par Jean Carbonnier.

Avant tout, il ne s'agit pas d'un anti-droit, que Carbonnier qualifie comme « le droit injuste »¹¹¹. L'anti-droit sert souvent pour qualifier le droit injuste, la « négation du droit » par son caractère immoral : une sorte d'éclipse du principe de justice. On l'utilise parfois, par exemple, pour parler du droit nazi. Il est donc teinté d'une condamnation morale¹¹². Il faut toutefois apporter une nuance : l'assimilation du gouvernement de fait à l'usurpation conduit, *dans le discours de celui qui en use*, à renvoyer ce gouvernement dans l'anti-droit. Mais en l'occurrence, cet anti-droit, ordre injuste que véhiculerait l'usurpateur, existe avant tout dans l'œil de celui qui le regarde. Sur le plan du droit positif, il emporte des conséquences dont il faut tenir compte, mais indépendamment des valeurs qui n'ont pas leur place dans la méthode retenue. En utilisant le syntagme *de facto* pour qualifier ce gouvernement, on ne veut donc pas dire qu'il tombe dans le néant juridique, mais seulement qu'il est extérieur ou en marge de l'ordre juridique que défend celui qui en fait l'usage. Il est placé hors de l'ordre juridique lorsque celui qui le qualifie ainsi veut le faire passer pour une usurpation, et en marge lorsqu'il entend le reléguer à un phénomène provisoire et transitoire, faute de mieux en attendant le retour d'une situation constitutionnelle normale. Dans les deux cas, il s'agit d'un expédient, qui relève du discours juridique et, en tant que tel, qui vise à convaincre d'un certain discours sur le droit.

Il ne relève donc pas non plus du « non-droit ». Ce que Carbonnier désigne par ce terme correspond à l'absence de droit, c'est-à-dire à des situations dans lesquelles ni la loi ni la jurisprudence n'a attaché d'effets¹¹³. De son aveu même, les phénomènes de « violation du droit » ne sont pas des phénomènes de non-droit sur le seul fondement de cette violation ; au contraire, celle-ci a tendance à entraîner une réaffirmation du droit¹¹⁴. Dans le cas du gouvernement de fait, s'il y a bien violation du droit, ce dernier reste toujours latent : tant dans le gouvernement qui le viole et légifère abondamment pour asseoir son autorité, qu'auprès des autorités publiques qui, si elles existent toujours, subissent l'agression et produisent du droit pour la combattre. Plus encore, à l'issue d'une

¹¹¹ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 26.

¹¹² Ainsi que Carbonnier l'envisage (*ibid.*, p. 26, n. 1). Olivier Jouanjan qualifie lui-aussi le droit nazi de non-droit ou de « pré-droit », mais se place sur le registre du droit positif et du langage juridique, non du principe de justice (v. en ce sens : O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable*, *op. cit.*, p. 300).

¹¹³ V. en ce sens : J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *loc. cit.*, p. 25 *sqq.*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 31-32. Jean Carbonnier de conclure : « [c]eux qui transgressent le droit font encore du droit à leur manière ».

transition constitutionnelle, le gouvernement ne cesse d'avoir recours au droit pour reconstruire. Les gouvernements de fait « se trouvent en quelque sorte dans une zone intermédiaire entre le droit et le non-droit »¹¹⁵. Ainsi, à l'inverse du non-droit qui constitue « le retrait ou la retraite du droit »¹¹⁶ le gouvernement de fait est la manifestation d'un mouvement *vers* le droit.

3. Un mouvement vers le droit (problématique)

Les différentes considérations épistémologiques donnent un aperçu des bornes allouées à un concept juridique de gouvernement de fait, bien que placé à la lisière du droit. L'étude minutieuse de son emploi permet de déceler ses caractéristiques, ses conséquences sur l'État et le droit, ainsi que la perception qu'en ont les acteurs. Une double démarche permet de le mettre en exergue.

La première démarche consiste à identifier ces critères dans le discours sur le gouvernement de fait. Des différents sens qu'a connus le terme de gouvernement de fait, on a pu voir qu'il se dégageait une tendance : le passage du néant à l'existence, fût-elle extra-juridique. Dans le sillage de cette évolution, une étude discursive de la Révolution à la Libération permet de dégager trois critères – la nécessité, l'effectivité et l'assentiment –, qui viennent tempérer le trait distinctif du gouvernement de fait : son absence de titre juridique.

L'absence de titre se définit durant le XIX^e siècle comme l'illégalité constitutionnelle du gouvernement de fait. Pourtant, ce sens ne s'impose véritablement qu'après 1870. Sous la Révolution et la Restauration, l'absence de titre équivaut à l'illégitimité, mais une illégitimité politique, qui consiste à déceler la mauvaise forme du gouvernement pour l'opposer à la bonne : c'est le temps durant lequel gouvernement de fait signifie usurpation. Le XIX^e siècle constitue par la suite un champ de bataille théorique et pratique entre monarchistes et républicains, leurs différentes conceptions de la légitimité politique¹¹⁷ semblant parfois s'imposer sur le principe de légalité. Mais à mesure que le sentiment monarchique recule et que le positivisme juridique s'affirme, le critère de la légalité formelle semble s'imposer, renvoyant les questions de légitimité politique des gouvernements de fait à celles de l'assentiment. Le milieu du XX^e siècle constitue en revanche une période équivoque dans les rapports entre légalité et légitimité des gouvernements de fait. La raison tient principalement à la critique du positivisme juridique par les thuriféraires du régime de Vichy entre 1940 et 1944, mais aussi et surtout

¹¹⁵ Pour reprendre les mots de Laurent Leveneur qui écarte lui-aussi, dans son étude consacrée aux situations de fait en droit civil, l'hypothèse du non-droit : « elles ne sont pas des situations de droit parce qu'elles ne respectent pas certaines conditions légales ; elles ne sont pas non plus des situations de pur fait, puisque le droit leur fait tout de même produire des effets » (L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990, p. 4).

¹¹⁶ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *loc. cit.*, p. 27.

¹¹⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, éd. et trad. O. JOUANJAN, Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2000, p. 209. V. aussi : M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 306-323, notamment p. 308.

à l'embarras éprouvé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour avancer l'illégitimité de ce gouvernement, sans sortir du plan de la légalité formelle¹¹⁸. Durant cette période, trois critères se dégagent progressivement. La nécessité qu'on retrouve continuellement et qui sert avant tout d'argument de la part des gouvernements de fait eux-mêmes pour justifier leur pouvoir. L'effectivité semble ensuite émerger en tant que critère propre à justifier, de l'extérieur, qu'un gouvernement a existé en dépit de son illégalité ou quand bien même il ait été accusé d'être illégitime. On retrouve ce critère en gestation sous la Monarchie de Juillet et les régimes qui lui succèdent, mais c'est surtout à partir de 1870-1871 qu'il émerge pleinement. Il est toutefois battu en brèche au XX^e siècle. Enfin, l'assentiment est le plus difficile à saisir puisqu'il fait appel à des données qui gravitent en marge du droit et prétend rendre compte du sentiment d'obéissance des gouvernés envers l'autorité illégale. Bien que difficilement qualifiable en droit, il apparaît pourtant ponctuellement à diverses périodes et donne sa cohérence à une théorie du gouvernement de fait.

In fine, à la Libération, le concept institutionnel de gouvernement de fait paraît fixé, il désigne un organe illégal, mais juridiquement légitime à agir au nom et pour le compte de l'État. Pourtant, le spectre de l'usurpation demeure et les ambiguïtés entre légalité et légitimité restent latentes. Tout un pan de la jurisprudence administrative relative au refus de réparation de dommages causés par le régime de 1940 ou d'absence de reconnaissance de responsabilité de l'État, sur le motif de son inexistence juridique en témoigne à partir de 1952¹¹⁹. Ces conséquences sont abandonnées par le revirement jurisprudentiel du Conseil d'État avec les arrêts *Pelletier* et *Papon* dès 2001, bien qu'ils ne soient pas dénués d'ambiguïtés théoriques¹²⁰. Il importe de leur faire une place dans l'étude, car bien qu'il s'agisse de décisions du droit positif récent, celles-ci sont avant tout le résultat de l'histoire du droit. Le cordon avec l'histoire n'est pas rompu, dans la mesure où elles restent ancrées dans la doctrine de la fiction gaullienne de l'usurpation énoncée sous l'Occupation et consacrée à la Libération.

Cette étude se donne pour première ambition d'identifier et d'explicitier les critères constitutionnels internes propres à définir les gouvernements de fait. Comparer les trois critères retenus et les mettre en perspective avec l'illégalité qu'ils essaient de résoudre, amène à constater qu'à mesure que le concept de gouvernement de fait s'affermi en droit, il est possible d'en tirer des conséquences juridiques.

¹¹⁸ Alors qu'il semble que le régime de Vichy repose sur une assise au moins d'apparence légale, à l'inverse du gouvernement de la France libre.

¹¹⁹ Avec les arrêts CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud* (Rec. CE 1952, p. 14) ; CE, Sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise* (Rec. CE 1952, p. 401).

¹²⁰ CE, 6 avril 2001, *Pelletier et autres* (Rec. CE 2001, p. 173) ; CE, 12 avril 2002, *Papon* (Rec. CE 2002, p. 139). Si la faute de service est bien reconnue dans ces arrêts, et que cette faute est bien par nature rattachable à l'administration, comme toute faute de service, jamais l'administration n'est quant à elle rattachée à l'État. Or, l'administration, en France, ne se conçoit pas théoriquement en dehors de l'État. Il y a ici un impensé théorique problématique.

La seconde démarche consiste en une étude des différents régimes juridiques appliqués aux gouvernements de fait. L'étude des critères propres à permettre l'identification des gouvernements de fait amène un constat : lorsque de tels gouvernements soi-disant hors du droit sont nécessaires, effectifs et obéis, alors ils produisent du droit et sont dotés de la personnalité juridique. Ceci amène à s'interroger sur la nature des actes qu'ils élaborent, ainsi que sur les régimes de responsabilité qu'ils mettent en jeu, tant pour les individus que pour l'État.

Les questions qui entourent la validité des actes sont nombreuses, mais surtout, les réponses qui y sont apportées diffèrent grandement selon le contexte dans lequel elles s'inscrivent. Elles oscillent entre deux pôles : la nullité substantielle des actes ou leur validité de principe. Entre les deux, il est possible d'observer de multiples tentatives de solder le sort des actes du gouvernement de fait en essayant de concilier l'ordre public avec la sécurité juridique¹²¹. Les appréciations portées sur la production normative ne sont certainement pas sans lien avec la nature attribuée au gouvernement de fait ; si bien que celui qui est réputé usurpateur voit ses actes affublés d'une nullité de principe¹²². Par ailleurs, les nombreux débats portant sur la nature des actes du gouvernement de fait révèlent une autre série de controverses : quelle est l'étendue des pouvoirs de ce gouvernement ? Si la théorie de l'usurpation paraît ne laisser planer aucun doute sur le sujet – de telles entités seraient dénuées de tout pouvoir –, en ce qui concerne le gouvernement dont on reconnaît, au moins partiellement, la validité des actes, cela est plus ambigu. Il est certain qu'il est doté de compétences, mais quant à en déterminer l'étendue, l'incertitude demeure. Il prétend agir au nom et pour le compte de l'État, ce qui l'amène à exercer un pouvoir de fait. Le pouvoir de fait et celui de droit sont entendus comme des manifestations du pouvoir politique au nom de l'État¹²³. Le pouvoir de fait constitue donc une condition de réalisation de la souveraineté et manifeste la prétention du gouvernement de fait à exercer le pouvoir étatique.

En ce qui concerne la responsabilité de tels gouvernements, il est possible de ranger les différents débats en deux catégories, certains relatifs à la responsabilité des hommes et d'autres à la responsabilité de l'État. Les premiers intéressent l'avenir des gouvernants de fait dans le régime de droit qui leur succède, ainsi que de certains fonctionnaires. Il

¹²¹ Sur ce que recouvre cette tentative de concilier ordre public et sécurité juridique : Cf. Partie II, p. 273 *sqq.*

¹²² Cour d'appel de Paris, 31 mai 1816, *Bourdois c. Cacatte* (*S. refondu*, 1, 5, 2, 153) ; ou encore Cour d'appel de Paris, 8 février 1817, *Liste civile c. Barandon et comp.* (*S.* 1817, II, p. 385 *sqq.*).

¹²³ Un « pouvoir », employé nominalement par Georges Burdeau, s'entend comme puissance d'exécution du Droit, c'est-à-dire la force qui veut mettre en œuvre l'idée de Droit, et qui peut s'exercer par le gouvernement (une force d'exécution de la puissance de l'État). Le pouvoir de fait existe en dehors de l'État, mais aussi en dedans. V. en ce sens G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1943, *passim* notamment p. 441 pour un résumé sur la notion de pouvoir. Pour Burdeau, il semble que le gouvernement de fait soit celui qui exerce un pouvoir de fait en vue de consacrer une nouvelle idée de droit. Mais il exerce un « pouvoir dans l'État », non pas en dehors (le chapitre consacré au gouvernement de fait est inséré dans le tome IV de son *Traité*, consacré au « statut du pouvoir dans l'État : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 569 *sqq.*). Dans cette étude tout du moins, le pouvoir de fait est retenu, lorsqu'il relève du gouvernement de fait, comme exercé dans l'État, en vue de le transformer et de consacrer un gouvernement de droit. En ce sens, il participe au processus d'institutionnalisation étatique.

peut s'agir de leur avenir pénal, pour le cas où le gouvernement de droit postérieur condamnerait en bloc le gouvernement renversé et chercherait à condamner, ou amnistier, son personnel politique¹²⁴. Cela peut également avoir des conséquences juridiques intéressant le droit administratif, en mettant notamment en jeu les questions de responsabilité pour les dommages causés par un gouvernement de fait ou en mobilisant la théorie du fonctionnaire de fait. En somme, ces débats peuvent engager l'État en tant qu'institution dotée de la personnalité juridique. En outre, ces questions de responsabilité étatique ont des conséquences très pratiques. En témoignent les problèmes de succession d'État lors d'une révolution qui interpellent quant à la validité des engagements internationaux, des contrats ou des dettes du gouvernement précédent.

Ces deux démarches visent à comprendre ce que disent les discours des relations entre le fait et le droit au sein des institutions gouvernementales. Le constat est ainsi posé : malgré son nom, le gouvernement dit « de fait » appartient au monde du droit. De prime abord, la question est de savoir pourquoi les acteurs utilisent un tel terme. Mais une fois observé que, la plupart du temps, ce discours sert d'expédient, soit pour invalider le gouvernement visé, soit pour en montrer la nature exorbitante sans s'y appesantir, une autre interrogation se fait jour. Celle-ci, sous-jacente, consiste à comprendre à quoi peut servir un tel concept en droit, quelle est sa fonction juridique interne ? C'est autour de ce besoin conceptuel d'expliquer – ou d'évincer – les zones d'ombre du droit, ou du droit créé en dehors du schéma normatif classique, qu'est articulée cette étude.

Pour ce faire, une approche chronologique aurait eu le mérite de mettre en lumière les évolutions du gouvernement de fait et de présenter une unité dans l'analyse. Toutefois, elle ferait prendre le risque d'une vision trop réductrice, si ce n'est trop simpliste de ces évolutions. En outre, elle empêcherait de faire ressortir les tensions qui président aux solutions retenues et aux interrelations entre action et pensée juridiques. L'absence d'unité conceptuelle du gouvernement de fait et sa difficile gestation institutionnelle font obstacle à une approche macro-linéaire. Enfin, le seul développement historique, ramassé sur la période qui débute à la Révolution, risquerait de mener à une longue homélie voyant se succéder les gouvernements de fait, ce qui diluerait la portée des processus juridiques transversaux qui s'opèrent. Le propos serait condamné à demeurer statique, là où il aurait entendu être dynamique. Pour réintroduire cette approche et faire ressortir les lignes de force du sujet étudié, la division thématique est retenue. Elle implique une étude systématique et diachronique des caractéristiques et des régimes juridiques appliqués aux gouvernements de fait, qui émergent de son histoire, entre la fin du XVIII^e et le XX^e siècle. Les développements historiques ne sont pas négligés, car au sein des thématiques, l'approche chronologique nourrit l'analyse d'un même objet, mais abordé selon différents angles de vues. Il s'agit, en effet, d'envisager

¹²⁴ C'est le cas par exemple lors de la Seconde Restauration ou à partir de 1944 à la Libération.

ce que les différents acteurs, de la Révolution à la Libération, entendent lorsqu'ils emploient le terme de gouvernement de fait et ses implications juridiques.

LA PREMIÈRE PARTIE est consacrée à l'analyse contextuelle des critères entourant le gouvernement de fait. Les trois critères visent à résoudre l'absence de titre du gouvernement de fait, mais cette opération se fait selon une gradation logique et historique précise. D'abord, il est apparu nécessaire de revenir sur la nature imputée au gouvernement, qui s'insère dans une évolution des rapports entre légalité et légitimité, pour observer que c'est avant tout la nécessité qui vient pallier l'absence de titre (**Titre I**). Pour autant, la seule nécessité paraît insuffisante pour appréhender le gouvernement de fait comme un concept institutionnel, si bien que les critères de l'effectivité et de l'assentiment servent à justifier la possession du pouvoir (**Titre II**).

LA SECONDE PARTIE porte sur les différents régimes juridiques appliqués aux gouvernements de fait. Les nombreux débats qui concernent la question de la valeur de leurs actes et de l'étendue de leurs pouvoirs (**Titre I**), ainsi que ceux qui visent à savoir quel est le(s) régime(s) de responsabilité à reconnaître aux acteurs voire à l'État (**Titre II**) montrent que ces gouvernements, pourtant renvoyés sémantiquement dans le fait, sont saisis par le droit.

PARTIE I

LES CRITÈRES DU GOUVERNEMENT DE FAIT

Révolution, sédition, insurrection, coup d'État, effondrement des institutions : le gouvernement de fait recoupe toutes ces notions, mais sans les englober totalement. Il les approche sans vraiment les saisir et sert d'expédient pour en dissimuler la violence symbolique. Il est alors l'arbre des mots qui cache la forêt des concepts¹²⁵. Pour apporter plus de clarté et discerner les contours du concept de gouvernement de fait, il est nécessaire d'étudier successivement chacune de ses caractéristiques de manière diachronique. Le processus institutionnel qui l'entoure est loin d'être linéaire et dégager une typologie en son sein implique de tenir compte du dialogue à la fois vertical et horizontal qui s'opère entre les acteurs, les institutions et les idées. Le discours est donc juridique, mais baigné de politique¹²⁶.

Pour arrêter les critères qui le caractérisent et avant de les étudier plus en profondeur, il faut faire état de ceux qui n'ont pas été retenus, parce qu'ils paraissaient avoir peu voire pas de portée effective dans les sources. C'est le cas pour le type d'organisation du pouvoir au sein du gouvernement. Les acteurs n'accordent guère d'importance à son fonctionnement interne pour déterminer s'ils sont en présence, ou non, d'un gouvernement de fait. Il en va de même à propos de l'auto-qualification de ce gouvernement : qu'importe le nom qu'il se donne à lui-même. Le critère de la temporalité n'a pas non plus eu de portée effective. Un gouvernement de fait est, par définition, inscrit dans le temporaire, mais il ne se dégage pas, dans les discours, de durée type correspondant ou bien à la création d'un gouvernement de fait, ou bien au passage du gouvernement de fait à celui de droit¹²⁷. Certaines de ces périodes ont été brèves (le gouvernement des Cent-Jours a duré environ trois mois, comme son nom l'indique) tandis que d'autres ont été plus longues (le gouvernement de Vichy, par exemple, entre 1940 et 1944, ou encore, pour la même période, celui de la France libre, dont la chronologie et les dénominations fluctuent pendant plusieurs années).

Le modèle discursif qui a permis d'identifier les caractéristiques du gouvernement de fait fonctionne alors sur le registre accusatoire : il est suspecté d'une irrégularité en droit. Différemment appréciée selon les époques, elle déclenche des phénomènes d'institutionnalisation et met à mal la *croyance* en l'État, propre à la dialectique entre

¹²⁵ Pour adapter une expression de Jean-Claude GÉMAR, « De la traduction juridique à la jurilinguistique : la quête de l'équivalence », *Meta*, t. 60/3, 2015, p. 491.

¹²⁶ V. sur les relations entre la politique et le langage juridique : A.-S. CHAMBOST, « “Ce n'est pas du droit...” ». L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *loc. cit.*, p. 529 *sqq.*

¹²⁷ Dans plusieurs débats à la chambre des Députés, à propos du gouvernement révolutionnaire soviétique depuis 1917, certains députés arguent de la durée de ce gouvernement. Cependant, même pour eux, il ne semble pas que cela soit un critère de reconnaissance ni du gouvernement de fait en lui-même, ni du quelconque passage à un gouvernement de droit. V. en ce sens : *JO*, 24 mars 1919, p. 1407, 1409 et 1412 ; *Journal officiel*, 6 février 1920, p. 145 ; *Journal officiel*, 26 mars 1920, p. 737.

gouvernants et gouvernés. De là, trois critères qui viennent compenser l'illégalité constitutionnelle. La « nécessité » représente celui que l'on retrouve dès l'origine. Notion protéiforme, elle semble prendre deux voies différentes dans les discours de ceux qui y font appel, entre une nécessité révolutionnaire, affirmée comme un but politique ; et une nécessité qui se voudrait objective, pragmatique, et qui consiste, pour simplifier, à affirmer qu'il vaut mieux un gouvernement que pas de gouvernement du tout¹²⁸. Par la suite, le critère de « l'effectivité » se construit progressivement, au moins à partir des années 1830¹²⁹, pour reconnaître l'existence du gouvernement tant factuellement que sur le plan juridique. Ce critère se heurte toutefois aux problèmes que pose la pluralité de gouvernements au sein d'un État ou encore à ceux liés aux gouvernements en exil, qui semblent mettre à mal une effectivité reconnue *a posteriori*, ou qui semblent inenvisageables théoriquement pour certains auteurs¹³⁰. Enfin, le critère plus tardif de « l'assentiment » correspond à cette idée selon laquelle le gouvernement ne doit plus susciter seulement l'obéissance, mais également l'acceptation.

Dès lors, pour reconstruire le gouvernement au travers de la transition constitutionnelle, une enquête logique se met en place. Le cas du gouvernement de fait débute par l'accusation d'avoir perpétré le crime d'illégalité constitutionnelle. Cette phase de rupture fait peser sur lui un soupçon, qui l'amène à devoir prouver sa légitimité à exercer le pouvoir, ce dont il s'acquitte par le recours à trois critères : la nécessité, l'effectivité et l'assentiment. L'enquête est menée en deux temps. D'abord, face au constat de son illégalité, le premier réflexe du gouvernement de fait est de chercher à s'absoudre en arguant de sa nécessité. Ce premier acte constitue une tentative de réponse à la question de savoir comment pallier l'absence de titre (**Titre 1**). Estimée insuffisante, la nécessité est alors renforcée par deux autres témoignages de sa capacité : l'effectivité du gouvernement et l'assentiment dont il prétend avoir bénéficié. Ces critères, qui font l'objet de vives discussions au fil de l'histoire des gouvernements de fait, viennent renforcer le degré de plausibilité de la possession du pouvoir (**Titre 2**).

¹²⁸ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 313.

¹²⁹ Chambre des députés, séance du 16 septembre 1831, v. *Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605 et p. 1606, avec notamment les interventions du général Lamarque, de M. Dupin et de M. Odilon-Barrot.

¹³⁰ Renaud Denoix de Saint-Marc, par exemple, explique qu'aucun État n'existant sans base territoriale, il est impossible qu'il existe des gouvernements en exil. Il assimile État et gouvernement, et en tire une impossibilité théorique d'une quelconque efficacité d'un gouvernement en dehors du territoire de l'État : R. DENOIX DE SAINT-MARC, *L'État*, Paris, PUF, 2016 (*Que sais-je ?*, 616), p. 1-2.

Titre I PALLIER L'ABSENCE DE TITRE

Défini indistinctement comme le gouvernement illégal, illégitime, irrégulier ou encore inconstitutionnel, la formule qui semble la plus à même d'embrasser le spectre des possibles est celle d'un gouvernement sans titre. En effet, si l'image d'un gouvernement constitutionnellement illégal est présentée comme l'*essence* du gouvernement de fait, elle est pourtant le résultat d'une construction forgée par l'histoire des révolutions et des transitions constitutionnelles. Historiquement, le contenu de ce titre à gouverner qui fait défaut au gouvernement de fait a d'abord été appréhendé à l'aune de sa légitimité, avant d'être abordé sous l'angle de la légalité constitutionnelle. Pendant un temps, la légitimité, envisagée quasi exclusivement par son versant politique, subsumait la légalité et empêchait toute réflexion de fond sur un gouvernement de fait ayant une compétence juridique. En revanche, définir le titre à gouverner par la légalité constitutionnelle autorise à réintroduire la légitimité du gouvernement de fait sous une autre forme, juridique et non plus politique, au sens où elle permet de dégager une sorte de légalité provisoire d'un gouvernement pourtant illégal¹³¹.

Le gouvernement de fait a donc ceci de particulier que son absence de titre n'entraîne pas une incapacité juridique totale. Au nom d'un impératif de survie de l'État, la mission de « préserver [la France] de l'anarchie »¹³² est reconnue à certains gouvernements. L'argument fait appel à l'évidence : si le gouvernement de fait est illégal, le simple fait de son existence implique sa nécessité, sans quoi il n'existe plus de garant de l'ordre social¹³³. En ce sens, des trois critères du gouvernements de fait, seule la nécessité ne fait pas l'objet de débats ; elle paraît aller de soi. Par conséquent, l'étude des discours des gouvernements de fait eux-mêmes, permet une étude des principaux cas d'étude français, dans lesquels ils s'approprient ce critère pour pallier l'illégalité constitutionnelle dont ils procèdent. Dès la Révolution française, cette exigence impérative se retrouve au fondement de leur rhétorique¹³⁴. Elle débouche sur deux types de discours fondés sur la nécessité : la *nécessité révolutionnaire* qui impose, au nom du salut du peuple, de renverser les institutions positives et la *nécessité de préservation* qui traduit, au contraire, l'impératif de prémunir les institutions étatiques des turpitudes inhérentes aux transitions constitutionnelles.

¹³¹ Sur l'hypothèse d'une légitimité juridique et, par conséquent, sur le refus d'un monisme de la légitimité : cf. *infra*, p. 97 *sqq.*

¹³² Selon le mot du comte Jaubert dans un débat à la Chambre des députés du 12 septembre 1831 (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1560).

¹³³ Ainsi, cette crainte de « l'anarchie » ou du délitement de l'État se retrouve largement dans le discours des acteurs ou en doctrine et sert à justifier la nécessité d'un gouvernement, fût-il de fait. Cf. en ce sens : Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 224, n. 897.

¹³⁴ Dès la constitution des États généraux en Assemblée nationale le 17 juin 1789, les députés justifient leur action par le caractère impérieux des circonstances ; ils prévoient, dans leur serment du Jeu de paume du 20 juin, de « se rassembler partout où les circonstances l'exigeront jusqu'à ce que la constitution fût établie et affermie sur des fondements solides » (*A.P.*, 1, 8, 138 souligné par nous).

Loin de s'exclure radicalement, ces deux types de nécessité cheminent parfois ensemble, pour répondre à l'impératif qui s'impose au gouvernement de fait d'apparaître convaincant, pour pallier l'absence de titre. Nécessité et illégalité constitutionnelle suivent alors des courbes qui, sans être identiques, demeurent assez proches et tributaires l'une de l'autre. Il convient alors de les envisager tour à tour, car on les retrouve à chaque période. L'identification du gouvernement de fait passe donc d'abord par l'étude de son absence de titre, qui fait l'objet de diverses acceptions selon les périodes et les enjeux qu'elle recouvre. Cette absence de titre constitue l'acte d'accusation d'un procès d'intention du gouvernement de fait (**Chapitre 1**). En réponse, il va chercher à prouver qu'il est légitime à gouverner, en fondant, avant toute chose, son autorité sur la nécessité. Ce critère constitue son réquisitoire en défense (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Illégalité constitutionnelle

Le gouvernement de fait se présente comme l'autorité dont le titre à gouverner est en rupture avec l'ordre juridique en place. Si, dès le début du XX^e siècle, la doctrine définit substantiellement le concept de gouvernement de fait par son illégalité constitutionnelle¹³⁵, le terme de « titre » demeure toutefois ambigu, en ce que son contenu balance entre légitimité et légalité. La préférence envers la légalité tient sans doute au fait qu'elle paraît moins ardue à appréhender que la légitimité. Elle s'apprécie dans un rapport de conformité entre les dispositions émises par l'autorité et les règles légales et/ou constitutionnelles en vigueur dans l'ordre juridique, tandis que « la plus grande incertitude règne quant à la nature et au contenu de la norme qui sert de pierre de touche à la légitimité »¹³⁶. Dès lors, lier illégalité et gouvernement de fait reviendrait à énoncer qu'une simple rupture de la continuité dans l'ordre juridique suffit pour apprécier le basculement du droit vers le fait.

Cependant, l'histoire française des gouvernements de fait, depuis l'origine même de l'emploi du terme à la Révolution¹³⁷, a oscillé entre illégitimité et illégalité, si bien que longtemps a persisté la question de savoir à l'aune duquel de ces principes le titre devait être envisagé. S'imposant initialement par le biais de la légitimité, l'essor du positivisme finit par faire de la légalité constitutionnelle le fondement du titre à gouverner. Cette évolution traduit les mutations de notions cardinales du droit politique comme la légalité constitutionnelle et la légitimité, politique ou juridique¹³⁸. En outre, elle montre que le

¹³⁵ Ainsi, pour Noël Henry, « [l]e gouvernement de fait est celui dont le pouvoir est entaché d'irrégularité, le gouvernement de droit celui dont la régularité n'est pas discutée » (N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 1) ; Louis Lécharny voit dans le gouvernement de fait « celui qui accède au pouvoir à la suite d'un coup d'État ou d'une révolution et qui ne trouve pas dans le droit existant un titre qui permette d'exercer l'autorité souveraine » (L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 5) ; pour Scipione Gemma, il s'agit du gouvernement qui n'est pas conforme, voire celui qui est contraire, à l'ordre juridique existant (S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 306-307) ; de même, Maurice Duverger, qui envisage que « [l]a légalité d'un gouvernement réside dans sa conformité avec les dispositions des textes ou des coutumes constitutionnelles antérieures à son établissement », considère par conséquent que le gouvernement de fait, illégal, est celui qui n'est pas en conformité avec lesdites dispositions (M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 75).

¹³⁶ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, Paris, LGDJ, 1983, p. 147. Par ailleurs, pour certains auteurs, la notion de légalité serait contingente à l'ordre juridique, tandis que celle de légitimité en déborde, en ce qu'elle vient le fonder. C'est ainsi l'opinion de Norberto Bobbio qui voit dans la légitimité le titre du pouvoir et dans la légalité la conformité de son exercice : N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Annales de la philosophie politique*, éd. P. BASTIDE, R. POLIN, *et alii*, t. 7, 1967, p. 48-49. Le problème, en ce qui concerne les gouvernements de fait, est qu'une telle acception conduit à considérer le gouvernement de fait comme celui qui sort du droit par son illégalité et le gouvernement de droit, originairement, comme celui qui acquiert cette qualité par sa légitimité, créant ainsi une incompatibilité logique quant à la nature du titre du gouvernement. Une frontière trop hermétique entre légalité et légitimité – en les envisageant sur deux plans différents – semble voler en éclat lorsqu'il s'agit des gouvernements de fait.

¹³⁷ Par Jean-Joseph Mounier en 1789. Il est réutilisé ensuite avec une plus grande fortune par les royalistes sous la Restauration.

¹³⁸ Pour une distinction et une définition des notions des légitimités politique et juridique à l'aune des débats relatifs aux gouvernements de fait : *cf. infra*, p. 53 *sqq.* et p. 97 *sqq.*

syntagme de gouvernement de droit repose sur une ambivalence, selon l'interprétation faite de la notion de « droit », entendu soit comme droit *juste* (le gouvernement légitime) soit comme droit *positif* (le gouvernement légal)¹³⁹. C'est pourquoi il n'est guère étonnant que la terminologie ait subi de nombreux bouleversements, le principal ayant porté sur le sens même de la formule de gouvernement de fait. Sa définition balance entre le rejet ou la tolérance, c'est-à-dire entre l'usurpation pure et simple et l'administration provisoire et transitoire (**Section 1**). Bien que les deux usages perdurent, cette seconde acception l'emporte majoritairement à partir des années 1870, le gouvernement de fait étant alors considéré comme constitutionnellement illégal, mais pourtant doté d'une certaine légitimité lui permettant d'agir au nom et pour le compte de l'État (**Section 2**).

Section 1 Le gouvernement de fait : usurpation ou organe de l'État ?

Dès la Révolution française, le gouvernement de fait est assimilé, par une métonymie, au qualificatif de despote ou d'usurpateur¹⁴⁰ et jugé « substantiellement nul »¹⁴¹. La conséquence serait, sans que ne soit expliqué ce qui est entendu précisément derrière cette nullité, qu'en théorie ni le gouvernement ni ses actes n'ont existé juridiquement. L'usage perdure et se renforce d'ailleurs sous la Restauration, en réaction au bonapartisme. Le syntagme gouvernement de fait est alors employé pour qualifier l'ennemi politique, celui qui se place hors du droit – le terme de *droit* étant entendu ici comme une norme supérieure traçant la frontière entre gouvernements légitime et illégitime. À l'épreuve de cette conception drastique, une seconde acception se dégage sous l'impulsion d'une « doctrine du gouvernement de fait » selon le nom dont l'affublent ses opposants royalistes¹⁴². Elle voit dans le gouvernement de fait une autorité sans titre, mais apte à agir au nom de l'État. Ces deux approches varient selon la place et l'importance laissées à la légitimité et à la légalité du gouvernement. En effet, en s'appuyant sur les travaux du philosophe du droit Norberto Bobbio, on constate que les

¹³⁹ Selon une distinction que l'on retrouve par exemple chez Kelsen, qui distingue deux façons d'entendre « droit » : le droit positif, c'est-à-dire l'ordre de contrainte qui s'appuie sur des normes édictées conformément à des normes antérieures, et le droit juste, qui correspond à un principe de justice supérieur et extérieur à l'État : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 309. Le droit entendu comme un ordre de contrainte « juste » permet de distinguer, par le caractère juste ou non de son contenu, le gouvernement de fait de la bande de voleurs : *ibid.*, p. 56. C'est l'idéologie qui sous-tend la vision politique du gouvernement de fait explicitée dans cette étude. Historiquement donc, les transformations de ce concept marquent le passage d'une conception du droit à l'autre.

¹⁴⁰ Les termes de despote ou d'usurpateur sont employés alors pour désigner le gouvernement au travers du chef qui personnalise l'usurpation ou le despotisme. Le procédé est courant sous la Restauration pour parler des gouvernements de Napoléon et, notamment, de celui des Cent-Jours. La métonymie qui assimile gouvernement de fait – entité présumément collective – et usurpateur sert alors une critique politique.

¹⁴¹ Selon les termes employés par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 février 1817, *Liste civile c. Barandon et comp.* (S. 1817, II, p. 393).

¹⁴² Cette doctrine recoupe des auteurs aux opinions diverses (libéraux, républicains, constitutionnels ou monarchistes modérés) mais, initialement, elle sert surtout d'épouvantail aux royalistes pour pointer du doigt leurs opposants politiques. Cf. *infra*, p. 57 *sqq.*

théories du pouvoir peuvent varier suivant que l'on juge la légitimité et la légalité « nécessaires mais pas suffisantes » (le pouvoir doit être cumulativement légitime et légal pour être juste), « suffisantes, mais pas nécessaires » (le pouvoir peut être légitime sans être légal ou l'inverse) ou que l'une ou l'autre soit « nécessaires et suffisantes » (le pouvoir est légal parce qu'il est légitime ou il est légitime parce qu'il est légal)¹⁴³. Cette dernière variante est dite réductionniste : une doctrine légitimiste du pouvoir gouvernemental¹⁴⁴ implique que sa seule légitimité suffise à lui conférer le statut de gouvernement légal ; tandis qu'une doctrine purement légaliste induit que sa légalité le rend automatiquement légitime¹⁴⁵.

Ainsi, adopter une approche légitimiste du pouvoir implique que le gouvernement, par sa seule conformité à un principe supérieur, donc sa légitimité, soit une autorité légale et, par réciprocité, que tout gouvernement de fait soit illégal et hors du droit. Au contraire, vouloir en faire un organe provisoire apte à gouverner consiste à dissocier légitimité et légalité. La première conception du gouvernement de fait, qui culmine entre la révolution de 1789 et celle de 1830, est politique et induit un dualisme : soit le gouvernement est légitime et, par conséquent, de droit, soit il ne l'est pas et on se trouve en présence d'une usurpation (§ 1). La seconde, qui connaît un essor à partir de la révolution de 1830 est institutionnelle ; elle implique de le considérer comme un chaînon manquant entre l'usurpation et le droit, organe de l'État apte à agir en son nom et pour son compte (§ 2).

§1. *L'illégalité réduite à l'illégitimité : la conception politique du gouvernement de fait (1789-1830)*

Le premier temps des gouvernements de fait est politique. Entre 1789 et 1830, plusieurs doctrines se dessinent pour dénier toute existence à un gouvernement jugé illégitime et qualifié de gouvernement de fait, d'abord très occasionnellement puis, à partir de la Restauration, plus fréquemment. Derrière la pluralité des dénominations également utilisées pour le qualifier – tyrannie, despotisme, usurpation – qui diffèrent selon les courants politiques dominants, le constat reste identique : le gouvernement jugé illégitime est rejeté hors du droit. Cette approche s'appuie toutefois sur un type spécifique de légitimité : la légitimité politique, exogène à l'ordre juridique positif et qui se traduit par la conformité du titre du pouvoir ou de son exercice à une philosophie

¹⁴³ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *loc. cit.*, p.50.

¹⁴⁴ Un terme à dissocier de la doctrine politique dite « légitimiste » appliquée spécifiquement aux partisans de la branche Bourbon de la monarchie française et qui naît à partir des années 1830 après le renversement de Charles X. Il s'agit aussi d'une forme de légitimisme du pouvoir gouvernemental, mais qui vise ici précisément une mouvance de l'échiquier politique français et dont il n'est pas directement question. Pour davantage de précisions sur cette doctrine : S. RIALS, *Le légitimisme*, Paris, PUF, 1983 (*Que sais-je ?*), notamment p. 5.

¹⁴⁵ Une doctrine légaliste du pouvoir représente un cas-type que l'on ne retrouve guère dans le discours juridique. En revanche, elle est parfois utilisée comme argument pour mettre en avant avec plus de force une idée qui s'y oppose. C'est le cas de certains ultraroyalistes qui, pour mettre en avant la légitimité monarchique, prétendent s'opposer au légalisme : *cf. infra*, p. 60.

politique dominante au sein du groupe social¹⁴⁶. Lorsqu'elle concerne l'origine du pouvoir, la légitimité politique s'entend comme la conformité du titre à gouverner avec ce principe extérieur et supérieur à l'ordre juridique positif. En ce sens, seule peut être considérée comme un gouvernement l'autorité formée en conformité avec le principe politique dominant d'attribution du pouvoir. Lorsqu'elle concerne l'exercice du pouvoir, elle implique une conformité de l'action des gouvernants avec un principe supérieur tel que la justice ou le bien commun. Plusieurs principes sont avancés au fondement de la légitimité politique du gouvernement : le principe royal – que l'on retrouve aussi sous les termes de principe héréditaire ou principe dynastique –, la souveraineté nationale dans son acception la plus large ou encore la légitimité impériale, pour les bonapartistes.

Dans un premier temps, la conception politique du gouvernement de fait s'affirme sous la Révolution française, étant qualifié ainsi le pouvoir qui n'est pas issu de la souveraineté nationale (A). Il en ressort l'image d'un dualisme franc entre gouvernement de droit et de fait fondé sur la dichotomie entre légitimité et illégitimité. Cette vision politique se prolonge, transformée, sous la Restauration : la notion d'usurpation devient l'arme sémantique des royalistes contre les partisans de ce qu'ils nomment la doctrine du gouvernement de fait (B). C'est avec et surtout contre cet emploi que se dessine progressivement un concept juridique du gouvernement de fait (C).

A. Genèse : le dualisme révolutionnaire du droit contre le despote

Le 9 juillet 1789, Jean-Joseph Mounier affirme devant l'Assemblée nationale que le gouvernement de l'État ne peut reposer que sur une constitution : sans constitution, point d'État ni de gouvernement pour agir en son nom. Cependant, en subordonnant l'existence même de la constitution à la volonté populaire dans son discours¹⁴⁷, il rend la validité de l'encadrement constitutionnel tributaire de sa légitimité :

« Quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du peuple clairement exprimée, il n'a point de constitution ; *il n'a qu'un gouvernement de fait qui varie suivant les circonstances*, qui cède à tous les événements. Alors l'autorité a plus de puissance pour opprimer les hommes que pour garantir leurs droits. Ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernés sont également malheureux »¹⁴⁸.

Pour Mounier, le consentement de la nation est la condition *sine qua non* de la validité de la constitution sans laquelle il ne peut y avoir de gouvernement de droit ; la volonté du peuple est le mètre étalon de la légitimité politique. En ce sens, le titre à gouverner doit

¹⁴⁶ V. en ce sens : M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011 (*Léviathan*), p. 53. V. aussi : C. EISENMANN, « Sur la légitimité juridique des gouvernements », *Annales de la philosophie politique*, t. 7, *op. cit.*, p. 97-122 notamment p. 122.

¹⁴⁷ *In fine*, les constituants ont opté pour le suffrage censitaire dans la Constitution de 1791 (Titre III, Chapitre 1, Section 2, art. 2).

¹⁴⁸ Rapport préparatoire à l'élaboration de la constitution présenté par Jean-Joseph Mounier, *A.P.*, 1, 8, 214 (souligné par nous).

être légitime, sans quoi il ne peut y avoir qu'un gouvernement de fait. Il faut ainsi signaler que Mounier n'a pas à l'esprit une conception formelle de la notion de constitution¹⁴⁹ ; il n'y a pas, chez lui, de « divorce flagrant entre légalité et légitimité »¹⁵⁰. Ainsi, il ne cherche pas à tracer une frontière entre légalité et illégalité, mais entre légitimité et illégitimité.

Les débats du 26 août, qui viennent préciser la terminologie des révolutionnaires, mettent davantage en lumière cette interprétation réductionniste de la légitimité. En sus de la volonté populaire, la légitimité de l'ordre constitutionnel est subordonnée à son contenu. En effet, cette séance entérine le vote de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et spécifiquement de son article 16 : « [t]oute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution »¹⁵¹. Cette lecture substantielle du rôle de la constitution confirme et enrichit les propos de Mounier sur le gouvernement de fait en apportant les précisions nécessaires pour en comprendre la portée¹⁵². Le syllogisme devient : si le gouvernement de fait (illégitime) est celui qui n'est pas doté d'une constitution ; et si une constitution se caractérise par la garantie des droits de l'homme et le respect de la volonté du peuple ; alors le gouvernement qui ne se fonde pas sur la volonté nationale et les droits de l'homme est un gouvernement de fait. La validité du titre du gouvernement repose ainsi sur un principe de légitimité politique. En l'occurrence, il s'agit d'un impératif issu d'un droit supérieur et extérieur au gouvernement (les droits de l'homme), réminiscence d'une mission de justice qui s'impose aux gouvernants. En ce sens, la légitimité emporte bien la légalité puisqu'elle est nécessaire et suffisante pour conférer le droit de gouverner. Les révolutionnaires renouent d'ailleurs avec cette rhétorique quelques années après : le

¹⁴⁹ Au sens d'une conception normative de la constitution comme explicité par Olivier Beaud, c'est-à-dire un acte juridique formel, une loi fondamentale contenant des dispositions édictées ou modifiées selon une procédure déterminée. Selon ces vues, « la Constitution était analysée comme une loi spéciale, une loi constitutionnelle qui se distinguait de la loi ordinaire par le seul et unique fait qu'elle était modifiée selon une procédure particulière (critère formel de la révision), dont l'aménagement permettait de qualifier le type de Constitution (rigide ou souple selon les cas) » (O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 258).

¹⁵⁰ Divorce que l'on retrouve dans une conception positiviste de la notion de constitution. Comme l'explique Olivier Beaud, « [l]e positivisme constitutionnel, qui est soucieux d'observer scientifiquement les faits (la réalité politique ou juridique), considère qu'un texte ayant la forme juridique d'une loi constitutionnelle doit être décrit comme une constitution. En revanche, selon le constitutionnalisme, qui vise à défendre la liberté individuelle au moyen de la constitution, toute véritable constitution est juste [...], c'est-à-dire qu'elle reconnaît les principes suprapositifs, les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs, destinés à fixer des bornes au pouvoir. Il y aurait donc, du point de vue conceptuel, un conflit entre le constitutionnalisme et la constitution du positivisme constitutionnel » (O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la philosophie politique, op. cit.*, p. 133).

¹⁵¹ Art. 16 *DDHC, A.P.*, 1, 8, 489.

¹⁵² Lui-même semblait déjà partager cette vision consacrée par l'article 16 de la *DDHC* lorsqu'il affirmait, dans le projet de déclaration personnel qu'il présenta fin juillet 1789, que « [l]e gouvernement doit protéger les droits & prescrire les devoirs. [...] Il doit surtout garantir les droits imprescriptibles qui appartiennent à tous les hommes, tels que la liberté, la propriété, la sûreté, le soin de son honneur et de sa vie, la libre communication de ses pensées, la résistance à l'oppression ». V. art. IV de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, par M. Mounier, Versailles, Baudoin, 1789, f. 2 ; v. aussi : S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 606-607.

10 octobre 1793 (19 vendémiaire an II), si la légalité est formellement suspendue *jusqu'à la paix* lorsque le gouvernement est proclamé révolutionnaire, c'est au nom d'une nécessité qui fait perdurer la légitimité du gouvernement¹⁵³. En cohérence avec l'ordre juridique révolutionnaire, les acteurs politiques admettent la résistance à l'oppression dans un grand nombre de projets de déclarations des droits proposés en 1789, symbole d'un droit supérieur opposable aux lois positives¹⁵⁴.

Dans les débats relatifs au vote de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est possible de dégager trois principes inhérents à la légitimité de la constitution, donc aux conditions de légalité du gouvernement : les considérations relatives à l'encadrement du pouvoir, au souverain et à la norme juste¹⁵⁵. Dans cette optique, ce qui fonde la légitimité de la constitution, c'est d'abord la séparation des pouvoirs, entendue ici au sens négatif d'un organe qui ne cumule pas dans ses mains l'ensemble des fonctions étatiques¹⁵⁶. C'est ensuite l'origine souveraine de cette constitution, en ce sens qu'elle est issue de la volonté de la nation en tant que souverain selon la lettre de l'article 3 de la Déclaration¹⁵⁷. Enfin, c'est une garantie des droits affirmés par la constitution et plus spécifiquement des droits consacrés par la présente Déclaration¹⁵⁸, pour assurer la justice des normes édictées par le gouvernement. Dès lors, tout gouvernement sous l'égide duquel ces principes ne sont pas assurés par la constitution se place hors du droit.

Il convient toutefois de noter que si l'expression de « gouvernement de fait » a bien été employée par Mounier pour qualifier cette construction, il s'agit, semble-t-il, de la seule occurrence avant sa réapparition soudaine au début du XIX^e siècle, et sa fortune sous la Restauration. Les révolutionnaires lui préfèrent rapidement le terme despote : « [s]ans la séparation des pouvoirs, il n'y a que le despotisme »¹⁵⁹. L'assimilation du gouvernement de fait, sans titre légitime, au despote, dote l'édifice révolutionnaire d'une

¹⁵³ Pour plus de détails à ce propos : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 109 *sqq.*

¹⁵⁴ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 399.

¹⁵⁵ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 55 *sqq.*

¹⁵⁶ Pour aller plus loin, v. : C. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 163-192 ; v. également : M. TROPER, « Montesquieu », *Dictionnaire des œuvres politiques*, éd. F. CHATELET, O. DUHAMEL, E. PISIER, Paris, PUF, 1986, p. 570-582.

¹⁵⁷ Art. 3 *DDHC* : « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Cette question de la capacité du souverain à établir la constitution fait également écho, dans les débats du 26 août, à celle de son pouvoir à la réformer, question qui ne sera pas approfondie en raison de la mise au vote des articles. Cependant, il est possible de noter une tentative du député Mathieu de Montmorency, à deux reprises, d'insérer la motion suivante dans la *DDHC* : « [c]omme l'introduction des abus et l'intérêt des générations qui se succèdent nécessitent la révision de tout établissement humain, un peuple a toujours le droit de revoir et de réformer sa Constitution. Il est bon d'indiquer des moyens paisibles et constitutionnels pour l'exercice de ce droit » (*A.P.*, 1, 8, 489). Si la motion est rejetée, elle n'en traduit pas moins l'intérêt crucial porté à cette question du souverain comme source de légitimité de la constitution.

¹⁵⁸ Selon l'art. 2 *DDHC* : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Toutefois, il n'est donné aucune précision spécifique à propos de la forme que doit prendre la garantie des droits.

¹⁵⁹ Selon l'assertion du chevalier de Lameth peu avant le vote de la *DDHC* : *A.P.*, 1, 8, 488

logique propre. En ce sens, la légalité du titre importe moins que sa légitimité politique et réduit la nature du gouvernement à une dichotomie : soit il est *de facto* et despotique, soit il est *de jure* et légitime à gouverner. Cette vision dualiste est la conséquence de la subordination de la nature du gouvernement à la légitimité politique et vise à dénier toute existence politique et institutionnelle au gouvernement illégitime. Toutefois, au sein de ce dualisme s’immisce une exception à l’influence notable : la théorie du gouvernement révolutionnaire¹⁶⁰. Il s’agit d’un gouvernement hors de la constitution, mais qui n’est pas un despote, car il est légitime par le but même qu’il prétend atteindre : faire advenir le gouvernement constitutionnel. Toujours est-il qu’à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, la nature du gouvernement est envisagée sous un prisme réductionniste de la légitimité. *Mutatis mutandis*, c’est toujours le cas pour les royalistes lorsqu’ils arrivent au pouvoir à l’issue du mouvement de balancier qui balaye l’échiquier politique en 1815. En réaction aux idéaux révolutionnaires, ils affirment également le primat de la légitimité sur la légalité, mais à leur profit, préférant assimiler le gouvernement de fait à l’usurpation.

B. Évolution : la fabrique de l’usurpation sous la Restauration

Le terme de gouvernement de fait prend véritablement son essor à la Restauration. Il est employé tant dans le langage gouvernemental et judiciaire que par les parlementaires ou les auteurs de pamphlets politiques. Les royalistes partagent l’interprétation réductionniste de la légitimité du gouvernement fondée non plus sur la souveraineté nationale mais sur le principe monarchique. Il en découle un affrontement. D’un côté, la doctrine royaliste considère le gouvernement de fait comme celui qui contrevient au principe monarchique, selon les dispositions dynastiques en vigueur. D’un autre côté, les partisans de la Révolution, de l’Empire, ou de la République, que les royalistes regroupent, en dépit de leurs disparités, sous le nom de « doctrine du gouvernement de fait »¹⁶¹, accusés d’inciter à la reconnaissance et à l’obéissance à des chefs illégitimes. La

¹⁶⁰ Cette exception s’explique avant tout par la grande disparité au sein des idées politiques de la Révolution et le pragmatisme de certains de ses acteurs. Ne serait-ce que pour les événements de 1789, Stéphane Rials notait déjà que parler d’une « “pensée 89”, homogène, simple, univoque » est moins juste qu’un « “espace intellectuel 89”, passablement hétérogène, singulièrement complexe, souvent équivoque et, pour tout dire, mouvant » (S. RIALS, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 154 ; v. aussi : P. WACHSMANN, « Déclaration des droits de l’homme et du citoyen », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 350-351). Il est donc assez incertain d’envisager que les constituants aient eu précisément en vue telle ou telle interprétation de la nature du gouvernement de fait – il est d’ailleurs peu probable que leur démarche fût définie et collectivement cohérente sur ce sujet – ce qui explique sans doute qu’on ne puisse réellement identifier une doctrine juridique uniforme du gouvernement de fait, du gouvernement despotique ou de l’usurpation (la multiplicité des termes parle pour elle-même), en dehors du cadre général dressé ci-avant et en dépit de la théorie du gouvernement révolutionnaire qui s’y superpose.

¹⁶¹ Cette doctrine est l’épouvantail des royalistes face aux opposants de la *légitimité* (entendue comme le principe monarchique). On la trouve ainsi évoquée dès lors qu’il s’agit d’accuser un adversaire de promouvoir l’insurrection ou la désobéissance. Que ce soit dans les écrits politiques, avec Chateaubriand notamment (F.-R. DE CHATEAUBRIAND, C.-A. SAINTE-BEUVE, *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VII : *Mélanges politiques-polémique*, *op. cit.*, p. 208), dans les débats parlementaires (pour un exemple : *Moniteur universel*, 11 février 1822, p. 206) ou encore devant la justice (pour un exemple : Cour d’appel de Paris, 29 avril 1817, *Moniteur universel*, 30 avril 1917, p. 477).

dichotomie des royalistes est très stricte : soit le gouvernement est légitime, donc de droit, soit il ne l'est pas et on a affaire à une usurpation. La définition du gouvernement de fait se précise alors sous la Restauration, pour ne plus désigner que le gouvernement dénué de titre légitime (et non celui qui abuserait de son pouvoir de droit), caractéristique dont il ne se départira plus (1). En réaffirmant la nécessité de la légitimité, les royalistes entendent combattre une vision legaliste du titre à gouverner avancée par certains partisans de la doctrine du gouvernement de fait, c'est-à-dire de l'obéissance fondée uniquement sur la loi positive (2).

1. Une usurpation sans titre

Une partie des royalistes, à la suite des Cent-Jours et du bref épisode d'exercice du pouvoir par la commission de la Chambre des représentants, considère que tous les gouvernements postérieurs à la chute de la monarchie en 1792 et qui précèdent la Restauration sont des usurpations. Le préambule de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 ne dit rien de moins, faisant reposer son pouvoir sur le droit divin et la tradition historique¹⁶², le Roi cherche à « renouer la chaîne des temps ». L'autorité supérieure et la longue pratique du pouvoir justifient donc que les gouvernements autres que celui qui est légitime soient renvoyés à l'usurpation et effacés du droit à défaut de l'histoire¹⁶³.

Dès le 27 décembre 1815, on réfute juridiquement l'existence du gouvernement napoléonien des Cent-Jours à la Chambre des députés au motif suivant :

« Ce serait une bien pernicieuse doctrine que celle qui attribuerait à ce qu'on veut appeler le gouvernement de fait, des droits qui n'appartiennent qu'à la légitimité »¹⁶⁴.

La plupart du temps, un flou sémantique est volontairement entretenu pour ne pas mentionner, sous ce syntagme, tel ou tel gouvernement, permettant de laisser planer une aura de généralité et d'associer directement le gouvernement de fait à l'idée d'usurpation¹⁶⁵. Partant, les royalistes cherchent à se réapproprier ce terme pour rendre

¹⁶² Préambule de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : « La divine Providence, en nous rappelant dans nos États après une longue absence, nous a imposé de grandes obligations ». V. sur ce point : E. DE WARESQUIEL, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », *Jus Politicum*, t. 13, 2014 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-preambule-de-la-Charte-du-4-juin-1814-942.html>]. Consulté le 30/11/2022], *passim*, notamment le II.

¹⁶³ Préambule de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : « En cherchant ainsi à renouer la chaîne des temps, que de funestes écarts avaient interrompue, nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire, tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence ».

¹⁶⁴ *Moniteur universel*, 28 décembre 1815, p. 3. Il s'agit d'une intervention de Jean-Joseph Corbière, député ultraroyaliste.

¹⁶⁵ Dans certains cas, les royalistes ne font cependant guère preuve de circonspection et désignent explicitement à quel gouvernement ils font référence. C'est le cas devant la Chambre des députés le 18 février 1825, où le comte de Vaublanc évoque la Convention nationale et le « gouvernement de fait dont elle tire son origine » (*Moniteur universel*, 20 février 1825, p. 226) ; de même, lors de la séance du 31 mars à la Chambre des députés, Georges Petout situe le « gouvernement de fait » dont il parle en 1801, indiquant explicitement qu'il se réfère au gouvernement consulaire de Napoléon Bonaparte (*Moniteur universel*, 1^{er} avril 1827, p. 500). Il serait possible de multiplier les exemples ; il convient simplement de retenir que le terme de gouvernement de fait est utilisé pour cibler le gouvernement qu'un homme politique critique et, de manière générale, pour fustiger tout comportement illégitime d'une autorité prétendant exercer la souveraineté.

inopérant le phénomène qu'il désigne¹⁶⁶ et dénier toute crédibilité aux partisans de ladite doctrine du gouvernement de fait. Au travers de cette lutte, ils apportent une précision substantielle à la définition du gouvernement de fait. Si durant la Révolution, cette notion pouvait se rapporter indistinctement à l'autorité sans titre qu'à celle qui, dotée d'un titre légitime, était devenue despotique, sous la Restauration, elle ne désigne plus que l'autorité qui s'est octroyée le pouvoir en dépit d'un titre qu'elle ne possède pas.

Cette distinction du titre et de l'exercice est ancienne. Certains auteurs¹⁶⁷ la font remonter à Bartole, chez qui il est possible de distinguer deux formes de tyrannie : celle dont le titre à gouverner fait défaut (*tyrannus manifestus ex defectu tituli*) et celle dont le titre est valide, mais dont l'exercice du pouvoir se corrompt jusqu'à devenir injuste (*tyrannus manifestus ex parte exercitii*)¹⁶⁸. Le premier, le « tyran par manque de titre » est celui qui « gouverne manifestement sans titre légitime »¹⁶⁹, soit qu'il se comporte comme détenteur d'un titre qu'il usurpe (lèse-majesté selon l'auteur), soit qu'il se maintienne en fonction alors que son office est arrivé à échéance, soit encore qu'il ait acquis son titre par la force. Ce dernier point peut apparaître contre-intuitif puisque, sur le plan formel, le titre est bien valide ; or, énonce Bartole, l'origine du pouvoir doit résulter d'un transfert volontaire et non de l'effet d'une contrainte¹⁷⁰. Le second, le « tyran manifeste par sa manière d'exercer le pouvoir » est celui qui, quoique pourvu d'un titre légitime, en abuse. Il considère le pouvoir comme son bien patrimonial, sa chose privée ; en dépit de la validité de son pouvoir, il « commet des actes tyranniques, c'est-à-dire des actes qui ne tendent pas au bien commun mais à son bien propre »¹⁷¹.

Au sein d'une théorie des gouvernements, le gouvernement de fait s'impose sous la Restauration comme un type spécifique d'exercice du pouvoir sans titre valide. Il permet,

¹⁶⁶ Un exemple se trouve dans le compte rendu d'un jugement du Tribunal de police correctionnel non daté, mais présent dans le *Moniteur universel*, 14 mars 1817, p. 300 : à propos d'une question concernant les jugements rendus « pendant les trois mois de la dernière usurpation » (à savoir durant les Cent-Jours) dont il a été décidé par une ordonnance du 19 août 1815 qu'ils étaient valides si les grosses de ces jugements revêtaient une formule royale, le procureur du roi ajoute que « [d]'après le faux principe du gouvernement de fait, ces jugements auraient été valides par eux-mêmes. Par cela seul qu'on a pensé qu'ils avaient besoin de la sanction royale, on a condamné le principe du gouvernement de fait et dès lors on doit reconnaître que l'ordonnance du 19 août 1815 a proclamé le principe de la légitimité ». L'assimilation du gouvernement de fait et de l'usurpation vise, incidemment, à annihiler ce « faux principe » et ses conséquences.

¹⁶⁷ V. par exemple : A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité », *Annales de la philosophie politique*, t. 7, *op. cit.*, p. 29. D'autres auteurs la font remonter avant, bien que moins formalisée, chez Jean de Salisbury dans son traité : *Polycraticus*, IV, 1 (*Ioannis Saresberiensis Policraticus I-IV*, éd. K. S. B. KEATS-ROHAN, Turnholti, Typographi Brepols editores pontificii, 1993, p. 231 *sqq.*). En ce sens : Y. C. ZARKA, *Métamorphoses du monstre politique. Et autres essais sur la démocratie*, Paris, PUF, 2016, p. 164-165.

¹⁶⁸ BARTOLUS, *Tractatus de tyranno*, VI et VIII (D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel trecento italiano. Il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati "De Guelphis et Gobbelinis", "De regimine civitatis" e "De tyranno"*, Firenze, Leo S. Olschki, 1983, p. 185 et p. 196). V. Plus largement sur la question de la tyrannie et les évolutions de sa perception au fil de l'Histoire, v. le colloque : *Le droit de résistance, XII^e-XX^e siècle*, éd. J.-C. ZANCARINI, Lyon, ENS Éditions, 2001, *passim* ; v. aussi : M. TURCHETTI, *Tyrannie et tyrannicide, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Classiques Garnier, 2013, *passim* ; ID., « Droit de résistance, à quoi ? Démasquer aujourd'hui le despotisme et la tyrannie », *Revue historique*, t. 640, 2006, p. 831-878.

¹⁶⁹ Pour les citations traduites en français, v. : BARTOLUS, *Tractatus de tyranno*, trad. S. PARENT, *Traité sur les Guelphes et les Gibelins. Sur le gouvernement de la cité. Sur le tyran*, Paris, Les belles lettres, 2019 (*La roue à livres*), p. 106.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 106-107.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 117.

par sa seule évocation dans le vocabulaire royaliste, de mettre en joue tout mouvement séditieux et de condamner la révolution comme mode de gouvernement, c'est-à-dire dans leur langage toute tentative brutale de transformation de l'ordre constitutionnel par un gouvernement révolutionnaire. Une succession de lettres rassemblées dans un ouvrage publié au lendemain de la révolution de Juillet, mais non daté précisément, témoigne de cette acception. L'auteur de ces lettres est demeuré anonyme, mais il ne masque pas ses obédiences royalistes, ni son soutien aux Bourbons renversés. Par son opposition aux insurgés, il établit que le gouvernement de droit est celui qui est conforme à la loi, ce qu'il entend comme conforme au principe dynastique, donc légitime. Au contraire, le gouvernement de fait est dépourvu de titre en ce qu'il est issu « d'une insurrection contre un pouvoir légitime »¹⁷². Depuis lors, l'absence de titre a toujours été considérée comme l'essence du gouvernement de fait. En revanche, si le contenu du titre a mis du temps à quitter la légitimité pour être définie par sa légalité, cela tint sans doute à la critique principale des royalistes envers la doctrine du gouvernement de fait : la soumission à la loi positive.

2. Une accusation de soumission au légalisme

Les royalistes n'entendaient pas seulement rejeter la légitimité du gouvernement de fait ; ils escomptaient en combattre la doctrine dont le credo supposé ferait dépendre la légitimité du gouvernement de la seule validité formelle de sa constitution ou des dispositions normatives qu'il promulgue en dépit de leur contenu. En somme, ce serait sacrifier la légitimité sur l'autel de la forme¹⁷³. *La gazette de France*, à l'occasion de la publication du courrier anonyme d'un lecteur le 25 juillet 1815, synthétise cette opinion¹⁷⁴. Le premier grief à l'encontre de la doctrine du gouvernement de fait est la soumission trop brutale au fait, en dépit du droit. En s'appuyant sur l'argument selon lequel l'État ne peut se passer de gouvernement s'il veut perdurer, l'obéissance serait exigée par le gouvernement de fait, compétent dès lors pour prendre toutes les « formalités » qu'il estime nécessaires à l'assise de son pouvoir, puisqu'il faut bien qu'il ait les moyens d'agir¹⁷⁵. De cette prémisse, ces penseurs subversifs en déduiraient, critique l'auteur royaliste, que lesdites formalités sont par elles-mêmes légitimes en ce qu'elles revêtent les apparences d'une légalité de circonstances. C'est pourquoi il affirme

¹⁷² H. BESNIER, *Lettres à un blessé de Juillet dans la Révolution de 1830*, Paris, Chez Bricon, s.d., notamment lettre II p. 5-6.

¹⁷³ Une critique qui rejoint celle de la totale subordination du droit au fait qui contraindrait à reconnaître un devoir d'obéissance à tout gouvernement effectif, sur le seul fondement qu'il dispose du contrôle des organes infra-étatiques : de tels griefs sont analysés en aval de ce propos, cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 191 *sqq.*

¹⁷⁴ *La gazette de France*, 25 juillet 1815, p. 824.

¹⁷⁵ *Ibid.* L'auteur présente ainsi les arguments de ses adversaires. « Le gouvernement dans un État, ne peut pas cesser d'exister. L'intérêt social exige qu'il en soit formé un nouveau, dès qu'une cause quelconque a suspendu l'action de celui qui existait. Il faut bien qu'il y ait des fonctionnaires, pour qu'il y ait un gouvernement. Si le gouvernement *de fait*, qui succède au gouvernement *de droit*, exige une obéissance passive à sa volonté, de la part des fonctionnaires, il faut bien que ceux-ci s'enchaînent à lui par une prestation de serment, qui n'est qu'une *formalité*, suite nécessaire de l'acceptation des fonctions » (souligné par l'auteur).

s'opposer fermement à ces formalités qui, sous sa plume, désignent les dispositions normatives assurant, en l'absence effective de l'autorité légitime, la continuité du pouvoir. Non seulement il ne peut les considérer comme légales, mais plus encore, il existe un danger certain à les prendre juridiquement au sérieux, car le ver serait alors introduit dans le fruit : confondre un fait qui cherche à se faire passer pour du droit, ce serait faire prévaloir cette légalité de circonstances sur la légitimité intemporelle, la révolution sur le bon droit, le vice sur la vertu¹⁷⁶. L'auteur critique l'idée d'accorder tant de crédit au gouvernement de fait : ce serait consacrer l'extinction du gouvernement de droit ; or, le droit – issu du principe de légitimité monarchique – subsiste en dépit des révolutions et des coups d'État¹⁷⁷. L'auteur affirme que l'apparition de l'usurpateur n'implique pas la disparition du gouvernement légitime, en se fondant sur un droit supérieur au droit positif et qui dispose d'une valeur morale contraignante autrement plus importante que le fait accompli ou la force¹⁷⁸. En ce sens, il existe une source naturelle des pouvoirs à laquelle tout gouvernement est soumis.

Plus qu'une opinion politique, le rejet de la doctrine du gouvernement de fait est alors un moyen de proscrire la légalité formelle comme troisième voie entre l'usurpation et le gouvernement de droit. Le 27 février 1822 à la Chambre des pairs, Polignac, contre les détracteurs du projet de loi relatif aux délits de presse, leur reproche de prétendre qu'il existe « deux sortes d'autorité royale, l'une avant la charte, l'autre depuis, l'une constituante, l'autre constituée ». Il rejette avec virulence cette thèse, en proclamant qu'il n'existe qu'une seule autorité légitime, celle du Roi : « toute autre doctrine tendrait à substituer d'une manière indirecte le principe du gouvernement de fait à celui du gouvernement de droit »¹⁷⁹. En somme, il n'y a qu'une alternative : le gouvernement légitime ou l'usurpation. Rien ne se trouve entre les deux, quand bien même l'autorité royale n'est pas constituée en gouvernement légal.

Le terme de gouvernement de fait est ainsi utilisé par les royalistes comme arme sémantique pour condamner le gouvernement ennemi dont la légitimité est contestée. S'il ne désigne pas formellement une catégorie juridique, c'est justement qu'il est employé pour incriminer les opposants, pour jeter l'anathème sur les partisans de cette doctrine du gouvernement de fait, accusée de vouloir ébranler les fondations de la monarchie restaurée. Lorsque le 9 février 1822, Edouard Bignon, bonapartiste opposant au régime

¹⁷⁶ *Ibid.* : « Il me semble, au reste, que la question n'a besoin que d'être présentée pour dissiper tous les prestiges d'une philosophie insidieuse, qui voudrait toujours soumettre l'exercice des devoirs les plus sacrés à l'empire des circonstances, en laissant à jamais le vice sans punition de ses égarements, et la vertu sans indemnité de ses sacrifices ».

¹⁷⁷ *Ibid.* : « Il y a ici une pétition vicieuse des principes. Les raisonneurs supposent que le gouvernement *de droit* est détruit dès le moment qu'un gouvernement *de fait* cherche à lui succéder. Ils se trompent, le droit subsiste, indépendamment de toutes les volontés privées, dont l'intérêt est de l'anéantir » (souligné par l'auteur).

¹⁷⁸ Cet argument majeur de la rhétorique royaliste se retrouve également dans les écrits de Chateaubriand. L'apologue de la monarchie vilipende les partisans de la doctrine du gouvernement de fait en les accusant d'obéir à la force et non pas à leurs convictions : F.-R. DE CHATEAUBRIAND, C.-A. SAINTE-BEUVE, *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VIII : *polémique (fin)*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁹ *Moniteur universel*, 5 mars 1822, p. 336.

en place, affirme aux députés professer, « l'opinion que tout gouvernement qui donne des garanties aux droits des citoyens doit être maintenu, et qu'aucun gouvernement ne mérite d'être maintenu quand il ne donne pas de garantie à ces droits », il se voit aussitôt répliquer : « [c]'est la doctrine du gouvernement de fait... Ce sont des principes subversifs... »¹⁸⁰. Il s'agit, pour les royalistes, d'englober les penseurs politiques bonapartistes, républicains et libéraux afin de rejeter intégralement leurs idées¹⁸¹. Pour autant, cette démarche n'est pas exempte de critiques et, en pratique, est fortement nuancée.

C. Critique : L'inadéquation de la notion politique de gouvernement de fait avec le positivisme juridique

Chateaubriand affirme que la doctrine du gouvernement de fait conduit à « ériger en dogme, à faire regarder comme indifférents, ou même comme légitime, le manque de foi, le vol et l'injustice »¹⁸². Il oppose ainsi deux ordres juridiques : celui du gouvernement légitime, seul apte à commander, à celui du gouvernement de fait qu'il nomme aussi parfois le « gouvernement des parjures »¹⁸³. L'illégitimité est intrinsèquement liée à l'illégalité et à l'immoralité dans son discours. Dès lors, en affirmant la supériorité du principe monarchique, les ultraroyalistes assimilent les partisans de la doctrine du gouvernement de fait – particulièrement dans les pamphlets et écrits politiques de l'époque –, à des apologues du crime et du brigandage. En conséquence, le gouvernement de fait est considéré comme totalement extérieur au droit et à l'État et les commandements qu'il édicte ne peuvent être assimilés à des normes juridiques, ces dernières étant l'apanage du gouvernement légitime, car il est en conformité avec un principe juste qui le surpasse.

En inscrivant le gouvernement de fait dans cette opposition entre l'ordre juridique étatique et celui du bandit, il est possible de déceler une parenté entre la pensée de Chateaubriand et une tradition de la légitimité du pouvoir fondée sur la justice, dont on peut déceler les origines chez Cicéron († 43 av. n. e.) et Saint Augustin († 430). Cicéron, déjà, avait mis l'accent sur l'importance de la justice pour discerner les lois des conventions établies par les brigands¹⁸⁴ ; Augustin va plus loin et trace une démarcation

¹⁸⁰ *Moniteur universel*, 11 février 1822, p. 206.

¹⁸¹ L'intervention de Bignon permet, en outre, d'illustrer la survivance de la conception révolutionnaire de la légitimité des gouvernements, bien qu'elle soit combattue virulemment sur la scène politique. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que Bignon se faisait rabrouer pour ses positions en faveur de la doctrine du gouvernement de fait, puisqu'en 1819, l'écrivain Jean-Raimond-Pascal Sarran lui avait adressé un pamphlet le critiquant à ce propos : J.-R.-P. SARRAN, *Réponse à M. Bignon, sur la question des pétitions, tendant à demander à Sa Majesté le rappel des bannis*, Paris, A. Boucher, 1819 *passim*, notamment p. 5.

¹⁸² F.-R. DE CHATEAUBRIAND, C.-A. SAINTE-BEUVE, *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VII : *Mélanges politiques-polémique*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 598.

¹⁸⁴ CICÉRON, *De legibus*, 2, 5 (trad. G. DE PLINVAL, *Traité des lois*, Paris, Les Belles Lettres, 1968, p. 44-45). Cicéron fait dire à Marcus la chose suivante : « [e]t que penser de ces mesures nuisibles, funestes, qui sont votées en si grand nombre chez les peuples et qui n'ont pas plus de rapport avec le nom de lois que celles auxquelles des brigands décideraient de donner leur accord ? Car pas plus qu'on ne peut véritablement appeler

nette entre le souverain légitime et le simple chef d'une bande de brigands à partir du critère de la justice¹⁸⁵. Diversement entendu par les auteurs, ce critère de la justice sert donc ici de mètre étalon pour définir le gouvernement légitime. Cette question est centrale puisque, dans une certaine mesure, elle peut justifier une désobéissance voire un renversement de l'ordre établi injuste, comme il peut en résulter d'une interprétation de saint Thomas d'Aquin († 1274)¹⁸⁶. Le tyran se place hors du droit par cela même qu'il annihile la communauté politique ; celui qui le renverse n'est donc pas un séditieux car, bien que dénué de titre positif, peut être légitime dans sa démarche¹⁸⁷. À l'inverse, le gouvernement factieux qui renverse l'autorité légitime usurpe son pouvoir¹⁸⁸. Toutefois, Thomas introduit une subtilité de taille, avec l'idée de degrés de la tyrannie : entre le roi et le tyran, toute une gamme de comportements se substitue, justifiée par l'intérêt de préservation de l'État¹⁸⁹. S'intercale un plus-tout-à-fait roi mais pas encore un tyran « qui,

“prescriptions médicales” les traitements homicides qu'ont ordonnées en guise de remèdes des ignorants ou des incapables, on ne saurait chez un peuple appeler “loi”, quelle qu'en soit la forme, une disposition funeste qu'un peuple peut avoir accepté. Donc la loi est la distinction des choses justes et injustes, exprimée conformément à la nature ancienne et primordiale du monde, sur laquelle se règlent les lois des hommes qui frappent de supplice les méchants et prennent la défense et la protection des gens de biens ». V. aussi CICERON, *Paradoxa Stoicorum*, 4, 1 (trad. J. MOLAGER, *Les paradoxes des stoïciens*, Paris, Les Belles Lettres, 1971, p. 25-27) : ce qui distingue la Cité d'une « entreprise de brigandage » c'est bien le « droit et la justice qui sont les amarres de la Cité ».

¹⁸⁵ AUGUSTIN D'HIPPONE (saint), *De civitate dei*, 4, 4 (trad. G. COMBÈS, *La cité de Dieu*, Paris, Desclée de Brouwer, 1959, p. 54). Le premier agit pour la justice, le second pour son profit personnel. « Supprimée dès lors la justice, que sont les royaumes sinon de vastes brigandages ? Car les brigandages eux-mêmes que sont-ils, sinon de petits royaumes ? N'est-ce pas un groupe d'hommes commandés par un chef, liés par un pacte social et partageant le butin selon une loi agréée de tous ? Que ce fléau grossisse par l'affluence de nombreux malfaiteurs au point d'occuper des lieux, d'y établir des postes, de s'emparer des villes et de subjuguier des peuples : il s'arroge ouvertement le titre de royaume, titre que lui confère aux yeux de tous non le renoncement à la cupidité, mais la garantie de l'impunité. C'est ce que répondit avec esprit et justesse à Alexandre le Grand un pirate tombé entre ses mains. Le roi lui ayant demandé : “À quoi penses-tu d'infester les mers ?” il riposta avec une franche audace : “Ce que tu penses en infestant l'univers ! Mais parce que j'opère avec un petit navire, on m'appelle brigand ; toi, parce que tu opères avec une grande flotte, Empereur” ». La justice étant intrinsèquement et substantiellement liée à la connaissance du culte du Dieu chrétien : AUGUSTIN D'HIPPONE (saint), *De civitate dei*, 19, 21 (*ibid.*, p. 141). V. aussi pour plus de détails M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013 (*Quadrige manuels*), p. 116 *sqq.* ; P. NEMO, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, Paris, PUF, 2014, p. 751.

¹⁸⁶ Il importe de préciser que des auteurs comme Augustin ou Thomas ne font toutefois pas l'apologie de la sédition, bien au contraire. Ce qui importe, c'est avant tout la paix publique. V. en ce sens : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 117 *sqq.* et p. 161 *sqq.*

¹⁸⁷ THOMAS D'AQUIN (saint), *Summa*, 2^a, 2^{ae}, Q. 42, art. 2, sol. 3 (trad. A.-M. ROGUET, *Somme théologique*, t. 3, Paris, Les éditions du Cerfs, 1990, p. 288) : « Le régime tyrannique n'est pas juste parce qu'il n'est pas ordonné au bien commun, mais au bien privé de celui qui détient le pouvoir, comme le montre Aristote. C'est pourquoi le renversement de ce régime n'est pas une sédition ; si ce n'est peut-être le cas où le régime tyrannique serait renversé d'une manière si désordonnée que le peuple qui lui est soumis éprouverait un plus grand dommage du trouble qui s'en suivrait que du régime tyrannique ». V. aussi THOMAS D'AQUIN (saint), *De regno ad regem Cypri*, I, 6 (trad. D. CARRON, *La Royauté*, Paris, Vrin, 2017, p. 131 *sqq.*). On le constate cependant à la fin de la citation tirée de la *Somme*, Thomas nuance, car il ne faudrait pas que le remède escompté excède le mal. Il précise cette idée dans le *De regno* : « il est plus utile de tolérer, pour un temps, une tyrannie modérée que d'être impliqué, en s'opposant au tyran, dans de nombreux dangers bien plus graves que la tyrannie elle-même » : THOM., *De regno ad regem Cypri*, I, 6, 3 (*ibid.*, p. 133).

¹⁸⁸ THOMAS D'AQUIN (saint), *De regno ad regem Cypri*, I, 6, 4 (*ibid.*, p. 135-137).

¹⁸⁹ V. en ce sens et pour plus de détails : F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001 (*Léviathan*), p. 120 et p. 124 *sqq.*

pour préserver les conditions de mise en œuvre du bien commun, est contraint de commettre des actions injustes »¹⁹⁰. L'intérêt porté par Thomas à cette figure manifeste sa préférence pour la légitimité d'exercice du pouvoir. En effet, si la doctrine thomasiennne s'applique aussi bien à une légitimité d'origine (le titre) que d'exercice¹⁹¹, la seconde l'emporte en importance en cas de conflit des légitimités. Au XIX^e siècle, en revanche, la question de l'illégitimité politique du gouvernement de fait s'inscrit plus spécifiquement dans le débat concernant la forme du gouvernement, donc de l'origine du pouvoir¹⁹².

Le gouvernement de fait est le sujet de nombreuses discussions sous la Restauration et, comme le résume en 1817 un journaliste, Jean-Pierre Gallais¹⁹³, « [i]l n'y a pas un salon qui ne retentisse des discussions sur la légitimité, le gouvernement de fait [...] »¹⁹⁴. Ces débats vont alors cristalliser les différentes opinions autour de la légitimité d'origine. Si les esprits en sont encore, pour la plupart, à condamner fermement le gouvernement de fait comme un groupe de hors-la-loi, des critiques s'élèvent tout de même pour condamner un tel rigorisme que l'on pourrait qualifier d'essentialiste en ce qu'il assimile le titre du pouvoir à sa seule légitimité politique. Déjà, Rigomer Bazin, journaliste constitutionnel du Mans¹⁹⁵, déniait à Chateaubriand le droit de réduire le gouvernement

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹⁹¹ Si le gouvernement aspire à la justice il est dans une position de défense vis-à-vis d'une agression du tyran. Au contraire, s'il agit pour son bien privé il s'oppose à la justice et devient illégitime du fait du mauvais exercice de son pouvoir. V. THOMAS D'AQUIN (saint), *De regno ad regem Cypri*, I, 6, 6 (*op. cit.*, p. 137) ; v. également THOMAS D'AQUIN (saint), *Summa*, 2^a, 2^{ae}, Q. 42, art. 2, sol. 1 (*op. cit.*, p. 289) et Q. 64, art. 3 (*ibid.*, p. 426).

¹⁹² Sous la forme du gouvernement il est entendu la monarchie, la république ou l'Empire ; et par l'origine du pouvoir, les principes de légitimité qui leur correspondent : l'hérédité (principe dynastique), la souveraineté nationale au sens large et la légitimité impériale (ou cooptative).

¹⁹³ Selon la notice qui le concerne dans le *Grand dictionnaire universel* (plutôt critique), Gallais était un littérateur et publiciste qui vécut entre 1756 et 1820. Il a rédigé de nombreux traités d'histoires partisans et fut rédacteur du journal monarchiste *La Quotidienne* (fondé en 1790). D'obédience royaliste, il se rallie tout de même à Bonaparte en 1800, puis de nouveau aux Bourbons à la Restauration, où il devient correspondant littéraire des empereurs d'Autriche et de Russie. V. pour davantage de précisions : P. LAROUSSE, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, t. 8, Paris, Administration du Grand dictionnaire universel, 1872, p. 960.

¹⁹⁴ J.-P. GALLAIS, *Mœurs et caractères du dix-neuvième siècle*, t. I, Paris, Belin-le-Prieur, 1817, p. 81. Il est certain que sous la Restauration, les débats politiques sont éminemment nourris des questions qui concernent le gouvernement de fait, la plupart du temps employé dans le sens d'une usurpation. De manière non exhaustive, v. par exemple : R. DE CHAZET, *Tableau des élections depuis 1789 jusqu'en 1816. Suivi de quelques idées sur les Élections prochaines*, Paris, Mongies, 1817, p. 19 ; H. DE LOURDOUEIX, *Les folies du siècle. Roman philosophique*, Paris, Pillet, 1818, p. 103, n. 1 ; P. CHAILLOT, *Les gémissements du Midi*, Paris, Chez les marchands de nouveauté, 1819, p. 38 ; P. L. B., *De la Restauration, considérée comme le terme et non le triomphe de la Révolution. Et de l'abus des doctrines politiques ; en réponse à l'ouvrage de M. F. Guizot, intitulé : Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Le Normant, 1820, p. 111 ; F. ANCILLON, *Nouveaux essais de politique et de philosophie*, t. I, Paris-Berlin, Gide-Duncker et Humblot, 1824, p. 98-99 ; H. DE FRASANS, *Considérations sur l'état de la France en 1830 et sur les institutions nécessaires pour l'affermissement de la monarchie selon la Charte*, Paris, Chez Poilleux, 1830, p. 60. L'on trouve également quelques auteurs pour défendre (timidement) la doctrine du gouvernement de fait. De manière non-exhaustive, v. : F.-D. DE REYNAUD DE MONTLOSIER, *De la monarchie française depuis la seconde Restauration jusqu'à la fin de la session de 1816*, Paris, Gide fils, 1818, p. 21 et p. 247-248 ; E.-T. BOURG, *Napoléon, considéré comme général, premier consul, empereur, prisonnier à l'île d'Elbe et à St-Hélène, ou Vie impartiale de ce grand capitaine*, Paris, Plancher, 1821, p. 40 ; G.-H. ROCQUES DE MONTGAILLARD, *Histoire de France, depuis la fin du règne de Louis XVI jusqu'à l'année 1825*, t. IX, Paris, Moutardier, 1827, p. 439.

¹⁹⁵ Bazin (1769-1818) est un journaliste d'obédience républicaine et démocrate. Incarcéré durant la Terreur, brièvement professeur d'histoire à l'École centrale du Mans sous le Directoire, son engagement démocrate

de fait aux seuls intérêts moraux et de l'assimiler au brigand¹⁹⁶. Benjamin Constant va plus loin et critique le principe même d'une légitimité d'origine du gouvernement, car le fait qu'un pouvoir puisse être légitime par son origine ne donnerait aucune garantie quant à ses modes d'exercice¹⁹⁷. Cela risquerait même de créer un décalage entre le titre légitime dont se prévaut le gouvernement et son exercice dont il abuserait, ce qui incite Constant à rejeter le caractère prétendument incontestable d'un titre légitime¹⁹⁸. S'il convient qu'il existe une légitimité héréditaire (« tacite » dit-il) tout comme une légitimité « positive » qui provient d'une « élection libre » et qui emporte sa préférence, ce sont là essentiellement des questions « superflues » ou secondaires¹⁹⁹. Il accorde alors davantage d'importance à la légalité constitutionnelle c'est-à-dire à l'encadrement du pouvoir : le gouvernement constitutionnel cesse d'exister dès lors qu'il n'y a plus de constitution²⁰⁰ et seul l'établissement d'un « pouvoir neutre », distinct du pouvoir exécutif des ministres, permet le maintien de l'ordre et de la liberté et prévient des dangers d'une usurpation de l'autorité et de l'arbitraire²⁰¹. Cependant, Constant et Bazin ne font ici que chercher à démontrer l'inanité d'un titre à gouverner fondé exclusivement sur la légitimité²⁰². La dichotomie entre gouvernement de droit et usurpation n'est pas encore remise en cause, les évolutions du contexte à partir des années 1830 étant nécessaires à ce changement.

À l'aune des années 1830, une telle dichotomie rigide entre légitimité et illégitimité apparaît de plus en plus inadaptée face à l'essor de la doctrine qui voit dans le gouvernement de fait un organe de l'État, car le propre de l'organisation criminelle est justement d'échapper à l'ordre juridique étatique, à se situer à l'extérieur ou à la marge de son cadre²⁰³. L'assimilation du gouvernement de fait à l'usurpation impliquerait alors

radical s'accroît après le coup d'État de brumaire an VIII. Sous la Restauration, il insiste particulièrement et de manière paradoxale sur la nécessité d'une lecture de la Charte comme moyen d'établir un régime constitutionnel et représentatif. V. pour plus de précisions : P. SERNA, « Rigomer Bazin et la Restauration : penser la république dans la monarchie », *AHRE*, t. 325, 2001, p. 53-76.

¹⁹⁶ R. BAZIN, *Le trône et l'Autel ou réponse à M. de Chateaubriand*, Le Mans, éd. Chez l'auteur, 1816, *passim*.

¹⁹⁷ A. CABANIS, O. DEVAUX, « Prendre le pouvoir selon Benjamin Constant : ni la force, ni la légitimité d'origine », *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, éd. M.-B. BRUGUIÈRE, Toulouse, PUSST, t. 6, 2002, p. 232.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 233.

¹⁹⁹ B. CONSTANT, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, II, II (*Écrits politiques*, éd. M. GAUCHET, Paris, Gallimard, 1997, p. 292 *sqq.*) ; v. aussi : B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicole et Gide fils, 1814, p. IX-X.

²⁰⁰ En ce sens : B. CONSTANT, *Principes de politique*, avant-propos (*Écrits politiques*, éd. M. GAUCHET, *op. cit.*, p. 305 *sqq.*) ; v. aussi P. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine*, t. II, Paris, Armand Colin, 1966, p. 914. Bastid explique que selon Constant, « le gouvernement qui la viole [la Constitution] déchire son titre ; il peut bien subsister par la force mais il ne subsiste plus par la Constitution... ».

²⁰¹ B. CONSTANT, *Principes de politique*, II (*Écrits politiques*, éd. M. GAUCHET, *op. cit.*, p. 324 *sq*

²⁰² D'ailleurs, le pouvoir neutre chez Constant peut tout aussi bien exister dans une monarchie que dans une république (bien que la monarchie constitutionnelle ait sa préférence) : *ibid.*, p. 330 *sqq.*

²⁰³ D. VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Paris, Dalloz, 2018 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*), p. 151 *sqq.* et p. 291 *sqq.* Il demeure toutefois possible que l'ordre juridique de l'organisation criminelle et celui de l'État puissent être perméables, sans toutefois se confondre formellement. V. en ce sens : *ibid.*, p. 379 *sqq.* Ainsi, un groupement de bandits, la Camorra en Sicile ou Robin des bois et ses voleurs dans la forêt de Sherwood ne constituent pas autant de gouvernements de fait (au sens juridique) sur le territoire étatique, mais relèvent plutôt, du point de vue étatique, de mouvements séditieux appréhendés par l'État comme autant d'usurpations. Ils se situent soit en dehors de la

nécessairement (en théorie) une éclipse de l'État à chaque période où il gouverne. D'ailleurs, il est possible de noter que les juges, sous la Restauration, font usage de cette notion politique avec une très grande prudence. Le gouvernement de fait y est systématiquement considéré comme une usurpation, mais les conséquences juridiques sont parfois modulées, dans un souci d'ordre public et d'intérêt de l'État²⁰⁴. De plus, fondée sur le seul critère de l'origine non monarchique du pouvoir, la notion politique paraît de moins en moins conciliable avec le positivisme émergent et l'essor de la souveraineté nationale comme principe de légitimité²⁰⁵. Bien qu'au lendemain de la Révolution de Juillet, certains écrits politiques fleurissent toujours pour accuser Louis-Philippe d'être le chef d'un gouvernement de fait²⁰⁶, ils se font, par la suite, de plus en plus rares et inadaptés à la réalité politique et juridique. Dès lors, le gouvernement de fait tend de plus en plus à être considéré comme un organe de l'État, en dépit de son absence de titre. Dans le discours, l'illégitimité se dissocie progressivement de l'illégalité ; ne l'emportant plus nécessairement, elle laisse la place à une conception institutionnelle qui émerge au sein de la doctrine du gouvernement de fait.

§2. *L'illégitimité dissociée de la légalité à partir de 1830 : la conception institutionnelle du gouvernement de fait*

Au lendemain de la révolution de Juillet, le gouvernement de droit qui se met alors en place, celui de Louis-Philippe d'Orléans, cherche le juste milieu entre tradition monarchique et apports de la Révolution française²⁰⁷. De ce fait, à partir de 1830, l'hégémonie du principe monarchique est remise en cause par l'essor de celui de la souveraineté nationale²⁰⁸ et la légitimité politique comme critère d'identification de la nature du gouvernement apparaît plus volontiers critiquable, ce qui incite à ne plus nécessairement considérer un gouvernement illégitime car non monarchique. Certes, le gouvernement de fait est parfois jugé illégitime mais doté tout de même d'une forme de

sphère étatique pour s'opposer à ses lois, soit en son sein mais à la marge, dans l'illégalité. Alexandre Dumas père ne dit rien de moins lorsqu'il s'intéresse, en tant que journaliste, au banditisme en Italie et donne à voir, sur les quelques pages d'un récit cocasse d'une bande de brigands exerçant la justice et prélevant des taxes, deux ordres juridiques assez peu perméables et, finalement, inconciliables : A. DUMAS, *La Camorra : et autres récits de brigandage*, Paris, Vuibert, 2011, p. 37-40.

²⁰⁴ Cf. *infra* le chapitre consacré au régime juridique de l'usurpation, notamment sous la Restauration, p. 281 *sqq.*

²⁰⁵ Encore au XX^e siècle, la doctrine augustiniennne de la légitimité et ses répercussions font débat en doctrine. Kelsen cherchait justement à résoudre le problème de la légitimité d'origine du pouvoir, développant l'argument soulevé par Augustin pour constater l'incompatibilité d'une conception du droit comme ordre de contrainte *juste* avec le système positiviste de son temps : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 56-57 ; v. aussi F. RIGAUX, « Kelsen et le droit international », *RBDI*, t. 2, 1996, p. 399 *sqq.*

²⁰⁶ V. par exemple : J.-F. DE CHABANNES, *Le Foudre de la vérité. Jemmapes et Valmy, ou le point d'appui du mal-affermi, chanson, suivie de réflexions de la plus haute importance*, Paris, Au bureau du Régénérateur, 1831, p. 7.

²⁰⁷ G. ANTONETTI, *Louis-Philippe*, Paris, Fayard, 2002, notamment p. 612-614 et p. 627.

²⁰⁸ Sur ces deux principes de légitimité politique (principe monarchique et souveraineté nationale) sous la Restauration et la Monarchie de Juillet : A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002 (*Léviathan*), p. 77 *sqq.*

légalité temporaire et imparfaite – ou quasi-légalité²⁰⁹ – justifiant l'obéissance lui étant due ; d'autres fois, il est entendu comme illégal et pourtant légitime à gouverner. En dépit de ce flottement sémantique qui perdure jusqu'à la fin du siècle, l'essor de la doctrine du gouvernement de fait au milieu du XIX^e siècle permet d'envisager une alternative à la dichotomie entre gouvernement de droit et usurpation (**A**). En conséquence, la vision politique du gouvernement de fait, usurpateur nul et non avenu, bénéficie d'une moindre considération – surtout dans les débats parlementaires et devant les cours de justice – au profit d'une conception qualifiée ici d'institutionnelle. Il s'agit de considérer le gouvernement de fait comme un phénomène juridique et institutionnel à part entière, un organe de l'État dont les actes et actions ont emporté des conséquences juridiques (**B**).

A. Sortir de la dichotomie entre usurpation et gouvernement de droit

Sous la monarchie de Juillet, la doctrine du gouvernement de fait prend le pas sur la conception légitimiste du pouvoir (1). Il s'agit du premier pas qui, entre 1830 et 1870, conduit à une interrogation renouvelée sur la légitimité et la légalité des gouvernements de fait. L'arrivée de la République et les débats que suscite la révolution de 1848 viennent renforcer l'approche du gouvernement de fait comme d'une autorité à part, ni totalement hors du droit ni totalement en dedans ; ni totalement extérieure à l'État, ni vraiment en son sein (2).

1. L'essor de la doctrine du gouvernement de fait sous la Monarchie de Juillet

Ce qui permet de comprendre le changement de sens opéré dans la sphère politique sous la Monarchie de Juillet tient à deux éléments. Tout d'abord, il s'agit de l'origine illégale du gouvernement de Louis-Philippe, issu de la révolution des 27, 28 et 29 juillet 1830. La rupture de légalité se manifeste notamment par la déposition inconstitutionnelle du souverain Charles X. Les bouleversements dans l'ordre de succession conduisent à consacrer comme souverain un prince de la branche cadette des Bourbons et à voir le pouvoir exercé par deux gouvernements de fait le temps de la transition : la Commission municipale provisoire et la Lieutenance générale du duc d'Orléans. L'origine formellement illégale du pouvoir n'a pu que conduire les autorités publiques à plus de souplesse quant à l'appréciation des épisodes politiques issus d'une transgression de la légitimité monarchique. Il en découle donc des arguments au renfort de la reconnaissance du gouvernement de fait en tant qu'objet de droit. Par ailleurs, la nature du personnel politique et des élus contribue également à ce changement. La Monarchie de Juillet marque le renforcement ou le retour sur la scène politique de bonapartistes, de républicains, de révolutionnaires et l'essor, assez naturellement, des orléanistes ; le tout

²⁰⁹ L'arrêt *Bourdois c. Cacatte* évoquait une « espèce de légalité » : *S. refondu*, 1, 5, 2, 153.

dans un contexte d'aboutissement du constitutionnalisme libéral²¹⁰. Ces bouleversements dans la sphère politique ont permis aux tenants de la doctrine du gouvernement de fait, envers lesquels les royalistes avaient été si critiques sous la Restauration, de faire entendre leurs arguments et de mettre notamment en avant une autre légitimité politique que le principe monarchique. En effet, réductible pour certains hommes d'État à la seule question de la « souveraineté nationale »²¹¹, cette doctrine entraîne pourtant, par son influence grandissante, une dissociation entre légitimité et légalité du gouvernement de fait. C'est ce qui ressort des nombreux débats de l'année 1831 portant sur la validité de grades et décorations militaires octroyées par Napoléon durant les Cent-Jours. Il y est question d'apprécier la nature et les actes de plusieurs gouvernements de fait (avant tout, celui de Napoléon entre mars et mai 1815, mais aussi celui issu du Sénat qui prend place entre la seconde chute de l'Empire et la seconde Restauration)²¹². Quand bien même les intervenants dans ces débats ne sont pas fondamentalement d'accord à propos de la définition prêtée au terme de gouvernement de fait, ils admettent la nécessité d'en reconnaître institutionnellement l'existence en ne considérant pas nécessairement les gouvernements de fait comme des usurpations. S'ils ne se prononcent pas directement sur leur légitimité – débat qu'ils souhaitent justement éviter²¹³ – c'est pour mieux en apprécier juridiquement, et non politiquement, la nature et les effets²¹⁴. En cherchant à réfuter le principe monarchique de la légitimité politique

²¹⁰ V. sur ce point : A. LAQUIÈZE : *Les origines du régime parlementaire...*, *op. cit.*, p. 78 *sqq.* et p. 93 *sqq.* La posture des hommes de la Monarchie de Juillet ne fut d'ailleurs pas des plus aisées à ses débuts, puisque si elle ouvrait le champ à une nouvelle frange politique d'un côté, de l'autre elle prêtait le flanc à une accusation des plus terribles du fait de son origine insurrectionnelle : l'usurpation. En ce sens, pour plus de détails : G. DE BROGLIE, *La monarchie de Juillet*, Paris, Fayard, 2011, p. 65 *sqq.* ; G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, Paris, PUF, 1999, p. 229.

²¹¹ Par exemple pour le comte Jaubert (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559), ou encore le général Lamarque (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588) durant un débat à la Chambre des députés.

²¹² Ces débats débutent en février 1831 à l'occasion d'une pétition visant à la reconnaissance de décorations et de grades octroyés durant les Cent-Jours, que les ordonnances royales des 28 juillet et 1^{er} août 1815 ont annulées (*Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417). Ils se poursuivent tout au long de l'année et sont l'occasion de nombreux débats soulevant la question de la nature des gouvernements de fait et de leurs actes, avant qu'une ordonnance royale du 28 novembre 1831 (*Duvergier*, 2, 31, 436) ne vienne finalement les ratifier.

²¹³ C'est notamment ce que dit André Dupin : il faut que les députés évitent de se placer sur le terrain de la « légitimité impériale » (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1589). De même, dans les réminiscences de ces débats quelques années après, le comte Jaubert semble bien confirmer la volonté majoritaire de limiter la portée de la légitimité politique (en affirmant cependant la prévalence du principe de la souveraineté nationale) : « [q]ue l'on reconnaisse un gouvernement de fait, cela est juste, raisonnable, et dérive du principe de la souveraineté nationale, auquel nous sommes attachés. C'est pour cela que nous avons voté la loi de 1832 en opposition avec la légitimité royale, qui avait regardé non avenus les actes du Gouvernement de fait [la majuscule ici semble indiquer que Jaubert parle spécifiquement du gouvernement des Cent-Jours] ; mais nous ne voulons pas qu'on vienne dans un autre sens faire prévaloir la légitimité impériale, contre laquelle notre honorable collègue M. Garnier-Pagès s'est élevé avec raison » (Chambre des députés, séance 24 avril 1834, *Moniteur universel*, 25 avril 1834, p. 1024).

²¹⁴ Ainsi, au sein de ces débats, le comte Jaubert parle-t-il d'un « assentiment tacite de la nation » envers le gouvernement de fait (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559), le général Lamarque d'un « gouvernement de fait dont les actes doivent être respectés » (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605), André Dupin d'un gouvernement « établi par l'assentiment général » (*ibid.*), Odilon Barrot d'un « gouvernement régulier, reconnu, établi » (*ibid.*, p. 1606) ; jusqu'à Boissy d'Anglas qui va jusqu'à considérer

– et en lui opposant celui de la souveraineté nationale – ils contribuent dans le même temps à envisager davantage le gouvernement de fait comme un organe effectif et quasi légal et à en faire un objet d'étude juridique. À travers l'affaiblissement du principe monarchique, c'est le critère même de la légitimité politique comme fondement du titre à gouverner qui est remis en cause.

Les affaires soulevées devant les tribunaux portent d'ailleurs la marque de ces changements et de cet affaiblissement du principe de légitimité politique, ainsi que la quasi-légalité qui peut être parfois reconnue au gouvernement de fait. Le procureur général près la Cour de cassation, André Dupin (dit Dupin aîné), prend la mesure de ce désaveu de la légitimité dans ses conclusions sur l'arrêt *Procureur général c. Baudoin* du 14 janvier 1833²¹⁵. En l'espèce, est en cause le refus délibéré d'un magistrat légitimiste de reconnaître le gouvernement de Louis-Philippe autrement que comme un gouvernement de fait, sous prétexte qu'il serait illégitime. Baudoin, conseiller à la Cour d'appel de Rennes, avait signé une adresse manifestant ses obédiences légitimistes dans laquelle il protestait contre l'arrestation de la duchesse de Berry, Marie-Caroline de Bourbon-Sicile²¹⁶. Au surplus de la condamnation du parjure qu'aurait ainsi commis le sieur Baudoin, le procureur général critique l'idéologie qui sous-tend son raisonnement : Louis-Philippe ne serait qu'un usurpateur ne pouvant prétendre à l'obéissance de ses lois et au respect des serments qu'on lui prête. Pour Dupin, comme pour la Cour, il est clair qu'il s'agit ici d'une vision surannée de la légitimité du gouvernement²¹⁷. Il convient, juridiquement comme politiquement, de ne lui prêter aucune foi²¹⁸. La jurisprudence de la Cour de cassation évolue assez logiquement en ce sens et c'est peut-être ce qui explique que dans un arrêt du 16 mars 1841, *Péraldi c. Ponte*²¹⁹, elle reconnaisse le gouvernement de fait local qui a régi la Corse durant la sécession de 1794 comme étant doté de certaines prérogatives juridiques quand bien même il n'est pas le « souverain légitime ». Un tel gouvernement aurait pu être purement et simplement relégué au rang de l'usurpation.

les Cent-Jours comme un gouvernement de droit à partir de la promulgation de l'Acte additionnel (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588).

²¹⁵ Cour de cassation, Chambres réunies, 14 janvier 1833 *Le procureur général c. Baudoin* (S. 1833, I, p. 566 *sqq.*).

²¹⁶ L'arrestation de la duchesse s'inscrit dans le cadre du complot légitimiste fomenté par elle et de la tentative d'insurrection royaliste du printemps 1832 qui en découle. Le gouvernement de la Monarchie de Juillet, avant de se stabiliser, est alors en difficulté et prête le flanc à l'exaspération des républicains sur sa gauche et à l'insatisfaction des légitimistes sur sa droite. Pour plus de détails, v. D. BARJOT, J.-P. CHALINE, A. ENCREVÉ, *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, Paris, PUF, 1995, p. 197.

²¹⁷ S. 1833, I, p. 568. Dupin aîné s'exprime en ces termes : « [p]our nous, la révolution de Juillet n'est pas un gouvernement de fait ; c'est un gouvernement de droit. Sa légitimité ne saurait être contestée ; elle a pour base le vœu national, le consentement énergique du peuple magnanime qui, après avoir vaincu Charles X et l'avoir conduit hors de France avec tous les siens [...] a reporté ses acclamations victorieuses sur Louis-Philippe, et l'a salué du titre de roi des français ».

²¹⁸ La position de Dupin sur le sujet est claire et il la rappelle dans son ouvrage *Profession d'avocat* : pour lui, le gouvernement constitutionnel « est éminemment le gouvernement *du droit*. Le mot *Légitimité* dans toute sa puissance n'a pas d'autre sens. *L'ordre légal* peut être raillé par les factieux ; il sera toujours ce qu'il y a de plus saint et de plus respectable à nos yeux » (A. DUPIN, *Profession d'avocat*, t. I, Paris, Alex-Gobelet, B. Warée aîné, 1832, p. 17, souligné par l'auteur).

²¹⁹ S. 1841, I, p. 505.

Pourtant, la Cour affirme que le conseil général a été « chargé de la simple administration à une époque où il n'existait encore en Corse aucun gouvernement régulier »²²⁰ ; à ce titre, il n'avait pas les prérogatives étendues d'un gouvernement légitime, mais pouvait tout de même être à l'origine d'une « mesure administrative provisoire, n'ayant et ne pouvant avoir les caractères d'un acte législatif »²²¹. C'est reconnaître le gouvernement de fait *a minima*, dans son existence comme ses effets.

Plus encore, il est possible de lire à l'appui d'un arrêt du Conseil d'État *Méaulle* du 25 janvier 1832²²², un avis du maître des requêtes Athanase Germain remplissant les fonctions de « ministère public »²²³, qui énonce que le gouvernement des Cent-Jours était « un gouvernement de fait ; il avait sa force, sa puissance, son pouvoir ; il avait son corps-législatif ; il a pu faire des lois, des décrets. En point de droit, ce que chaque gouvernement a fait, a été tout aussi valablement fait que tous les actes du gouvernement précédent ou suivant »²²⁴. Plus prudente toutefois que la Cour de cassation, la juridiction administrative suprême rejette le pourvoi contre l'avis du ministère public, même si elle n'infirme pas ses conclusions sur le gouvernement de fait et ne remet tacitement pas en cause la valeur juridique du décret attaqué, pris pendant les Cent-Jours²²⁵. L'opinion qui voit dans le gouvernement de fait un « gouvernement légal » malgré son illégitimité, comme l'affirme franchement Adolphe Thiers devant la Chambre des députés²²⁶, se fraie progressivement un chemin, particulièrement auprès des partisans de la souveraineté nationale. On le voit, le vocabulaire fluctue encore. Pour certains, le gouvernement de fait est initialement illégitime, mais doté d'une sorte de quasi-légalité le temps qu'il se

²²⁰ S. 1841, I, p. 509.

²²¹ *Ibid.* La jurisprudence semble évoluer dans son appréciation des gouvernements de fait, mais reste encore assez timide. Elle reconnaît une capacité juridique (moindre) à l'autorité qui n'est pas un gouvernement légitime, ce qui est une évolution, mais elle refuse le plus souvent à la qualifier réellement de gouvernement et à admettre l'effectivité de son action. L'arrêteste est, d'ailleurs, extrêmement critique à ce propos : *ibid.*, p. 506.

²²² CE, 25 janvier 1832 *Méaulle* (*Rec. CE* 1832, p. 27). En l'espèce, les héritiers du sieur Méaulle, ancien conventionnel et procureur impérial près la Cour criminelle de Gand, réclamaient les arrérages d'une pension de Méaulle obtenue en vertu d'une loi faite par le gouvernement des Cent-Jours, mais non reconnue par la suite par celui de la Restauration.

²²³ Récente fonction créée au sein du Conseil d'État par les ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831 (*Duvergier*, 1, 31, 117). Ce ministère public est formé de trois maîtres des requêtes (on trouve ainsi parfois la dénomination de maîtres des requêtes faisant fonction de ministère public ou, parfois, de commissaires du Roi). Sous la Seconde République, la loi du 3 mars 1849 (*Duvergier*, 1, 49, 50, notamment le §2 du Titre IV, consacré aux formes de procéder à la section du contentieux, p. 61) reconduit ce mécanisme. Leur nom se change bientôt en commissaires du gouvernement, car il semble que le maître des requêtes faisant office de ministère public prenne officiellement dans un arrêt du Conseil d'État, pour la première fois, le nom de « commissaire du gouvernement » dans une série de décisions datées du 1^{er} juin 1849 (*Rec. CE* 1849, p. 252 *sqq.*). Sous le Second Empire le décret organique du 25 janvier 1852 maintient la fonction de commissaires du gouvernement (*Duvergier*, 1, 52, 71), tout comme, sous la Troisième République, la loi du 24 mai 1872 (*Duvergier*, 1, 72, 213). Elle perdure sous cette dénomination jusqu'à ce que, plus récemment, ils soient renommés « rapporteurs publics » (décret du 14 janvier 2009 *relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant les juridictions*). V. également F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995 (*Thémis*), p. 93.

²²⁴ *Ibid.* p. 27.

²²⁵ *Ibid.*, p. 28.

²²⁶ Séance du 1^{er} juin, *Moniteur universel*, 2 juin 1836, p. 1284.

légitime, pour d'autres il semble légitime en dépit d'une illégalité manifeste. Mais si la rhétorique varie, il se dégage tout de même une dissociation de plus en plus nette entre légitimité et légalité (la première n'emportant plus nécessairement la seconde).

2. *L'affermissement de la notion de gouvernement de fait sous la Seconde République et le Second Empire*

Au lendemain de la révolution de février 1848, la conception politique du gouvernement de fait est encore bien présente. Pourtant, dans certains débats parlementaires, l'illégitimité politique n'annihile pas le gouvernement. Lors de la séance du 24 octobre 1849 à l'Assemblée nationale législative, une querelle éclate entre le principe héréditaire de la monarchie et le principe électif de la République. À cette occasion, Louis-Napoléon Bonaparte prend la défense du second et rejette la position qui consiste à considérer la République comme un gouvernement de fait et la monarchie bourbonnienne comme le seul gouvernement de droit possible²²⁷. Ce faisant, il exprime une idée de plus en plus commune, que le gouvernement de droit n'est pas l'apanage de la monarchie. La concurrence de plusieurs principes envisageables de légitimité du gouvernement (monarchie et souveraineté nationale dans ce débat), minore son poids. Puisque l'illégalité n'est plus le corollaire nécessaire de l'illégitimité, il devient possible de penser le gouvernement de fait comme un organe du gouvernement de droit, c'est-à-dire doté d'une certaine existence institutionnelle et d'une compétence à agir pour créer du droit. En effet, alors même qu'un parlementaire de la droite monarchiste, Jules Monet, s'oppose au gouvernement révolutionnaire et s'insurge particulièrement contre celui de février 1848, il admet pourtant que la République a pu s'absoudre de son origine révolutionnaire par le droit « du jour où les élus de la nation l'ont proclamé[e] dans cette enceinte »²²⁸. Ce constat le contraint à reconnaître implicitement l'existence et le rôle du gouvernement révolutionnaire, bien qu'il lui dénie toute légitimité. Si l'orateur cherche à « dépouiller la République de son origine révolutionnaire », il n'en demeure pas moins qu'il reconnaît l'existence et la compétence du gouvernement provisoire, même s'il déplore sa présence²²⁹. La légalité peut donc naître, après coup, de l'illégitimité. Ni

²²⁷ *Moniteur universel*, 25 octobre 1849, p. 3333.

²²⁸ *Moniteur universel*, 13 juin 1850, p. 2040. Pour la citation complète du député M. Monet, rapporteur d'un projet de loi devant l'Assemblée nationale législative lors de la séance du mercredi 12 juin 1850 et dont la discussion dérive sur la nature républicaine du gouvernement : « [a]u lendemain de la révolution de février, je vois un gouvernement de fait dans la République, un accident, et je ne vois pas un gouvernement fondé sur le droit. Le droit, je ne le reconnais que du jour où les élus de la nation l'ont proclamé dans cette enceinte ; à partir de ce jour il est incontestable, et personne ici ne le contestera ». C'est avant tout par son origine révolutionnaire que l'orateur apprécie la nature du gouvernement.

²²⁹ *Ibid.* Par ailleurs, il faut préciser que par une métonymie (que l'on retrouvera parfois sous la Troisième République), le terme de République vise parfois tant la forme du gouvernement que le gouvernement en tant que force agissante de l'État. Ici, Monet emploie le terme de République tant pour désigner la forme du gouvernement au lendemain de la révolution de 1848 que le gouvernement révolutionnaire qui en procède. L'assertion de Monet implique donc que ce n'est pas la forme républicaine du gouvernement en soi qui détermine la nature du gouvernement (de fait ou de droit), puisqu'il peut toujours se légitimer, se « dépouiller de son origine révolutionnaire ». Qu'un monarchiste reconnaisse cela est le signe d'une évolution politique

gouvernement de droit, ni usurpation, le gouvernement de fait est alors majoritairement reconnu comme un gouvernement d'entre-deux par une majorité du spectre politique, d'une partie de la droite comme Monet, aux fervents révolutionnaires, comme Auguste Blanqui se faisant justement l'apologue de la doctrine du gouvernement de fait lorsqu'il comparait devant la Haute Cour de justice le 31 mars 1849 à la suite d'une tentative de coup de force à l'Assemblée nationale le 15 mai 1848²³⁰. Il parle du gouvernement de fait comme du « gouvernement légal du moment », accréditant l'idée que l'autorité effective et obéie puisse disposer des moyens de gouverner.

Pour autant, les rapports entre légalité et légitimité du gouvernement demeurent ambigus. Ce qui se joue avant tout, dans les débats de la Seconde République, c'est un affrontement entre principe de la souveraineté nationale et principe monarchique. Dans l'assertion du député Monet, le droit qui permet de dépêtrer la République des oripeaux du gouvernement de fait résulte des dispositions formelles d'élection d'une Assemblée qui, par une proclamation juridique lors de sa première réunion le 4 mai 1848, consacre la forme républicaine du gouvernement²³¹. Il s'agit donc bien d'une forme de légitimité politique, tirée du principe de la souveraineté nationale. Seulement, elle n'intervient plus en amont pour déterminer la nature et le régime juridique du gouvernement de fait, mais en aval pour le transformer en gouvernement de droit. À cette époque, elle permet au gouvernement de s'absoudre du péché constitutionnel d'avoir gouverné sans titre légal. Un tel argument est avancé peu de temps après par Louis-Napoléon Bonaparte lorsqu'il proclame le 31 décembre 1851 :

« La France a répondu à l'appel loyal que je lui avais fait. Elle a compris que je n'étais sorti de la légalité que pour entrer dans le droit. Plus de sept millions de suffrages viennent de m'absoudre en justifiant un acte qui n'avait d'autre but que d'épargner à la France [...] des années de troubles et de malheur »²³².

Le droit dont il est question permet de transgresser les règles positives et de légitimer une action qui s'est faite en dehors de leur cadre. Ainsi, la légitimité vient ratifier toutes les irrégularités, mais il a tout de même fallu l'appoint d'une constitution. Dans ce milieu

non négligeable. Elle contribue d'ailleurs à distinguer deux Républiques, une qui était un gouvernement de fait (le Gouvernement provisoire de la République française, c'est-à-dire le gouvernement révolutionnaire) et l'actuelle, qui est un gouvernement de droit depuis la proclamation du 4 mai 1848 lors de la première réunion de l'Assemblée nationale constituante.

²³⁰ *Moniteur universel*, 3 avril 1849, p. 1195. Sur cette affaire : cf. Partie II – Titre II – Chapitre 1, p. 401.

²³¹ *Moniteur universel*, 5 mai 1848, p. 950.

²³² *Moniteur universel*, 1^{er} janvier 1852, p. 2. V. également : F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, éd. F. BLUCHE, Paris, PUF, 2000 (*Leviathan*), p. 123. À l'appui de l'argument de l'absolution utilisé par Napoléon III, François Saint-Bonnet note que « [l']illégalité ou l'inconstitutionnalité étant soit insurmontable aux yeux de ses dénonciateurs, soit surpassée par le recours à un rachat religieux ou moral de ses auteurs, on a le sentiment que la dimension peccamineuse du coup d'État le ferait échapper au domaine de l'analyse juridique » (bien qu'une telle analyse soit possible, souligne néanmoins l'auteur). On voit bien là que c'est avant tout par l'inconstitutionnalité que s'apprécie la nature du gouvernement, inconstitutionnalité justifiée par une certaine forme de légitimité.

de XIX^e siècle, s'affirme l'idée que le gouvernement, parce qu'il n'est pas encore légitimé, n'en est pas nécessairement pour autant une usurpation ; il peut aussi être envisagé comme un « gouvernement de fait exerçant les droits apparents de la souveraineté » selon les termes employés en 1864 devant la Chambre haute par le sénateur et ancien conseiller d'État Auguste Stourm²³³, c'est-à-dire comme un organe de l'État qui existe institutionnellement.

B. Les conséquences d'une conception institutionnelle du gouvernement de fait par rapport à la continuité de l'État

À la fin du siècle, il devient clair que ce n'est plus parce que le gouvernement est, ou a été, illégitime par rapport au principe politique dominant, qu'il doit être considéré comme nul et inexistant institutionnellement. Certes, la définition du titre qui lui fait défaut ne fait pas encore consensus, mais tout l'effort entrepris par les tenants de la doctrine du gouvernement de fait entre 1830 et 1870 conduit à détacher la notion de gouvernement de fait de celle d'usurpation, qu'ils en aient conscience ou non²³⁴. D'une vision politique, les acteurs se dirigent vers une conception institutionnelle du gouvernement de fait. Cette acception de conception institutionnelle désigne ici une approche du gouvernement de fait consistant à le considérer comme un organe du pouvoir au service de l'institution étatique, et non plus comme un simple phénomène politique dénué de substance (conséquence d'une assimilation à l'usurpation). Cette évolution permet d'envisager le gouvernement de fait comme un objet d'étude proprement juridique et non pas seulement comme un argument politique invalidant, assorti de conséquences juridiques variables. Cela nécessite d'approfondir deux points à propos de la conception institutionnelle du gouvernement de fait. Du point de vue de l'objet, une telle conception insère le gouvernement au sein de l'institution étatique (1) ; du point de vue de la méthode, elle offre l'opportunité de prendre en compte la dialectique entre les normes juridiques et les faits sociaux pour comprendre les processus de transformations au sein de l'État (2).

²³³ *Moniteur universel*, 13 février 1864, p. 212.

²³⁴ Il importe de rester mesuré et de convenir que le gouvernement de fait est parfois encore considéré comme une usurpation, selon les circonstances et la période dont il est question. Par exemple, en 1842, un auteur légitimiste, Martin Du Theil, écrit à propos de la doctrine du gouvernement de fait, qu'elle est « vile et stupide » et, citant Villemain, en appelle au retour de la légitimité (monarchique), juste et morale : M. DU THEIL, *Le livre terrible*, Paris, Laville, 1842, p. 47-48. Il s'agit ici d'une utilisation politique, qui s'amenuise de plus en plus. Mais cet usage est de moins en moins systématique et le gouvernement de fait peut être pensé indépendamment de l'usurpation, dont la nullité substantielle est la conséquence. Conceptions politique et institutionnelle coexistent donc.

1. Le renouvellement de l'objet : intégrer le gouvernement de fait à l'institution étatique

Dans les discours politiques et juridiques, le gouvernement de fait est de plus en plus considéré comme participant de la souveraineté de l'institution étatique. Il est, par conséquent, doté d'une volonté propre qui lui permet d'agir sur l'ordre juridique et sur les comportements des individus relevant de son pouvoir de fait au nom de l'État. Envisagé alors comme un organe qui se rattache à l'institution étatique et qui lui est nécessaire, il agit en son nom et pour son profit, apte à produire des normes juridiques provisoires en vue d'assurer l'ordre social. L'existence du gouvernement et, partant, du gouvernement de fait, présuppose donc celle de l'État²³⁵. Il convient, dès lors, d'explicitier ce qui est entendu par le terme d'institution ainsi que les conséquences d'une théorie de l'organe d'État pour comprendre que, bien loin d'une singularité, considérer le gouvernement de fait comme un organe s'inscrit pleinement dans l'idée de continuité de l'État. Dans un sens commun, les institutions peuvent s'entendre selon l'une des acceptions données par Jacques Chevallier, comme des « phénomènes sociaux, impersonnels et collectifs, présentant permanence, continuité, stabilité », c'est-à-dire des *formes sociales établies*²³⁶. Cela renvoie au prédicat émis par le sociologue Marcel Mauss au début du XX^e siècle qui appréhende l'institution avant tout par son volet dynamique : il s'agit d'un ensemble d'actes ou d'idées institué « que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux »²³⁷ ; définition à laquelle se rattache également Durkheim, reliant lui aussi l'institution à des faits extérieurs à l'individu, qui se constituent et s'imposent à lui²³⁸. L'institution – et plus spécifiquement l'institution étatique²³⁹ – est la garantie d'un ordre supérieur ou extérieur qui s'impose aux individus et assure la cohésion du corps politique. C'est pourquoi Max Weber, dans deux conférences de 1917 et 1919, met l'accent sur un élément spécifique, la *domination*, et fait de l'institution étatique le régulateur des rapports sociaux par le biais de la violence

²³⁵ En cela, l'évolution de la perception du gouvernement de fait s'inscrit dans le grand mouvement de la doctrine du droit public vers la construction du concept contemporain d'État. Sur ce sujet : G. BIGOT, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *loc. cit.*, p. 5-15.

²³⁶ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », *L'institution*, éd. J. CHEVALLIER, R. DRAÏ, *et alii*, Paris, PUF, 1981 (*Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie*), p. 6. Pour Albert Rigaudière, les institutions désignent au sens général « les formes ou structures fondamentales d'organisation sociale, telles qu'elles sont établies par la loi ou la coutume d'un groupement humain donné » et, plus spécifiquement à la matière juridique, les institutions politiques sont « celles qui concernent le pouvoir supérieur de l'État, sa mise en œuvre et son fonctionnement » ; les institutions administratives sont imbriquées aux précédentes et en constituent le prolongement normal (elles sont « l'ensemble des moyens dont se dote le pouvoir central pour conduire son action ») : A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2018, p. 8.

²³⁷ M. MAUSS, « Sociologie », *La Grande Encyclopédie*, t. 30, 1885-1901, p. 168.

²³⁸ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 2020 (*Quadrige*), v. notamment la préface de la seconde édition (1901), p. XX-XXI. V. également à ce propos : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, t. 30/31, 1995, p. 387-388 *sqq.*

²³⁹ Il est alors entendu sous le terme d'institution étatique, au sens général et lorsqu'il désigne ce qui est déjà institué, le « cadre juridique de l'action du gouvernement et de ses agents » : F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, LGDJ, 2019 (*Précis Domat*), p. 9.

légitime²⁴⁰. On peut d'ailleurs noter que Maurice Hauriou, en réponse à la théorie durkheimienne de l'institution, ne manque pas de réintroduire la notion de puissance en son sein²⁴¹, pour permettre justement la réalisation de cet ordre supérieur, qu'il nomme l'idée d'œuvre ou l'idée directrice de l'institution²⁴² et qu'on retrouve également chez Georges Burdeau sous le vocable d'« idée de droit »²⁴³. C'est justement le rôle du pouvoir de gouvernement, notamment dans les doctrines précitées, d'être le moteur de la réalisation de l'idée d'œuvre²⁴⁴. Ces théories de l'institution conduisent à considérer non seulement le gouvernement de droit comme nécessaire à l'État – comme l'un de ses éléments constitutifs – mais également le gouvernement de fait, sur le fondement de « l'impossibilité pour les groupes humains de subsister sans un gouvernement » selon les mots de Maurice Hauriou²⁴⁵.

La notion de gouvernement de fait au XIX^e siècle suscite des débats qui sont de plus en plus traversés par cette question de la nécessité de combler le vide institutionnel en période de crise de l'État, en dépit de l'utilisation politique qui avait disqualifié le terme de « gouvernement » pour n'y voir qu'une arme sémantique, mais vide de sens. La conception institutionnelle change la perception de l'objet *gouvernement de fait* : le considérer comme un organe d'État, c'est accepter qu'il s'insère dans un État juridiquement constitué et, par conséquent, qu'il n'en marque ni la fin ni le début. Il est simplement la face visible de changements *dans* l'État²⁴⁶ et non *de* l'État, ou plus

²⁴⁰ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf. Politik als Beruf*, trad. J. FREUND, *Le savant et le politique*, Paris, 10-18, 1963, p. 125 *sqq.* et p. 133 *sqq.* ; v. également : M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. J. FREUND *et alii*, *Économie et société*, t. I, Paris, Pocket 1995, p. 94-100. De même, on note une similitude avec la pensée de Georg Jellinek sur ce point, en ce que l'État est avant tout une « manifestation collective et sociale », il importe de rechercher sa place au sein de la société (G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates. Erster Band : Allgemeine Staatslehre*, trad. G. FARDIS, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, p. 146). Une théorie juridique de l'État passe ainsi avant tout par une théorie sociale de l'État pour Jellinek. Il remet d'ailleurs lui aussi le volontarisme au centre de l'institution, car il ne fait pas de l'État une entité créée *ex nihilo*, par des forces naturelles et non-conscientes, fussent-elles sociales. Au contraire, il fait du moment instituant un moment positif, le rendant tributaire d'une activité consciente de l'homme et, par la suite, réintroduit les « formations indépendantes de la volonté humaines » dans les mutations des destinations de l'institution (*ibid.*, p. 75 *sqq.* et notamment p. 79).

²⁴¹ Notamment pour réintroduire un subjectivisme dans la conception objective de Durkheim. V. en ce sens : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 388.

²⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 73 *sqq.* ; v. aussi : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 392 *sqq.*

²⁴³ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. I, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980, p. 207 *sqq.* et p. 218 *sqq.* ; v. aussi : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 259-260.

²⁴⁴ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de sa fondation. Essai de vitalisme social », [*Cahiers de la nouvelle journée*, t. 4, 1925 rééd.], *Maurice Hauriou. Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, éd. GOYARD-FABRE (Simone), Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96. Selon le doyen de l'Université de Toulouse, le moteur de l'institution est cette dialectique entre l'instituant et l'institué. Le rôle du pouvoir de gouvernement est de traduire l'idée d'œuvre et de la faire durer. V. aussi : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 392.

²⁴⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 29. Selon Hauriou, pour l'intérêt de l'État il est certain que « les gouvernements de fait valent mieux que l'absence totale de gouvernement » : *ibid.*, p. 32.

²⁴⁶ Georges Burdeau range d'ailleurs un pan important de ses études sur les gouvernements de fait dans la partie consacrée au pouvoir dans l'État de son *Traité de science politique* : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 569 *sqq.* De même, Scipione Gemma considère que le gouvernement, *a fortiori* le gouvernement

exactement de transitions constitutionnelles²⁴⁷. Il devient apte à donner corps au pouvoir organisé pour le fonctionnement de l'institution étatique, il lui permet d'en être la force agissante. En tant qu'organe de l'État, il exprime sa volonté, il agit en son nom et pour son compte²⁴⁸.

Le principal écueil théorique consiste en ce que l'organe d'État n'est envisagé la plupart du temps qu'en tant qu'autorité constituée au sein de l'institution. Ainsi, selon Léon Duguit, la théorie de l'organe n'a de cohérence qu'une fois l'État constitué car elle ne permet pas d'établir l'organe véritablement premier dont procèdent les organes secondaires²⁴⁹. Par extension, elle ne permettrait donc ni de rendre compte du moment constituant, ni des instants propices à l'action des gouvernements de fait²⁵⁰. Pourtant, comme le souligne Georges Burdeau, il n'est pas impossible de contourner cette difficulté²⁵¹. Ce qui conduit à cette aporie de la théorie de l'organe explique l'auteur, c'est l'assimilation substantielle de la nation et de l'État qui implique, dans la conception française tout du moins, le rattachement substantiel de la théorie de l'organe à celle de la

de fait, est « quelque chose qui fait partie de l'État, qui est dans l'État, mais qui n'est pas l'État » : S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 297.

²⁴⁷ À l'exception du cas du gouvernement de fait qui recherche la sécession, mais dans ce cas, un tel gouvernement agit dans l'État jusqu'à ladite sécession (*cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 202) ; l'autorité qui en découle en cas de réussite de ses prétentions est un gouvernement de l'État nouvellement constitué. Si bien qu'un gouvernement – dans le cadre étatique – agit toujours pour ou au sein d'un État et non en dehors.

²⁴⁸ La théorie de l'organe d'État remonte à la doctrine allemande du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, principalement sous la plume d'Otto von Gierke puis de Georg Jellinek (G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates. Erster Band: Allgemeine Staatslehre*, trad. G. FARDIS, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, p. 219 *sqq.*). Elle est popularisée en France notamment par L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1932 [pour la 3^e éd., la première datant de 1906], p. 133 *sqq.* et R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...* t. II, *op. cit.*, p. 281 *sqq.* Sans aller jusqu'à reproduire l'ensemble des diverses conceptions et leurs implications, on peut retenir que sous le terme d'organe d'État, il s'agit de considérer le gouvernement comme revêtu d'une compétence qui le rattache directement à l'État et lui confère une autorité, qui procure à ses décisions la valeur juridique de décisions étatiques. Il exprime (ou forme, selon la conception française) la volonté propre de l'État, ce qui lui permet d'user, en son nom et pour son compte, de la puissance publique. En ce qui concerne les distinctions entre les conceptions françaises et allemandes : v. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 155 *sqq.*

²⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Éditions de Boccard, 1928, p. 20-21 et p. 573 *sqq.* ; v. aussi : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 157 *sqq.*

²⁵⁰ C'est pourquoi Raymond Carré de Malberg rejette le phénomène des gouvernements de fait hors du champ de l'étude juridique. Pour le Professeur de Strasbourg, tous les changements constitutionnels opérés en dehors des dispositions fixées par la constitution sont des « procédés constituants d'ordre extra-juridique » qui ne peuvent se ramener qu'à des questions de fait : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 495-497. Léon Michoud, quant à lui, tente de répondre aux objections de Duguit, alléguant que « [l']organe est considéré comme faisant partie essentielle de la personne morale ; il n'est pas créé par elle, il est créé en même temps qu'elle par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution. Elle n'a existé juridiquement qu'au moment où elle a eu des organes » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 574-575 ; v. aussi : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale...*, t. I, *op. cit.*, p. 138). Or, là encore, cela ne résout pas la question de la volonté originelle de création de l'organe explique Duguit.

²⁵¹ Cela est d'autant plus nécessaire que la théorie de l'organe permet de fonder l'autorité des gouvernants non pas uniquement sur une explication sociologique reposant sur la force, mais également sur des considérations juridiques : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 157 n. 168.

personnalité collective, en l'occurrence celle de la nation²⁵². Or, prenant appui sur ses distinctions entre État et collectivité nationale et entre souveraineté et puissance de l'État, Burdeau propose de rompre l'unité entre la personne juridique et l'organe qui exprime sa volonté ; partant, il fait du gouvernement l'organe support de la volonté du pouvoir étatique (et non de la nation)²⁵³. Bien que vis-à-vis des gouvernements de fait, les développements de Burdeau ne soient pas exempts d'ambiguïtés²⁵⁴, ce point permet de comprendre ce qui incite à considérer le gouvernement de fait comme un organe étatique : il est alors considéré comme doté d'une volonté propre, capable d'engager l'État et de produire du droit, c'est-à-dire que ses actes juridiques peuvent entraîner des conséquences sur la réalité effective. En cela, le gouvernement de fait cristallise un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés qui permet de penser la continuité de l'État, entendu au sens de Georg Jellinek pour qui « [l']État défini d'une façon plus exacte consiste, dans les *rappports de volonté* d'une multitude d'hommes. Des hommes qui commandent et d'autres qui obéissent à ces commandements, voilà ce qui forme le substratum de l'État »²⁵⁵.

La conception de Jellinek ne fonctionne évidemment que si l'on s'abstient, comme il le fait lui-même, d'hypostasier l'État et que l'on considère ses éléments constitutifs comme des fonctions et non des substances. Dès lors, il devient possible d'envisager l'unité de l'État autour de rapports de volonté étatique, qui sont des rapports de domination²⁵⁶. Ainsi, considérer le gouvernement de fait comme un organe de l'institution étatique, c'est penser la domination de l'État – lorsque sa volonté est exprimée par un organe dénué de titre à gouverner – comme un rapport juridique et non pas simplement comme l'exercice d'une puissance (en dehors de tout lien de droit)²⁵⁷. Il est logique que, progressivement, il soit apparu utile aux interprètes du droit – parlementaires, gouvernants ou juristes – de se départir du principe de la légitimité politique comme *criterium* ultime du gouvernement, pour sortir de l'impasse d'une dichotomie entre usurpation et légitimité qui ne laissait pas de place au gouvernement sans titre, mais pourtant jugé légitime à gouverner. En outre, un tel changement de

²⁵² Ce qui implique, comme le soulignait déjà la critique de Duguit, de supposer une volonté à cette personne qui rend impensable l'organe réellement originel et qui n'explique pas davantage d'où procède la volonté initialement formée : *ibid.*, p. 158.

²⁵³ *Ibid.*, p. 159. La nation n'est cependant pas spoliée de tout moyen d'expression chez Burdeau, puisque si l'organe d'État exprime la volonté du pouvoir étatique, il est le représentant de la nation. Il n'assimile donc pas organe et représentation.

²⁵⁴ Ils induisent de considérer l'organe constituant originaire comme extérieur à l'État, en tant qu'expression de la volonté de la nation (et non de l'État) : *ibid.*, p. 160-161. Est-ce à dire que toute entité qui serait titulaire d'un pouvoir constituant prétendument originaire, comme cela peut être le cas pour le gouvernement de fait, soit à rejeter en tant qu'organe de l'État ? Pourtant, Burdeau considère bien le gouvernement de fait comme un organe étatique : *ibid.*, p. 569 *sqq.*

²⁵⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Première partie...*, *op. cit.*, p. 286.

²⁵⁶ *ibid.*, p. 283 *sqq.* et p. 291 *sqq.*

²⁵⁷ Comme l'exprime Georges Burdeau, la puissance, si elle n'était pas rattachée à l'État, ne serait que l'expression d'une « violence nue ». Le monopole étatique de celle-ci rend la légitime (à l'instar de Max Weber, pour qui l'État bénéficie du monopole de la violence légitime) puisqu'il met la puissance au service du Pouvoir institutionnalisé : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, Paris, LGDJ, 1980, p. 317 *sqq.* ; v. encore : *ibid.*, p. 104 *sqq.*

perspective ne pouvait qu'être sous l'influence des évolutions doctrinales de la notion d'État en France, qui tendent à lui reconnaître la personnalité morale, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle²⁵⁸. Ce mouvement a conduit, inconsciemment ou non, à la nécessité d'envisager le gouvernement de fait comme un organe, sous peine de voir disparaître théoriquement l'État durant les transitions constitutionnelles. Il s'inscrit dans cette idée d'une « fiction d'une continuité quasi infinie des institutions publiques »²⁵⁹. C'est donc faire du gouvernement de fait un concept utile pour penser la continuité de l'État dans les périodes de discontinuité, lors des transitions constitutionnelles, pour éviter d'avoir à envisager ces dernières comme des périodes d'éclipse de l'État et du droit. C'est également et de manière directement liée, prendre en considération la dialectique entre l'autorité et le fait social dont elle procède.

2. L'opportunité d'une méthode : comprendre la dialectique entre les normes juridiques et les faits sociaux

La terminologie de « conception institutionnelle » du gouvernement de fait n'est pas usitée par les acteurs ou la doctrine. Ce syntagme, choisi ici, vise toutefois à essayer de rendre compte de la démarche de la doctrine du gouvernement de fait au XIX^e siècle qui pourrait être appréhendée par le biais d'une analyse institutionnelle des faits et du droit. Une telle analyse se caractérise par une prise en compte des faits sociaux ainsi que de données extra-juridiques et infra-juridiques, en plus du droit proclamé par les autorités publiques²⁶⁰. Le but est de comprendre les phénomènes inhérents aux gouvernements de fait qui ne sont pas toujours rattachables à une autorité juridique qui leur préexiste et qui, pourtant, prétendent agir au nom de l'État. Il n'est donc pas anodin, à mesure que le principe monarchique faiblit pour définir la légitimité du gouvernement, que tout ce qui existe en dehors trouve un écho sur la scène politique et dans la sphère juridique²⁶¹. Plus encore, le fléchissement de la légitimité politique pousse les interprètes du droit traitant du gouvernement de fait comme d'un organe d'État à se placer – ou se prétendre – dans une position de constat plutôt que d'interprétation. La contingence des faits devient alors un critère essentiel pour justifier l'œuvre du gouvernement de fait, comme dans cette assertion, lancée devant l'Assemblée nationale le 2 juin 1871 par le député de Seine-et-Marne Félix Voisin : « [J]e gouvernement de la défense nationale a statué sur le code civil, sur le code pénal, sur le code d'instruction criminelle, sur le code

²⁵⁸ G. BIGOT, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *loc. cit.*, p. 12 *sqq.* À l'exception de Duguit qui se place dans la critique de cette vision de l'État doté de la personnalité morale. V. aussi : G. BIGOT, « L'État de droit selon le droit administratif français », *Revue juridique de l'Ouest*, t. 2, 2004, p. 221 *sqq.*

²⁵⁹ Pour reprendre le mot de Kantorowicz à propos de la *perpetua necessitas* à l'époque médiévale et ses développements sur la corporation : E. KANTOROWICZ, *Œuvres, op. cit.*, p. 850 *sqq.*, v. aussi p. 913 *sqq.*, les développements sur la perpétuité de la corporation.

²⁶⁰ J. CHEVALIER, « L'analyse institutionnelle », *loc. cit.*, p. 4 *sqq.* ; É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 384.

²⁶¹ Ce constat d'une remise en cause nécessaire de la légitimité politique (particulièrement le principe monarchique) pour apprécier la validité du gouvernement est également dressé par Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 569-570.

forestier, et il l'a fait – ne l'oubliez pas – non pour obéir à des sentiments de fantaisie, mais dans maintes circonstances, parce que, gouvernement de fait, il se trouvait en présence de situations nouvelles, en présence d'intérêts qui réclamaient impérieusement des solutions ; et alors, il a bien été forcé de légiférer notre pauvre pays où les relations sociales n'existant plus, par suite de l'invasion, les citoyens ne pouvaient plus communiquer les uns avec les autres »²⁶².

Dès lors, en passant par une approche institutionnelle du gouvernement de fait traduit le pragmatisme des acteurs qui lui reconnaissent ce statut d'organe d'État. Se faisant, ils s'en servent comme d'un outil d'analyse²⁶³ pour qualifier l'autorité à l'origine d'un changement de régime politique, sans pour autant l'enfermer dans le non-droit. Un outil qui, certes, n'explique pas tout, mais qui permet d'essayer de comprendre certains phénomènes comme les processus d'institutionnalisation²⁶⁴. Une telle approche s'intéresse à la dialectique entre *instituant* et *institué*²⁶⁵, ainsi qu'aux processus de transformation et de mutation au sein des institutions, inhérents justement aux transitions constitutionnelles et propres aux gouvernements de fait. Transparaît alors une tension entre une réalité alléguée des faits et un droit arbitraire issu d'une entité supérieure²⁶⁶. Cela fait écho à la théorie d'Émile Durkheim pour les méthodes d'analyses des faits sociaux : il faut considérer que les institutions, comme tous les faits sociaux, doivent être appréhendées comme des choses. Elles ne sont pas le résultat d'une interprétation idéalisée, mais d'un constat empirique éventuellement systématisé, l'observation reposant sur un *être* et non un *devoir être*²⁶⁷. Dès lors, considérer le

²⁶² JO, 3 juin 1871, p. 1208. Félix Voisin était alors rapporteur pour une proposition de réunion d'une commission de 30 membres afin de réviser des décrets d'ordre législatif émis par le gouvernement de la Défense nationale.

²⁶³ C'est pourquoi le parallèle est d'autant plus saisissant avec une méthode institutionnelle qui, en sciences sociales et pour certains auteurs, peut se rattacher à un « opportunisme sans scrupules » selon le mot de Paul Feyerabend, repris tant par Jacques Chevallier que par Éric Millard : v. P. FEYERABEND, *Against method. Outline of an anarchist theory of knowledge*, trad. B. JURDANT et A. SCHLUMBERGER, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Éditions du Seuil, 1979, p. 14 ; v. aussi : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 405 *sqq.* ; J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », *loc. cit.*, p. 3-4. Ainsi, s'il est certain qu'aucun des acteurs parlant du gouvernement de fait au XIX^e siècle n'aurait qualifié sa démarche d'institutionnelle, il apparaît tout de même sensé (ou opportun, pourrait-on dire) de le faire ici. Par ailleurs, d'un point de vue épistémologique, il apparaît également utile, dans ce propos, de faire preuve de cet « opportunisme sans scrupule » qui incite à naviguer entre les méthodes et les disciplines pour prétendre s'approcher de la notion de gouvernement de fait.

²⁶⁴ Par exemple, lorsque les orléanistes clament que le régime instauré par Louis-Philippe est un gouvernement de droit (*cf. supra*, p. 67 *sqq.*), ils expriment l'idée que, malgré son origine insurrectionnelle, leur gouvernement s'est tout de même légitimé ; ils sortent donc de l'alternative posée par la légitimité monarchique sous la Restauration : ou le gouvernement *est* de droit ou il ne *l'est pas*. Selon la perspective des orléanistes, il peut le devenir, nonobstant son origine. Il en va de même lorsque Jules Monet admet devant l'Assemblée en 1850 que le gouvernement de la République a pu se départir de son origine révolutionnaire et entrer dans le droit (*cf. supra*, p. 71).

²⁶⁵ Sur ce processus dialectique, v. : J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », *loc. cit.*, p. 8 ; É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 405.

²⁶⁶ Pour reprendre l'expression de Gabriel Lepointe lorsqu'il entend traiter des institutions : cette tension entre « le droit proclamé autoritairement sinon abstraitement et la réalité des choses et des faits », v. : G. LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux (1875-1875)*, Paris, Montchrestien, 1956, p. I-II.

²⁶⁷ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 15 *sqq.* et particulièrement p. 27-28 et p. 44 *sqq.* ; v. aussi : M. MAUSS, « Sociologie », *loc. cit.*, p. 173 *sqq.*

phénomène institutionnel du gouvernement de fait comme un être apparaît comme une posture méthodologique autant qu'idéologique pour les interprètes qui se placent en rupture avec les tenants d'une conception politique. Ces derniers, en ne considérant le gouvernement de fait qu'à l'aune de son illégitimité, ne faisaient que le renvoyer à un devoir être (ou plutôt un devoir ne pas être)²⁶⁸. Par conséquent, les deux visions du gouvernement de fait qui s'opposent – politique et institutionnelle – se placent de part et d'autre de cette frontière entre être et devoir être. La difficulté réside dans le fait que ces deux usages sont concomitants dans le discours et si, à partir du milieu du XIX^e siècle, le second prédomine, il n'est pas toujours aisé de démêler à quelle conception se réfère tel acteur lorsqu'il qualifie un gouvernement comme étant de fait.

In fine, cette conception institutionnelle du gouvernement de fait qui se dégage au XIX^e siècle et qui met en avant, en lieu et place d'un dualisme typologique entre usurpation et droit, un trialisme dans lequel le gouvernement de fait s'intercale avec plus ou moins de difficultés est celle qui doit être retenue pour une analyse juridique d'un tel organe. Considérer le gouvernement de fait comme un organe de l'État impliquait de devoir se départir d'un critère subjectif pour fonder le titre du pouvoir dans l'État et, par conséquent, d'abandonner la légitimité politique comme mètre étalon²⁶⁹. C'est donc naturellement qu'un type particulier de légalité, la légalité constitutionnelle, s'affirme, à partir de la fin du XIX^e siècle, et plus encore au XX^e siècle comme le critère principal d'identification du gouvernement de droit. Dès lors, réciproquement, le gouvernement de fait désigne l'autorité illégale et pourtant légitime.

Section 2 Illégalité constitutionnelle et légitimité juridique du gouvernement de fait

Le changement de perception dans la définition du gouvernement de fait entraîne une modification du sens même du titre à gouverner : les débats parlementaires comme les décisions de justice sous la Troisième République font ressortir la place centrale de la légalité constitutionnelle comme critère d'identification du gouvernement de droit (§1). Pour autant, les considérations relatives à la légitimité ne tombent pas en désuétude ; les jugements qui concernent notamment la Commune de Paris et le Régime de Vichy

²⁶⁸ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 19 *sqq.* : Ainsi, pour le sociologue, il convient de partir du fait pour aller vers l'idée – si tant est qu'il y ait idée – plutôt que de procéder par la méthode inverse et de partir de l'idée pour appréhender le fait.

²⁶⁹ C'est le constat que dresse Georges Burdeau. Après avoir posé que l'existence du gouvernement de fait ne peut dépendre d'une doctrine de la légitimité politique, qu'elle soit monarchique ou issue de la souveraineté nationale, il affirme qu'un gouvernement « n'est pas de fait ou de droit selon que les principes politiques qu'il entend faire prévaloir ont tel ou tel contenu ; sa qualité ne dépend pas davantage de la source d'où procède le pouvoir qu'il prétend exercer. Elle repose exclusivement sur cette circonstance que le gouvernement dont il s'agit trouve ou ne trouve pas dans le droit existant un titre lui permettant d'exercer l'autorité » : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 572.

renouvellent les interrogations sur la place d'une légitimité juridique²⁷⁰ des gouvernements de fait et suscitent l'intérêt de la doctrine (§2).

§1. Un titre à gouverner défini par sa légalité constitutionnelle à partir de 1870

À partir des années 1870, il devient de plus en plus évident que le titre du gouvernement est déterminé à l'aune de sa légalité. Plus particulièrement, c'est de sa légalité constitutionnelle dont il est question. Elle apparaît comme une transposition, dans la sphère du droit politique, du principe de légalité selon lequel toute décision prise par un organe étatique doit être conforme à une disposition antérieurement édictée²⁷¹. Les gouvernants doivent bénéficier d'une investiture régulière, au sens où, selon Georges Burdeau, il faut « un titre pour commander et ce titre c'est la constitution qui définit les conditions dans lesquelles il doit être acquis. Elle désigne les gouvernants et fonde, du même coup, leur légitimité »²⁷². En conséquence, le gouvernement de fait est défini comme celui à qui ce titre fait défaut, c'est-à-dire comme l'autorité qui résulte d'une irrégularité constitutionnelle. L'évolution du critère principal d'identification des gouvernements de fait dans le sens d'une rupture dans la légalité constitutionnelle se conjugue alors parfaitement avec l'essor du positivisme à partir de la fin du XIX^e siècle²⁷³. En ce sens, il devenait nécessaire de déterminer la nature du gouvernement avec les données internes à l'ordre constitutionnel par lequel il est régi et non par préférence particulière pour un principe issu de la légitimité politique (droit divin, hérédité, ou encore souveraineté nationale)²⁷⁴. Cette évolution procède de changements conjoints dans les opinions parlementaires ainsi que dans les décisions de justice. Ils traduisent la nécessité d'un outil pour encadrer les périodes de crises de l'État (**B**) et, ce qui ressort plus particulièrement des décisions de justice, un impératif de préservation de l'institution étatique face aux ruptures dans la légalité constitutionnelle (**C**). Il convient cependant de noter que cette évolution n'est pas monolithique, si bien qu'en parallèle,

²⁷⁰ Pour une définition de la légitimité juridique et sa distinction avec la légitimité politique et la légalité : cf. *infra*, p. 97 *sqq.*

²⁷¹ Depuis sa formulation par Cesare Beccaria au XVIII^e siècle dans son ouvrage *Traité des délits et des peines*, §3 (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, trad. E. CHAILLOU DE LISY, *Traité des délits et des peines. Traduit de l'italien, d'après la sixième Édition revue, corrigée & augmentée de plusieurs chapitres par l'Auteur*, Paris, Chez J. F. Bastien, 1773, p. 26-29) pour la sphère du droit pénal et son inscription dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 8 DDHC), le principe de légalité a connu une certaine fortune dans diverses branches du droit. Dans la première moitié du XX^e siècle, Duguit résume ainsi un tel principe pour le droit public : « il n'est pas un organe de l'État qui puisse prendre une décision individuelle qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieurement édictée » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Éditions de Boccard, 1930, p. 732). Sur un tel principe et ses conséquences dans l'ordre juridique, v. : Y. GAUDEMET, « Légalité (principe de) », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 917.

²⁷² G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 136.

²⁷³ N. BOBBIO, « Positivisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1176-1177.

²⁷⁴ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 25.

on assiste encore à une survivance – sous forme de déclin – de la notion politique à la faveur de certains débats politiques (A).

A. *Chant du cygne de la notion politique*

Durant la période d'exercice de l'Assemblée nationale et au début de la Troisième République, certains débats mobilisent encore la notion politique du gouvernement de fait à l'occasion, notamment, de la question houleuse sur la nature du régime politique qui doit succéder à l'empire déchu : république ou monarchie ? Ainsi, le 11 mai 1872, M. le vicomte de Lorgeril est rapporteur d'une pétition qui demande que « l'Assemblée nationale proclame que la République est en ce moment le gouvernement de fait librement voulu et accepté par la France, et que son existence restera inattaquable pendant deux ans »²⁷⁵. Le gouvernement de fait est appréhendé à l'aune de la légitimité du régime politique, toutefois il désigne la forme effective du gouvernement, mais non encore consacrée par la constitution. De même, dans un débat houleux à l'Assemblée nationale concernant la forme du gouvernement de la France, les orateurs, au premier chef desquels Jules Dufaure et le marquis de La Rochejaquelein, s'affrontent autour de cette question de « savoir qui est depuis trois ans et demi, le gouvernement de fait de la France ? ». Pour Dufaure, « la république est incontestablement, à l'intérieur et à l'extérieur, le gouvernement de fait de la France », impliquant une situation appelée à se pérenniser par le droit ; tandis que pour un certain nombre de parlementaires de la droite, dont La Rochejaquelein, la situation est provisoire et ne préjuge pas de la forme définitive du gouvernement²⁷⁶. L'usage politique perdure donc, mais il est récupéré par les républicains et mis à leur profit. Cela va entraîner une critique du principe monarchique et, partant, un affaiblissement du principe de légitimité politique. En effet, à la faveur d'une proposition de loi *ayant pour objet de régler les travaux ultérieurs de l'Assemblée nationale et de mettre fin, dans un délai déterminé, à la situation provisoire créée à Bordeaux* présentée lors de la séance du 17 juillet 1872²⁷⁷, Adolphe Eymard-Duverney est très critique envers l'idée que seul le gouvernement monarchique puisse être considéré *de jure* : « il est absurde de dire sous l'empire du suffrage universel que la république est un gouvernement de fait, ce qui implique qu'elle n'existerait pas en droit, comme si le gouvernement monarchique ne méritait pas lui seul la qualification de gouvernement de fait et pouvait exister autrement que par une volonté accidentelle, et toujours révocable au suffrage universel »²⁷⁸. Si la République est explicitement qualifiée de gouvernement de fait de la France dans ces controverses parlementaires, il y a tout de même une évolution certaine dans le discours : bien qu'employé sous sa conception politique, le gouvernement de fait ne qualifie plus nécessairement la forme illégitime du gouvernement, mais seulement celle qui existe effectivement, avant sa consécration en droit ; en somme, la forme

²⁷⁵ JO, 7 janvier 1872, p. 107.

²⁷⁶ JO, 24 juillet 1874, p. 5181.

²⁷⁷ Cette proposition est annexée à la séance du 30 juillet : v. JO, 30 juillet 1872, p. 5233.

²⁷⁸ JO, 30 juillet 1872, p. 5233.

légitime du gouvernement illégal. Cette transformation semble suivre les évolutions du droit constitutionnel et venir corroborer l'inanité d'une réduction du gouvernement de fait, phénomène étatique, à un ordre juridique extérieur à l'État ou pis, juridiquement inexistant. La substitution du principe monarchique par celui de la souveraineté nationale, est une étape importante d'un phénomène plus large : le glissement de la légitimité vers la légalité constitutionnelle du gouvernement.

Il ne s'agit encore toutefois que d'une étape. L'élection comme argument du titre à gouverner, adossée au principe de légitimité issu de la souveraineté nationale, pèse encore lourd dans la balance. C'est en ce sens que le 28 mars 1890, le député de Limoges Émile Labussière proclame devant la Chambre que la République n'est plus le « gouvernement de fait », mais « le gouvernement légal, de droit » de la France, ce que la nation a montré « dans toutes les élections »²⁷⁹. Si l'élection reste au centre des préoccupations de ces parlementaires, on constate néanmoins que la notion de gouvernement de fait s'est ménagée une place distincte de l'usurpation, en tant qu'autorité provisoire et effective, quoiqu'illégale. Confirmant les évolutions entamées sous la Seconde République, il serait possible de considérer que les rapports entre légalité et légitimité s'inversent : ce serait alors la rupture dans l'ordre constitutionnel qui déterminerait dans un premier temps la nature du gouvernement et, dans un second temps, la légitimité politique (ici par le prisme de la souveraineté nationale adossée à l'élection) pourrait servir d'appoint nécessaire de la légalité pour transformer le gouvernement de fait en gouvernement de droit²⁸⁰.

De tous ces débats, il est possible de faire émerger une incompatibilité de la légitimité politique comme critère de distinction des gouvernements de droit et de fait. En dépit d'une survivance de la légitimité, on y voit s'affermir, timidement, la définition de base d'un gouvernement de fait comme un organe étatique doté provisoirement de prérogatives d'administration. Partant, ils laissent entrevoir la possibilité et la pertinence d'un critère de référence du titre à gouverner, dont le gouvernement de fait est dénué, déterminé à partir de la légalité constitutionnelle. En fin de compte, cet usage se raréfie sous la Troisième République et tend à disparaître²⁸¹. On lui préfère la conception institutionnelle, plus à même de rendre compte des périodes de crise de l'État.

²⁷⁹ *JO*, 29 mars 1890, p. 691 : « Mais il faudrait cependant rappeler que nous ne sommes plus à l'époque de l'essai loyal, au moment où la République était un gouvernement de fait. Aujourd'hui la République est le gouvernement légal, de droit, et un gouvernement définitif [...]. La nation l'a montré : dans toutes les élections, elle a fixé ses destinées et les a confiées à la République ».

²⁸⁰ La question de la transformation du gouvernement de fait en gouvernement de droit fait l'objet de développements plus précis en aval de ce propos : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 2, p. 378 *sqq.*

²⁸¹ L'une des dernières utilisations de ce type sous la Troisième République relève du langage politique partisan de l'extrême droite royaliste, qui continue d'appeler la République « le gouvernement de fait » de la France. C'est le cas notamment de Paul Festugière lors d'une conférence prononcée le 2 février 1928 devant la section d'Aix de l'action française : P. FESTUGIÈRE, *L'acceptation du gouvernement de fait*, Aix en Provence, Paul Roubaud, 1929, *passim*. L'auteur revient sur une déclaration du pape Léon XIII dans une lettre du 3 mai 1892 qui appellerait justement à l'acceptation du gouvernement de fait (selon la lettre, le pape appelle à « l'acceptation de ces nouveaux gouvernements établis en fait »).

B. Encadrer les périodes de crises

Les débats parlementaires de juin 1871, relatifs à la valeur des actes émis par le gouvernement de la Défense nationale entre septembre 1870 et février 1871²⁸² sont incidemment l'occasion de préciser les contours de la notion de gouvernement de fait. Se dessine alors l'image d'un gouvernement qui est « forcé de légiférer »²⁸³ du fait des circonstances et qui, maître imprévu ayant en main des rênes du pouvoir, doit assurer la continuité de l'État. Ainsi, lors de la séance du 16 juin 1871 à l'Assemblée nationale, le député du Gard Louis-Numa Baragnon²⁸⁴ relève que l'ensemble du débat oscille entre la crainte d'occulter ou oublier une grande partie de l'action de ce gouvernement et l'excès inverse, le danger de lui accorder une trop grande confiance rétroactivement. Plus encore, en s'intéressant à l'avenir des actes pris sous la Défense nationale, les parlementaires reconnaissent explicitement son existence de fait en tant qu'organe²⁸⁵. Par extension, la démarche des parlementaires est très pragmatique comme le résume Baragnon : il s'agit de faire en sorte d'encadrer la capacité juridique des gouvernements de fait et de créer un précédent pour l'avenir afin de « fermer l'ère des révolutions » et limiter les pouvoirs de futurs gouvernements de ce type²⁸⁶. Ainsi, plutôt que de nier purement et simplement son existence, il y a « un intérêt pratique à bien distinguer ce qui est permis et ce qui n'est pas permis à un gouvernement de fait dans les circonstances particulières où s'est trouvé le gouvernement du 4 septembre » comme l'avait déjà dit

²⁸² Débats sur lesquels il est fait retour dans la seconde partie de cette étude, à propos de la valeur des actes des gouvernements de fait : cf. *infra*, Partie II – Titre I – chapitre 1, p. 300 *sqq.*

²⁸³ Selon l'opinion exprimée par Félix Voisin dont il a été question plus haut (cf. *supra*, p. 78), lors de la séance du 2 juin 1871 devant l'Assemblée nationale. Il ne manque pas de souligner que le gouvernement de la Défense nationale a été effectif et qu'il a légiféré abondamment, du fait des circonstances « parce que, gouvernement de fait, il se trouvait en présence de situations nouvelles, en présence d'intérêts qui réclamaient impérieusement des solutions ; et alors, il a bien été forcé de légiférer notre pauvre pays où les relations sociales n'existent plus, par suite de l'invasion, les citoyens ne pouvaient plus communiquer les uns avec les autres » (JO, 3 juin 1871, p. 1208).

²⁸⁴ Député du Gard de 1871 à 1876, Louis-Numa Baragnon est un homme politique et avocat français. Devant l'Assemblée nationale, il affiche clairement des opinions légitimistes et cléricales qu'il partageait déjà sous le Second Empire. Il est toutefois permis de noter que durant l'invasion de la Prusse, il avait professé de manière étonnante des opinions républicaines, soutenant le gouvernement de fait. Il finira sa vie en tant que sénateur inamovible sous la Troisième République, à partir de 1878. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, éd. A. ROBERT, E. BOURLOTON, G. COUGNY, Paris, Bourloton éditeur, 1891, v° Baragnon (Pierre-Joseph-Louis-Numa), p. 152-153.

²⁸⁵ JO, 17 juin 1871, p. 1397.

²⁸⁶ *Ibid.* : « Mais si par hasard, il se faisait que de nouveaux gouvernements d'aventure eussent quelques instants de vie sur le sol de notre pays, il faut qu'il soit entendu que, quoi qu'ils fassent, quelque hâte que de pareils gouvernements mettent à toucher à toutes les branches de la législation, ils ne peuvent bâtir que sur le sable ; qu'un jour arrive où ce qu'ils ont fait ou voulu faire, la volonté souveraine de la nation vient le réviser ; qu'elle fait des lois de ce qui est bon et qu'elle plonge dans le néant ce qui est mauvais ».

Amédée Lefevre-Pontalis²⁸⁷ la veille, lors de la séance du 15 juin²⁸⁸. Conséquemment, les parlementaires entérinent l'idée que, selon les circonstances, il est des choses permises à un gouvernement de fait. Toutefois, une ambiguïté demeure toujours sur la norme de référence du titre qui fait défaut au gouvernement de fait. Selon Baragnon, le gouvernement de fait est celui qui « n'a pas reçu la sanction de la volonté nationale »²⁸⁹, quoiqu'il ne précise pas s'il entend ici le principe de la souveraineté nationale (soit la légitimité politique) ou alors la ratification d'un corpus constitutionnel par un référendum ou le vote d'une assemblée constituante régulièrement élue.

Une seconde étape dans le discours parlementaire permet de lever cette ambiguïté, lors d'une discussion le 23 mars 1888 devant le Sénat concernant un projet de loi visant à allouer une pension viagère aux blessés de février 1848. À cette occasion, le débat dérive sur la révolution de février 1848 et le Gouvernement provisoire de la République française qui en découle²⁹⁰. L'origine insurrectionnelle du gouvernement est appréhendée plus clairement par le biais de la rupture de légalité plus que de légitimité avec le gouvernement antérieur. L'un des orateurs, Léon Renault, rapproche d'ailleurs le gouvernement provisoire de février 1848 et le coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte en décembre 1851 qu'il appelle tous deux des « attentats à la loi »²⁹¹. Et René Bérenger de conclure que le gouvernement de fait prend place « pendant la période transitoire entre le fait insurrectionnel et l'établissement d'un pouvoir légal »²⁹².

Les débats parlementaires de la première moitié du XX^e siècle qui concernent l'attitude de la France face au gouvernement soviétique confirment ce constat : il ne fait plus aucun doute que le gouvernement de fait désigne une autorité ne disposant pas d'un titre constitutionnel, mais gouvernant néanmoins effectivement le pays ou une portion de celui-ci de manière provisoire et étant obéi en grande partie par le peuple. Ainsi, lorsque le député Marcel Cachin parle du « gouvernement de fait de la Russie » le 23 mars 1919 à la Chambre des députés, il traite du gouvernement révolutionnaire et il fustige le ministre des Affaires étrangères, Stephen Pichon, qui refuse de le reconnaître puisque ce n'est, pour le ministre, qu'une « bande de passage ». Pour ces deux hommes politiques le gouvernement de fait est bien un gouvernement illégal (du fait d'une révolution en l'espèce), mais bénéficiant d'une certaine légitimité et distinct d'une bande organisée criminelle. Leur opinion diverge seulement sur ce point, car pour l'un, le gouvernement russe est justement un gouvernement de fait puisque légitime en dépit de son illégalité,

²⁸⁷ Amédée Lefèvre-Pontalis fait partie de ces députés qui arpentent à la fois le prétoire et l'hémicycle, puisqu'il est avocat à la Cour d'appel de Paris et député de l'Eure à l'Assemblée nationale de 1871. Ses convictions politiques le rangent parmi les conservateurs (il prend une part active dans la tentative de restauration monarchique en 1873), si bien qu'il siège à droite de la Chambre, tout comme son frère Antonin. En outre, on peut noter sa participation à la proposition de loi prévoyant la réunion d'une commission de révision des décrets législatifs rendus par le Gouvernement de la Défense nationale. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. IV, *op. cit.*, v^o Lefèvre-Pontalis (Jules-Amédée), p. 55.

²⁸⁸ JO, 16 juin 1871, p. 1387.

²⁸⁹ JO, 17 juin 1871, p. 1397.

²⁹⁰ JO, 23 mars 1888 p. 359 *sqq.*

²⁹¹ *Ibid.*, p. 360.

²⁹² *Ibid.*, p. 363.

tandis que pour l'autre, il est illégitime et ne peut même pas être reconnu en tant que tel²⁹³. Les affaires portées devant les tribunaux dénotent d'ailleurs une évolution similaire et font ressortir l'utilité du gouvernement de fait pour la continuité de l'État.

C. *Préserver l'État*

Une série de décisions de justice rendues entre 1872 et 1898 vient confirmer cette définition du gouvernement de fait comme une autorité légitime à agir au nom de l'État alors qu'elle est constitutionnellement illégale. En ce sens, un jugement du Tribunal de Marseille du 29 juin 1872 (confirmé en appel et en cassation), à propos de la création d'un asile par la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, affirme clairement que le gouvernement de fait est doté de la capacité juridique, qu'il est bien un organe chargé d'administrer l'État provisoirement jusqu'à l'établissement d'un pouvoir de droit²⁹⁴. Ce même tribunal persiste dans ses vues, à l'occasion d'un autre jugement le 9 février 1874 :

« Attendu que cette théorie [de la séparation des pouvoirs], exacte en temps ordinaire et lorsque le régime politique de la France est placé sous l'égide d'une constitution et d'un gouvernement fonctionnant régulièrement, doit fatalement fléchir dans les moments de crise où le pacte politique, violemment déchiré, ne laisse debout aucun des anciens pouvoirs, et où l'intérêt public concentre nécessairement pour un certain temps aux mains d'un gouvernement de fait la double puissance exécutive et législative »²⁹⁵.

Cette affaire concerne la légalité contestée d'une dispense de droits de timbre octroyée par Alphonse Esquiros, administrateur supérieur des Bouches-du-Rhône nommé provisoirement par la Délégation. Le Tribunal de Marseille reconnaît, sur ce fondement, la légalité de l'acte. De son côté, la Cour de cassation le 7 février 1876 casse cet arrêt et proclame l'illégalité de l'acte, sans pour autant contester les prémisses du raisonnement énoncé par le tribunal à propos des gouvernements de fait²⁹⁶. L'attendu du Tribunal de Marseille mentionné indique ainsi que si le gouvernement de fait naît d'une rupture avec la constitution régulière et les principes fondateurs de l'ordre juridique, il n'en demeure

²⁹³ *JO*, 24 mars 1919, p. 1407. La qualification de « gouvernement de fait » revient périodiquement pour caractériser le gouvernement des soviets en Russie : v. *JO*, 9 septembre 1919, p. 4226 ; *JO*, 18 septembre 1919, p. 4428 ; *JO*, 23 décembre 1919, p. 5339 ; *JO*, 6 février 1920, p. 145 ; *JO*, 26 mars 1920, p. 737. Le terme se retrouve ponctuellement, à cette époque, dans le langage de parlementaires d'extrême gauche (en l'occurrence Marcel Cachin, Jean Longuet, Ernest Lafont). Mais pas seulement, puisque le corrézien Louis Rollin, député de la Seine membre de l'Union Républicaine et Démocratique (URD), cherche à savoir, s'il y a « en Russie, un gouvernement de fait qui a réussi à se faire accepter tout au moins par la majorité du peuple Russe et qui ne se maintient plus, comme jadis, par le fer et par le sang... » (*JO*, 27 mars 1920, p. 771).

²⁹⁴ Le jugement est reproduit dans l'arrêt de cassation : Cass. Req., 8 avril 1874 *Lautal c. Asile d'Anduze* (S. 1874, I, p. 258 *sqq.*).

²⁹⁵ S. 1876, I, p. 227. Ce jugement est reproduit dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1876, *Enregistr. c. société du comptoir communal de Marseille*.

²⁹⁶ *Ibid.* La Cour de cassation s'emploie juste à ne pas consacrer un blanc-seing pour les administrateurs nommés par les gouvernements de fait : en ce sens, cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 309.

pas moins compétent, au nom de l'intérêt public, pour assurer le fonctionnement de l'appareil étatique.

Par la suite, certains arrêts viennent préciser cette définition minimale d'un gouvernement illégal en droit constitutionnel. Déjà, un arrêt de la Cour de Douai du 5 avril 1871 opposait les « pouvoirs publics régulièrement consultés » au gouvernement de fait (en l'espèce celui de la Défense nationale)²⁹⁷. Si l'arrêt est cassé lors du pourvoi, la Cour ne revient cependant pas sur le principe précédent ; elle évoque même le « rétablissement de l'ordre légal » qui suit la réunion de l'Assemblée nationale de 1871, sous-entendant qu'un gouvernement de fait est intrinsèquement d'origine illégale sur le plan constitutionnel²⁹⁸. Plus encore, le Tribunal de Mascara en Algérie, dans un jugement du 6 février 1895 *Ministère public c. Guerbaoni* synthétise l'ensemble de ces évolutions et parle d'un « gouvernement de fait *sans mandat régulier*, qui a assumé la charge de régir provisoirement la France »²⁹⁹ à propos du Gouvernement provisoire qui gouverne entre la chute de la Monarchie de Juillet le 24 février 1848 et la réunion de l'Assemblée constituante le 4 mai. Le juge emploie même l'expression de « vice originel » pour qualifier les actes émanés d'une telle autorité, en ce qu'elle ne dispose d'aucune compétence constitutionnelle pour les promulguer. La Cour d'Alger, par un arrêt du 19 janvier 1898 *El Guerbaoni Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public* reprend les mots du Tribunal de Mascara à ce propos³⁰⁰. Les avis de certains arrêtistes de l'époque font écho à cette lecture. Ainsi, la note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1877 *Cival c. Willemot* traite du gouvernement de fait sous l'angle d'une rupture dans l'ordre constitutionnel³⁰¹ : peu importants les motifs allégués par le gouvernement insurrectionnel (en l'espèce, celui issu du coup d'État du 2 décembre 1851 par Louis-Napoléon Bonaparte), ou qu'il justifie sa légitimité par le principe de la volonté nationale, cela « ne paraît pas de nature à changer le caractère initial de l'attentat ». Selon l'arrêtiste, ce qui caractérise ledit attentat et, par conséquent, la nature du gouvernement, est l'atteinte à la loi et aux institutions établies. Il est donc entendu que, par principe, l'autorité d'un organe étatique ne peut s'exercer valablement qu'en vertu d'une règle formelle, c'est-à-dire d'un « acte d'investiture accompli conformément à la constitution » selon Georges Burdeau, ce qui implique, à l'inverse, qu'une rupture dans l'ordre juridique antérieur suffit à caractériser le gouvernement de fait³⁰². Face à ce primat de la légalité constitutionnelle, demeure une question : quelle est la place laissée à la légitimité du gouvernement de fait, s'il en existe une ?

²⁹⁷ Cass. Crim., 2 juin 1871, *Delvallée* (S. 1871, I, p. 109).

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 110.

²⁹⁹ D. 1895, II, p. 481 (souligné par nous).

³⁰⁰ S. 1903, II, p. 97.

³⁰¹ S. 1877, I, p. 187.

³⁰² G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 569-570.

§2. *La place renouvelée de la légitimité du gouvernement de fait depuis la fin du XIX^e siècle*

Les différents gouvernements de fait postérieurs à 1870 font rejaillir devant la justice les interrogations relatives à la place de la légitimité. Si la légalité constitutionnelle est nécessaire pour apprécier la nature du gouvernement, il ressort qu'elle n'est pas suffisante lorsque les affaires portent sur des autorités auxquelles il est politiquement délicat de reconnaître une légitimité, comme cela a été le cas pour la Commune de Paris ou le régime de Vichy (A). Une légitimité juridique du gouvernement de fait comme outil pour suppléer son illégalité s'entrevoit alors ; la doctrine au XX^e siècle y trouve un matériau nécessaire pour dessiner les caractéristiques viables d'un concept juridiquement utile de gouvernement de fait (B).

A. *L'argument d'une légitimité supplétive à l'épreuve des jugements de la Commune de Paris et du gouvernement de Vichy*

Les décisions de justice concernant la Commune de Paris de 1871 mettent en exergue le rôle de la légitimité pour contrebalancer l'illégalité du gouvernement de fait dans l'objectif de le dissocier d'une usurpation (1). La jurisprudence relative à Vichy approfondit ce constat, mais fait surtout ressortir la double nature de la notion de gouvernement de fait en essayant de conjuguer légalité et légitimité (2).

1. *Une légitimité contrebalançant l'illégalité du gouvernement*

Lors des rares affaires judiciaires qui s'intéressent à la nature du pouvoir exercé par la Commune de Paris, un examen est systématiquement consacré à la légalité et, de manière plus étonnante, à la légitimité du gouvernement. Si l'examen de la légalité confirme bien la place centrale de ce critère, la question, à titre subsidiaire, d'une légitimité qui rendrait l'obéissance au gouvernement de bonne foi se pose néanmoins.

Dans une série d'arrêts de cassation du 27 novembre 1872³⁰³ où il est à chaque fois question d'une contribution versée à la Commune par une société sous contrat avec l'État et dont ce dernier a réclamé le paiement, après avoir maté l'insurrection, le gouvernement de fait est opposé au pouvoir « légal » ou « régulier ». Le Conseiller rapporteur, M. Dumon, explicite cette vision des choses dans ses conclusions sur l'un des arrêts, *Crédit foncier de France c. Enregistrement*. Il présuppose que le pouvoir souverain résidait dans l'Assemblée nationale siégeant à Versailles. Lorsque le 18 mars 1871 a lieu l'insurrection dans Paris, l'Assemblée nationale, par une proclamation du 21 mars,

³⁰³ Cinq arrêts de cassation du 27 novembre 1872 réunis en trois espèces : *Crédit foncier de France c. Enregistrement* ; *Compagnie du chemin de fer d'Orléans c. Contribution indirecte* et *Chemin de fer du Sud de l'Autriche et de l'Italie centrale c. enregistrement* (S. 1873, I, p. 259 *sqq.*). Décisions confirmées le 31 décembre par trois arrêts semblables, mêmes magistrats : *aff. Comp. Des mines de la Loire* ; *Comp. Des Forges de la Méditerranée* ; *Comp. Services maritimes de messageries nationales* (v. *ibid.*).

réaffirme sa souveraineté et précise bien au peuple : « nous sommes vos représentants et vos seuls mandataires ; c'est par nous, c'est en notre nom, que la moindre parcelle de notre sol doit être gouvernée... »³⁰⁴. Pour le rapporteur, cette proclamation est un avertissement légal, tout acte émané des insurgés, qui ne peuvent se prévaloir d'aucun titre à gouverner contrairement à l'Assemblée, est frappé de nullité. Le gouvernement de Versailles enfonce le clou en faisant insérer un avis, dans le *Journal officiel* du 11 avril, qui précise que « les préposés installés par la Commune, n'ayant aucun mandat de l'autorité compétente, ni serment en justice, ne peuvent valablement donner aux actes ou aux déclarations une formalité qui, viciée dans son principe, ne saurait produire aucun effet civil... »³⁰⁵. Partant, les agents de la Commune ne peuvent avoir eu « une part, si minime qu'elle soit, de la souveraineté », assène M. Dumon.

Quid, dès lors, de l'argument en vertu duquel la Commune, certes illégale, pouvait revêtir les apparences d'un gouvernement et, conséquemment, avoir été obéie de bonne foi ? En somme, le gouvernement de fait est-il seulement apprécié à l'aune du critère formel de son illégalité ? Les tribunaux montrent au contraire que la question de la légitimité se pose toujours, mais seulement dans un second temps. Dans l'affaire en cause, requérants comme défendeurs opèrent de la manière suivante : la première branche du moyen s'intéresse à la légalité des actes de la Commune et, incidemment, de son gouvernement ; tandis que la deuxième branche aborde la question de savoir si la Commune pouvait revêtir les apparences d'une autorité légitime³⁰⁶. Dans le cas d'espèce, pour le Conseiller rapporteur comme pour la Cour elle-même, la Commune est à la fois illégale et illégitime, il ne peut donc s'agir que d'une usurpation.

Un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1881 *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris* reprend le même canevas³⁰⁷. L'avocat général, Arthur Desjardins, procède là encore en deux temps. D'abord, il dresse brièvement le constat de l'illégalité du gouvernement de fait³⁰⁸. Ensuite, il va s'intéresser à sa légitimité. Par la suite, en réponse à la question qu'il se pose de savoir si tout gouvernement illégal est nécessairement un gouvernement légitime, il opère une distinction, en constatant que deux gouvernements de fait ne se valent pas forcément. Lors des débats, une comparaison a été faite entre le gouvernement de la Défense nationale et celui de la

³⁰⁴ JO, 22 mars 1871, p. 205 ; v. aussi : *S.* 1873, I, p. 260.

³⁰⁵ JO, 11 avril 1871, p. 505 ; v. aussi : *S.* 1873, I, p. 260. On peut tout de même noter que le rapporteur choisit ici de prendre au sérieux la rhétorique du gouvernement de l'Assemblée nationale quant à la propre légalité de son titre ce qui, en soi, peut prêter à discussion. Cependant, cela n'enlève rien à la démarche qui consiste à essentialiser le gouvernement de fait autour de l'invalidité de son titre constitutionnel.

³⁰⁶ *S.* 1873, I, p. 260-261. En effet, le pourvoi soutenait que, quand bien même l'autorité qui gouvernait Paris était illégale, c'était en toute bonne foi que le Crédit foncier s'était acquitté d'un paiement qu'il devait à l'État auprès des agents de la Commune. Or, selon le rapporteur, pour qu'il y ait bonne foi, il faut entre autres qu'existe la conviction que le possesseur de la créance apparaisse comme le créancier légitime. Pour le rapporteur, en l'espèce il n'en est rien.

³⁰⁷ *S.* 1881, I, p. 361. Pour les faits de l'affaire : cf. Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 458.

³⁰⁸ À l'instar du jugement de première instance qui distingue « l'autorité de fait à l'autorité légale » (*S.* 1881, I, p. 363) et de la Cour d'appel de Paris, qui met face à face « gouvernement de fait » et « gouvernement légal » (*Ibid.*, p. 364).

Commune. Contestant qu'on puisse les assimiler, il affirme au contraire que si le premier était légitime et « accepté par tout le pays », tel ne fut pas le cas du second³⁰⁹. Ainsi, une fois dressé le constat de l'illégalité du titre à gouverner, il convient d'apprécier la légitimité du gouvernement pour pouvoir juger de sa nature. Il importe alors de noter que les proclamations, l'attitude et les actions des gouvernements eux-mêmes revêtent une importance toute particulière dans le jugement *a posteriori* qui est porté sur leur nature. Pour Desjardins, par exemple, on ne peut pas accorder le même crédit à un gouvernement qui, comme la Défense nationale, affirme lui-même son caractère provisoire et de fait³¹⁰ qu'à la Commune de Paris qui est ouvertement révolutionnaire³¹¹. En outre, cet arrêt est le témoignage qu'il est reconnu une gradation juridique dans la théorie des gouvernements dans un triptyque : gouvernement de droit, gouvernement de fait et usurpation. Bien que la terminologie diffère, ce phénomène y est à l'œuvre. Apparaît la volonté de distinguer une insurrection d'un gouvernement de fait et d'un gouvernement légal. Si un flottement demeure dans le discours de l'avocat général Desjardins, qui s'insurge d'une comparaison entre le gouvernement de la Défense nationale et celui de la Commune qu'il semble considérer tous deux comme des gouvernements de fait, il considère tout de même celui-ci comme légitime, tandis que celle-là ne le serait pas. Ainsi, l'on retrouve bien les trois types, bien qu'il semble encore difficile de définir tel ou tel mouvement selon une catégorie bien établie.

Toutefois, les tribunaux ne vont pas jusqu'au bout de la démarche puisque la question de la légitimité du gouvernement de fait reste posée de manière superficielle et ne semble pas avoir d'incidence sur le fond de la décision ; ce qui intéresse avant tout les jugements, c'est la valeur des actes émanés de ces autorités. Pour autant, elle ressurgit avec les décisions qui concernent la nature du pouvoir exercé par Pétain en 1940 sans en lever toutefois les ambiguïtés.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 369 : « On a comparé tout à l'heure l'administration de la Commune insurrectionnelle au gouvernement de la Défense nationale : je m'en étonne. D'abord le gouvernement de la Défense nationale était accepté par tout le pays et ne voyait pas un autre gouvernement se dresser devant lui ; ensuite il administrait et gouvernait toute la France. Est-ce que la Commune de Paris a jamais été [*sic*] reconnue hors de Paris ? ».

³¹⁰ Jules Favre, en charge des Affaires Étrangères sous la Défense nationale, affirme devant l'Assemblée nationale : « [j]e m'étais présenté à Bismarck sans aucun caractère officiel, comme représentant ou comme membre d'un gouvernement de fait » (séance du 17 juin 1871, *JO*, 18 juin 1871, p. 1430). De même, dans ses mémoires, il rejette dès la première page toute accusation d'usurpation tout en précisant que les gouvernants sont dépositaires d'un pouvoir de fait : J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie], Du 30 juin au 31 octobre 1870 : Journée du 4 septembre - Entrevue de Ferrières - Organisation de la défense - Délégation de Tours - Journée du 31 octobre*, [2^e édition] Paris, Plon, 1876, p. 1 et p. 131. Jules Simon, lui aussi membre de la Défense nationale, reconnaît que « la France n'avait qu'un gouvernement de fait » (J. SIMON, *Souvenirs du Quatre septembre. Le gouvernement de la défense nationale*, Paris, Calmann Levy, 1876 [3^e éd.], p. 21 et p. 82). Jusqu'à Alexandre Glais-Bizoin qui nomme ses mémoires concernant cette période *Dictatures de cinq mois* (Paris, E. Dentu, 1873).

³¹¹ Pour davantage de détails sur le fonctionnement de la rhétorique des nécessités révolutionnaire ou de préservation, cf. le second Chapitre de ce premier Titre : p. 103 *sqq.*

2. La duplicité de la notion de gouvernement de fait

Le duel entre le gouvernement de Vichy et la France libre entre 1940 et 1944 exacerbe un retour en force de la légitimité dans le langage de ces gouvernements de fait, qui va avoir une incidence sur la façon dont certains seront appréhendés par la jurisprudence postérieure³¹². La succession de gouvernements durant cette période³¹³ permet de constater que la définition du gouvernement de fait est difficilement réductible au seul critère normatif d'une irrégularité formelle dans la chaîne de validité constitutionnelle. En effet, des deux gouvernements qui se font face³¹⁴, aucun ne dispose à proprement parler d'un titre juridique adéquat. La question pourrait être soumise à débat (et elle l'a été³¹⁵) en ce qui concerne le régime de Vichy, car la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 votée par l'Assemblée nationale réunie en urgence à Vichy et qui attribue selon ses propres mots « tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain »³¹⁶ pourrait être considérée comme valide³¹⁷. En ce qui concerne le mouvement de la France libre, les hommes du général de Gaulle ne sont pas en mesure de se prévaloir formellement d'un titre valide, ils en ont conscience. La France libre s'efforce pourtant de s'organiser juridiquement par le biais, initialement, de l'ordonnance du 27 octobre 1940 qui fait suite au manifeste de Brazzaville et par laquelle de Gaulle crée un Conseil de Défense de l'Empire³¹⁸. Les hommes de la Résistance prétendent avant tout s'appuyer sur la légitimité pour gouverner³¹⁹. De même, l'assise légalement incertaine du pouvoir de Pétain incite certains partisans vichystes à préférer

³¹² À ce propos : cf. *infra*, Partie I – Titre I – chapitre 2, p. 152 *sqq.*

³¹³ Notamment le gouvernement de Vichy qui prend place le 11 juillet 1940 à la suite du vote des pleins pouvoirs au gouvernement de la République sous l'autorité de Philippe Pétain et les différents gouvernements de la France libre qui se succèdent jusqu'à la libération du territoire métropolitain.

³¹⁴ Il serait même possible, un temps, d'en compter trois avec le Commandement en chef français civil et militaire, dirigé depuis Alger par le général Giraud jusqu'à sa fusion avec le Comité français de Libération nationale en juin 1943.

³¹⁵ Cette question a fait l'objet de nombreux débats au sein même des auteurs qui publient sous Vichy. V. en ce sens : G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP*, 1944, p. 47 *sqq.* ; J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France. Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, p. 33 et ID., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 798 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942, p. 162, R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, p. 151, *passim* ; G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne, essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey 1942 p. 400 *sqq.* ; ID., « La fraude à la constitution », *RDP*, 1943, p. 140 *sqq.*

³¹⁶ Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (*JO*, 11 juillet 1940, p. 4515).

³¹⁷ Au-delà des débats dont la loi a fait l'objet, il serait possible de considérer que si elle ne contient pas, en elle-même, les germes du régime qui lui succède et qu'elle peut être considérée comme formellement légale pour une grande partie de sa procédure au moins (l'esprit du texte est bien plus critiquable), avec les actes constitutionnels il ne fait aucun doute que l'illégalité du gouvernement est consommée, sur la forme comme dans l'esprit. En effet, dès le lendemain, lors de la promulgation des actes constitutionnels, Pétain se fait le fossoyeur du gouvernement de la République en déclarant « assumer les fonctions de chef de l'État français » et disposer de la « plénitude du pouvoir gouvernemental », abolissant ainsi la République, hors du cadre fixé par la loi du 10 juillet : Acte n° 2 du 11 juillet 1940. (*JO*, 12 juillet 1940, p. 4517).

³¹⁸ C. DE GAULLE, Manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940, (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 3).

³¹⁹ En ce sens : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)...*, *op. cit.*, p. 125 *sqq.*

faire primer la légitimité ou, pour la plupart, à chercher à la conjuguer avec la légalité³²⁰. Le cas de Vichy, justement, déborde du seul cadre politique pour amener à des prolongements dans la jurisprudence postérieure.

Initialement, les tribunaux administratifs comme judiciaires n'ont aucun problème à considérer l'autorité installée à Vichy comme un gouvernement de fait au sens institutionnel (sans titre constitutionnel mais agissant au nom de l'État). Plusieurs arrêts vont en ce sens³²¹, au moins implicitement, à tel point qu'en note sous un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1944³²² il est affirmé par l'internationaliste Charles Rousseau que si le gouvernement de Pétain a été, de prime abord, régulièrement formé, il n'en « a pas moins très vite revêtu le caractère d'un gouvernement de fait dès lors qu'il n'a ni sollicité ni obtenu la confiance des chambres, comme l'esprit et la lettre de la constitution alors en vigueur [...] l'y obligeaient » ; il va même jusqu'à le qualifier de « gouvernement de fait par manque de procédure »³²³. Ainsi, la définition du gouvernement de fait semble intériorisée et, dans la droite ligne des décisions des cours de justice depuis la fin du XIX^e siècle, le gouvernement sans titre, même politiquement ennemi, n'est pas renvoyé automatiquement dans le non-droit. Il sert d'assise pour expliquer, institutionnellement, une vacance du pouvoir de droit et, partant, permet d'affirmer la continuité de l'État.

Or, une série de décisions du Conseil d'État relatives à la réparation des dommages du fait de l'État en 1952 bouleverse cette interprétation : *Époux Giraud* le 4 janvier³²⁴, puis, de manière plus nette, *Demoiselle Remise* le 25 juillet³²⁵, consacrent l'irresponsabilité de l'État du fait des agissements du régime de Vichy. En l'espèce, dans la décision du 25 juillet, la demoiselle Remise souhaitait faire annuler la décision implicite du ministre de l'Intérieur rejetant sa demande d'indemnité du fait d'une blessure due à un coup de feu de la part d'un membre de la « milice française » le 19 juillet 1944. Pour le Conseil d'État, il n'est pas possible d'attacher une quelconque responsabilité de l'État du fait des agissements du « groupement » que constitue la milice, car la loi qui forme ce groupuscule est proclamée nulle par l'ordonnance du 9 août 1944. Conséquence de cette nullité rétroactive par nature, la milice est privée de base légale, donc réputée ne pas pouvoir être rattachée à l'administration française. Il est alors implicitement entendu, de cette interprétation stricte de l'ordonnance de 1944, que le gouvernement de Vichy

³²⁰ En ce sens : L. TERRACOL, « La doctrine de Vichy. Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité », *Jus Politicum*, t. 25, 2021 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-de-Vichy-Penser-la-legalite-et-la-legitimite-autour-de-l-autorite-1364.html>], p. 65-76.

³²¹ V. par exemple les décisions du Conseil d'État qui suivent et qui ne remettent pas en cause le statut de gouvernement de l'autorité vichyssoise : CE, 27 avril 1945, *Colonel Josué* (S. 1945, III, p. 58) ; CE, 5 avril 1946, *Sieur Rony* (Rec. CE, 1946, p. 107) ; CE, Ass., 30 janvier 1948, *Sieur Toproner* (Rec. CE 1948, p. 48) ; CE, 4 février 1948, *Gauthier* (Rec. CE 1948, p. 56) ; CE, Sect., 22 février 1950, *Dame Duez* (Rec. CE 1950, p. 118) ; CE, 22 décembre 1950, *Terrol* (Rec. CE 1950, p. 637).

³²² S. 1945, I, p. 29.

³²³ *Ibid.*, p. 30 (en note).

³²⁴ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud* (Rec. CE 1952, p. 14).

³²⁵ CE, Sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise* (Rec. CE 1952, p. 401).

n'était pas une autorité étatique. La décision surprend d'autant plus que le Conseil d'État n'avait eu aucun problème jusque-là à reconnaître la responsabilité et, par conséquent, le rattachement du gouvernement de fait de Vichy à l'État français.

Dès lors, il est difficile de savoir si, à partir de 1952, le Conseil d'État avait entendu en revenir à une identification du gouvernement de fait et de l'usurpation – un retour à la conception politique en somme – ou au contraire s'il cherchait à bien ancrer la dichotomie entre le gouvernement de fait (illégal mais légitime, comme le GPRF) et l'« autorité de fait » (relevant de l'usurpation)³²⁶. Les deux interprétations sont insatisfaisantes et guère étayées par les intentions du GPRF lors de la restauration de la légalité républicaine. En effet, la notion de gouvernement de fait était bien connue des hommes de la France libre et ne paraissait pas assimilée à celle d'usurpation³²⁷, rendant assez probable la distinction de l'une et l'autre dans le langage des acteurs de cette période. Est-ce pour autant qu'il y a eu une volonté concrétisée de consacrer le régime de Vichy comme un gouvernement usurpateur, nul et non avenu, jusque dans ses effets les plus drastiques et les autorités de la France libre comme un gouvernement de fait valide quoique sans titre ? L'intention est assez probable, le résultat beaucoup moins certain³²⁸. Si l'ordonnance du 9 août 1944 proclame, sur le principe, l'inexistence et la nullité du gouvernement, le régime juridique qu'elle met en place est bien plus ambigu et se rapproche davantage de celui d'un gouvernement de fait³²⁹ ; de plus, les termes de gouvernement et d'autorité de fait sont tous deux utilisés indistinctement pour qualifier Vichy dans la législation du GPRF³³⁰, ce qui semble s'opposer à la consécration de deux concepts clairement distincts. En réalité, la démarche des autorités de restauration de la légalité républicaine fut simplement pragmatique : faire remonter l'illégalité du

³²⁶ D'autant plus que si la décision du 4 janvier 1952, *Époux Giraud* est consignée notamment sous la sentence « assignations à résidence prononcées par le gouvernement de fait » (*Rec. CE*, 1952, p. 14), dans la jurisprudence postérieure ne subsiste que le syntagme hérité de l'ordonnance du 9 juin 1944 d'« autorité de fait se disant gouvernement de l'État français ».

³²⁷ En témoigne par exemple une lettre de Léon Blum adressée au Comité de libération nationale en octobre 1942 : dans cette lettre, Blum dresse un bilan de la situation et de l'avenir qu'il entrevoit dans le cadre d'une libération du territoire et souligne bien l'illégitimité du gouvernement de Vichy dont la disparition *ipso facto* ne souffre aucune contestation. Il ouvre alors la voie à une table rase : « [s]ur cette table, un nouveau gouvernement de fait doit s'installer sans aucun délai. [...] La tâche et le mandat de ce gouvernement sont d'ordre temporaire, intérimaire ». Il est ainsi certain que non seulement l'expression de gouvernement de fait est connue et utilisée pour désigner un gouvernement intérimaire mais, de surcroît, elle vise tout aussi bien un gouvernement légitime (celui qu'appelle Blum de ses vœux) qu'illégitime, puisque si un nouveau gouvernement de fait doit se mettre en place, il présuppose qu'il en existait un ancien qu'il convient de supplanter, celui de Vichy (C. DE GAULLE, *Mémoires de guerre*, t. II, Paris, Plon, 1956, p. 377).

³²⁸ V. en ce sens : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*..., *op. cit.*, p. 204 *sqq.* et p. 222 *sqq.* L'auteur affirme que la solution retenue par les autorités de restauration de la légalité républicaine est en rupture avec la théorie du gouvernement de fait et qu'elle se place plutôt dans le sillon d'une interprétation de Vichy comme d'une usurpation. Toutefois, il reconnaît que cette qualification est « contraire aux critères de l'usurpation » (*ibid.*, p. 223).

³²⁹ En ce sens, *cf.* Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 320 *sqq.*

³³⁰ En effet, plusieurs actes du GPRF emploient indépendamment le terme de « gouvernement de fait » ou d'« autorité de fait se disant gouvernement de l'État français ». Par exemple, une ordonnance du GPRF du 25 avril 1945 validant les actes promulgués postérieurement au 16 juin 1940 relatifs au régime spécial des retraites des ouvriers mineurs et assimilés, de leurs veuves et de leurs orphelins (S. 1945, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1833).

gouvernement et de ses actes au 16 juin 1940, afin notamment de pouvoir prononcer l'invalidité de l'armistice signé par son gouvernement – quand bien même il fut tout à fait régulier sur le plan formel –, importa davantage que toute démarche dogmatique³³¹.

Cependant, à partir de 1952, le Conseil d'État adopte une lecture politique des événements et des textes et fait un choix entre ces interprétations possibles, en assimilant juridiquement Vichy à un gouvernement usurpateur. Dès lors, en tentant d'aller jusqu'au bout d'une logique de catharsis par l'oubli, la jurisprudence s'efforce d'effacer des institutions une « parenthèse constitutionnelle »³³² en prenant l'ordonnance du 9 août 1944 au pied de la lettre. Malgré un revirement de cette jurisprudence avec les arrêts *Pelletier* en 2001 et *Papon* en 2002, qui reconnaissent la responsabilité de l'administration pour des agissements perpétrés durant l'occupation, le rattachement du gouvernement de Vichy à l'État n'est pas immédiatement établi³³³. Dans l'arrêt *Papon*, l'administration est bien présente et le Conseil d'État précise que la faute de service, dont il est question dans l'espèce, peut engager la responsabilité de l'État³³⁴. En revanche, aucun rattachement explicite n'est opéré entre l'État et Vichy : en ce qui concerne le Conseil d'État, Vichy n'a jamais été un gouvernement de l'État français quoiqu'il en assume tout de même la responsabilité³³⁵. L'avis du Conseil d'État du 16 février 2009 *Hoffman-Glemane*³³⁶ est plus clair sur ce point : il reconnaît explicitement la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait des actes de déportation commis par l'autorité de Vichy. Il va même plus loin, puisqu'il franchit le pas du rattachement, en évoquant le « rôle joué par l'État » dans ces actes³³⁷. Toutefois, l'innovation conceptuelle reste de courte durée, puisque l'institution administrative renoue avec la jurisprudence de 1952 et la lecture de l'inexistence institutionnelle du gouvernement de Vichy et son appréhension à l'aune de l'usurpation. Dans une décision de 2018 qui concerne la nature d'archives personnelles du général de Gaulle³³⁸, le Conseil d'État s'attache à une lecture extrêmement dogmatique de l'ordonnance du 9 août 1944 qui proclame que « [l]a forme

³³¹ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux ne manquent pas de relever que du point de vue du GPRF, il s'agit là d'une « thèse juridiquement contestable mais politiquement nécessaire » (B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, éd. FONDATION CHARLES DE GAULLE, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 806).

³³² Une vision des choses que l'on retrouve parfois encore aujourd'hui. Sur le site internet de la Direction de l'information légale et administrative, le gouvernement de Vichy y est encore mentionné comme une parenthèse constitutionnelle, de manière nuancée toutefois (en ligne : <https://www.vie-publique.fr/fiches/268978-regime-de-vichy-et-resistance-1940-1944>. Consulté le 10/07/2020). Ce point de vue est cependant largement remis en cause. Par exemple, v. J.-P. AZÉMA, « Vichy. La République entre parenthèses », *Tous républicains ! Origine et modernité des valeurs républicaines*, éd. R. BELOT, Paris, Armand Colin, 2011 (*Recherches*), p. 57-60 ; E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 567.

³³³ CE, 6 avril 2001, *Pelletier et autres* (Rec. CE 2001, p. 173) ; CE, 12 avril 2002, *Papon* (Rec. CE 2002, p. 139).

³³⁴ Rec. CE 2002, p. 139.

³³⁵ V. en ce sens : H. RASSAFI-GUIBAL, « Une histoire de France par le Conseil d'État. À propos de la qualification d'archives publiques des télégrammes du Général de Gaulle, Note sous CE, Ass., 13 avril 2018, *Association du Musée des Lettres et Manuscrits et autres*, req. n° 410939 », *Revue générale du droit en ligne*, 2018, numéro 29576 [en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29576. Consulté le 4 octobre 2021], particulièrement la seconde partie de l'article.

³³⁶ Rec. Avis, p. 43.

³³⁷ *Ibid.*, p. 46.

³³⁸ CE, 13 avril 2018, *Association du musée des lettres et manuscrits et autres* (Rec. CE 2018, p. 131).

du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Il conserve la formule ambiguë d'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » pour qualifier l'autorité installée à Vichy³³⁹. Allant plus loin encore, il affirme que « la France libre et la France combattante et, par la suite, le Comité français de la libération nationale et le Gouvernement provisoire de la République française, ont été, à compter du 16 juin 1940, dépositaires de la souveraineté nationale et ont assuré la continuité de la République »³⁴⁰. Ainsi, la jurisprudence la plus récente du Conseil d'État n'est finalement que le prolongement de ses décisions de 1952³⁴¹.

Il est tout de même possible d'en minorer la dimension politique, puisqu'on retrouve probablement ici une démarche pragmatique du juge : faire en sorte que les brouillons du général de Gaulle soient qualifiés d'archives nationales³⁴². Néanmoins, ce pragmatisme a ses limites et paraît relever davantage d'une interprétation téléologique, qui conduit les cours suprêmes françaises à se contredire. En effet, un an plus tôt, la Cour de cassation, dans un arrêt de 2017 concernant les archives personnelles de Philippe Pétain, reconnaissait que Pétain était depuis le 16 juin 1940 « chef de l'État français ». Elle allait dans le même sens que la Cour d'Appel qui, dans son arrêt du 24 novembre 2015, affirmait « qu'il n'est plus discuté que [l'autorité dénommée gouvernement de Vichy] participe de la continuité de l'État français pour la période du 16 juin 1940 jusqu'à la Libération »³⁴³. Les décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont donc difficilement conciliables, si ce n'est incompatibles puisque le Conseil d'État, en 2018, refuse de reconnaître qu'il ait pu exister deux gouvernements de fait au sein de l'État. Il importait de faire état de ces récentes décisions, car loin d'appartenir seulement au droit positif contemporain, elles comportent une très forte

³³⁹ *Ibid.*, p. 132-133.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 132.

³⁴¹ F. MELLERAY, « Où était l'État français entre 1940 et 1944 », *RFDA*, t. 4, 2018, p. 773. Pour le rapporteur Edouard Crépey cette décision ne rompt pas avec la jurisprudence *Papon* de 2002 et avec l'avis de 2009 *Hoffman-Glemane*, dès lors que l'on ne saurait déduire « de l'obligation faite à l'État de réparer les fautes de Vichy [...] que Vichy était l'expression politique de l'État ». Or, selon Fabrice Melleray, il y a justement une rupture et un retour à la jurisprudence antérieure, car le Conseil d'État prend bien soin de préciser que dans sa décision de 2018, l'apport de la décision *Papon* et de l'avis *Hoffman-Glemane* subsiste dès lors que « les faits et agissements de l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'État français" et de l'administration française qui en dépendait engagent la responsabilité de la puissance publique, le débiteur de cette responsabilité ne pouvant être que l'État ». Il explique ainsi que le Conseil d'État a lui-même conscience de la contradiction de sa décision avec sa propre jurisprudence.

³⁴² C'est ainsi l'opinion émise par Edouard Crépey, le rapporteur public sur cette affaire, pour qui le Conseil d'État ne doit pas écrire l'histoire, mais se borner à dire le droit. Dire le droit consiste néanmoins ici à se rattacher à une amarre quasi sacrée, l'ordonnance du 9 août 1944, qui constitue pour le rapporteur « un guide de lecture qui nous paraît déterminer non seulement le sens de la solution du litige, mais aussi les termes dans lesquels il y a lieu de trancher » (*Rec. CE* 2018, p. 136). Cette démarche ne peut pourtant pas se passer d'une interprétation de l'ordonnance de 1944, interprétation qui ne dit pas seulement le droit, mais détermine les présupposés et les choix épistémologiques opérés par la juridiction. Partant du principe que l'ordonnance est un texte éminemment ancré dans l'histoire (en ce sens et sur la nature de ce texte : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 320 *sqq.*), il paraît difficile de prétendre rendre une décision neutre sur ce sujet et les circonlocutions du Conseil d'État dans l'arrêt laissent à penser qu'il en est lui-même conscient.

³⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 février 2017, n° 16-12.922.

dimension historico-juridique. Par son appréciation téléologique, le juge reste bloqué sur le problème d'interpréter la doctrine de la Libération et l'ordonnance de 1944 et c'est à l'aune de l'histoire du droit qu'elles doivent se lire.

La jurisprudence relative à Vichy met en exergue la duplicité, au sens de ce qui est double, du sens allégué au gouvernement de fait et qui rend si épineuse la question de savoir ce que signifie l'absence de titre à gouverner. Soit il est considéré comme un gouvernement à part entière, doté certes d'une capacité juridique moindre et provisoire, mais apte à faire fonctionner l'État en l'absence d'institutions légales – en somme un concept au service de l'idée de continuité de l'État – ; soit rejeté hors du droit tel une usurpation dans cette dichotomie du fait et du droit qui voudrait que ce qui n'appartient pas à l'un relève, *ipso facto*, de l'autre. Les ambiguïtés dans le langage du législateur de 1944-1946 tout comme l'embarras du Conseil d'État pour qualifier le gouvernement de Vichy montrent pourtant qu'il n'y a pas de réelle tentative d'ériger deux concepts spécifiques, le gouvernement d'un côté et l'autorité du fait de l'autre. Au contraire, pragmatiquement, les autorités publiques ont tendance à jouer sur la double approche du gouvernement de fait. Lorsqu'il qualifie le GPRF, il désigne un organe illégal mais légitime ; lorsqu'il s'agit du gouvernement de Vichy, c'est une usurpation, illégale et illégitime³⁴⁴. Cela n'est pas sans compliquer la tâche car, lorsqu'est employé le terme de gouvernement de fait, il faut alors rechercher les caractéristiques du gouvernement en question, l'intention de celui qui emploie la notion et le régime juridique qu'il entend lui imputer, afin de savoir s'il définit ledit gouvernement comme un organe illégal mais légitime ou, au contraire, comme une usurpation. Une illustration de cela se trouve dans la doctrine : en 1944 dans deux articles, Marcel Waline au *Jurisclasseur*³⁴⁵ et George Berlia à la *RDP*³⁴⁶ traitent de l'ordonnance du 9 août 1944 relative à la restauration de la légalité républicaine et relèvent tous deux les ambiguïtés d'un concept qui peut se voir appliquer deux régimes juridiques radicalement différents : la nullité ou la validité des actes³⁴⁷. L'inconvénient majeur est que cela laisse planer des incertitudes quant à l'application de telle ou telle solution de droit à une situation donnée. Ces ambiguïtés conceptuelles, couplées à l'intérêt que suscitent les périodes de crise constitutionnelle, incitent alors la doctrine à se pencher sur la question de la légitimité des gouvernements de fait.

³⁴⁴ V. en ce sens les développements de Georges Vedel sur le sujet. L'auteur affirme que la législation des autorités de la Libération traite du gouvernement de Vichy comme d'un gouvernement d'usurpation : G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 275.

³⁴⁵ M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP-G*, I, 1945, p. 441.

³⁴⁶ G. BERLIA, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *RDP*, t. 60, 1944, p. 319-320.

³⁴⁷ Sur ce point : *cf.* Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 279 *sqq.*

B. L'hypothèse doctrinale d'une légitimité juridique pour un concept utile de gouvernement de fait

Sur le plan théorique, la question soulevée par les événements relatifs à la Commune ou au régime de Vichy est de savoir s'il est possible de s'appuyer sur une légitimité qui ne soit pas fondamentalement rattachée à des valeurs. En somme, est-il possible de reconnaître une part de légitimité à un gouvernement dont on peut rejeter les valeurs qu'il a prônées tout en sachant qu'il a été effectif et a pu se prévaloir d'un certain assentiment ? Un tel angle d'attaque implique de mettre de côté la légitimité politique, forme exogène à l'ordre juridique positif³⁴⁸, pour se concentrer au contraire, comme il se dégage plutôt des arrêts vus avant, sur la recherche d'une légitimité interne à l'ordre juridique et qui ne fasse pas (ou le moins possible) appel à des principes immanents ou transcendants. Dès lors, en refusant un « monisme de la légitimité »³⁴⁹, on peut émettre l'hypothèse suivante : là où la légitimité politique consiste à déterminer le bon gouvernement selon un principe politique donné, la légitimité juridique s'attacherait à la perception de ce que l'organe agit selon la mission qui lui a été attribuée ou, dans de rares cas comme ceux des gouvernements de fait, qu'il s'est attribué lui-même³⁵⁰.

Si les événements relatifs à Vichy et, plus globalement, à l'établissement de régimes autoritaires en Europe sont propices au débat sur la légitimité des gouvernements³⁵¹, cette préoccupation traverse néanmoins tout le XX^e siècle. Dès 1913, l'énigme de l'existence d'une légitimité qui soit propre aux gouvernements de fait, sans en passer par la légitimité politique traverse l'étude de Raymond Gaudu, dans sa thèse justement intitulée *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec le gouvernement de fait*³⁵². Par ailleurs, l'internationaliste Ferdinand Larnaude, au lendemain de la Première Guerre mondiale, affirme rejeter le principe monarchique pour une étude du gouvernement de

³⁴⁸ Cf. *supra*, p. 53. En ce sens, la légitimité politique consiste à déterminer quelle est la bonne forme de gouvernement par une recherche de la conformité du titre du pouvoir ou de son exercice à la philosophie politique dominante au sein du groupe social. Par exemple, la forme républicaine ou monarchique de l'État.

³⁴⁹ Selon l'expression de Charles Eisenmann qui cherche à identifier plusieurs niveaux autonomes de légitimité : juridique, politique et morale. Le parti est pris dans ce propos d'accepter certaines prémisses affirmées par Eisenmann, sans en rejoindre toutes les conclusions (notamment l'identification de la légitimité juridique à la légalité à laquelle conduit la doctrine de cet auteur). Pour davantage de détails, v. C. EISENMANN, « Sur la légitimité juridique des gouvernements », *loc. cit.*, p. 124.

³⁵⁰ La distinction de la légitimité politique qui serait externe à l'ordre juridique, avec la légitimité juridique qui serait interne permet d'analyser des exercices typologiques de la légitimité qui ont parfois été mis en concurrence alors qu'ils ne se situaient pas sur le même plan. Par exemple, les différents types wébériens (légitimité traditionnelle, charismatique et légale-rationnelle) correspondent chacun à un *motus operandi* de l'institution qui tend à se conformer à la règle formelle d'édiction des normes ou d'exercice du pouvoir dans l'État, en somme à des formes de légitimité juridique (M. WEBER, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 126-127.). À l'inverse, Guglielmo Ferrero s'intéresserait plutôt au spectre de la légitimité politique de son temps, en distinguant au sein de deux grandes tendances – qui correspondent à la souveraineté nationale (ou populaire) et au principe monarchique – les légitimités démocratique, élective, aristo-monarchique et héréditaire (G. FERRERO, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris, Plon, 1945, *passim*, notamment p. 16 *sqq.*).

³⁵¹ Par exemple Guglielmo FERRERO (*Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, *op. cit.*) ou encore Alexandre KOJÈVE (*La notion de l'Autorité*, Paris, Gallimard, 2004), voire également G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, *passim*.

³⁵² R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, *passim*.

fait et dégage une « légitimité nouvelle, qui a remplacé celle des familles et des dynasties ». Elle trouve son fondement dans le pacte constitutionnel, soit par le biais d'élections soit par le biais d'une procédure juridique³⁵³. Dans le même temps, à la fin des années 1920, Louis Lécharny affirme que le gouvernement de fait est certes un « gouvernement sans loi, entendant ce mot au sens le plus général d'ordre juridique », mais il a le souci de la légalité, faisant parfois substituer le droit du régime déchu. Il cherche, malgré son absence de titre, à se doter de fondements solides³⁵⁴. Lécharny prétend ainsi, dans l'étude des gouvernements de fait, vouloir échapper à toute idée de légitimité au sens de droit divin, de souveraineté nationale ou d'hérédité³⁵⁵. Ces auteurs s'inscrivent dans la ligne de la doctrine du gouvernement de fait du siècle précédent, mais s'en distinguent tout de même en refusant d'ériger – explicitement tout du moins – le principe de la souveraineté nationale comme critère de reconnaissance du gouvernement. Leur objectif n'est pas de combattre le principe monarchique, mais de s'intéresser aux phénomènes juridiques qui se développent au sein de l'État en marge de la légalité.

Ainsi, le rejet de principes exogènes à l'ordre juridique étatique pousse les auteurs à rechercher un autre type de légitimité pour justifier le pouvoir de fait. Scipione Gemma explique en 1924, que « puisque l'ordre social impose un gouvernement, et non tel ou tel gouvernement, on voit que cette nécessité justifie tout gouvernement existant ». Il s'interroge afin de savoir qui peut juger que le gouvernement soit conforme à « l'esprit du peuple »³⁵⁶. Voulant éviter de trop longs débats sur la question de l'interprète autorisé du peuple, il s'arrête sur la définition minimale d'une « nécessité qui légitime un nouveau gouvernement parce qu'elle le crée, le consolide et le conserve », affirmant alors la prééminence du fait sur le droit en la matière. On retrouve ici deux éléments fondateurs des gouvernements de fait : la nécessité et l'effectivité. Gemma ajoute cependant un dernier élément indispensable : un gouvernement de fait, s'il veut se consolider et durer, a besoin du consentement des gouvernés³⁵⁷. Cet assentiment nécessaire est admis également par la plupart des auteurs, à commencer par Gaston Jèze, à la même époque, lorsqu'il développe sa théorie de l'investiture plausible³⁵⁸. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'étude d'une légitimité interne à l'ordre juridique connaît un regain d'intérêt dans les études consacrées aux gouvernements de fait. C'est notamment le point

³⁵³ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 466 *sqq.* et p. 469 *sqq.* : « Les organes ou représentants de l'État sont tous soumis à la loi, en ce sens qu'ils doivent être investis de leurs fonctions conformément aux règles prescrites par la Constitution ou les lois, qu'à cette condition seulement leur autorité peut se produire légitimement [...] ». L'auteur reste tout de même flou sur le contenu qu'il impute à la légitimité, faisant reposer son édifice théorique exclusivement sur la volonté populaire.

³⁵⁴ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 20. Il s'appuie d'ailleurs sur l'étude de Ferdinand Larnaude pour étayer son propos.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 25.

³⁵⁶ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 314 *sqq.* L'auteur s'inspire coup sur coup de Kant et de Hegel pour ses deux affirmations.

³⁵⁷ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 317.

³⁵⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du Droit Administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 344 *sqq.* ; v. également : Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 263 *sqq.*

de départ de Maurice Duverger dans un article à la *RDP* de 1945³⁵⁹. Sous couvert de s'intéresser aux fondements du pouvoir du GPRF, il constate que, de prime abord, la question de la légitimité ne semble pas pertinente pour le gouvernement de fait, puisqu'elle serait contenue dans le critère matériel de l'effectivité du pouvoir. Or, il ajoute qu'en pratique plus le gouvernement de fait viole l'ordre juridique ancien, plus il cherche à démontrer sa propre légitimité³⁶⁰. Il insiste alors sur la pertinence et la nécessité d'une étude de la légitimité du gouvernement de fait, notamment pour le distinguer juridiquement de l'usurpation ; une réflexion qui traverse les études consacrées à ce sujet après la Seconde Guerre mondiale³⁶¹.

Si, en son sens le plus large, la légitimité est l'outil privilégié pour mesurer ce qui « confère au Pouvoir sa plénitude et sa force »³⁶², elle répond alors à un besoin d'acceptation de l'autorité des gouvernants par les membres du corps politique. Pour reprendre le constat dressé par Olivier Beaud, « [l]e passage de la légalité à la légitimité est inévitable si l'on estime que le pouvoir suppose de la part de ceux qui doivent y adhérer la croyance en ce pouvoir ou le fait d'y adhérer »³⁶³. Celui qui prétend à la souveraineté se doit d'invoquer – ou d'essayer de faire reposer son pouvoir sur – un principe de légitimité. Partant, le recours à la légitimité juridique – sans forcément en employer le nom – est mis à profit pour compléter la légalité sans tomber dans le jugement politique. Par le rejet d'une norme de référence externe (comme c'est le cas pour la légitimité politique), le prisme de la légitimité juridique met le curseur sur la production d'une justification du pouvoir soit autoproduite soit produite par une autorité supérieure³⁶⁴. En ce sens, la légitimité juridique s'attache à l'apparence de conformité entre la mission de l'organe et sa réalisation. En période normale d'exercice du pouvoir par les autorités constituées, elle peut se rapprocher fortement de la légalité, mais du point de vue des gouvernés, au sens wébérien d'une légitimité légale-rationnelle (une forme d'acceptation du pouvoir)³⁶⁵. Elle complète ainsi le principe de légalité plus qu'elle ne se s'y superpose. Néanmoins, la recherche de la légitimité juridique est plus aisée dans le cas d'organes constitués, puisqu'elle tiendrait alors en la comparaison des principes

³⁵⁹ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 73-100.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 73-75.

³⁶¹ Ce point est également souligné dans les années qui suivent par Charles Rousseau, Charles Gossens et par Ernst Wolf : C. Rousseau, « Le gouvernement de fait en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, 1957, p. 235 *sqq.*, C. GOSENS, « Les gouvernements de fait en Belgique », *ibid.*, p. 272, E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 49 *sqq.*

³⁶² S. GOYARD-FABRE, « La légitimité », *Revue de Théologie et de Philosophie*, t. 122/2, 1990, p. 235.

³⁶³ O. BEAUD, « Souveraineté », *Dictionnaire de la philosophie politique*, *op. cit.*, p. 740. Et l'auteur d'ajouter que « la souveraineté, en tant que pouvoir, présuppose un principe de légitimité qui est une “justification du pouvoir”, c'est-à-dire du “droit de commander” (G. Ferrero) ».

³⁶⁴ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 53-54 : « Une légitimité externe serait la conformité des normes à des valeurs extra-systémiques. [...] La légitimité interne par contre est une caractéristique non du système lui-même, mais de certaines de ses actions. Une action est légitime, en ce sens, si elle a été accomplie conformément à une norme du système ».

³⁶⁵ M. WEBER, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 126 : c'est-à-dire « l'autorité fondée sur l'obéissance qui s'acquiesce des obligations conformément au statut établi ».

posés dans le corpus constitutionnel avec la pratique de ces organes. Mais *quid* de la situation des gouvernements de fait qui, justement, sortent en partie ou en totalité du cadre normatif de la constitution existante ? S'appuyant sur les évolutions d'un XIX^e siècle en proie aux nombreux changements informels de gouvernement, la doctrine qui s'intéresse à ce problème au XX^e siècle, cherche à le résoudre en faisant du gouvernement de fait un outil utile du positivisme juridique. La légitimité juridique devient un moyen de contourner le problème de l'absence de titre, pour éviter d'occulter totalement les périodes de transitions constitutionnelles. Comme le dit Hauriou, l'intérêt de la légitimité n'est pas de faire consacrer le pouvoir par une loi, « il s'agit de le mettre en relation avec les institutions » ; le gouvernement provisoire « devient légitime indirectement quand il est rattaché constitutionnellement, par des institutions gouvernementales, à l'institution de l'État »³⁶⁶. Ainsi, sous couvert de rechercher des critères d'identification du gouvernement de fait, la doctrine s'empare de ce concept pour rendre compte de l'architecture constitutionnelle des régimes lors des transitions constitutionnelles ; c'est-à-dire, sous l'apparente discontinuité, de la cohérence entre le principe de légitimité auquel le gouvernement peut se rattacher et ses institutions politiques³⁶⁷.

³⁶⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 31-32.

³⁶⁷ Pour reprendre ici une expression d'Olivier Beaud à propos de la V^e République : « la cohérence d'un régime tient à l'adéquation entre son principe de légitimité et ses institutions politiques, son architecture constitutionnelle ». O. BEAUD, « À la recherche de la légitimité de la V^e république », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, éd. D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET, *et alii*, Paris, Economica, 2006, p. 154.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les mutations de la notion de gouvernement de fait en France s'inscrivent dans une histoire plus large du positivisme juridique. D'abord assimilé à une usurpation, il devient progressivement cet organe particulier de l'État, réduit à son absence de titre constitutionnel, mais parfois considéré comme apte à assurer provisoirement le gouvernement. Le passage d'une conception politique à une conception institutionnelle (quoique les deux usages perdurent parallèlement) accompagne un changement de perception au fondement du droit, de la norme juste à la norme positive. Le terme de gouvernement de fait est alors de moins en moins employé à titre prescriptif, au sens d'une injonction à un devoir être – ou ne pas être, une situation à éviter et à rejeter – et davantage à titre descriptif, comme un fait accompli, dont il faut tirer le meilleur profit en dépit d'une mauvaise fortune. Cette évolution conduit à une inversion de la dynamique entre légalité et légitimité et, finalement, au primat de la première sur la seconde. Le gouvernement n'étant alors plus défini essentiellement à l'aune de sa légitimité politique, il devient possible de penser juridiquement l'autorité illégale mais dotée de la capacité d'administrer provisoirement l'État. La légitimité peut alors réinvestir l'espace laissé vacant du bien-fondé du pouvoir, dans une perspective juridique qui se distingue de la légalité. Différencier ces deux formes de légitimité, dont l'une serait exogène à l'ordre juridique, tandis que l'autre serait endogène, permet d'éviter de faire du gouvernement de fait un objet juridique non identifié, source d'incertitudes et d'insécurité juridique. Ce faisant, la légitimité juridique permet de rechercher une explication à l'exercice du pouvoir en contournant les dangers liés à la qualification d'usurpation, argument politique affublé des oripeaux du droit. Elle incite également à envisager les tensions entre droit et politique inhérentes aux transitions constitutionnelles dans une perspective dynamique et non pas statique³⁶⁸. En ce sens, la légitimité juridique correspond davantage à un processus de légitimation qu'à la seule conformité à une norme supérieure ou antérieure³⁶⁹. Elle constitue alors le moyen, pour le gouvernement de fait, de surmonter son illégalité, rendant possible d'appréhender en droit les périodes de guerre civile, d'insurrection et de révolution. Elle constitue la pierre

³⁶⁸ Pour reprendre une lecture dynamique du droit explicitée par Maurice Hauriou puis approfondie par Georges Burdeau : Hauriou critique une assimilation de l'ordre objectif à l'ordre statique (il se place là dans sa controverse avec Kelsen) qui subordonnerait alors le dynamique au statique : « [c]ela aboutit pratiquement à l'arrêt du mouvement du droit ; or, le droit positif, qui se déroule dans le plan historique, est essentiellement un droit en mouvement ». (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 6) Burdeau approfondit cette tension entre le mobile et le statique lorsqu'il traite d'une « dialectique de l'ordre et du mouvement ». L'ordre étant du *mouvement assimilé*, et le mouvement de *l'ordre en puissance*, (G. BURDEAU, « La dialectique de l'ordre et du mouvement », *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, éd. J.-M. DENQUIN, Paris, LGDJ, 2011, p. 531 sqq.).

³⁶⁹ Ce qui explique qu'une approche strictement normativiste ne puisse conduire qu'à un rejet du gouvernement de fait en tant qu'objet juridique, en ce qu'elle considère le « principe de légitimité » comme « [l]e principe qu'une norme ne peut être posée que par l'organe compétent, c'est-à-dire l'organe habilité à cet effet par une norme supérieure » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 272). Il en va de même en prétendant trouver la source de la légitimité dans la conformité à une norme supérieure tirée du droit naturel.

de touche du gouvernement de fait. C'est pourquoi on trouve ponctuellement cette attitude, chez certains juristes lorsqu'ils sont en présence d'un tel phénomène, consistant à rechercher les preuves de la validité du pouvoir sur le fondement de données endogènes à l'ordre juridique. Afin de savoir si le gouvernement illégal a pu bénéficier d'une légitimité, on s'interroge sur son effectivité et son assentiment et, avant tout, sur sa nécessité.

Chapitre 2 Nécessité

Héritage d'une longue tradition juridique, la nécessité permet d'aller au-delà du droit, en faisant appel à un ordre normatif supérieur ou subrogatif. Là où il y a nécessité, le droit s'efface en présence de quelque chose qui le dépasse, de quelque chose de plus impératif que lui. Des adages comme *necessitas non habet legem* ou *necessitas est lex temporis*³⁷⁰ traduisent cette tension entre droit et nécessité. Les gouvernements de fait, puisqu'ils sont justement dénués d'un titre légal, ont abondamment recours à des justifications tirées de l'idée de nécessité. L'origine viciée de leur pouvoir ne peut se passer d'une telle justification. Scipione Gemma explique ainsi que lorsqu'on cherche à résoudre la question de la légitimité des gouvernements de fait, il faut aller chercher la réponse dans « cette nécessité naturelle des hommes et des choses, qui est la source première de tout droit », une « nécessité primitive d'ordre social » qu'il justifie au travers de conceptions issues de l'École du droit naturel³⁷¹. La nécessité est donc à mettre en relation avec l'idée de perpétuité de l'État : elle fournit des arguments à l'assurance de sa survie.

Davantage que pour l'effectivité et l'assentiment, la nécessité est un critère déclaratif. Le parti est alors pris de considérer que les institutions ont un langage qui leur est propre. De ce fait, il est possible de leur imputer des actes de langage, des énoncés qui ont une prétention performative et dont la réalisation dépend de plusieurs facteurs. Il peut s'agir d'énoncés à prétention normative³⁷² ou encore de simples proclamations, qui ne visent

³⁷⁰ Le premier adage signifie que « nécessité n'a pas de loi ». Il serait attribué au pape Félix IV († 530) avant que Charles Loisel ne s'en empare sous sa forme francisée. Le second, issu d'une citation de Sénèque, veut que « la nécessité est la loi du moment ». V. pour davantage de détails sur ces adages : J. LE MAUFF, « Un cas d'appropriation temporelle d'une doctrine canonique : l'argument de la *necessitas* comme justification de l'exception en matière fiscale », *Le Moyen Âge. Revue d'Histoire et de philologie*, t. 126, 2020, p. 83-98 ; F. ROUMY, « L'origine et la diffusion de l'adage canonique *Necessitas non habet legem* (VIII^e-XIII^e s.) », *Medieval Church Law and the Origins of the Western Legal Tradition. A Tribute to Kenneth Pennington*, éd. W.P. MÜLLER, M.E. SOMMAR, Washington, Catholic University of America Press, 2006, p. 301-319 ; L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 468 *sqq.*

³⁷¹ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 313. Une idée que l'on retrouve chez différents auteurs tels que Hauriou qui traite du « caractère naturel et nécessaire du pouvoir, [qui traduit] l'impossibilité pour les groupes humains de subsister sans un gouvernement » (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 29). Burdeau évoque aussi la « nécessité de l'ordre » comme justification du gouvernement de fait, mais précise qu'elle n'est vraiment pertinente qu'en cas de vacance du pouvoir (G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 580).

³⁷² Pour étayer ce propos, on se référera à la théorie du langage et particulièrement, ici, à John Austin. Pour le professeur d'Oxford, certains actes de langage sont *performatifs*, contrairement aux actes dits *constatatifs* : par le simple fait de leur énonciation ils produisent une action (J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, trad. G. LANE, *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991 (*Points*), *passim*, notamment p. 42 *sqq.*). Cette distinction semble profitable pour une étude du droit politique, en ce que les institutions, par leurs énoncés juridiques, prétendent à la performativité de leurs actes ; c'est ce qui est entendu par le syntagme d' « énoncés à prétention normative ». Sur un tel terme : A. LE DIVELLEC, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre "droit de la constitution" et système de gouvernement) », *Droits*, t. 44/2, 2006, p. 105 ; v. aussi : A. LE DIVELLEC, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, t. 4, 2010 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-de-constitution-259.html>]. Consulté le : 21/08/2020]. Si de tels énoncés n'ont aucune portée, si, donc, le langage des institutions n'est pas performatif, cela traduit une défaillance de leur part.

pas à prescrire un comportement mais juste à convaincre. Dès lors, les gouvernements de fait développent une rhétorique de la persuasion, un discours fondé sur la nécessité de leur pouvoir. Dans leur langage, le critère de la nécessité prend deux formes, alternant au cours de l'histoire selon le but que se donne le gouvernement : une nécessité de préserver les institutions et une nécessité révolutionnaire, qui avance l'impératif de les transformer³⁷³. La nécessité de préservation correspond, de la part du gouvernement, à une posture fondée sur une prétendue neutralité³⁷⁴ et un pragmatisme évident. L'idée est de nier ou d'occulter tout caractère partisan à l'exercice du pouvoir. Le gouvernement se présente alors comme un *negotiorum gestor*³⁷⁵, un gestionnaire des affaires de l'État durant une période de transition constitutionnelle dont les éléments de justifications du pouvoir reposent sur l'urgence et, surtout, la nécessité de pallier un vide institutionnel, dans l'attente d'une organisation définitive des pouvoirs. La nécessité révolutionnaire, au contraire, résulte d'une rhétorique offensive : le gouvernement prétend être contraint de transformer le droit, de bouleverser ou de renverser les institutions, pour promouvoir un ordre juridique nouveau. Le but qu'il s'assigne – par exemple le Salut public, la société idéale, le renversement d'un type d'organisation sociale – nécessite un pouvoir

³⁷³ Cette rhétorique a d'ailleurs été prise au sérieux par les auteurs qui distinguent deux situations – qui correspondent à ces deux formes de nécessité – où un gouvernement de fait prend place : à la suite d'un renversement du pouvoir ou d'une révolution, ou bien à la suite d'une vacance ou d'une déshérence du pouvoir. V. E.-G. NICOLOPOULOS, *Les notions de légitimité et de légalité en Grèce de 1967 à 1974*, [th. droit, Paris] 1980, p. 10.

³⁷⁴ Prétendue, car il peut aussi s'agir d'une posture politique qui vise une meilleure acceptation du pouvoir de fait. La rhétorique bonapartiste de la neutralité, par exemple, est une composante substantielle de son pouvoir qui constitue, paradoxalement, une position idéologique.

³⁷⁵ Ce terme, issu du droit privé, apparaît sous la plume de l'avocat général Laplagne-Barris pour qualifier un gouvernement de fait, dans ses conclusions sur un arrêt de la Cour de Cassation du 26 janvier 1830 *De Layton contre De Vauban* (Sirey 30, I, p. 153). L'appréhension des gouvernements de fait par le biais de la gestion d'affaire, et les apories juridiques qui y sont liées, sont détaillées dans la seconde partie de ce propos : cf. Partie II – Titre I, p. 275.

temporaire délié du droit positif et de ses contraintes. C'est sur cette idée que les gouvernements révolutionnaires et ceux de restauration³⁷⁶ fondent leur pouvoir³⁷⁷.

Entre ces deux ordres, transformation de l'ordre juridique et *negotiorum gestio*, il y a une alternance des discours et des actes par les différents gouvernements de fait qui exercent le pouvoir durant les transitions constitutionnelles de la Révolution à la Libération. Pour le comprendre, il faut prendre le langage des gouvernements au sérieux, avec ce qu'il contient d'artifices, d'arrière-pensées, de bonne foi ou de travestissement du réel, car du caractère convaincant ou non des justifications avancées peuvent dépendre la nature et l'étendue des pouvoirs reconnus au gouvernement. Ainsi, de 1789 à 1870, il est possible de discerner un primat du langage révolutionnaire des gouvernements qui s'adjoint, voire parfois transcende, la nécessité de préserver l'État (**section 1**). En somme, la nécessité légitime une transgression du droit positif au travers de l'idée révolutionnaire d'une entreprise salvatrice du gouvernement. En revanche, à partir de 1870, le recours à une nécessité révolutionnaire connaît un déclin – malgré une résurgence avortée durant la Seconde Guerre mondiale –, au sens où le gouvernement de fait cherche moins à dépasser le droit qu'à s'en accommoder ; il prétend davantage agir pour assurer la gestion des affaires de l'État le temps de la régularisation constitutionnelle des institutions³⁷⁸ (**section 2**).

³⁷⁶ La révolution et la restauration sont rapprochées dans cette étude par leurs rhétoriques juridiques et non par leurs fins et leurs buts. La restauration peut être lue, juridiquement, comme une révolution contre la révolution. Au regard du droit politique, leurs rhétoriques sont relativement proches, tandis que les fins diffèrent. Si cette idée paraît contre-intuitive, on peut pourtant la retrouver jusque chez certains penseurs de la restauration, à commencer Joseph de Maistre. En effet, chez lui, la « contre-révolution » constitue un renversement, mais par le haut. Elle convoque « toutes les vertus » contre la Révolution qui a « outrag[é] la morale ». Politiquement, révolution et restaurations sont différentes puisqu'elles s'opposent, mais lorsqu'il est question de leur nécessité, ces deux notions convergent autour de l'emploi du même argument centré sur l'évidence : l'inéluctabilité de la transformation de l'ordre juridique. Comme la Révolution fut une punition divine pour expier les péchés de la France, la contre-révolution naîtra des nécessités de l'ordre et aura lieu par un renversement, une forme de révolution (expurgée de sa coloration politique de 1789). Pour aller plus loin, v. J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, IX et X (*Œuvres. Suivies d'un Dictionnaire Joseph de Maistre*, éd. P. GLAUDES, Paris, Robert Laffont, 2007, p. 254 *sqq.*, notamment p. 258-259). Entre autres concordances cocasses, on peut noter le lapsus de Joseph de Maistre dans certaines éditions des *Considérations*, qui écrit « révolution » au lieu de « contre-révolution » dans le texte (par exemple : J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Londres, s.n., 1797, p. 155 ; v. aussi : *Œuvres. Suivies d'un Dictionnaire Joseph de Maistre*, éd. P. GLAUDES, *op. cit.*, p. 860 pour la note explicative de la p. 254). Au-delà de la simple anecdote, cela illustre le rapport de ressemblances-disssemblances qui traverse les notions de restauration et de révolution lorsqu'elles sont saisies par le droit : proximité des moyens pour des fins radicalement différentes. Il apparaît donc possible de rapprocher la rhétorique juridique des différents gouvernements de restauration de celle des gouvernements révolutionnaires.

³⁷⁷ Cela ne les empêche pas de s'appuyer également sur des arguments issus de la nécessité de préservation – l'urgence ou la défense par exemple – pour renforcer leur légitimité à agir.

³⁷⁸ Il convient de préciser que dans l'ensemble de ces discours, la nécessité est envisagée à l'aune des transitions constitutionnelles, c'est-à-dire d'une sortie permanente de l'ordre juridique en vue de la fondation d'un nouveau gouvernement. En somme, le cadre d'analyse se rapproche davantage de la révolution que de l'état d'exception, qui implique quant à lui une sortie seulement temporaire du droit au nom de la nécessité et une restauration de l'ordre ancien, comme l'explique François Saint-Bonnet. En ce sens : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 308 *sqq.*

Section 1 Le primat de la nécessité révolutionnaire

En tant que justification du pouvoir du gouvernement illégal, l'hypothèse d'une nécessité révolutionnaire, retenue comme l'argument qui autorise l'accomplissement d'un but politique, se développe dans le contexte de la Révolution française, pour connaître une postérité tout au long du XIX^e siècle. En s'attachant à l'analyse des mécanismes d'autojustification des gouvernants de fait, il est notable de constater qu'après l'affirmation nette de la nécessité révolutionnaire comme moyen de dépasser le formalisme du droit pour promouvoir un changement d'ordre constitutionnel, l'utilisation de ce discours tend à se diluer. Les gouvernants vont avoir parfois tendance à s'appuyer davantage sur une nécessité de préservation, qui se voudrait plus neutre, moins partisane. Pourtant, ressurgissent çà et là des gouvernements qui font reposer leur pouvoir sur une nécessité de transformer le droit et les institutions. L'histoire de ces discours gouvernementaux de 1789 à 1851 est alors celle d'une alternance et parfois d'une confusion entre ces justifications. La Révolution française marque l'essor d'un type particulier de gouvernement de fait qui, justifiant son pouvoir par la nécessité révolutionnaire, perdura comme une référence constante par la suite (§1). La période qui s'étend de 1799 à 1851 voit alterner, de manière bien plus nuancée, des gouvernements de fait dont le discours balance entre nécessité de renverser les institutions et nécessité de les préserver (§2).

§1. La nécessité par l'action : le gouvernement révolutionnaire (1792-1799)

La Révolution permet d'identifier une forme spécifique d'utilisation de la nécessité, fondée sur l'idée que le gouvernement de droit correspondrait à la forme normale d'exercice du pouvoir, le gouvernement révolutionnaire devenant, dans le discours de ses promoteurs, l'entité fondatrice de cette forme normale, c'est-à-dire du pouvoir de droit. C'est sur cet acte créateur que le gouvernement révolutionnaire fonde sa nécessité. En ce sens, il justifie son pouvoir par une entreprise active de transformation du droit et de l'État. Il constitue alors l'un des principaux types de gouvernements de fait et l'étude de sa construction intellectuelle durant la Révolution est nécessaire pour comprendre le langage d'une grande partie des gouvernements de fait dans l'histoire constitutionnelle française, nourris de cette référence. Ce critère de la nécessité révolutionnaire n'est d'abord pas affirmé comme un impératif de fondation, mais comme un argument défensif, de la protection du peuple face au danger immédiat. Par la suite, il est mobilisé comme un argument offensif, le gouvernement révolutionnaire devant permettre le Salut du peuple. Ainsi, le raisonnement se fait en deux étapes : une genèse en 1792 autour du moment conventionnel (A), puis une affirmation franche, notamment sous la plume de Robespierre dès 1793 (B).

A. *Le moment défensif : la préservation du peuple (1792-1793)*

Dès le mois de septembre 1791, la France connaît le premier de ses régimes politiques vivant sous l'empire d'une constitution écrite. Le roi, Louis XVI, partage son pouvoir avec une Assemblée législative et la cohabitation de ces deux autorités constituées ne se fait pas sans atermoiements. Ils ne présagent pourtant en rien l'orage qui se précipite à l'été 1792. La patrie est déclarée en danger le 11 juillet³⁷⁹ et, jusqu'au mois d'octobre 1793, les événements s'enchaînent, si bien que l'on assiste tour à tour à la chute de la Monarchie puis à l'exécution du Roi, au vote d'une nouvelle constitution – celle de l'an I – et son immédiate suspension avec la proclamation d'un gouvernement révolutionnaire, dont la théorie se dessine à la faveur de sa pratique. Durant cette période, les rapports de force entre Girondins et Montagnards s'inversent progressivement en même temps que s'affirme une doctrine spécifique qui servira de modèle de référence, plus ou moins consciemment, pour nombre de gouvernements de fait par la suite : celle du gouvernement révolutionnaire.

Indépendamment de toute classification préétablie, les révolutionnaires – particulièrement les Montagnards – prétendent qu'il existe au moins trois types de gouvernements. Le gouvernement constitutionnel est celui de la situation normale ; le gouvernement d'exception est une transgression passagère au temps constitutionnel pour le préserver du danger ; le gouvernement révolutionnaire est hors de la constitution, car il doit justement la faire advenir pour fonder la République³⁸⁰. Au-delà, n'existent que les tyrans. Selon cet ordre des choses, le gouvernement révolutionnaire est légitimé par le but politique qu'il se donne à accomplir. Cette théorie prend d'abord appui sur le rôle de défense du gouvernement d'exception, face à un danger immédiat qui menace le peuple (1), avant de, progressivement, s'affirmer par le caractère essentiellement fondateur de ce qui devient le gouvernement révolutionnaire, se plaçant alors au-devant du danger (2).

1. *Le gouvernement face au danger*

L'argument d'une nécessité intrinsèque au gouvernement de fait est présent dès 1792. Le 3 juillet, Vergnaud estime que « déclarer la patrie en danger » est nécessaire pour le Salut du pays. La France avait déclaré la guerre au roi de Bohême et de Hongrie (François II) le 20 avril 1792. Pour le Girondin, l'aggravation de la situation extérieure de la France, avec le ralliement de la Prusse à la maison d'Autriche, rend l'urgence indispensable face, notamment, aux divisions de l'intérieur auxquelles il faut prendre garde³⁸¹. Il utilise le champ lexical de la nécessité et s'appuie sur la préservation de l'État

³⁷⁹ Décret du 11 juillet 1792 (*Duvergier*, 1, 4, 289).

³⁸⁰ F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 305. Selon les mots mêmes de Robespierre : « le but du gouvernement constitutionnel est de conserver la République ; celui du gouvernement révolutionnaire est de la fonder » (M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 5 nivôse an II – 25 décembre 1793 », *Pour le bonheur et pour la liberté : discours*, éd. Y. BOSCH, F. GAUTHIER, S. WAHNICH, Paris, La Fabrique, 2000, p. 273).

³⁸¹ F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 292 *sqq.*

face aux contre-révolutionnaires de toutes obédiences et aux dangers d'un retour du despotisme³⁸². Au terme de son discours, il apparaît évident à l'orateur qu'une situation exceptionnelle justifie un gouvernement exceptionnel. Le 11 juillet, Hérault de Séchelles soumet à l'Assemblée un rapport sur la proclamation de la patrie en danger³⁸³, dans lequel il juge la mesure indispensable, notamment pour préserver la Constitution et la philosophie politique de la Révolution, qui seraient en danger³⁸⁴. La nécessité ainsi proclamée justifie à elle seule les mesures d'exception envisagées.

Un pas supplémentaire est franchi dans la nuit du 9 au 10 août 1792. L'Assemblée législative, en même temps qu'elle suspend l'exécutif, décrète l'urgence, à la suite des événements qui vont bientôt conduire à la chute de la royauté et à la mise en place d'une souveraineté de type parlementaire. Les deux événements sont liés : au nom de la Constitution et de sa protection, au nom de la sauvegarde de la patrie, les élus de la nation n'hésitent pas à subvertir la division des pouvoirs prévue par la Constitution pour suspendre le pouvoir exécutif et exercer ses prérogatives³⁸⁵. La double justification de l'urgence et de la sauvegarde de la patrie conduit l'idée de nécessité à être affirmée comme une évidence³⁸⁶, qui justifie alors de transgresser l'ordre juridique établi, puisque cette transgression vise, *in fine*, la protection de cet ordre. Mais surtout, l'évidence devient alors, constitutionnellement, un argument auto-réalisateur de la nécessité. Il n'y a pas besoin de la prouver, puisqu'elle est affirmée comme allant de soi ; il suffit de la déclarer. Elle est étayée sur la crainte du retour au despotisme.

Triompher du despotisme implique de trouver un critère de distinction entre le provisoire et le définitif ; c'est le peuple qui permet de tracer cette frontière : si, pour préserver du tyran, il faut avoir recours à l'état d'exception, c'est à lui qu'échoit, *in fine*, la mission de choisir les institutions définitives, comme l'énonce Danton lors de la séance du 21 septembre 1792³⁸⁷. De même, lorsque Quinette affirme que les députés n'ont pour « mission que de faire un gouvernement positif et le peuple optera ensuite entre l'ancien,

³⁸² Séance du 3 juillet 1792 (*A.P.*, 1, 46, 78 *sqq.*). Vergnaud prévient des dangers contre les « manœuvres nobiliaires » et « sacerdotales » responsables des « troubles de l'intérieur » (*ibid.*, p. 79).

³⁸³ Séance du 11 juillet 1792 (*A.P.*, 1, 46, 335 *sqq.*).

³⁸⁴ Séance du 11 juillet 1792 (*A.P.*, 1, 46, 336, 1.).

³⁸⁵ Séance du 10 août 1792 (*A.P.*, 1, 47, 649, 1.) : « L'Assemblée nationale, considérant qu'il importe de régler la forme de ses décrets pendant la suspension du pouvoir exécutif, décrète qu'il y a urgence ». Dès lors, l'Assemblée exerce le pouvoir législatif et celui de gouvernement, en violation de l'article 4 du titre III de la Constitution de 1791. S'ouvre alors une période constitutionnelle confuse, comme le relève Julien Boudon, durant laquelle les acteurs hésitent à fonder leur action sur la violation de la constitution pour la sauver, ou bien sur son anéantissement de fait pour préserver la patrie : J. BOUDON, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, 2006, p. 192-193. Une autre interprétation juridique de cet événement consiste à considérer qu'en violant la lettre de la Constitution, les députés en préservent en réalité l'esprit, en ce qu'elle était pensée comme une arme contre le Roi. C'est notamment sur cette idée que s'appuient lesdits députés ; v. *ibid.*, p. 190.

³⁸⁶ Pour plus de détails sur l'utilisation de l'évidence dans le discours de 1792, v. F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception, op. cit.*, p. 295 *sqq.*

³⁸⁷ Séance du 21 septembre 1792 (*A.P.*, 1, 52, 1.) : « Il ne peut exister de Constitution que celle qui sera textuellement, nominativement acceptée par la majorité des assemblées primaires ». Cette mesure est d'ailleurs votée le 21 septembre à la première séance publique de la Convention.

où se trouvait une royauté et celui que nous lui présenterons »³⁸⁸, il entend d'abord dire qu'il existe, dans les circonstances exceptionnelles, une nécessité à exercer un gouvernement provisoire, mais que seul le peuple peut donner au gouvernement sa forme définitive. Les débats qui se jouent ultérieurement à la Convention tournent autour de la légitimité de ce gouvernement provisoire. C'est ce qui ressort notamment de la séance du 15 février 1793, durant laquelle Condorcet présente son projet de Constitution. Lafargue de Grangeneuve demande, dans un éclat de voix, « que l'on délivre la nation de cet horrible comité [de sûreté générale] »³⁸⁹. Il n'est pas le seul à avoir des griefs à l'encontre des détenteurs du pouvoir car dans l'attente d'une constitution définitive, le provisoire divise. Condorcet s'emploie donc à légitimer le pouvoir en place, tout en cherchant à résoudre dialectiquement une dichotomie entre le temps révolutionnaire et le temps de paix³⁹⁰.

Les discours révolutionnaires de 1792-1793 mettent ainsi en évidence une distinction : d'une part le gouvernement constitutionnel et, d'autre part, celui d'exception – chargé de préserver le premier en cas de danger. Mais le second n'est encore envisagé que comme une forme contenue juridiquement dans le premier. La crainte du despotisme va permettre l'établissement théorique et pratique d'une catégorie spécifique de pouvoir qui se détache de l'ordre constitutionnel en vigueur³⁹¹. En 1793, cette évolution se fait au travers de l'affirmation selon laquelle il existerait un type de gouvernements qui viserait non plus à préserver la situation normale, mais à la faire advenir. Il s'agit de la théorie du gouvernement révolutionnaire. Avant d'être pleinement consacrée par Robespierre, Billaud-Varenne et Saint-Just en esquissent les formes.

2. *Le gouvernement au-devant du danger*

Le 4 août 1793, la Constitution de l'an I est ratifiée, avant d'être placée, le 10, dans une arche de cèdre³⁹². Moins d'un mois plus tard, le 5 septembre, le Tribunal révolutionnaire est réorganisé et la terreur, si elle n'est pas mise à l'ordre du jour, est bien présente dans les esprits³⁹³. Le discours révolutionnaire permet de dessiner les contours de ce qui va devenir une véritable théorie du gouvernement révolutionnaire³⁹⁴. Après la

³⁸⁸ Séance du 21 septembre 1792 (*A.P.*, 1, 73, 2).

³⁸⁹ Séance du 15 février 1793 (*A.P.*, 1, 58, 583, 1.) : la suite est étouffée par le bruit, elle n'est pas reproduite.

³⁹⁰ Séance du 15 février 1793 (*A.P.*, 1, 58, 583 *sqq.*).

³⁹¹ Au gouvernement d'exception, contenu dans celui de droit puisqu'il est chargé de le préserver, le gouvernement de fait se distingue en ce qu'il est extérieur à lui. Il ne doit plus le protéger mais le fonder.

³⁹² J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Flammarion, 2018, p. 76.

³⁹³ L'histoire a parfois retenu que le 5 septembre correspondait formellement à une mise à l'ordre du jour de la terreur à la Convention, ce qui n'a pas été le cas, comme l'a démontré Jean-Clément Martin : J.-C. MARTIN, *Violence et Révolution. Essai sur la naissance d'un mythe national*, Paris, Le Seuil, 2006, p. 188 *sqq.* ; v. aussi : A. JOURDAN, « La journée du 5 septembre 1793. La terreur a-t-elle été à l'ordre du jour ? », *Visages de la Terreur. L'exception politique de l'an II*, éd. M. BIARD, H. LEUWERS, Paris, Armand Colin, 2014, p. 45-60.

³⁹⁴ Le gouvernement révolutionnaire est traité, dans cette étude, en ce qu'il constitue un type particulier de gouvernement de fait. La théorie qui découle de la pratique jacobine a donné lieu à une abondante littérature ; de manière non-exhaustive, il est possible de consulter : J. BOUDON, *Les jacobins...*, *op. cit.*, particulièrement p. 201 *sqq.* ; M. OZOUF, *De Révolution en République. Les chemins de la France*, Paris, Gallimard, 2015 (*Quarto*),

loi du 17 septembre 1793 sur les suspects, le vote de la loi du maximum général et la création de la Commission des subsistances en octobre 1793 et dans la continuité des soulèvements à Lyon, Marseille, Toulon, Bordeaux et en Vendée, le constat est présenté comme évident : *la Convention est en danger*³⁹⁵. Le comité de Salut public est mis sous pression au sein de cette Assemblée. Par la voix de Saint-Just, il lui présente, le 10 octobre 1793 (19 vendémiaire an II), un plan de réorganisation du gouvernement de la République, dont l'article 1^{er}, resté célèbre, prévoit que « le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix »³⁹⁶. L'esprit de ce discours est entièrement tourné vers la nécessité de fonder la République et d'annihiler la monarchie.

L'impératif d'une forme non-constitutionnelle de gouvernement est d'ordre juridique dans le discours de Saint-Just, car « il est impossible que les lois révolutionnaires soient exécutées, si le gouvernement lui-même n'est pas constitué révolutionnairement »³⁹⁷. Saint-Just promeut alors, malgré le paradoxe apparent, la nécessité d'un dépassement de la loi positive, pour faire triompher le Droit. L'ordre juridique révolutionnaire, selon cette doctrine, *doit être*, en dépit du droit qui *est*, car il se fonde sur un idéal qui dépasse le droit positif et justifie les illégalités. Ce qui relève objectivement d'une légitimité *contra legem*, au sens où elle implique d'aller à rebours du droit positif, n'est pourtant pas perçu comme tel dans le discours révolutionnaire : son droit est légitime non pas seulement du fait de l'idéal politique qui anime le gouvernement, mais aussi parce qu'il porte en lui une normativité temporaire et nécessaire qui justifie d'attenter à l'ordre constitutionnel en place³⁹⁸. La rhétorique révolutionnaire présuppose en réalité une légitimité *supra legem*. C'est pourquoi l'ordre juridique de la Révolution est ambigu en ce qu'il se juxtapose sur l'ordre constitutionnel en vigueur tant que cela est nécessaire³⁹⁹.

L'idée selon laquelle la mission du gouvernement provisoire doit perdurer jusqu'à l'établissement d'une société parfaite (c'est-à-dire la République, dans le discours

particulièrement p. 269 *sqq.* ; J. JAURÈS, *Histoire socialiste de la Révolution française*, t. 4, Paris, Les éditions sociales, 2015 (*Les Essentielles*), particulièrement p. 300 *sqq.* ; S. CAPORAL, « Gouvernement révolutionnaire et représentation », *Le concept de représentation dans la pensée politique*, éd. ASSOCIATION FRANÇAISE DES HISTORIENS DES IDÉES POLITIQUES, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 [Actes du colloque d'Aix-en-Provence. 2002], p. 227-251 ; F. BRUNEL, « Gouvernement révolutionnaire », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. J.-R. SURATTEAU, F. GENDRON, Paris, PUF, 1989 (*Quadriège*), p. 514-516 ; F. FURET, « Gouvernement révolutionnaire », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, éd. F. FURET, M. OZOUF, Paris, Flammarion, 1988, p. 574.

³⁹⁵ L.-A. DE SAINT-JUST, « De la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire jusqu'à la paix, Rapport du 19 vendémiaire an II », *Revue Obsidiane*, t. 30 suppl., 1886, f. 1.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*, f. 8.

³⁹⁸ J. BOUDON, *Les jacobins...*, *op. cit.*, p. 207-208. Cette normativité est d'autant plus légitime juridiquement qu'elle ne repose pas sur la constitution mais sur le peuple souverain, de qui procède tout le droit constituant : v. O. JOUANJAN, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, t. 17, 1993, p. 132. Le comité de Salut public se présente, en effet, comme le représentant du peuple agissant pour fonder la République : S. CAPORAL, « Gouvernement révolutionnaire et représentation », *loc. cit.*, p. 249 *sqq.*

³⁹⁹ Il n'y a juxtaposition entre ces deux ordres « qu'autant que la Convention n'investit pas le domaine constitutionnel » nuance cependant Julien Boudon, dans la mesure où c'est cette assemblée qui décide en dernier ressort de la normativité constitutionnelle. Les députés demeurent cependant timorés à l'idée de légiférer en revenant sur des principes constitutionnellement établis. V. J. BOUDON, *Les jacobins...*, *op. cit.*, p. 212-213.

montagnard) transparait déjà le 5 septembre 1793. En effet, l'appel à la Terreur, à la faveur d'une adresse émanée d'une députation des Amis de la liberté et de l'égalité, a été effectué pour imposer la Constitution à ceux qui la refusaient encore et cela « jusqu'à ce que la surface entière de la République soit purgée de tous les traîtres et jusqu'à la mort du dernier conspirateur »⁴⁰⁰. Le discours de Saint-Just du 19 vendémiaire, par l'injonction faite aux révolutionnaires de ne se reposer qu'à leur mort⁴⁰¹, ne dit rien de moins. Cependant, contrairement à ce qui a été demandé le 5 septembre, il n'est plus question le 10 octobre d'imposer la Constitution, mais de la suspendre pour justement la voir triompher. Cette inversion – suspendre la norme pour mieux l'appliquer – apparaît contre-intuitive, mais selon cette logique, c'est parce que le gouvernement est le moyen le plus sûr pour faire advenir la République qu'il faut lui laisser les mains libres. Danton l'affirmait déjà, dans son discours sur la suppression du ministère du 1^{er} août 1793, lorsqu'il expliquait qu'il fallait, « en attendant que la Constitution soit en activité et pour qu'elle puisse l'être, que votre comité de Salut public soit érigé en gouvernement provisoire »⁴⁰². Ce gouvernement provisoire, condition *sine qua non* de l'application de la Constitution, tire précisément sa légitimité de son but : faire advenir la situation normale. Seulement, le raisonnement est paradoxalement renversé, ce ne sont plus les partisans de la Constitution qui veulent son application ; tout au contraire, ce sont ses ennemis. En effet, dans le discours montagnard, ceux qui souhaitent l'établissement de la Constitution sont les contre-révolutionnaires : puisque la situation normale ne peut être établie du fait des troubles et de l'insécurité, son application entraînerait *de facto* sa fragilisation. Il faut donc une situation d'exception pour en garantir l'application future⁴⁰³. En somme, pour défendre la constitution, pour la mettre hors de portée de ses ennemis, il faut la suspendre.

Les conclusions de Saint-Just sont affinées un mois après, dans le rapport de Billaud-Varenne du 18 novembre 1793 (28 brumaire an II)⁴⁰⁴. Ce discours est une critique de la tyrannie, visant à expliquer que le gouvernement révolutionnaire est nécessaire pour la vaincre. Cependant, à l'instar de l'orateur du 10 octobre, il ne le définit pas de manière positive. Il se borne à insister sur le fait qu'il doit avoir les mains libres pour agir en faveur de la République, car « si les révolutions sont nécessaires pour briser

⁴⁰⁰ Séance du 5 septembre 1793 (*A.P.*, 1, 73, 419, 2.).

⁴⁰¹ L.-A. DE SAINT-JUST, « De la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire... », *loc. cit.*, f. 9 : « Ceux qui font des révolutions dans le monde, ceux qui veulent faire le bien, ne doivent dormir que dans le tombeau ».

⁴⁰² O. JOUANJAN, « La suspension de la constitution de 1793 », *La constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français ?*, éd. J. BART, *et alii*, Dijon, Édition universitaires de Dijon, 1997, p. 161.

⁴⁰³ L.-A. DE SAINT-JUST, « De la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire... », *loc. cit.*, f. 11 : « Il faut donc que notre gouvernement regagne d'un côté ce qu'il a perdu de l'autre. Il doit mettre tous les ennemis de la liberté dans l'impossibilité de lui nuire à mesure que les gens de bien périssent ». V. également O. JOUANJAN, « La suspension de la Constitution de 1793 », *loc. cit.*, p. 161. L'auteur insiste bien sur ce point, la rhétorique montagnarde vise à inverser normalité et exception : ce sont les ennemis qui veulent la normalité, et pour les neutraliser – et permettre à la normalité d'advenir – il faut avoir recours à l'exception.

⁴⁰⁴ Séance du 18 novembre 1793 (28 brumaire an II) (*A.P.*, 1, 79, 451 *sqq.*).

le joug de la servitude, la force du gouvernement devient indispensable pour cimenter les bases de la liberté »⁴⁰⁵. Germe néanmoins l'idée, qui traverse également le discours de Robespierre, selon laquelle le gouvernement révolutionnaire doit être intransigeant avec les ennemis de la Révolution. En effet, Billaud-Varenne explique que si la terreur des tyrans s'exerce sur le peuple, celle du gouvernement révolutionnaire doit s'exercer pour venger la nation et la purifier de ses ennemis. L'objet même de cette terreur la légitime et la place au-dessus de tout soupçon, puisqu'elle ne vise pas la tyrannie mais le bien commun : « [c]ertes, ce gouvernement ne sera pas la main de fer du despotisme, mais le règne de la justice et de la raison »⁴⁰⁶. Ce discours aboutit à l'adoption du décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), qui proclame que « [l]a Convention nationale est le centre unique de l'impulsion du gouvernement »⁴⁰⁷. Les articles 1 et 2 de sa section III font remonter l'essentiel des compétences décisionnelles au comité de Salut public, qui exerce alors le gouvernement en devenant le noyau dur de la politique conventionnelle⁴⁰⁸. Dans le discours qui suit l'adoption de ce décret, fidèle à sa doctrine, Billaud-Varenne insiste sur la nécessité d'un gouvernement provisoire, « parce que ne pouvant procéder tout à l'heure à l'exécution de la Constitution, il faut un gouvernement révolutionnaire qui empêche que l'action du corps politique ne soit le résultat de l'arbitraire »⁴⁰⁹.

Le discours défensif des Montagnards – que Saint-Just vient synthétiser et Billaud-Varenne prolonger – insiste donc sur une tripartition qui est en même temps une évolution temporelle et dialectique : le gouvernement de fait est nécessaire à l'établissement d'un gouvernement constitutionnel, et lutte contre le gouvernement tyrannique. Chronologiquement, le premier temps est donc celui de la tyrannie, à quoi succède – et parfois se superpose – le gouvernement révolutionnaire, dans l'intention, *in fine*, de consacrer le meilleur régime, celui de droit. Se met donc en place une théorie du gouvernement contre le gouvernement dans laquelle l'œuvre révolutionnaire doit combattre l'état des choses actuel, aux fins de faire advenir la paix⁴¹⁰. Robespierre parachève cette théorie dans un discours resté célèbre.

B. Le moment offensif : le Salut du peuple (1793-1794)

Le 25 décembre 1793 (5 nivôse an II), en réponse à Camille Desmoulins qui demandait au comité de Salut public de faire preuve de clémence, Robespierre entérine la distinction entre le temps révolutionnaire – durant lequel il n'y a pas d'acquis définitifs, où tout est toujours susceptible d'être renversé – et le temps constitutionnel – celui de

⁴⁰⁵ *A.P.*, 1, 79, 452, 1.

⁴⁰⁶ *A.P.*, 1, 79, 457, 1.

⁴⁰⁷ Décret du 4 décembre 1793, section II, article 1 (*A.P.*, 1, 80, 630, 2.).

⁴⁰⁸ *A.P.*, 1, 80, 632 *sqq.*

⁴⁰⁹ *A.P.*, 1, 80, 635, 2.

⁴¹⁰ L.-A. DE SAINT-JUST, « De la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire... », *loc. cit.*, f. 3 : « Un peuple n'a qu'un ennemi dangereux, c'est son gouvernement ; le vôtre vous a fait constamment la guerre avec impunité ».

la victoire de la révolution, donc de la liberté⁴¹¹. L'Incorruptible synthétise les trois temps dégagés des discours déjà évoqués : la situation normale, l'exception et, avec beaucoup plus de précisions, la révolution. C'est dans ce dernier temps que le gouvernement de fait prend place. Robespierre insiste donc sur la dichotomie entre un temps révolutionnaire et un temps constitutionnel, le premier étant le moment nécessaire à l'établissement du second ; alors que la période d'exception est, pour lui, un moment temporaire de préservation de la constitution⁴¹². Le gouvernement révolutionnaire est donc un type de gouvernements qui tire la légitimité de son but, qui est la fondation ouvertement proclamée d'un ordre constitutionnel nouveau. Il se distingue en cela du gouvernement de la situation d'exception, dont le but est de préserver l'ordre constitutionnel. Cette définition emporte deux conséquences qui sont les principales différences juridiques entre l'exception et la révolution. Tout d'abord, l'état d'exception s'insère dans l'ordre juridique du gouvernement constitutionnel et n'en constitue qu'une exception temporaire et délimitée juridiquement, tandis que le gouvernement révolutionnaire, du fait de la nature même de son action, promeut un ordre juridique différent de celui en place, puisqu'il cherche à le renverser. Ensuite, la période d'exercice du gouvernement d'exception est temporaire et contingentée à la résolution d'une crise et vise, par conséquent, un retour à l'ordre établi ; sitôt les troubles passés, l'état d'exception est censé se dissiper pour laisser la place au gouvernement constitutionnel qui la précédait⁴¹³. En revanche, le gouvernement révolutionnaire ne cherche pas le retour à l'ancien ordre, mais plutôt à bâtir un droit nouveau aux fondements distincts.

La théorie du gouvernement révolutionnaire peut apparaître, de prime abord, comme essentiellement politique. Elle est pourtant aussi éminemment juridique. Comme l'explique Olivier Beaud : « c'est une dictature révolutionnaire qui débute classiquement comme pour toute dictature, par la suspension de la constitution [...] et qui se poursuit par une impressionnante série de mesures d'exception »⁴¹⁴. Ces exceptions sont justifiées par la nécessité. Néanmoins, la Terreur altère les principes du droit d'exception que renferme cette théorie, en transformant un droit conservateur en un droit fondateur. L'étude du gouvernement révolutionnaire, vu comme un type de gouvernements de fait, permet d'affirmer qu'au travers d'une certaine nécessité, qui implique de passer d'une idée de droit à une autre, d'un ordre constitutionnel à un autre, le gouvernement de fait est, *par nature*, différent du gouvernement de droit⁴¹⁵. Cette distinction fait ressortir la

⁴¹¹ M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, p. 273.

⁴¹² F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 305-306.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 6 *sqq.* et p. 308.

⁴¹⁴ O. BEAUD, « Ouverture : L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits. Revue française de théorie juridique*, t. 17, 1993, p. 14.

⁴¹⁵ Il importe de noter qu'il n'est pas *en soi* différent par nature, mais qu'il s'agit ici d'une différenciation qui est faite par les acteurs eux-mêmes. Il n'est pas question, ici, d'adopter une posture essentialiste. Cette distinction fondamentale entre gouvernements de fait et de droit est aussi faite par la doctrine. V. par exemple R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 2 ; L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 7 ; N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 1 ; S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 307.

nécessité spécifique du gouvernement révolutionnaire et la supériorité juridique du gouvernement constitutionnel. Dès lors, le critère de la nécessité se pense comme impliquant *de facto* son caractère temporaire (provisoire) et fondateur (consécration d'un ordre juridique nouveau). L'intervention du 25 décembre 1793 est un jalon essentiel, sans lequel il eût été difficile de penser le gouvernement révolutionnaire, puis le gouvernement de fait, comme fondamentalement différent du gouvernement de droit. Trois éléments qui ressortent de ce discours permettent d'appréhender le gouvernement révolutionnaire : le Salut du peuple (1), la vérité (2) et les rapports complexes entre vertu et terreur (3).

1. *Le Salut du peuple contre le despotisme*

Dans son discours du 5 nivôse, à la Convention, Robespierre explicite ce qu'il nomme « la théorie du gouvernement révolutionnaire » qui est « aussi neuve que la révolution qui l'a amené »⁴¹⁶. Dans la continuité des idées exprimées par Saint-Just et Billaud-Varenne, il réaffirme la nécessité d'un gouvernement qui sorte de la situation normale, pour raffermir le droit et faire triompher la République. Seulement, cette fois-ci, l'orateur énonce plus précisément ce que les Montagnards entendent derrière cette doctrine. Il ne théorise pas simplement un gouvernement qui sort temporairement du droit pour préserver l'État, il prône davantage une institution extra juridique qui vise sa transformation et celle de son ordre juridique. L'Incorruptible agit ici de façon programmatique pour répondre à une interpellation de Camille Desmoulins, parue dans *Le Vieux Cordelier*. Dans le troisième numéro – du 15 décembre 1793 (25 frimaire an II) – Desmoulins, en s'appuyant notamment sur Tacite, évoquait le risque de voir le régime provisoire montagnard dégénérer en tyrannie⁴¹⁷. Le discours de Robespierre est avant tout un moyen de rejeter l'accusation de despotisme, en justifiant l'action du gouvernement révolutionnaire. Ainsi, il est légitimé par ce qui alimente sa nécessité : l'objectif qu'il s'assigne, son but (la paix, l'ordre constitutionnel, la République). De surcroît, il s'agit là d'une obligation, d'un devoir, auquel le gouvernement ne peut se soustraire⁴¹⁸. Ce but, Robespierre, à l'instar des autres Montagnards, le trouve dans le Salut du peuple. Comme il l'exprime le 25 décembre : « [s]i le gouvernement révolutionnaire doit être plus actif dans sa marche et plus libre dans ses mouvements, que le gouvernement ordinaire, en est-il moins juste et moins légitime ? Non. Il est appuyé sur la plus sainte de toutes les lois : le Salut du peuple ; sur le plus irréfragable de tous les titres : la nécessité »⁴¹⁹. Le Salut du peuple rend donc nécessaire l'intervention du gouvernement. Il ne s'agit plus de seulement se défendre, mais bien aussi d'agir, de

⁴¹⁶ M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, p. 273.

⁴¹⁷ H. LEUWERS, « Construire une nouvelle catégorie politique : Robespierre et la théorie du gouvernement révolutionnaire », *La pensée constitutionnelle de Robespierre*, éd. E. FOREY, J.J. CLÈRE, B. QUIRINY, Paris, La mémoire du droit, 2018, p. 183.

⁴¹⁸ M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, p. 272 : « Tels sont les premiers devoirs que vous avez imposés à votre comité de Salut public ».

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 274-275.

transformer les institutions. Cette nécessité n'est pourtant pas arbitraire, car elle s'exerce au nom du vrai droit.

2. *La vérité, criterium de la légalité révolutionnaire*

Ce double étau du Salut du peuple et de la nécessité permet à Robespierre de constater que la période de paix est consacrée à la liberté civile, tandis que celle du gouvernement de fait se focalise sur la liberté publique⁴²⁰. Deux systèmes distincts sont à l'œuvre dans cette pensée : à l'ordre révolutionnaire correspond une légalité et un gouvernement éponymes, régissant principalement les libertés publiques, tandis que l'ordre constitutionnel connaît une légalité et un gouvernement de droit, s'occupant des libertés civiles⁴²¹. Ce qui légitime la distinction, c'est que lors d'une période de fondation de la République, l'État est la condition de l'instauration de la liberté, il faut donc le préserver ; les libertés civiles sont secondaires. En revanche, lorsqu'est advenue la paix, il est impératif de défendre les citoyens contre les abus éventuels des gouvernants⁴²². Dans le discours sur le gouvernement révolutionnaire, cette question des libertés civiles et publiques est donc celle qui trace la frontière entre les deux légalités distinctes, celle du temps de paix et celle de l'exception⁴²³. Le but de cette démarche, explique François Saint-Bonnet, est « [d]'exposer en quoi consiste l'ordre nouveau pour que les illégalités apparentes soient vues comme des légalités révolutionnaires, mais surtout faire en sorte que cela soit ou devienne une évidence »⁴²⁴. Ce renversement du principe de légalité, justifié par la nécessité, est justement ce qui constitue la clef pour pénétrer les incertitudes inhérentes aux gouvernements de fait. Le gouvernement révolutionnaire se nourrit de cette ambiguïté pour opérer un renversement : n'est plus légal ce qui est conforme à la constitution, mais ce qui est nécessaire pour la faire advenir. Du reste, cela pourrait constituer le premier jalon d'une distinction entre un concept de légalité et un concept de légitimité juridique attribué à la production normative de certains gouvernements et d'une prédominance du second sur le premier. C'est, semble-t-il, l'avis de Pierre Legendre qui évoque « *un apport fondamental de la Révolution française – un apport passé à la trappe et qui pourtant devait marquer durablement les affrontements sociaux en France –*, à savoir l'idée de Robespierre d'une double légalité : *combiner la légalité constitutionnelle et la légalité insurrectionnelle* »⁴²⁵.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 273.

⁴²¹ J. BOUDON, *Les jacobins...*, *op. cit.*, p. 210-211.

⁴²² *Ibid.*, p. 209. De plus, les lois révolutionnaires ne sont censées être que temporaires, durant le temps de leur nécessité : v. *ibid.*, p. 211.

⁴²³ En pratique, Julien Boudon souligne que la frontière n'est pas clairement définie entre un avant et un après ; plutôt que de parler de substitution, il conviendrait davantage de parler de superposition des ordres révolutionnaire et constitutionnel : le premier intervenant lorsque le second fait défaut, ce qui a pour conséquence que « le gouvernement révolutionnaire a une marche à la fois ordinaire et extraordinaire ». V. *ibid.*, p. 212.

⁴²⁴ F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 305.

⁴²⁵ P. LEGENDRE, *Fantômes de l'État en France. Parcelles d'histoire*, Paris, Fayard, 2015, p. 202 (souligné par l'auteur).

Robespierre explique ainsi que le gouvernement révolutionnaire est un organe transitoire (au sens de temporaire et fondateur en ce qu'il est chargé d'imposer un ordre constitutionnel nouveau), purificateur (afin de purger l'État de ses éléments indésirables) et extérieur à l'ordre juridique en place (délié des lois pour remplir sa mission). La question est de savoir ce qui justifie qu'il soit placé au-dessus et en dehors des lois. La réponse, selon le membre du comité de Salut public, est la suivante : le gouvernement doit avoir les mains libres car il a pour mission de déceler le vrai et de condamner le faux, de trancher entre le bien et le mal. Il se place sur le plan de la vérité, face à ses ennemis dans l'erreur. Lorsque Robespierre se demande : « [q]ui donc démêlera toutes ces nuances ? Qui tracera la ligne de démarcation entre tous les excès contraires ? » Il répond : « l'amour de la patrie et de la vérité »⁴²⁶, qui sont autant de qualités détenues par le gouvernement révolutionnaire. Il est, par conséquent, intrinsèquement dans l'action, puisqu'il doit constamment trancher en faveur du vrai. Ainsi, il n'est pas considéré par Robespierre comme un simple gouvernement provisoire, qui agirait en l'absence d'institutions régulières, pour gérer les affaires courantes lors d'une vacance du pouvoir, mais bien comme un organe combattant, détenteur de la vérité.

3. *Le credo du gouvernement révolutionnaire : terreur et vertu*

La certitude que le comité de Salut public détient la vérité légitime les méthodes employées. Le gouvernement révolutionnaire, explique Robespierre, « doit aux bons citoyens tout la protection nationale [*sic*] ; il ne doit aux ennemis du peuple que la mort »⁴²⁷, c'est-à-dire que ses deux principes sont la vertu et la terreur : il doit être vertueux avec les bons citoyens mais terribles avec ceux qui représentent un risque pour l'établissement de la République. Hervé Leuwers relève que cette affirmation du chef de la Montagne renvoie aux classifications des régimes de Montesquieu, selon qui chaque régime dispose d'un principe qui le caractérise : la vertu pour la démocratie, l'honneur pour la monarchie et la peur ou la terreur pour la tyrannie⁴²⁸. L'association de la vertu et de la terreur servirait, pour Robespierre, à établir deux dissociations, l'une entre le gouvernement révolutionnaire et le despotisme et l'autre entre ce même gouvernement et la République, en affirmant que le gouvernement révolutionnaire constitue une nouvelle catégorie dont le principe est à la fois la terreur et la vertu⁴²⁹. L'Incorruptible théorise ici la justification des moyens du gouvernement révolutionnaire : la vertu constitue le moyen comme la fin de la révolution et la terreur permet, en cas de nécessité, de la faire advenir. Dès lors, la vertu tempère et justifie la terreur⁴³⁰.

⁴²⁶ M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, p. 277.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 274. La citation est reprise telle quelle, sans corrections.

⁴²⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. I, *op. cit.* [livre III], p. 144, p. 149 et p. 150.

⁴²⁹ H. LEUWERS, « Construire une nouvelle catégorie politique : Robespierre et la théorie du gouvernement révolutionnaire », *loc. cit.*, p. 195-196.

⁴³⁰ Comme le résume Julien Boudon : « si la vertu se montre trop faible pour s'imposer, elle se voit adjoindre la terreur, mais celle-ci n'est pas abandonnée aux passions des uns et des autres car elle est sous le contrôle de la vertu » : J. BOUDON, *Les jacobins...*, *op. cit.*, p. 272.

Cette association de la terreur et de la vertu, dans la doctrine du gouvernement révolutionnaire en gestation, se retrouve quelques mois plus tard dans le rapport à la Convention de Billaud-Varenne, au nom du comité de Salut public, du 20 avril 1794 (1^{er} floréal an II). Ce discours – portant sur l'établissement de la démocratie et les buts de la guerre que mène le gouvernement – met en garde contre les dangers potentiels qui menacent le gouvernement révolutionnaire. D'un côté, le caractère populaire de l'action révolutionnaire est réaffirmé et rendu nécessaire⁴³¹, tandis que de l'autre les Montagnards fustigent le risque d'une captation ploutocratique ou autocratique de la Révolution, principalement par des militaires⁴³². Billaud-Varenne, par cela, établit une distinction entre gouvernement militaire – qu'il associe à la tyrannie – et gouvernement révolutionnaire. Surtout, dans la continuité de ce qu'affirmait Robespierre, il insiste sur le fait que si la tyrannie tend à l'aliénation, le gouvernement révolutionnaire vise la liberté, c'est donc pour cela qu'il doit jouir d'une plus grande latitude d'action, afin notamment d'inculquer la vertu⁴³³. Dès lors, sous l'égide du gouvernement révolutionnaire ne subsistent que les citoyens vertueux destinés à faire advenir la République, ou bien ses ennemis. Le projet de décret entérine cette idée : « [l]a Convention nationale [...] déclare qu'appuyée sur les vertus du peuple français, elle fera triompher la République démocratique, et qu'elle punira ses ennemis »⁴³⁴.

Ainsi, selon cette doctrine, le gouvernement révolutionnaire est le seul type de gouvernements de fait envisageable dans ce triptyque montagnard entre tyrannie, révolution et constitution. Il est *nécessaire* pour que triomphent la République et le gouvernement constitutionnel, face à la non-alternative que constitue le tyran. Les gouvernements illégaux de la première moitié du XIX^e siècle font leur cette rhétorique, mais la nuancent dans une alternance des discours, entre nécessité de préserver les institutions et nécessité de les renverser, ce qui permet d'identifier d'autres types au-delà du seul gouvernement révolutionnaire.

⁴³¹ J.-N. BILLAUD-VARENNE, *Convention nationale. Rapport fait à la Convention nationale, au nom du Comité de salut public par Billaud-Varenne, dans la séance du 1^{er} floréal l'an II de la république une et indivisible, sur la théorie du gouvernement démocratique, et sa vigueur utile pour contenir l'ambition, et pour tempérer l'essor de l'esprit militaire, sur le but politique de la guerre actuelle, et sur la nécessité d'inspirer l'amour des vertus civiles par des fêtes publiques et des institutions morales*, Paris, Imprimerie de la société des jeunes français, an II, p. 6 : « Les révolutions sont un état de guerre politique entre une nation poussée à bout, et les dominateurs qui l'ont pressurée ».

⁴³² *Ibid.*, p. 12 : « D'ailleurs, quand on a douze armées sous la tente, ce ne sont pas seulement les défections qu'on doit craindre et prévenir ; l'influence militaire, et l'ambition d'un chef entreprenant qui sort tout-à-coup de la ligne, sont également à redouter. L'histoire nous apprend que c'est par là que toutes les républiques ont péri ». Billaud-Varenne ne pouvait pas saisir, par anticipation, l'ironie que suscite cette assertion au regard du 18 brumaire de l'an VIII (le 9 novembre 1799, date du coup d'État de Napoléon Bonaparte).

⁴³³ *Ibid.*, p. 13 et p. 18 *sqq.*

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 23-24. Cette idée se trouvait déjà dans le discours de Robespierre : M. DE ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, p. 274.

§2. *Un discours protéiforme : entre nécessité de préserver les institutions et nécessité de les renverser (1799-1852)*

La pratique gouvernementale de la première moitié du XIX^e siècle intériorise l'argument révolutionnaire de la nécessité tout en apportant un recul critique sur son emploi. Dans un premier temps, si les gouvernements de fait de Napoléon Bonaparte et de Louis XVIII semblent reprendre à leur compte une justification fondée sur la nécessité révolutionnaire, ils en traduisent en réalité un premier fléchissement (A). Par la suite, certains gouvernements provisoires de l'époque de la Restauration, et des journées de juillet 1830, témoignent de la lente affirmation d'une nécessité de préservation (B). Enfin, l'étude des similarités et des différences entre le Gouvernement provisoire de la République française de 1848 et le gouvernement issu du coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte en 1851 permet de mettre en lumière une résurgence de la nécessité révolutionnaire (C).

A. *Le fléchissement de la nécessité révolutionnaire (1799-1815)*

Napoléon Bonaparte, lors de son coup d'État, se rend probablement compte que s'il veut clore la dernière décennie du XVIII^e siècle, il doit éviter de trop s'appuyer sur les justifications déployées à l'époque du gouvernement révolutionnaire. Il entreprend donc de renverser ce discours, passant de l'idée de faire la révolution, à celle de la terminer (1). Par un mouvement de balancier, le contexte des Cent-Jours en 1815 incite les deux gouvernements qui s'affrontent pour la restauration de leur pouvoir – celui de l'Empereur déchu et celui du Roi en exil – à reprendre à leur compte un discours révolutionnaire. Juridiquement, la joute rhétorique qui s'engage traduit une survivance nette mais critiquable de la nécessité révolutionnaire (2).

1. *Une tentative de syncrétisme : Napoléon et la nécessité de terminer la Révolution (1799)*

Le 9 novembre 1799 (18 brumaire an VIII), Napoléon Bonaparte, conformément à la stratégie du coup d'État prévu contre le Directoire, prétexte un complot jacobin pour transférer le Corps législatif à Saint-Cloud⁴³⁵ ; le lendemain, il se fait octroyer les pleins pouvoirs par un certain nombre de représentants du Conseil des Anciens et du Conseil des Cinq-Cents dans un acte législatif : la loi du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799) qui crée « provisoirement une commission consulaire exécutive » présidée alternativement par Sieyès, Roger Ducos et lui-même⁴³⁶. De ce 10 novembre (19 brumaire) jusqu'au 24 décembre (3 nivôse) – date à laquelle la Constitution consulaire

⁴³⁵ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France, de 1789 à nos jours*, Paris La Défense, LGDJ, 2020 (*Précis Domat*), p. 147-148.

⁴³⁶ Loi du 19 brumaire an VIII dite *loi qui remplace le Directoire exécutif par une commission exécutive, et les Conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux commissions composées chacune de vingt-cinq membres* (Duvergier, 1, 12, 1).

entre en vigueur – les trois consuls gouvernent. La spécificité du coup d'État de l'an VIII est de jouer à la fois sur des éléments de continuité et de rupture. Les Consuls provisoires s'appuient sur le frêle étai juridique que constitue la loi du 19 brumaire⁴³⁷, mais en enfrennent pourtant rapidement la lettre dans la pratique⁴³⁸. Bonaparte, pour justifier le changement de régime qu'il cherche à instituer, invoque une double nécessité en appuyant la compétence du Consulat provisoire : l'urgence, pour l'obtention de ses prérogatives (a) et l'impératif de terminer la révolution, pour justifier leur dépassement (b).

a. L'urgence de sauver les institutions

Napoléon se présente comme poussé à faire son coup d'État et à le faire avec célérité. En ce sens, il reprend une justification classique des coups d'État ou des révolutions⁴³⁹, l'urgence, mais l'utilise essentiellement pour neutraliser toute accusation de volonté révolutionnaire. L'urgence impose l'action, et son évidence dispense d'en administrer juridiquement la preuve. Napoléon n'aurait pas eu le choix, comme il l'affirme explicitement dans la proclamation du 19 brumaire an VIII, qui accompagne le renversement du gouvernement directorial :

« À mon retour à Paris, j'ai trouvé la division dans toutes les Autorités, et l'accord établi sur cette seule vérité, que la Constitution était à moitié détruite et ne pouvait sauver la liberté. Tous les partis sont venus à moi, m'ont confié leurs desseins, dévoilé leurs secrets, et m'ont demandé mon appui : j'ai refusé d'être l'homme d'un parti »⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cette loi paraît impropre à conférer au Consulat provisoire la nature d'un gouvernement de droit, d'abord en ce qu'elle demeure formellement inconstitutionnelle, les dispositions qu'elle contient ne relevant pas de la compétence du Conseil des Anciens (la dissolution du Directoire par exemple, ou la formation de nouveaux organes provisoires). Tout au mieux, elle dote le gouvernement de fait d'une quasi-légalité, c'est-à-dire une apparence de légalité, un substrat normatif temporaire et imparfait qui lui permet d'exercer *de facto* le pouvoir. Elle a ainsi l'apparence d'une loi d'exception, donc temporaire puisqu'elle appelle à un retour à l'ordre, mais constitue pourtant une *lex imperfecta*, dans la mesure où aucun dispositif de sanction ne permet d'empêcher sa transgression (elle ajourne le Corps législatif et supprime l'organe exécutif).

⁴³⁸ Le Consulat provisoire est chargé d'exercer la « plénitude du pouvoir directorial » et de « rétablir la tranquillité intérieure » c'est-à-dire l'ordre ; par ailleurs, la loi du 19 brumaire comporte une ambiguïté, dans la mesure où ses articles 11 et 12 prévoient les « changements à apporter aux dispositions organiques de la Constitution dont l'expérience a fait sentir les vices et les inconvénients » (art. 11), sur lesquels doivent travailler les deux commissions provisoires qui remplacent le pouvoir législatif. Ces changements « ne peuvent avoir pour but que de consolider, garantir et consacrer inviolablement la souveraineté du peuple français, la République une et indivisible, le système représentatif, la division des pouvoirs, la liberté, l'égalité, la sûreté et la propriété » (art. 12) (*Dwegier*, 1, 12, 1, souligné par nous). Or, ce qui apparaît comme un acte de conservation se traduit très rapidement comme une transformation du droit, puisqu'immédiatement, les Consuls provisoires travaillent eux-mêmes, non pas à modifier la Constitution, mais à l'élaboration d'une nouvelle constitution.

⁴³⁹ F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 130.

⁴⁴⁰ Proclamation du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799) : N. BONAPARTE, *Œuvres de Napoléon Bonaparte*, t. III, Paris, C. L. F. Panckoucke, 1821, p. 169.

Prenant ce contexte pour prétexte, il se présente comme contraint d'assurer le commandement face aux fauteurs de troubles de tous bords. L'urgence d'agir, présentée comme évidente, justifie que des pouvoirs étendus lui soient octroyés⁴⁴¹. Mais là où l'urgence révolutionnaire implique une œuvre réformatrice du droit et des institutions, Napoléon affirme, au contraire, qu'il agit dans l'intention de les sauver de ceux qui veulent les dévoyer. En ce sens, le général corse évoque les pressions subies lors de son intervention devant le conseil des Cinq-Cents ainsi qu'une tentative de le poignarder qui l'incita à brusquer les événements en dépit du droit⁴⁴². Tout est mis en œuvre pour enrober l'inévitable coup d'État d'une légitimité propre à dépasser les ruptures de la légalité ; il fallait le présenter comme nécessaire⁴⁴³. Ce constat est renforcé par Lucien Bonaparte, président du Conseil des Cinq-Cents, qui fait adopter une loi contenant une proclamation au peuple français, par laquelle la Chambre basse « approuve l'acte d'urgence » et qui adjoint la proclamation d'urgence prononcée par lui. La teneur de cet acte consiste à présenter Bonaparte comme le défenseur de l'État face à ses ennemis. Il n'est pas celui qui renverse l'État, mais celui qui l'empêche de sombrer⁴⁴⁴.

Le registre des délibérations du Consulat provisoire démontre également que le gouvernement de fait mobilise cette rhétorique pour fonder son pouvoir. Dès la première séance, le 20 brumaire, il s'appuie sur les motifs de la loi du 19 brumaire⁴⁴⁵, par laquelle : « le Conseil des Anciens, adoptant les motifs de la déclaration d'urgence qui précède la résolution ci-après, approuve l'acte d'urgence. [...] Le Conseil des Cinq-Cents, considérant la situation de la République ; Déclare l'urgence [...] »⁴⁴⁶. Cet acte d'urgence sert de fondement juridique à la suppression du Directoire (article 1^{er}) et à l'attribution au Consulat provisoire des pleins pouvoirs (article 3). En effet, Alfonse Aulard précise bien que cette commission de trois Consuls provisoires est de première importance pour le gouvernement de l'État, malgré le caractère lapidaire de ses délibérations, qui s'explique par le fait que les Consuls ne veulent pas laisser de traces écrites de leurs débats

⁴⁴¹ *Ibid.* Napoléon ajoute en effet : « [L]es plans qui devaient être développés, sont resserrés, la majorité désorganisée, les orateurs les plus intrépides déconcertés, et l'inutilité de toute proposition sage évidente ».

⁴⁴² Certains historiens notent ainsi que deux voies s'offraient à Napoléon après sa communication en demi-teinte face au Conseil des Anciens le 18 brumaire en début d'après-midi : laisser la procédure parlementaire suivre son cours ou brusquer les événements en ayant recours à l'armée. L'empoignade lorsqu'il pénétra au conseil des Cinq-Cents lui donna l'opportunité de suivre cette seconde option ; v. en ce sens : P. GUENIFFEY, *Le Dix-huit Brumaire. L'épilogue de la révolution française. 9-10 novembre 1799*, Paris, Gallimard, 2008 (*Les journées qui ont fait la France*), p. 289-294.

⁴⁴³ Les conjurés du 18 brumaire s'efforcent, en effet, de respecter un certain formalisme et d'en appeler à une transition fondée sur un titre parlementaire et non sur un coup de force militaire (c'est le sens de la loi du 19 brumaire). Cependant, comme le note Patrice Gueniffey, le coup d'État apparaissait inévitable « parce que la légitimité, si forte soit-elle, ne confère pas automatiquement l'autorité. Non seulement il existait un gouvernement, même défaillant, dont il était peu probable qu'il abdiquât spontanément son autorité, mais il y avait encore une Constitution qui, même contestée, même affaiblie par les coups de force répétés, continuait de tracer la ligne de démarcation entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas » ; v. P. GUENIFFEY, *Le Dix-huit Brumaire...*, *op. cit.*, p. 246-247. Cette dialectique entre illégalité et légitimité se cristallise ainsi autour de la nécessité.

⁴⁴⁴ *Duvergier*, 1, 12, 3.

⁴⁴⁵ *Duvergier*, 1, 12, 1 *précit.*

⁴⁴⁶ A. AULARD, *Registre des délibérations du consulat provisoire. 20 brumaire-3 nivôse an VIII (11 novembre-24 décembre 1799)*, Paris, Société d'histoire de la Révolution française, 1894, p. 1-2.

internes et de leurs hésitations⁴⁴⁷. En pratique, cette Commission est de premier plan pour le gouvernement de l'État. En effet, le pouvoir exécutif accapare progressivement, dans les faits, l'initiative des lois, malgré le simulacre de représentation nationale que constitue la Commission législative des deux Conseils⁴⁴⁸. Cette puissance législatrice, en s'appuyant sur le constat de l'urgence, n'en est que renforcée ; de plus, elle est toute tournée vers un but, celui d'élaborer et de faire appliquer le plus rapidement possible une Constitution. Cette Constitution vise à consacrer un nouveau régime politique et s'appuie sur une volonté de Bonaparte de clore le chapitre révolutionnaire.

b. L'œuvre du Consulat provisoire : terminer la Révolution

La seconde branche des justifications du coup d'État de Bonaparte résulte, à l'instar de la rhétorique du gouvernement révolutionnaire, de la nécessité d'accomplir un but qui s'impose au gouvernement. Cependant, le dessein affirmé n'est pas de faire la révolution mais bien de la conclure. Cette volonté de terminer la Révolution est énoncée le 24 frimaire de l'an VIII (15 décembre 1799) dans l'arrêté des consuls relatif l'ouverture des registres pour l'émission des votes sur la Constitution :

« Une Constitution vous est présentée. Elle fait cesser les incertitudes que le Gouvernement provisoire mettait dans les relations extérieures, dans la situation intérieure et militaire de la République. [...] Les pouvoirs qu'elle institue seront forts et stables, tels qu'ils doivent être pour garantir les droits des citoyens et les intérêts de l'État. Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie »⁴⁴⁹.

La proclamation du 24 frimaire affirme les deux impératifs du gouvernement concernant leur volonté de clore la période révolutionnaire : d'une part, lutter contre les incertitudes juridiques et politiques inhérentes à l'absence de gouvernement de droit – ce qui est lié à une volonté de rétablir l'ordre, juridique comme civil (cela transparaît aussi dans la proclamation du 19 brumaire) – et d'autre part, pérenniser le régime, c'est-à-dire l'inscrire dans le temps long. Cette idée est parachevée par le Consulat provisoire dans sa trente-huitième séance le 2 nivôse an VIII (23 décembre 1799), la veille de l'entrée en vigueur prévue pour la Constitution du Consulat⁴⁵⁰. La séance s'ouvre sur la lecture d'une requête du ministre de la Police générale, Joseph Fouché, qui émet l'idée d'un projet de loi concernant les réclamations faites par les condamnés à la déportation, ou à d'autres peines lourdes, durant la Révolution. Ce projet permettrait, en cas de révision des peines, de rétablir leurs droits de citoyens (notamment le vote et la participation à la vie publique de l'État), c'est-à-dire réintégrer des individus mis au ban de la société par la Révolution. Mais surtout, dans la suite de cette séance, les Consuls rappellent la

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. VI.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. VII.

⁴⁴⁹ *Moniteur universel*, 16 décembre 1799 (25 frimaire an VIII), p. 335.

⁴⁵⁰ A. AULARD, *Registre des délibérations du consulat provisoire...*, *op. cit.*, p. 104.

« nécessité de mettre promptement en activité les pouvoirs consacrés par la Constitution »⁴⁵¹. Les deux impératifs bonapartistes, terminer la révolution pour consacrer un régime nouveau, sont ici explicitement liés l'un à l'autre.

Ainsi, la rhétorique des trois Consuls sert à la fois d'autojustification de leur action, comme de justification légitimante sur le régime qu'ils élaborent. L'urgence pousse le gouvernement de fait à devoir agir avec célérité et sans entraves, tandis que l'impératif de clore le chapitre ouvert en 1789 lui impose une action normative et impérative pour asseoir la constitution d'un régime nouveau. Cependant, à la différence du gouvernement révolutionnaire, le rapport au temps de ce gouvernement provisoire est différent. Le premier fonde son action sur une lutte amenée potentiellement à durer jusqu'à ce que la dernière goutte de sang ait été versée, soit *jusqu'à la paix*. Tandis que le second induit une action brève, rapide et efficace. La nécessité révolutionnaire permet donc, pragmatiquement, de théoriser un gouvernement qui peut durer pour faire triompher la vérité. La nécessité du gouvernement provisoire, au contraire, conduit moins à définir et appliquer une vérité théorique et à élaborer un idéal, qu'à substituer un régime constitutionnel à un autre. En réalité, cette distinction est davantage rhétorique que théorique. Le gouvernement a tendance à avoir recours à l'un ou l'autre de ces arguments selon qu'il veut se présenter comme un gouvernement actif, visant à réaliser un idéal, ou bien comme un gouvernement plus neutre idéologiquement, qui agit parce qu'il doit le faire⁴⁵². En dépit du nom que se donne le gouvernement lui-même, l'étude de ses justifications propres permet d'essayer d'en identifier le type. Cette distinction est essentielle pour cerner ce critère de la nécessité au XIX^e siècle. En effet, le Consulat provisoire pose les jalons d'une nécessité qui se voudrait neutre autant qu'impérative. Cette neutralité est une précaution utilisée par certains gouvernements de fait qui entendent ne pas s'aventurer sur le terrain politique et demeurer sur un terrain juridique prétendument apartisan, bien qu'elle constitue, la plupart du temps, une posture idéologique. L'intérêt, pour les gouvernements, est que cette position apparaisse convaincante. Napoléon, pour sa part, a recours à ce subterfuge en 1799 dans l'objectif assumé de clore le chapitre révolutionnaire. En 1815 il en est tout autre et son affrontement avec Louis XVIII constitue une résurgence de la nécessité révolutionnaire au profit de deux gouvernements de restauration, tant celui des Cent-Jours que celui du Roi exilé à Gand.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁵² Par exemple, Napoléon Bonaparte présente son coup d'État, dans son discours à l'Armée du 18 brumaire, comme une requête du Conseil des Anciens qui lui « a remis le commandement » et de l'Armée qui a « espéré » son retour et l'a « célébré avec une union qui [lui] impose des obligations » (*Discours du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799)* : N. BONAPARTE, *Œuvres de Napoléon Bonaparte*, t. III, op. cit., p. 163).

2. Une critique de l'évidence : les gouvernements de restauration (1815)

La succession d'événements entre 1814 et 1815 affine le changement de modèle qui s'opère lentement au XIX^e siècle à propos du critère de la nécessité. De la capitulation de Paris, le 30 mars 1814, à la mise en application de la Charte constitutionnelle remaniée, après la période des Cent-Jours, en juillet 1815, quatre gouvernements non-investis régulièrement – auxquels s'ajoute un gouvernement en exil – tentent de prendre en main l'ordre constitutionnel français et de le réformer. Il s'agit, tout d'abord, du gouvernement sénatorial provisoire du 1^{er} au 14 avril 1814. À la suite de quoi la Lieutenance générale du comte d'Artois prend place le 14 avril jusqu'au premier octroi de la Charte par Louis XVIII le 4 juin 1814. En 1815, deux pouvoirs vont avoir la même prétention gouvernementale sur l'État entre le 19 mars et le 22 juin : le gouvernement monarchique, en exil à Gand, et le gouvernement des Cent-Jours de Napoléon I^{er}, débarqué au golfe Juan le 1^{er} mars de la même année⁴⁵³. Enfin, suivant la seconde abdication de l'empereur le 22 juin 1815, il est possible de mentionner la commission de gouvernement nommée par la Chambre, dissoute quinze jours plus tard, le 7 juillet. La façon dont ces gouvernements vont justifier de leur nécessité peut se ranger en deux grands ensembles : ceux qui entendent se placer comme gouvernement nécessairement légitime qui vise à restaurer un pouvoir légal (gouvernement de restauration), et ceux qui, conscients de leur caractère provisoire, se posent en gouvernement de transition. En ce qui concerne les gouvernements de restauration, il s'agit d'une part de la Lieutenance générale du comte d'Artois, et d'autre part des deux gouvernements qui s'opposent en 1815 durant les Cent-Jours : celui de Bonaparte ayant reconquis Paris, et celui de Louis XVIII s'étant exilé à Gand.

La Lieutenance générale du comte d'Artois, qui prend la suite du gouvernement sénatorial à partir du 14 avril 1814, est ce qu'il serait possible d'appeler un gouvernement de restauration. Type particulier de gouvernement de fait, son utilisation de la nécessité est centrée sur le projet de rétablissement d'un ordre juridique ancien, plutôt que sur la consécration d'un nouveau (même si cet ordre ancien s'accompagne parfois d'innovations). S'il se distingue du gouvernement révolutionnaire par son but, il emploie une rhétorique juridique qui les rapproche (transformer l'ordre juridique)⁴⁵⁴. Ainsi, le gouvernement provisoire de Monsieur, Lieutenant général du Royaume, justifie ses pouvoirs par l'évidence, ou plutôt, il ne prend même pas la peine de les justifier : il assure la régence en vue de la nécessaire et légitime restauration de la monarchie et il légifère en lieu et nom du Roi. Plus encore, il ne semble jamais s'appuyer sur le décret du Sénat du

⁴⁵³ Cette dualité de pouvoirs dans la dispute du gouvernement français, durant ce laps de temps où Napoléon s'empare des institutions à Paris et où Louis XVIII est en exil à Gand, est rendue possible sur le plan théorique (et surtout sur le plan du discours juridique) justement parce que ce dernier peut s'envisager comme un gouvernement en exil, type particulier de gouvernement de fait : *cf.* sur ce point Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 211 *sqq.*

⁴⁵⁴ Sur le rapprochement des rhétoriques entre gouvernement révolutionnaire et de restauration : *cf. supra*, p. 105, en note.

14 avril qui lui *défère* le gouvernement provisoire de la France. D'ailleurs, le Sénat va plus loin, il ne prétend pas seulement lui céder une charge dont il disposerait (ce que sous-entend le verbe « déferer »), il le fait « en attendant que Louis-Stanislas-Xavier de France, appelé au trône des Français, ait *accepté* la Charte constitutionnelle »⁴⁵⁵. Le choix des termes est assez significatif : il place le Roi – ainsi que son frère – dans une position de subordination à l'égard de la nation et, implicitement, du Sénat. L'ostensible refus de la part de Louis XVIII d'accepter une telle doctrine, par la déclaration de Saint-Ouen le 2 mai⁴⁵⁶, et l'absence de référence à ce texte de la part du comte d'Artois permet d'affirmer que Monsieur et Louis XVIII prétendent bien restaurer la monarchie, contre le Sénat qui cherche à l'instaurer⁴⁵⁷. Le gouvernement de restauration refuse donc tout pouvoir délégué.

Si personne ne semble contester sérieusement le pouvoir de la Lieutenance générale en 1814, il en est tout autrement moins d'un an après, lorsque deux gouvernements du même type se disputent l'exercice du pouvoir. En effet, Napoléon, après avoir entrepris une reconquête du pouvoir dès son débarquement au golfe Juan, réfute la souveraineté du Roi. Louis XVIII et son gouvernement, qui fuient à Gand le 19 mars, vont alors être contraints eux-mêmes de nier l'autorité impériale. Napoléon invoque l'évidence de sa légitimité, tandis que Louis XVIII se place sur le registre de la préservation de la patrie. Mobilisant tous deux la vérité au profit de leurs justifications, leur opposition met en exergue l'éminente subjectivité et, par conséquent, la relativité de la nécessité révolutionnaire.

Dès le 1^{er} mars, Napoléon affirme sa légitimité, fondée sur la restauration de son titre, ainsi que sur l'évidence de son pouvoir ; dans le même temps, il conteste la souveraineté de son adversaire, Louis XVIII. Tout cela est contenu dans son discours au peuple du 1^{er} mars. C'est dans « l'intérêt de la patrie » qu'il s'était exilé sur l'île d'Elbe mais, explique-t-il, les circonstances l'ont rappelé à son devoir : « [é]levé au trône par votre choix, tout ce qui a été fait sans vous est illégitime. Depuis vingt-cinq ans, la France a de nouveaux intérêts, de nouvelles institutions, une nouvelle gloire, qui ne peuvent être garantis que par un gouvernement national et par une dynastie née dans ces nouvelles circonstances »⁴⁵⁸. L'Empereur met en exergue l'évidence de la possession d'un pouvoir de droit⁴⁵⁹, qui n'est plus au profit de la dynastie qui prétend alors régir la France. Ainsi, il oppose une virulente critique à l'encontre du parti des Bourbons. « Un prince qui régnerait sur vous, qui serait assis sur mon trône par la force des mêmes armées qui ont

⁴⁵⁵ *Duvergier*, 1, 19, 15-16 (souligné par nous).

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁵⁷ Selon les mots de Stéphane Rials : S. RIALS, « Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *AHFDSJ*, t. 3, 1986, p 171.

⁴⁵⁸ *Duvergier*, 1, 19, 445.

⁴⁵⁹ « J'ai traversé les mers au milieu des périls de toute espèce ; j'arrive parmi vous pour reprendre mes droits, qui sont les vôtres » (*ibid.*).

ravagé notre territoire [...] ne pourrait assurer les droits que d'un petit nombre d'individus ennemis du peuple » ; par conséquent, selon cette rhétorique, un tel individu ne saurait avoir aucune prétention à gouverner.

Tant qu'il n'a pas la main sur les institutions, il est possible de voir dans la reconquête de Bonaparte un mouvement insurrectionnel qui affronte le gouvernement de droit de Louis XVIII. Le gouvernement de Paris semble d'ailleurs prendre la nouvelle du débarquement au golfe Juan avec une certaine désinvolture. Jusqu'au 19 mars, l'entourage de Louis XVIII ne prend guère la menace au sérieux⁴⁶⁰. Le Roi écarte les prétentions au pouvoir de l'empereur d'un revers de la main en le présentant comme un simple fauteur de troubles avide d'un pouvoir auquel il ne peut prétendre⁴⁶¹. En revanche, plus le général corse se rapproche, plus l'inquiétude se fait sentir dans les cercles rapprochés du pouvoir. À partir du 19 mars, le gouvernement monarchique est en fuite ; Napoléon arrive à Paris le lendemain, s'empare des institutions⁴⁶², réorganise la fonction publique et le gouvernement⁴⁶³. Deux gouvernements de fait – s'estimant chacun de droit – se retrouvent donc face à face. L'un, à Paris, doté d'institutions mais pas encore d'une constitution pour les animer, l'autre, en exil⁴⁶⁴ à Gand, qui dispose d'une constitution mais n'a plus les rênes des institutions pour la faire appliquer.

Dès lors, Louis XVIII, obligé de répondre aux arguments de Bonaparte, affirme à son tour le caractère nécessairement souverain de son pouvoir ainsi que de son évidente légitimité. Pour ce faire, il se pose comme le défenseur de la patrie en danger. La proclamation de clôture de la session parlementaire, le 19 mars 1815, qui est aussi une annonce du départ du Roi, illustre cela. Louis XVIII présente une situation certes troublée, mais se veut rassurant : le retour au calme devrait se faire au plus vite, sans anicroche ; il va ramener bientôt « la paix et le bonheur »⁴⁶⁵. Quelques jours plus tard, dans le préambule de deux ordonnances du 23 mars 1815, le roi, alors en exil, lie urgence et danger. Le premier acte, qui défend de payer les impôts à l'usurpateur, évoque « l'urgence des circonstances et le devoir qu'elles nous imposent d'exercer dans toute leur étendue les droits de notre puissance royale » ; plus encore, le second, concernant le licenciement de l'armée, se fonde sur « [l]a trahison de presque tous les corps de l'armée destinée à défendre la patrie rendant indispensable de changer entièrement les mesures que nous avons cru devoir prendre » et s'appuie sur « tous les pouvoirs dont nous investissent, dans les temps ordinaires, notre titre royal et la Charte constitutionnelle,

⁴⁶⁰ J.-P. HAESAERT, « Louis XVIII à Gand en 1815 », *Revue du Nord*, t. 49/194, 1967, p. 522.

⁴⁶¹ Si l'on ne devait prendre qu'un seul exemple, il suffirait de s'appuyer sur la *proclamation du Roi sur les mesures à prendre contre l'invasion du territoire par Bonaparte*, du 11 mars 1815, et qui fait suite à deux ordonnances concernant l'armée et la garde nationale du 9 mars. Louis XVIII se contente de présenter de manière manichéenne la « lutte de la liberté contre la tyrannie » (*Duvergier*, 1, 19, 435-436).

⁴⁶² Pour un récit détaillé du *vol de l'Aigle*, de la reconquête de Paris, et de la façon dont Napoléon s'empare de la ville : T. LENTZ, *Les Cent-Jours : 1815*, Paris, Fayard, 2010 (*Nouvelle histoire du Premier Empire*, 4), p. 284 *sqq.*, p. 317-318 et p. 340 *sqq.*

⁴⁶³ *Duvergier*, 1, 19, 451-452 ; v. aussi : LENTZ, *Les Cent-Jours : 1815*, *op. cit.*, p. 366 *sqq.*

⁴⁶⁴ La question du gouvernement en exil est étudiée en aval de ce propos : *cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 211 *sqq.*

⁴⁶⁵ *Duvergier*, 1, 19, 441.

[auxquels] viennent se réunir, dans une crise si périlleuse, tous ceux que le danger, la confiance, la volonté de la nation et le vœu exprimé par ses représentans, nous imposent le devoir d'exercer »⁴⁶⁶. Le roi, adoptant la rhétorique de la situation d'exception, invoque le péril de la nation pour justifier ses pouvoirs, interdire aux citoyens de payer des impôts ou de rejoindre les rangs de Bonaparte, et pour licencier ceux des militaires qui l'auraient trahi. N'ignorant pas son exil, le gouvernement Bourbon s'appuie justement sur cette rhétorique pour avancer la nécessité de la restauration de son pouvoir effectif. S'estimant le seul à même de garantir la paix et la sécurité au sein de l'État, il lui est nécessaire de recouvrer le contrôle des institutions. C'est ce qui se dégage de la plupart des actes publiés dans le *Journal universel*, simulacre du *Moniteur universel*, dont l'objectif est double : d'une part, affirmer la juridicité du gouvernement par le biais d'un organe officiel de publication des lois et débats et, d'autre part, servir d'outil de propagande anti-bonapartiste⁴⁶⁷. Les rapports publiés insistent particulièrement sur le besoin de restaurer Louis XVIII sur le trône comme l'illustre celui que fait Chateaubriand au Roi, relativement au décret de Napoléon du 9 mai 1815⁴⁶⁸ : « [s]ire, la France entière demande son Roi ; les sujets de Votre Majesté ne dissimulent plus leurs sentimens : les uns viennent se ranger autour d'elle, les autres font éclater dans l'intérieur du royaume leur amour pour le Souverain légitime, et l'espoir de retrouver bientôt la paix sous son autorité tutélaire »⁴⁶⁹. Le décret du 9 mai visé par ce rapport est, principalement, une injonction à rentrer en France pour les citoyens ayant suivi le Roi à Gand, sous peine de sanctions pénales ; Chateaubriand s'emploie à en démontrer l'illégalité et l'inconstitutionnalité, caractéristiques des abus causés par celui qui exerce le pouvoir depuis la capitale. Ainsi, l'insistance laudative de Chateaubriand sert un but juridique, puisque cela débouche sur une ordonnance royale le 20 mai, qui interdit, sous peine de nullité, les dispositions contenues dans ledit « décret de Buonaparte » et entraîne la responsabilité pénale des agents qui seraient tentés de les mettre en application⁴⁷⁰. Au préambule de celle-ci, le Roi se pose sans détour comme le défenseur des droits de son peuple contre l'oppression et la tyrannie, exercées par « le chef du prétendu gouvernement de la France »⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 442. V. également : *Journal universel*, 14 avril 1815, p. 1.

⁴⁶⁷ Le *Journal universel* est en effet dirigé activement et de manière très partisane par François-René de Chateaubriand, dont le style virulent à l'encontre du gouvernement des Cent-Jours lui vaudra ce mot rapporté dans les mémoires du comte de Montgaillard : « [d]ans sa nouvelle élucubration politique, M. de Chateaubriand trempe sa plume dans le fiel de la contre-révolution. Il dénature les faits, ment à l'histoire et se ment à lui-même. Principal rédacteur du Moniteur de Gand, il y déverse à la fois l'injure et les calomnies [...] ». Et de conclure à propos de ce journal : « Le Moniteur de Gand sera, dans l'histoire, un monument de honte pour ses auteurs, depuis Louis XVIII jusqu'au plus médiocre des littérateurs qui y ont collaboré ! » (J.-G.-M. DE MONTGAILLARD, C. DE LACROIX, *Souvenirs du comte de Montgaillard. Agent de la diplomatie secrète pendant la Révolution, l'Empire et la Restauration*, Paris, Créte, 1895, p. 295-297).

⁴⁶⁸ *Journal universel*, 17 juin 1815, p. 79.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 79.

Par conséquent, cette concurrence de souveraineté pousse chacun des gouvernements à nier la légitimité de l'autre, pour mieux exalter la nécessité de son propre pouvoir. Or, si les deux gouvernements de fait, qui s'opposent, prétendent chacun être nécessaires, c'est que selon cette logique, l'un d'eux devrait être contingent. C'est précisément ce qui montre les limites de cet argument : dans le cas d'un conflit de souveraineté comme cela peut arriver en présence de gouvernements de fait locaux ou en exil⁴⁷², la nécessité révolutionnaire souffre des critiques de sa grande subjectivité. Cela explique que, durant le premier tiers du XIX^e siècle, trois autres gouvernements de fait font valoir une rhétorique qui se prétend plus neutre, pour tenter de dépasser le caractère partisan de la nécessité révolutionnaire. En effet, les organes transitoires issus du Sénat et de la Chambre des représentants en 1814 et 1815, ainsi que celui de 1830, ne s'appuient pas sur une légitimité de type monarchiste ou bonapartiste mais prétextent plutôt de l'urgence et du besoin de doter l'État d'institution provisoire en attente d'une organisation définitive.

B. La rhétorique du gouvernement provisoire : nécessité de préservation (1814-1830)

À l'opposé de l'engagement partisan actif des gouvernements royalistes ou bonapartistes, d'autres gouvernements provisoires de cette période associent davantage la nécessité tantôt à l'urgence, tantôt à l'évidence. Il serait possible d'imaginer que ces gouvernements, qui s'organisent à la suite d'une vacance du pouvoir, ne puissent bénéficier d'une légitimité suffisante pour s'appuyer sur une nécessité révolutionnaire. Ils ne peuvent pas arguer de la restauration d'un pouvoir éventuel, et n'ont guère de prétentions révolutionnaires. Il en est ainsi, d'abord timidement, des autres gouvernements de fait de la période 1814-1815 (1), puis, de manière plus nette, des gouvernements qui se succèdent lors des journées de 1830 (2).

1. Pallier la vacance du pouvoir (1814-1815)

Entre 1814 et 1815, deux gouvernements ont en commun de devoir gérer une dislocation des pouvoirs constitutionnels durant une transition aux résultats incertains pour l'État⁴⁷³. Il s'agit du gouvernement provisoire nommé par le Sénat, qui se met en place au lendemain de la déchéance de l'Empereur prononcée par le Sénat le 2 avril 1814 et, ensuite, de la commission de gouvernement instituée par la chambre des représentants, consécutivement à la seconde abdication de Napoléon I^{er} le 22 juin 1815.

⁴⁷² Pour une analyse détaillée de ces deux types de gouvernements qui constituent des exceptions au principe de l'effectivité : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1 – Section 2 p. 198 *sqq.*

⁴⁷³ S. RIALS, « Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *loc. cit.*, p 167-169. Stéphane Rials note qu'il n'était pas certain que l'abdication de Napoléon pût déboucher sur le retour de la dynastie des Bourbons sur le trône : Napoléon II, Bernadotte, voire Eugène de Beauharnais furent également des solutions envisagées par les puissances alliées contre l'Empire.

En premier lieu, le gouvernement sénatorial ne cherche pas à apparaître comme un gouvernement révolutionnaire ou de restauration. Dès le 1^{er} avril 1814, le Sénat, sous la plume de son président et vice-grand-électeur Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord (dit Talleyrand), promulgue l'acte de nomination d'un « Gouvernement provisoire chargé de pourvoir aux besoins de l'administration, et de présenter au Sénat un projet de constitution », présidé par lui-même⁴⁷⁴. Cette formule contient les deux éléments mis en avant par ce type de gouvernements pour justifier l'exercice de son pouvoir : l'urgence et la nécessité de doter la France d'institutions permanentes. L'urgence revient à considérer le gouvernement de fait comme un administrateur provisoire légitimé par les circonstances, en l'absence d'institutions légales. Il est celui qui doit pourvoir au besoin de l'administration, à défaut d'organes compétents pour le faire immédiatement. Le Sénat, dans l'acte de nomination du gouvernement, explique que ce sont les graves circonstances qui ont amené « la nécessité d'une délibération qui ferme la porte à tout retard »⁴⁷⁵. La nécessité de doter la France d'institutions provisoires, à l'inverse des entreprises révolutionnaire ou restauratrice, s'inscrit davantage dans une logique conservatrice. Cela, au sens où elle vise à la préservation de l'État, en le faisant passer du provisoire au définitif – tout en cherchant à consacrer un ordre juridique nouveau, à l'inverse de l'état d'exception –, en se plaçant à l'écart des querelles factieuses⁴⁷⁶. Le but, pour le gouvernement, est d'occulter toute intention partisane de sa part, que cela soit sincère ou qu'il ne s'agisse que d'un artifice. Ainsi, Talleyrand, en réunissant les sénateurs le 1^{er} avril 1814 pour la formation de ce gouvernement provisoire, poursuit bien cet objectif. Son discours demeure sobre, n'évoque que les « circonstances graves » qui imposent un « gouvernement dont l'autorité, formée pour le besoin du moment, ne peut être que rassurante »⁴⁷⁷. Enfin, l'argument de la nécessité fonde la prétention du Sénat de s'arroger un pouvoir constituant dont il ne disposait pas en principe⁴⁷⁸, ce qui lui permet de prononcer la déchéance de l'Empereur avant même qu'il n'annonce son abdication, et de réunir le gouvernement provisoire en vue d'élaborer une nouvelle Constitution⁴⁷⁹. Pour donner force impérative à cette dernière idée, une commission sénatoriale est réunie dès le 3 avril⁴⁸⁰. Cependant, le gouvernement provisoire, en tant

⁴⁷⁴ Duvergier, 1, 19, 1.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 6 : L'adresse du Gouvernement provisoire au peuple français du 4 avril 1814 se termine ainsi sur les mots suivants : « [l]a France se reposera de ses longues agitations ; et, mieux éclairée par la double épreuve de l'anarchie et du despotisme, elle trouvera le bonheur dans le retour d'un Gouvernement tutélaire ».

⁴⁷⁷ V. en ce sens : M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome premier...*, *op. cit.*, p. 639. Deslandres note à ce propos : « [n]ulle évocation des malheurs de la France, nul appel à l'énergie nationale pour sauver la patrie, nulle allusion au Gouvernement légal [...]. Talleyrand évitait tout ce qui pouvait susciter des discussions ».

⁴⁷⁸ S. RIALS, « Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *loc. cit.*, p. 170.

⁴⁷⁹ Projet de constitution sénatoriale du 6 avril 1814 (*Bulletin des lois*, 1814, 5^e série, t. 1, n^o 13, p. 14) ; v. aussi : S. RIALS, « Constitution sénatoriale », *Dictionnaire Napoléon*, t. I : A-H, 1987, éd. J. TULARD, Paris, Fayard, 1999, p. 530-532.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 530.

qu'organe, semble s'être peu mêlé de l'élaboration constitutionnelle. Cela serait dû sans doute à ce que Talleyrand ne voulait pas se compromettre, car, simultanément, il travaillait à la Restauration⁴⁸¹.

En second lieu, la Commission de gouvernement est nommée par la Chambre des représentants, à la suite de l'abdication de l'Empereur et sur la base d'une déclaration au peuple français en date du 22 juin 1815 ; elle doit organiser, en urgence, les modalités de la régence du futur empereur Napoléon II⁴⁸². Elle fait cependant montre d'une certaine indépendance vis-à-vis de sa délégation de pouvoir, si bien que dans l'arrêté du 23 juin d'attribution de son pouvoir, elle se constitue elle-même, sans autre visa ni signature que celle de ses ministres et de son président, Fouché⁴⁸³ et, progressivement, vise ses actes « au nom du peuple français »⁴⁸⁴. La Commission, qui gouverne de concert avec la Chambre, cherche tout de même à consolider son pouvoir provisoire ; cela se fait autour des deux branches que constituent l'urgence, et la nécessité de pallier l'absence d'institutions. D'un côté, l'urgence s'exprime au travers de la situation de guerre qui perdure malgré l'abdication de l'Empereur, et qui se manifeste tout autant dans les proclamations⁴⁸⁵ que dans les actes⁴⁸⁶. D'un autre côté, la nécessité de pallier l'absence d'institutions, ou plutôt, dans ce cas, leur délitement, se remarque en parallèle avec le pouvoir constituant que prétend exercer la Chambre, qui nomme une commission de Constitution⁴⁸⁷. Le temps qu'elle élabore un projet de constitution et qu'il soit adopté rend nécessaire un gouvernement pour gérer les affaires de l'État. À terme, un projet de constitution est bien présenté à la Chambre, quoiqu'il ne fût jamais appliqué⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² *Duvergier*, 1, 19, 519-520. V. aussi : *A.P.*, 2, 14, 505 *sqq.*

⁴⁸³ *Bulletin des lois*, 1815, 6^e série, t. unique, n^o 275, p. 279 : « La Commission du Gouvernement se constitue sous la présidence de M. le duc d'Otrante ».

⁴⁸⁴ À partir d'un arrêté du 26 juin 1815 qui prévoit que les arrêts et jugements des tribunaux et les actes des notaires sont dorénavant intitulés « [a]u nom du peuple français » et d'une loi du 28 juin dite *loi contenant des mesures pour assurer la tranquillité publique*, qui commence par ces mêmes termes (*Duvergier*, 1, 19, 521).

⁴⁸⁵ « Proclamation du 5 juillet 1815 », *Moniteur universel*, 6 juillet 1815, p. 1 : « Français, dans les circonstances difficiles dans lesquelles les rênes de l'État nous ont été confiées, il n'était pas en notre pouvoir de maîtriser le cours des événements et d'écarter tous les dangers ; [...] Français, la paix est nécessaire à votre commerce, à vos arts, à l'amélioration de vos mœurs, au développement des ressources qui vous restent : soyez unis, et vous touchez au terme de vos maux ».

⁴⁸⁶ Par exemple, l'acte qui instaure l'état de siège de la ville de Paris par la loi du 28 juin 1815 (*Duvergier*, 1, 19, 522).

⁴⁸⁷ Bien que la commission de gouvernement fût nommée le 22 juin, les députés réfléchissaient à des modalités pour organiser le droit constitutionnel depuis plusieurs jours ; la question d'une commission spécifique pour « réunir les parties éparses de nos constitutions, de les coordonner entre elles dans un seul cadre », fut envisagée par André Dupin, lors de la séance du 15 juin à la Chambre des représentants (*A.P.*, 2, 14, 427, 2). Un organe spécifique est donc institué spécialement, le 23 juin, pour proposer une révision constitutionnelle (*A.P.*, 2, 14, 528, 1).

⁴⁸⁸ Il est donné lecture de ce projet de Constitution à la Chambre des représentants le 29 juin 1815 (*Duvergier*, 1, 19, 523 ; *A.P.*, 2, 14, 569 *sqq.*), cependant, la procédure ne connaît pas de suites et le texte n'est donc jamais appliqué du fait de la capitulation de Paris le 3 juillet et de l'entrée de Louis XVIII le 8. En outre, la commission de gouvernement élabore une Déclaration des droits, votée par la Chambre le 5 juillet mais qui, du fait de la seconde Restauration, reste également lettre morte. V. en ce sens : A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire...*, *op. cit.*, p. 33-35 et p. 77.

Indépendamment de toute ambition politique initiale, il semble donc que l'on retrouve cette volonté conservatrice qui caractérisait aussi le gouvernement provisoire sénatorial. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que son chef, Fouché, naviguait constamment entre les prétendants potentiels à la tête de l'État. Entre le roi de Saxe ou le duc d'Orléans, le parti des bonapartistes ou celui de Louis XVIII. Les opportunités envisagées par le duc d'Otrante sont multiples⁴⁸⁹, avant qu'il ne se range finalement à la solution des Bourbons, convaincu par Talleyrand de jurer fidélité au Roi⁴⁹⁰.

Sans porter d'appréciation sur la démarche de l'ancien ministre de la Police, il convient simplement de constater que sur le plan de la rhétorique juridique, l'argumentation comme l'action du gouvernement de fait qui est mise en avant ici relève davantage d'une conduite pragmatique plutôt que partisane⁴⁹¹. Les événements de 1830 apportent un jalon supplémentaire à ce mouvement, puisque les gouvernants s'emploient alors à minimiser l'aspect révolutionnaire de leur action.

2. *Minimiser la révolution en 1830 : La défense et la paix*

Les deux gouvernements provisoires de 1814 et 1815 qui tentèrent de fonder leur pouvoir sur des justifications apertisanes et une simple gestion de l'État en temps de crise connurent l'échec de leurs prétentions, et se soldèrent tous deux par une restauration bourbonnienne. Les deux gouvernements qui naissent de la révolution de 1830 – la commission municipale provisoire et la Lieutenance générale du duc d'Orléans – perfectionnent cette rhétorique en neutralisant les prétentions proprement révolutionnaires qui émanaient de l'aile républicaine de l'insurrection, si bien que ce qui aurait pu apparaître comme un gouvernement révolutionnaire se présente comme un gouvernement provisoire de gestion de l'État en temps de crise.

Les tensions exacerbées à la fin du règne de Charles X, cristallisées autour des quatre ordonnances du 25 juillet 1830 (dont une dissout la Chambre basse) se concrétisent dans une insurrection aussi brève et imprévue que fatale pour le régime, les 27, 28 et 29 juillet⁴⁹². Ces événements s'apparentent à une révolution ; cependant la rhétorique du

⁴⁸⁹ Fouché en donne un aperçu dans ses supposées mémoires : J. FOUCHÉ, L. MADELIN, *Les mémoires de Fouché*, Paris, Flammarion, 1945, p. 499-500. Certes sujets à caution, ces mémoires à l'authenticité contestée n'en demeurent pas moins un précieux témoignage des événements (ils paraissent *véridiques*, pour reprendre le mot de Proudhon à leur sujet : P.-J. PROUDHON, C. ROCHEL, *Commentaire sur les mémoires de Fouché. Suivis du parallèle entre Napoléon et Wellington*, Paris, Société d'éditions littéraires et artistiques, 1900 p. 1 ; v. aussi les commentaires de l'éditeur scientifique, Clément Rochel, p. I *sqq.*).

⁴⁹⁰ Ce qui donne lieu à cette célèbre scène dépeinte par Chateaubriand, non sans une certaine acidité : « tout à coup une porte s'ouvre : entre silencieusement le vice appuyé sur le bras du crime, M. de Talleyrand marchant soutenu par M. Fouché ». F. DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, t. II, éd. J.-C. BERTHET, Paris, Garnier, 2001, p. 703.

⁴⁹¹ Pour corroborer cette affirmation, il est possible de citer un extrait d'une lettre de Fouché à Wellington, dans laquelle le chef du gouvernement provisoire énonce, avec ou sans arrière-pensées, la chose suivante : « [l]a République nous a fait connaître l'excès de la liberté, l'Empire, l'excès du despotisme. Notre vœu aujourd'hui (et il est immuable) est de nous tenir à une égale distance de ces deux excès » (*Journal de l'Empire*, 29 juin 1815, p. 3).

⁴⁹² G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, Paris, PUF, 1999, p. 223-226.

premier gouvernement de fait qui en découle – la Commission municipale provisoire – est tout autre. En effet, ce gouvernement supprime la frange la plus républicaine des insurgés et fonde son pouvoir sur des bases plus conservatrices, avant d’octroyer la Lieutenance générale à Louis-Philippe, alors duc d’Orléans⁴⁹³. Ainsi, la démarche révolutionnaire qui amène la Commission à exercer le pouvoir est présentée, par elle-même, comme un acte de « sauvegarde de la Constitution » – et non plus de renversement du pouvoir –, visant à rétablir l’ordre rompu par l’un des pouvoirs constitués (le Roi). C’est en cela que 1830 se présente, dans le discours des gouvernants de fait, comme une *nécessité* et non une révolution⁴⁹⁴. L’absence d’une « évidence du danger » – danger qui était le pilier argumentatif sur lequel reposaient les ordonnances liberticides –, est un frein à la justification de la violation de la Charte par le gouvernement. En cela, François Saint-Bonnet parle de « retournement de l’évidence »⁴⁹⁵, en ce que les opposants au pouvoir vont reprendre à leur compte l’évidence et présenter les actes de l’État comme une violation manifeste de sa Constitution.

Certains membres de la Chambre basse, dans une protestation du 27 juillet par laquelle ils contestent la régularité de la dissolution et plus largement, celle des ordonnances de Charles X, « se regardent comme absolument obligés par leurs devoirs et leur honneur de protester contre les mesures » en question. Les députés soussignés se plaignent d’actes « directement contraires aux droits constitutionnels de la Chambre des pairs, au droit public, aux attributions et aux arrêts des tribunaux, et propres à jeter l’État dans une confusion qui compromet également la paix du présent et la sécurité de l’avenir »⁴⁹⁶. Cette protestation est lourde de conséquences, car les députés, concluant qu’ils sont empêchés par une violence matérielle d’exercer leurs fonctions, instituent un gouvernement provisoire, pour remédier, selon eux, « aux graves dangers qui menacent la sûreté des personnes et des propriétés »⁴⁹⁷. Concernant les gouvernements de fait, il découle des *Trois Glorieuses* deux phases distinctes : celle du gouvernement provisoire nommé Commission municipale qui se met en place le 29 juillet⁴⁹⁸ ; et celle de la Lieutenance générale du duc d’Orléans, que les députés de la Commission avaient appelé au pouvoir le 29⁴⁹⁹, et dont il a accepté la charge le 31 jusqu’à la modification de la Charte, révisée le 7 août de la même année⁵⁰⁰. Chacun de ces gouvernements pose un jalon sur

⁴⁹³ J. TULARD, *Histoire de France. Tome 4 : Les révolutions : de 1789 à 1851*, éd. J. FAVIER, Paris, Fayard, 1985, p. 325.

⁴⁹⁴ F. SAINT-BONNET, *L’État d’exception, op. cit.*, p. 316.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 326 *sqq.*

⁴⁹⁶ *Duvergier*, 1, 30, 153.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 154.

⁴⁹⁸ Sont nommés dans cette Commission municipale provisoire Jacques Laffite (qui refusa finalement), Casimir Perier, Georges Mouton comte de Lobau, Auguste de Schonen, François Audry de Puyravault et François Mauguin : acte des députés réunis à Paris du 29 juillet 1830 (*Duvergier*, 1, 30, 154).

⁴⁹⁹ Par un « [a]cte des députés qui offre le gouvernement provisoire au duc d’Orléans » (*ibid.*).

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 158.

la route du pouvoir : la Commission prétexte de la défense et du maintien des institutions tandis que le Lieutenant général prétend ramener la paix et le droit.

La Commission municipale est un gouvernement de fait caractérisé par sa brièveté (du 29 au 31 juillet compris). Elle prend place dans un contexte insurrectionnel, et se pose en réaction au gouvernement de Charles X et des *ultras*. Pour ce faire, elle adopte une position défensive par rapport à l'agression que constitueraient les ordonnances du gouvernement de droit et insiste, par conséquent, sur l'urgence et le danger : dans une proclamation du 31 juillet 1830, face à Charles X, « l'ennemi de notre patrie et de ses libertés », qui a « sourdement attaqué nos institutions par tout ce que l'hypocrisie et la fraude lui prêtaient de moyens », les membres de la Commission expliquent avoir accepté « des circonstances un mandat grave et difficile »⁵⁰¹. Au-delà du discours politique, la nécessité proclamée joue un rôle très pratique au sein de l'État. Un arrêté du 31 juillet 1830, par exemple, tire parti de la force majeure pour proroger l'échéance des effets et billets de commerce ; l'acte de transmission de cet arrêté dans le registre de délibération du tribunal s'adosse sur la nécessité, en mêlant légitime défense des droits et libertés, résistance aux violences, état de siège, force majeure en un tout qui se résume de la sorte : « la nécessité est impérieuse » et « elle légitime une disposition qui, tout en déviant des règles ordinaires du commerce et des prescriptions de la loi, garantit d'une perturbation qui serait préjudiciable aux intérêts de tous »⁵⁰². Cette partition est jouée à quatre mains, car si la Commission municipale prétexte la défense, Louis-Philippe d'Orléans lorsqu'il accepte la charge de Lieutenant général du royaume, fait également sien le discours de l'urgence. Cependant, il se pose moins comme celui qui se défend, que comme celui qui vient ramener la paix, et surtout rétablir le droit.

Dans sa proclamation du 31 juillet, le duc, malgré les dangers, explique qu'il vient « préserver [le peuple] des calamités de la guerre civile et de l'anarchie »⁵⁰³. Il y exprime sa démarche, qui se veut expurgée de tout élément révolutionnaire ou restaurateur (à la différence de la Lieutenance du comte d'Artois en 1814). Il se pose en conservateur de l'État, mais vient pourtant modifier le texte constitutionnel, et bouleverser l'ordre de la dynastie régnante⁵⁰⁴. Le délicat équilibre de l'argumentation s'exprime ainsi : « [L]es Chambres vont se réunir ; elles aviseront aux moyens d'assurer le règne des lois et le

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 156. Pour le passage complet : « [L]e tribunal, après en avoir délibéré, reconnaît que la légitime défense de nos droits et de nos libertés, provoquée par les ordonnances du 25 juillet ; que la nécessité de résister aux violences et aux exécutions militaires ayant appelé aux armes toute la population de Paris ; que la ville ayant été mise en état de siège [...] ; qu'ainsi toutes les opérations commerciales ayant été forcément arrêtées et les communications interrompues, le paiement régulier des effets arrivant à échéance est devenu impossible ; qu'il y a force majeure ; que la nécessité est impérieuse ; qu'elle légitime une disposition qui, tout en déviant des règles ordinaires du commerce et des prescriptions de la loi, garantit d'une perturbation qui serait préjudiciable aux intérêts de tous ».

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 158.

⁵⁰⁴ Pour aller plus loin : D. H. PINKNEY, *The French revolution of 1830*, trad. G. DE BERTIER DE SAUVIGNY, *La révolution de 1830*, Paris, PUF, 1988 (*L'Historien*), p. 186 *sqq.*

maintien des droits de la nation. La charte sera désormais une vérité »⁵⁰⁵. C'est temporairement, au nom du Droit et dans le respect de la représentation que Louis-Philippe prétend exercer le gouvernement de fait. Cette idée est confortée par une proclamation adressée au peuple français par les députés des départements, réunis à Paris, et datée du même jour : « [l]e duc d'Orléans est dévoué à la cause nationale et constitutionnelle, il en a toujours défendu les intérêts et professé les principes. Il respectera nos droits car il tiendra de nous les siens »⁵⁰⁶. Ainsi, d'une nécessité initialement soulevée pour justifier la sortie du droit du gouvernement, un renversement se fait ici. La nécessité sert alors à appuyer la paix et l'entrée prochaine dans le droit. Ce discours est repris et subverti par deux gouvernements de fait du milieu du XIX^e siècle, qui affirment avec davantage de fermeté leur caractère révolutionnaire.

C. Une résurgence de la nécessité révolutionnaire ? (1848-1852)

Entre 1848 et 1852, la France navigue de la monarchie à la république et de la république à l'empire. Conséquence de la révolution, un gouvernement provisoire républicain se forme le 24 février 1848. Il prévoit la réunion d'une Assemblée nationale constituante, réunie finalement le 4 mai de la même année, qui décide, le 9 mai, de remplacer le Gouvernement provisoire par une commission exécutive⁵⁰⁷. Ces événements débouchent sur la promulgation de la Constitution le 4 novembre. Par la suite, à la fin de l'année 1851, le Président de la République, Louis-Napoléon Bonaparte, dissout l'Assemblée nationale, malgré l'interdiction qui lui en est faite par l'article 51 de la Constitution de 1848, et gouverne provisoirement dans l'attente d'une Constitution qu'il promulgue le 14 janvier 1852 et qui entre en vigueur lors de l'ouverture de la première session législative le 29 mars. Ainsi, dans le cas du gouvernement provisoire de février 1848, comme dans celui du gouvernement de Bonaparte en décembre 1851, l'œuvre qui vise à ouvertement transformer l'État et son ordre juridique conduit à une rhétorique fondée sur la nécessité révolutionnaire. En revanche, il convient d'écarter de cette analyse des justifications par la nécessité, le gouvernement de l'Assemblée constituante de mai 1848. Comme le relève Arnaud Le Pillouer, une telle justification serait inutile, car ses pouvoirs, s'ils avaient besoin d'être justifiés, pourraient reposer principalement sur la souveraineté de l'Assemblée⁵⁰⁸. Les discours des gouvernements de février 1848 et de décembre 1851 mobilise des éléments similaires de légitimation de

⁵⁰⁵ *Duvergier*, 1, 30, 158.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ La commission est chargée de nommer des ministres responsables devant l'Assemblée. Elle est composée de Arago, Garnier-Pagès, Marie, Lamartine et Ledru Rollin, soit des anciens membres du Gouvernement provisoire de février 1848. Si la rupture est formelle, matériellement, l'Assemblée nationale s'inscrit dans la continuité du gouvernement de fait. Les ministres nommés par la commission sont Crémieux (Justice), Recurt (Intérieur), Duclerc (Finances), Cazy (Marine), Carnot (Instruction), Bethmont (Cultes), Trélat (Travaux Publics), Flocon (Agriculture et Commerce), Charras remplacé peu après par Cavaignac (Guerre), Bastide et Jules Favre (Affaires Étrangères). En ce sens, v. A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, op. cit., p. 24.

⁵⁰⁸ A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, op. cit., p. 73 sqq.

leur pouvoir par la nécessité : l'urgence et l'impératif d'un nouvel ordre juridique (1). Mais à y regarder de plus près, il y a aussi des dissemblances majeures, car si l'un des gouvernements s'appuie sur une entreprise révolutionnaire, l'autre prétend y mettre un terme (2).

1. Similarités des gouvernements de fait : l'urgence et la nécessité d'un changement

Les transitions constitutionnelles de 1848 et de 1851 ont intégré à leur rhétorique juridique les justificatifs qui mobilisent une nécessité de préservation des institutions, mais pour justifier une entreprise révolutionnaire. Dans les deux cas, il s'agit tout d'abord d'arguer de l'urgence de la situation, qui nécessite l'établissement d'un gouvernement exceptionnel malgré son illégalité manifeste. Si les situations semblent radicalement différentes, la façon de procéder est proche : il s'agit de sauver le peuple face au danger que constitue le gouvernement de droit. Dans sa proclamation du 24 février 1848, parce que le gouvernement de droit « s'est enfui en laissant derrière lui une trace de sang qui lui défend de revenir jamais sur ses pas », un Gouvernement provisoire est « sorti d'acclamation et d'urgence par la voix du peuple et des députés »⁵⁰⁹. S'il y a une urgence, c'est celle de sauver le peuple face à la tyrannie. La rhétorique de 1793 est alors mobilisée ici : « [c]es citoyens n'ont pas hésité un instant à accepter la mission patriotique qui leur était imposée par l'urgence. Quand la capitale de la France est en feu, le mandat du gouvernement provisoire est dans le Salut public. [...] Sous le gouvernement populaire, que proclame le gouvernement provisoire, tout citoyen est magistrat »⁵¹⁰. De même, dans sa proclamation du 2 décembre 1851 qui vise à justifier sa dissolution de l'Assemblée nationale, Louis-Napoléon Bonaparte présente une situation insoutenable causée tant par l'Assemblée⁵¹¹ que par la Constitution elle-même⁵¹². Le Président de la République prétend ici défendre l'État : puisque le pacte constitutionnel est rompu par les députés, pour sauver l'État il est nécessaire d'outrepasser la constitution⁵¹³. À l'instar du gouvernement provisoire de 1848, le Prince-Président se pose en défenseur du peuple face à la tyrannie.

Il y a, néanmoins, une dissemblance de taille. En 1848, l'évidence d'un danger matériel – la guerre civile⁵¹⁴ – qui fonde la nécessité révolutionnaire, est alléguée et

⁵⁰⁹ *Duvergier*, 1, 48, 49-51.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 52-53.

⁵¹¹ *Duvergier*, 1, 51, 475 : « Chaque jour qui s'écoule aggrave les dangers du pays ».

⁵¹² *Ibid.* : « La Constitution, vous le savez, avait été faite dans le but d'affaiblir d'avance les pouvoirs que vous alliez me confier ».

⁵¹³ *Ibid.* : « Mais aujourd'hui que le pacte fondamental n'est plus respecté de ceux-là même qui l'invoquent sans cesse, [...] mon devoir est de déjouer leurs perfides projets, de maintenir la République et de sauver le pays... ».

⁵¹⁴ Ainsi, Alphonse de Lamartine, durant la séance du 24 février 1848 à la Chambre des députés, qualifie-t-il le gouvernement de fait, qu'il appelle de ses vœux, de gouvernement « de nécessité, d'ordre public, de circonstance », de « gouvernement qui étanche le sang qui coule, [...] qui arrête la guerre civile contre les citoyens » (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 501).

semble faire consensus, ce qui n'est pas le cas en 1851. Le coup de force de Louis-Napoléon Bonaparte n'étant pas un acte issu du peuple, mais un combat juridique entre deux pouvoirs constitués – l'Assemblée et le Chef de l'État –, le salut de la patrie est invoqué au prétexte d'un danger constitutionnel plutôt que matériel. La similitude d'action entre la révolution et le coup d'État rend pourtant ces deux notions difficiles à distinguer⁵¹⁵ ; cependant, à l'inverse du gouvernement de fait de février 1848 qui affirme clairement sa volonté de renverser l'ordre monarchique et, partant, de faire la révolution⁵¹⁶, celui de 1851 minore son illégalité et prétend être forcé de transformer l'ordre juridique, au nom du droit⁵¹⁷. Prétendre avoir agi par choix, c'eût été, pour Louis-Napoléon, avaliser l'idée d'un coup d'État.

Ce qui permet finalement de ranger ces gouvernements dans la catégorie des gouvernements révolutionnaires, c'est que dans les deux cas, ils n'arguent pas simplement d'une préservation de la Constitution⁵¹⁸ (comme le prétendait la Commission municipale provisoire en 1830 pour occulter le caractère révolutionnaire de son œuvre) ; ils ne se bornent pas non plus à constater le délitement des institutions qui imposerait une nouvelle constitution (comme ont pu le faire les gouvernements issus du Sénat en 1814 ou de la Chambre des députés en 1815) ; au contraire, c'est un impérieux besoin de changer l'ordre constitutionnel en place qui est mis en avant. Ainsi, le discours du gouvernement révolutionnaire est teinté d'une alternance entre nécessité contre la constitution et nécessité d'une constitution. Dans un premier temps, la nécessité contre la constitution est celle qui traduit une prétendue impossibilité de réformer les institutions par des moyens légaux. Le meilleur moyen pour préserver l'État du danger auquel il s'expose serait alors d'abolir la constitution⁵¹⁹. Dans un second temps, la nécessité de remplacer cette constitution déchu par un nouveau corpus fondamental est brandie, tant par le gouvernement de février 1848 que par celui du 2 décembre 1851. En effet, dès la proclamation du 24 février 1848, le gouvernement provisoire, à peine formé, précise qu'il entend ériger la République, et en appeler à la ratification du

⁵¹⁵ F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 125. François Saint-Bonnet note en effet que, contrairement à une révolution, les contemporains d'un coup d'État essaient de s'en cacher : *ibid.*, p. 124.

⁵¹⁶ C'est ce qui traverse toute la proclamation du 24 février 1848, mentionnée ci-avant (*Duvergier*, 1, 48, 49-56, *précit.*), mais aussi la proclamation à la garde nationale, où le gouvernement le dit sans détour, « la révolution est accomplie » (*ibid.*, p. 56).

⁵¹⁷ Louis-Napoléon le dit lui-même, dans sa réponse à la commission consultative sur le projet de constitution : « [l]a France a répondu à l'appel loyal que je lui avais fait. Elle a compris que je n'étais sorti de la légalité que pour entrer dans le droit. Plus de sept millions de suffrages viennent de m'absoudre en justifiant un acte qui n'avait d'autre but que d'épargner à la France [...] des années de troubles et de malheur » ; v. *Moniteur universel*, 1^{er} janvier 1852, p. 2 *précit.*

⁵¹⁸ Samuel Hayat est beaucoup plus nuancé sur l'interprétation de la nature du gouvernement provisoire de 1848. En effet, il met en avant la tension entre le discours du gouvernement et l'action des gouvernants, beaucoup plus conservatrice que le discours ne le laisse entrevoir. Il montre bien les deux tendances qui s'expriment au début de la révolution sur la nature alléguée au gouvernement, entre une autorité révolutionnaire ou une administration de transition : S. HAYAT, 1848. *Quand la République était révolutionnaire*, Paris, Éditions du Seuil, 2014, p. 120 *sqq.* et p. 128 *sqq.*

⁵¹⁹ F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 131 *sqq.*

peuple⁵²⁰. Le 5 mars, il promulgue un décret dont l'objet concerne justement la convocation d'une assemblée constituante dans l'objectif d'élaborer une constitution. Les vises de ce décret insistent fortement sur la nécessité de « remettre le plus tôt possible aux mains d'un gouvernement définitif » ses pouvoirs⁵²¹. En 1851, Louis-Napoléon Bonaparte a recours, sans détour, de la même rhétorique. Dans sa proclamation aux Français du 2 décembre, il va même jusqu'à préciser les fondations sur lesquelles il entend asseoir la nouvelle Constitution qu'il veut proposer aux Français pour remplacer celle de 1848⁵²². Si l'objectif est le même, les modalités, en revanche, sont différentes. Dans un cas, le gouvernement prévoit la réunion d'une Assemblée constituante⁵²³, dans l'autre, il élabore lui-même la Constitution. Cela amène finalement à mettre en lumière les dissemblances qui existent entre ces deux gouvernements, du point de vue de l'urgence et de la place du peuple.

2. *Dissemblances : faire la révolution ou la terminer*

En 1851, l'urgence est de consacrer le définitif, par l'élaboration rapide et unilatérale d'une constitution. En 1848, il est plus pressant d'organiser le provisoire, pour pouvoir prévoir sereinement le définitif. C'est ce qui ressort de la séance du 24 février 1848, lorsqu'à la suite de Pierre Marie de Saint-George – dit Marie –, qui plaide contre la solution de la régence de la duchesse d'Orléans, Adolphe Crémieux énonce, par le détour d'une comparaison avec les Journées de juillet 1830 :

« La population ne peut pas accepter immédiatement cette proclamation [de la régence]. En 1830, nous nous sommes fort hâtés, et nous voici obligés, en 1848, de recommencer. [...] Nous ne voulons pas, Messieurs, nous hâter en 1848 ; nous voulons procéder régulièrement, légalement, fortement. Le gouvernement provisoire [...] que vous nommerez ne sera pas seulement chargé de maintenir l'ordre, mais de nous apporter ici des institutions qui protègent toutes les parties de la population... »⁵²⁴.

C'est également le sens d'une tirade de Lamartine durant cette même séance, ironiquement interrompue par l'intrusion du peuple dans l'hémicycle. L'écrivain rejette la régence et se rallie au gouvernement de fait, non par réel engagement partisan pour la République, mais parce qu'il craint que le pouvoir de la régence soit trop peu stable, et

⁵²⁰ *Duvergier*, 1, 48, 54.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 70.

⁵²² *Duvergier*, 1, 51, 475. Ces fondements consistent principalement en un renforcement de l'autorité du chef de l'État, et du Conseil d'État, et en un retour au bicamérisme

⁵²³ Cela traduit la logique de bon nombre de députés qui ont préféré un gouvernement de fait à la régence prévue par Louis-Philippe, dans l'objectif de convoquer la nation. Ainsi, Marie, Crémieux, Genoude, Ledru-Rollin, Lamartine, et même La Rochejaquelein, l'expriment sans détour, un gouvernement provisoire est nécessaire « pour convoquer le pays tout entier et pour le consulter », selon les mots de Lamartine. V. en ce sens la séance à la Chambre des députés du 24 février 1848 : *Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 501.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 500.

engendre davantage de maux que de solutions⁵²⁵. Lamartine en appelle donc à un gouvernement provisoire, dont le rôle principal serait « d'établir la trêve indispensable, la paix publique entre les citoyens », afin, ensuite, de permettre une consultation de la nation⁵²⁶.

Ces considérations ne sont pas sans conséquence sur la différence de justification l'exercice de leurs pouvoirs par ces gouvernements. En effet, le Gouvernement provisoire de la République française légifère pour définir l'étendue de ses prérogatives juridiques, par un décret du 4 mars 1848, qui donne le pouvoir à chaque ministre de décider dans des affaires qui ne pouvaient l'être précédemment que par ordonnance royale. Les visas du décret s'appuient essentiellement sur « la nécessité de pourvoir à la prompte et régulière expédition des affaires dans toutes les branches du service public » et sur « l'urgence des circonstances » pour justifier l'accroissement de leurs moyens d'action⁵²⁷. À l'inverse, Louis-Napoléon Bonaparte, s'il a recours à une apostrophe directe au peuple pour entériner son futur pouvoir constituant par le biais du décret du 10 décembre 1851 relatif à la présentation d'un plébiscite à l'acceptation populaire⁵²⁸, il ne semble pas devoir justifier ses prérogatives non-constituantes. Il se borne simplement, dans un décret épuré et laconique qui suit la dissolution de l'Assemblée, à prévoir une commission consultative provisoire pour l'entourer⁵²⁹, ainsi qu'à nommer ses ministres⁵³⁰. Dans le premier cas, l'urgence est explicite et dans le second cas, elle est totalement sous-entendue et présentée comme évidente. Dans les deux démarches, elle sert de justification à un pouvoir absolu.

Ces arguments précisent ainsi la place que prend le peuple comme justification juridique et politique du pouvoir⁵³¹. Les gouvernements de fait s'appuient dessus, mais là où pour Louis-Napoléon Bonaparte le peuple intervient *a posteriori*, en ratifiant le coup d'État, en 1848, au contraire, il est censé intervenir *a priori*. Cependant, entre le gouvernement de février et celui de mai 1848, il y a un infléchissement dans le discours. En effet, en février le gouvernement provisoire s'appuie directement sur le peuple pour agir⁵³². En revanche, à partir du 4 mai et de la réunion de l'Assemblée nationale, le peuple

⁵²⁵ J. POMMIER, *Les écrivains devant la révolution de 1848. Lamartine, Hugo, Lamennais, Georges Sand, Michelet, Béranger*, Paris, PUF, 1948 (*collection du centenaire de la Révolution de 1848*), p. 31-32.

⁵²⁶ *Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 501.

⁵²⁷ *Duvergier*, 1, 48, 66.

⁵²⁸ *Duvergier*, 1, 51, 476 : « Le président de la République, considérant que la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens, et qu'aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice... ».

⁵²⁹ Décret du 2 décembre 1851, *Ibid.*, p. 478 : « Le président de la République, voulant, jusqu'à la réorganisation du Corps législatif et du Conseil d'État, s'entourer d'hommes qui jouissent à juste titre de la confiance du pays, a formé une commission consultative ».

⁵³⁰ Dans un décret du 3 décembre 1851, tout aussi laconique (*ibid.*).

⁵³¹ Cette place du peuple est étudiée ici en tant qu'argument lié à la nécessité du pouvoir. Mais le peuple est aussi un enjeu majeur du critère de l'assentiment : cf. le chapitre qui lui est consacré : Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 223 sqq.

⁵³² Ses actes juridiques et proclamations sont rendus « au nom du peuple français », et un arrêté du 25 février 1848 décide que la justice est dorénavant rendue elle-aussi « au nom du peuple français » (*Duvergier*, 1, 48, 58).

n'existe qu'au travers de ses représentants⁵³³. Il est toujours présent, mais sous forme latente, retranché dans sa fonction d'imputation. Enfin, le peuple dans l'action de Louis-Napoléon Bonaparte est l'organe qui ratifie l'ouvrage constitutionnel élaboré par le chef – donc le coup d'État ; il justifie l'absolution du gouvernement⁵³⁴.

Ainsi, en 1848, on assiste au retour de la théorie du gouvernement révolutionnaire. Au contraire, 1851 vient battre en brèche cette doctrine, en s'en réappropriant les éléments mais pour les subvertir, par une substitution du moyen à la fin. En effet, selon Robespierre, le moyen qui permet le Salut du peuple, c'est justement le renforcement de l'autorité, une autorité absolue⁵³⁵. Au contraire, pour l'homme du 2 décembre, le peuple est un moyen (par la ratification) pour obtenir le pouvoir constituant (c'est-à-dire la permission de constituer l'État)⁵³⁶. En somme, en 1848, la nécessité proclamée est celle de faire la révolution ; en 1851, elle est celle de « fermer l'ère des révolutions »⁵³⁷.

En définitive, dans la manière dont les différents gouvernements de fait de la fin du XVIII^e siècle et de la première moitié du XIX^e siècle font appel à la nécessité, il semble se dégager deux types de stratégies. D'une part, les gouvernements qui, persuadés de leur légitimité, invoquent une nécessité révolutionnaire (les gouvernements révolutionnaires et les gouvernements de restauration), et, d'autre part, ceux qui, pour essayer de nier ou d'occulter une démarche partisane, vont davantage employer le registre d'une nécessité de préservation (les gouvernements provisoires). Si l'emploi d'une nécessité révolutionnaire semble prédominer tout au long du XIX^e siècle c'est avant tout parce que les arguments d'une urgence évidente et d'un besoin impérieux de changer l'ordre constitutionnel sont mobilisés de manière à dépasser le droit, c'est-à-dire de s'en affranchir, de le transgresser. Au contraire, à partir de la fin du siècle, lors des transitions constitutionnelles, les acteurs tentent de réfléchir à un moyen d'utiliser la nécessité pour contourner le droit, et non plus le subsumer, ce qui conduit consécutivement à un déclin de la nécessité révolutionnaire.

⁵³³ Pour une illustration, v. la séance d'ouverture de l'Assemblée constituante du 4 mai 1848, et notamment l'intervention de Jacques Charles Dupont (de l'Eure) au nom du gouvernement provisoire, remettant ses pouvoirs aux « dépositaires de la souveraineté nationale » (*Moniteur universel*, 5 mai 1848, p. 946). V. encore la séance du 8 mai 1848 durant laquelle se définit l'organisation du pouvoir exécutif provisoire. *Moniteur universel*, 9 mai 1848, p. 986.

⁵³⁴ V. pour plus de précisions sur ce point : F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 156.

⁵³⁵ M. de ROBESPIERRE, « Discours du 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) », *loc. cit.*, notamment p. 273.

⁵³⁶ La formulation du plébiscite illustre ce point : « [L]e peuple français veut le maintien de l'autorité de Louis-Napoléon Bonaparte et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour faire une Constitution sur les bases proposées dans sa proclamation du 2 décembre (*Duvergier*, 1, 51, 476).

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 475 : Proclamation du 2 décembre 1851. En cela, le discours justificatif de Napoléon II est très proche de celui de son oncle durant le Consulat provisoire.

Section 2 Le déclin de la nécessité révolutionnaire

Dans la continuité du mouvement amorcé en 1851, une histoire des transitions constitutionnelles et des insurrections depuis la chute du Second Empire traduit, malgré des résurgences, la volonté de clore le chapitre des révolutions. Cela se ressent dans la rhétorique des gouvernements de fait autour de la nécessité. Ils étayent alors plus fréquemment leurs prétentions sur une nécessité de préservation pour justifier leur pouvoir ; au contraire, ceux qui ont recours à une nécessité révolutionnaire voient leurs prétentions refoulées. Entre 1870 et 1871, au moins quatre gouvernements intervenant sur la scène constitutionnelle donnent corps à ces évolutions : le gouvernement de la Défense nationale, la Délégation issue de ce gouvernement (qui finit par s'opposer à lui), le gouvernement de l'Assemblée nationale et celui de la Commune de Paris. La fin du XIX^e siècle marque donc le triomphe de la nécessité de préservation par le rejet de la nécessité révolutionnaire (§1). Entre 1940 et 1944, l'affrontement entre Vichy et la France libre paraît figurer une résurgence de la nécessité révolutionnaire, qui n'est pourtant que brève. Elle se solde par son rejet dans le discours du gouvernement vainqueur, le Gouvernement provisoire de la République française (§2).

§1. *Le mirage rhétorique d'une nécessité objective (1870-1871)*

Le 19 juillet 1870, le Second Empire entre en guerre avec la Prusse. Moins de deux mois plus tard, le 2 septembre, l'empereur Napoléon III est vaincu et fait prisonnier à Sedan. L'Empire n'y survit pas et la République est proclamée le 4 septembre, à l'Hôtel de Ville de Paris, par le gouvernement dit de la Défense nationale. L'image qui ressort parfois de cette période est celle d'un Empire sur le déclin emporté par ses fautes, celle d'un gouvernement de fait qui prend les rênes d'un trône vacant, presque par hasard, et qui laisse rapidement sa place à une Assemblée nationale, dont la mission est de doter la France d'une constitution⁵³⁸. Cette vision est en partie le résultat d'un discours tissé par les acteurs du gouvernement de la Défense nationale. En effet, ces derniers s'appuient majoritairement sur une nécessité de préserver l'État dans la tourmente du moment, en vue de contenter les différents courants alors présents sur l'échiquier politique français (A). Ce déclin de l'utilisation d'une nécessité visant à transformer l'ordre juridique se confirme avec la répression et le rejet des justifications de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale et de la Commune de Paris (B).

⁵³⁸ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, Paris, A. Colin, 1937, p. 5. L'auteur en parle ainsi : « [L]a Révolution, sans violence, sans lutte, fut l'évanouissement d'un régime emporté par ses fautes et ses défaites. Le gouvernement nouveau s'installa sur des ruines qui n'étaient pas son œuvre, mais il s'était improvisé lui-même, sacré seulement par une acclamation parisienne populaire ».

A. L'argument du dépassement apartisan du droit dans la Défense nationale (septembre 1870-février 1871)

Le gouvernement de fait qui se met en place à l'Hôtel de Ville de Paris à la suite de l'abdication de l'Empereur appuie ses prétentions sur une double nécessité : il est le seul à même de pallier la vacance du pouvoir à la suite de l'effondrement de l'Empire ; et il le fait simplement pour la défense nationale, en attendant la réunion d'une assemblée constituante. Cela répond à deux impératifs qui se posent aux hommes du Quatre septembre pour contourner l'illégalité de leur démarche. Ils cherchent d'abord à outrepasser la régence prévue par Louis-Napoléon Bonaparte (1), mais aussi à justifier leur pouvoir de manière à ne subir aucune critique partisane (2).

1. Outrepasser la régence

Pour justifier son appropriation du pouvoir, le gouvernement de la Défense nationale affirme qu'il « n'y avait eu ni conspiration ni combat. L'Empire s'était abîmé de lui-même. Sa chute n'était que le dénouement prévu, inévitable, d'une série de fautes équivalant à des crimes et qui le condamnaient sans retour »⁵³⁹. Cependant, il y a des éléments révolutionnaires dans l'accès au pouvoir de ce gouvernement, que les hommes du Quatre septembre s'efforcent de minorer, mais qu'ils ne peuvent nier⁵⁴⁰. Deux facteurs liés à la prise de pouvoir du gouvernement de la Défense nationale viennent en témoigner. Tout d'abord, le gouvernement se place en rupture par rapport à l'Empire déchu, en proclamant la République. Mais surtout, il cherche à supplanter la régence qui était prévue par l'Empereur à la suite de sa abdication. Le problème qui se pose alors aux insurgés républicains est de nier cette disposition légale de transition du pouvoir, tout en minorant le caractère révolutionnaire de cette entreprise.

La régence n'avait initialement été prévue que dans le cas où l'Empereur serait mineur⁵⁴¹. Pourtant, l'impératrice Eugénie a tout de même été nommée régente par une lettre patente du 23 juillet 1870⁵⁴², peu après l'entrée en guerre contre la Prusse de l'Empereur. Cela fut prévu à titre provisoire et dans des conditions édictées par l'acte lui-même afin que l'impératrice ne puisse autoriser par sa signature « la promulgation d'aucune loi autre que celles qui sont pendantes devant le Sénat, le Corps législatif et le Conseil d'État »⁵⁴³. La logique juridique aurait voulu qu'à la défaite de l'Empereur lors de la bataille de Sedan et sa capitulation, le 2 septembre 1870, la régente exerçât son pouvoir le temps de prévoir une succession en faveur de l'héritier de l'Empire, son fils, puis durant sa minorité. Néanmoins, le 4 septembre, les choses ne se passent pas comme

⁵³⁹ A. GLAIS-BIZOIN, *Dictature de cinq mois*, op. cit., p. 15-16.

⁵⁴⁰ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, op. cit., p. 131 : le ministre provisoire des affaires étrangères s'estime avec ses confrères « dépositaires d'un pouvoir de fait qu'une révolution venait de mettre entre nos mains ».

⁵⁴¹ Sénatus-consulte du 17 juillet 1856, sur la régence de l'Empire.

⁵⁴² JO, 27 juillet 1870, p. 1335.

⁵⁴³ *Ibid.*

prévu. La séance du Corps législatif de ce jour cristallise les tensions entre les partisans l'impératrice et les – nombreux – dissidents de tous bords⁵⁴⁴. Cependant, ces antagonismes font rapidement place à un constat : la régence n'aura pas lieu. Jules Favre, dans ses mémoires, résume ainsi la situation : « la vacance ne pouvait être contestée : l'Empereur, discrédité par ses fautes, n'avait plus d'autorité ; la Régente n'était qu'un nom ; le seul pouvoir constitué était la Chambre »⁵⁴⁵. Pour les défenseurs d'une solution différente, qui se rassemblent autour de la nécessaire proclamation de la déchéance de Napoléon III, le meilleur moyen d'outrepasser la régence est encore d'en nier purement et simplement l'existence, sans même s'attacher à en démontrer l'inanité juridique⁵⁴⁶.

La pièce se déroule en deux actes durant lesquels les événements emportent le droit comme une lame de fond. Tout d'abord, le fait accompli : le Corps législatif envisage plusieurs solutions, tournant autour de la formation d'une commission exécutive provisoire, mais l'invasion de la Chambre dans la matinée empêche toute formation de gouvernement⁵⁴⁷. Aussi, quelques députés républicains entraînant la foule à l'Hôtel de Ville, se proclament « membres du gouvernement de la Défense nationale » sous son acclamation⁵⁴⁸. Face à cela, la chambre cherche à réagir vite, et à parer l'événement d'une vague apparence juridique.

S'ouvre alors le second acte : la ratification tacite du Corps législatif. Avant d'être envahie, la Chambre avait déjà proclamé l'urgence, la vacance du pouvoir et demandé la création d'une commission de défense nationale – selon une proposition d'Adolphe Thiers – en vue de la réunion d'une Assemblée constituante. De ce fait, la solution de la régence était implicitement écartée. Mais l'insurrection à l'Hôtel de Ville a devancé le Corps législatif. Dès lors, à l'ouverture de la séance du soir, l'alternative est la suivante : refuser de suspendre la session parlementaire, donc refuser de ratifier le gouvernement de fait qui s'est établi ou bien se retirer et ainsi accorder tacitement cette ratification au gouvernement de fait. Jules Favre, en tant que représentant du gouvernement de la Défense nationale, vient présenter la démarche des insurgés lors de la séance du 4 septembre au soir : face au fait accompli, assène-t-il, le droit doit se plier sous le poids des circonstances et de la nécessité dont les gouvernants de fait sont les serviteurs

⁵⁴⁴ *Moniteur universel*, 5 septembre 1870, p. 1283.

⁵⁴⁵ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴⁶ À ce titre, il existait pourtant des possibilités de contester en droit la régence. Par exemple, Joseph Barthélemy et Paul Duez notent que le décret de régence ne prévoyait pas un empêchement absolu, mais seulement provisoire, le temps de la campagne et la déchéance de l'Empereur emportait ainsi la régence avec elle : J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 7 ; Raymond Gaudu note pour sa part que l'organisation de la régence par ce décret était une violation de la Constitution impériale, car le Sénatus-consulte du 20 avril 1870, soumis à un plébiscite le 8 mai portait que désormais tout changement de constitution était réservé au Peuple sur proposition de l'Empereur : R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 610-611.

⁵⁴⁷ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴⁸ Selon, tout du moins, le récit qui en est fait par ses acteurs : v. *Moniteur universel*, 6 septembre 1870, p. 1287 ; cf. également Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 241 *sqq.*

davantage que les acteurs⁵⁴⁹. Ainsi, l'orateur de conclure en articulant savamment nécessité de préservation et nécessité révolutionnaire dans un ultimatum à la Chambre : « [s]i vous voulez bien y donner votre ratification, nous vous en serons reconnaissants. Si au contraire, vous la refusez, nous respecterons les décisions de votre conscience, mais nous garderons la liberté entière de la nôtre »⁵⁵⁰. *In fine*, la Chambre se retire, convaincue par Adolphe Thiers arrivé au renfort de Jules Favre pour justifier du danger qui plane sur Paris avec l'invasion prussienne. Elle ne reconnaît pas le gouvernement du général Trochu – elle n'en avait, de toutes les façons, pas la compétence –, mais elle valide tacitement l'exercice de ce pouvoir de fait et laisse libre son champ d'action.

La simple négation de la régence n'est pas suffisante pour les hommes du Quatre septembre et au constat de la vacance du pouvoir, s'adjoint celui de l'urgence et de la préservation de l'État. Les gouvernants de fait vont produire un discours d'autojustification de la supériorité de leur pouvoir sur toute autre solution envisageable. Ils font donc reposer ce pouvoir sur l'urgence, le Salut public et le droit, entendu comme un ordre supérieur à la loi. Cela est contenu en substance dans une proclamation insérée au *Moniteur universel* du 6 septembre 1870 : « [l]e peuple a devancé la chambre, qui hésitait. Pour sauver la Patrie en danger, il a demandé la République. Il a mis ses représentants non au pouvoir, mais au *péril*. [...] La Révolution est faite au nom du *droit*, du *salut public*. »⁵⁵¹. Ainsi, ne niant pas leur œuvre révolutionnaire, les gouvernants de fait cherchent tout de même à la minorer au maximum. Ils font la promotion d'une révolution qui contourne le droit mais ne le subsume pas. Dès lors, si l'impérieuse nécessité justifie que l'on ignore la régence pour proclamer un gouvernement spécifique, les auteurs mêmes de ce renversement s'appuient sur le peuple pour légitimer leur action. En effet, le « gouvernement de la Défense nationale n'entend usurper aucun des droits du peuple », selon une proclamation faite aux maires des arrondissements de Paris par Etienne Arago⁵⁵². Ces « droits du peuple », savamment mobilisés dans le discours des hommes du Quatre septembre, sont alors implicitement opposés aux droits d'une caste, d'une minorité d'élite, défendus par les tenants de la régence⁵⁵³.

Cette fructueuse tentative d'outrepasser la régence illustre l'articulation difficile que tente le gouvernement de la Défense nationale entre continuité et rupture constitutionnelle. Certains gouvernants cherchent à se défendre des accusations d'usurpation et de violence, en mettant en avant une certaine continuité du pouvoir, du

⁵⁴⁹ *Moniteur universel*, 7 septembre 1870, p. 1292. Selon les mots exacts de l'orateur : « [e]n ce moment, il y a des faits accomplis : un gouvernement issu de circonstances que nous n'avons pu prévoir, gouvernement dont nous sommes devenus les serviteurs. [...] Je n'ai pas aujourd'hui à m'expliquer sur les fautes de l'Empire. Notre devoir est de défendre Paris et la France. ».

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Moniteur universel*, 6 septembre 1870, p. 1287 (souligné par nous).

⁵⁵² *Moniteur universel*, 7 septembre 1870, p. 1292.

⁵⁵³ Ainsi, outre la nécessité, les gouvernants de fait s'appuient également sur l'argument de l'assentiment du peuple : Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 241 *sqq.*

fait que le gouvernement bénéficiait de l'aide du personnel de l'Empire – notamment, selon Jules Favre, de l'ancien ministre des Affaires Étrangères le prince Godefroy de la Tour d'Auvergne. Favre évoque alors une succession cordiale, dont l'histoire reste « défigurée par la passion des partis »⁵⁵⁴. Néanmoins, cette démarche comporte une part de facticité : dans la mesure où le précédent gouvernement n'existait plus et le Corps législatif n'avait qu'une compétence limitée en matière de régence. Dès lors, il ne pouvait guère consacrer le gouvernement de la Défense nationale. Et quand bien même, l'eût-il fait que son autorité – se rattachant à un régime dépassé – se serait avérée caduque⁵⁵⁵. Ainsi, un quelconque adoubement par l'Empire importait finalement peu aux hommes du Quatre septembre, qui souhaitaient plutôt se démarquer de ce régime politique (comme en témoigne la proclamation de la République). Mais cela traduit tout de même un élément significatif du point de vue du droit. Cet appui sur les administrateurs déjà en place, tout comme la volonté de faire ratifier l'insurrection par la Chambre, sous-tend une volonté de minimiser le caractère révolutionnaire. Les hommes du gouvernement de fait cherchent davantage à contourner les dispositions constitutionnelles qu'à les briser franchement.

Ainsi, la continuité est affirmée du bout des lèvres et la rupture, plus nettement proclamée, repose sur une acclamation populaire qui permet au gouvernement d'affirmer que son pouvoir est fondé sur le souhait de la population. Les deux discours ne s'excluent pas, bien au contraire. Le délicat numéro d'équilibriste joué par les membres de la Défense nationale consiste à affirmer à la fois des éléments de continuité et des éléments de rupture, pour contenter tous les partis et pour n'en froisser aucun. Le but est de dépasser les critiques qui s'adressent – ou qui risquent de s'adresser – au pouvoir en place, dont la vulnérabilité est accrue du fait de son défaut de légalité.

2. Surmonter les oppositions

Le gouvernement de la Défense nationale, sitôt son pouvoir établi, se retrouve sous le feu des critiques. Celles-ci émanent tant de ses contemporains – conservateurs, monarchistes et bonapartistes à sa droite et révolutionnaires socialistes et internationalistes à sa gauche⁵⁵⁶ – que de certains commentateurs⁵⁵⁷. C'est pourquoi il lui fallait justifier son action sur un plan qui ne laisserait que peu de place aux contestations. Cela passe, tout d'abord, par la présentation d'une transition improvisée au pouvoir. En effet, selon ses propres artisans, la révolution du 4 septembre ne résulte pas d'une conspiration ni d'un calcul politique. Comme l'explique Alexandre Glais-Bizoin dans ses

⁵⁵⁴ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, *op. cit.*, p. 1-2.

⁵⁵⁵ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 8 et suiv.

⁵⁵⁶ Alexandre Glais-Bizoin, dans ses mémoires, fait même état d'une proposition de mise en accusation des membres de la Défense nationale devant l'Assemblée nationale, tout juste réunie, par des députés républicains radicaux, soutenus par l'extrême droite monarchiste. A. GLAIS-BIZOIN, *Dictature de cinq mois*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵⁷ Maurice Deslandres, par exemple, en dresse un portrait à charge dans son ouvrage : M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 3 *sqq.*

mémoires politiques : elle « n'a été l'œuvre d'aucun conciliabule. L'invasion de la Chambre, comme à l'Hôtel de Ville la proclamation des députés de Paris, membres du gouvernement de la Défense nationale, ont eu lieu sans préméditation aucune, comme sans protestation »⁵⁵⁸. Cette idée est renforcée par l'image d'un Empire sur le déclin à l'approche des années 1870, où les contestations sociales se faisaient de plus en plus insistantes⁵⁵⁹. En partant de ce constat, les membres de la Défense nationale peuvent alors expliquer que c'est par ses fautes que l'Empire est tombé⁵⁶⁰ et qu'ils sont là pour combler le « vide institutionnel », à l'issue d'une transition aussi spontanée que pacifique, d'un sursaut pour « sauver la patrie »⁵⁶¹. Ainsi, tout est mis en avant pour affirmer l'idée que les membres du gouvernement se sont retrouvés investis de la défense nationale, qu'ils n'ont pas demandé le pouvoir, mais que cela est, pour eux, un devoir. Le fondement du pouvoir ne repose pas sur le droit, fondement qui convient très bien à un régime durable, mais sur le devoir, idéal pour un régime provisoire. Est alors présentée, assez paradoxalement, une révolution sans révolution, c'est-à-dire un changement de l'ordre juridique, mais sans le volontarisme caractéristique d'une atteinte à cet ordre. On retrouve ici un caractère commun aux justifications de la Commission municipale provisoire de 1830.

Après avoir présenté les faits, les hommes du Quatre septembre énoncent leurs motivations, selon le même cheminement. Ils interviennent, disent-ils, sous le coup d'une nécessité imposée – c'est-à-dire malgré eux – tout en affirmant que cela n'est que provisoire, puisqu'ils prévoient la réunion d'une Assemblée constituante, légitime car fondée sur la souveraineté nationale. Cela a pour objectif d'éviter de s'offrir au feu des critiques de toutes obédiences politiques. La première de ces justifications est comprise dans le nom même du gouvernement. Lorsqu'est prononcée la déchéance de l'Empereur et alors même que la guerre n'est pas encore perdue et que l'armée prussienne n'est pas encore aux flancs de Paris, il faut défendre la nation. Le gouvernement de fait qui s'installe à l'Hôtel de Ville s'affaire d'abord à reprendre en main la guerre, puis s'efforce de gérer le siège de Paris lorsqu'il a lieu, et envoie une délégation administrer la province. En janvier 1871 – notamment après le 18 janvier et l'échec de la sortie de Buzenval – le gouvernement est chargé des pourparlers de paix, et signe un armistice le 28 janvier dans l'optique de préparer le terrain pour que le futur gouvernement (celui qu'est appelée à former l'Assemblée nationale une fois élue), puisse ratifier un traité de paix avec la Prusse. Dans tous les cas, qu'il ait été question de guerre ou de paix, ses membres

⁵⁵⁸ A. GLAIS-BIZOIN, *Dictature de cinq mois, op. cit.*, p. 4-5.

⁵⁵⁹ À Paris comme en province d'ailleurs, puisqu'avant même que la République ne soit proclamée à l'Hôtel de Ville, elle l'était déjà à Marseille ou à Lyon.

⁵⁶⁰ A. GLAIS-BIZOIN, *Dictature de cinq mois, op. cit.*, p. 3 et p. 15-16. On peut noter que cette argumentation de l'Empire en déclin est critiquée par certains contemporains du gouvernement, notamment Édouard Laboulaye : E. LABOULAYE, « Le plébiscite de 1870 », *Questions constitutionnelles*, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1992 (*Bibliothèque de philosophie politique et juridique*) [reprod. en facsim, Paris, 1872], p. 255-305.

⁵⁶¹ A. GLAIS-BIZOIN, *Dictature de cinq mois, op. cit.*, p. 5.

insistent sur la nécessité de leur mission⁵⁶². Cette préservation nécessaire de la France face à l'ennemi, pierre angulaire de la justification de leur pouvoir, est renforcée par son caractère provisoire.

Le caractère provisoire du gouvernement de la Défense nationale, justifié par les circonstances de guerre et la vacance du pouvoir, constitue un argument essentiel pour l'assise de son pouvoir ; il vise à transgresser le droit mais sans le transformer. Cette rhétorique est ambiguë en ce qu'elle s'appuie sur la théorie de l'exception, c'est-à-dire l'accroissement temporaire des pouvoirs jusqu'au retour à la normalité, pourtant il n'est pas prévu de retour à l'ordre juridique précédent (ce qu'induit le décret de réunion d'une assemblée constituante et les autres éléments de rupture avec l'Empire). Le but, là encore, est d'avoir les mains libres tout en évitant au mieux les critiques politiques. Ainsi, le gouvernement se proclame d'abord restreint à l'expédition des affaires relatives à la guerre avec la Prusse et la défense du territoire – la « défense nationale » – puis par la suite aux affaires de paix et celles relatives à la réunion d'une Assemblée nationale, consécration absolue de son caractère provisoire puisqu'il cherche à fixer la date de la fin de son existence, celle de la réunion de ladite assemblée⁵⁶³. Cela est rapidement acté, car le 8 septembre les hommes du gouvernement décident de procéder à des élections en vue de la réunion de cette Assemblée pour doter la France d'une constitution et, par conséquent, d'institutions définitives. La date du 16 octobre est d'abord arrêtée. Celle-ci est avancée au 2 octobre avant que les élections ne soient finalement ajournées⁵⁶⁴. L'invasion, le siège de Paris, ainsi que plusieurs problèmes de politique intérieure ayant retardé leur tenue, les élections ont lieu en définitive le 28 janvier à la date de l'armistice avec la Prusse⁵⁶⁵. Le choix assez prompt d'organiser des élections tient aussi à la nature du gouvernement. Ses membres, républicains qui s'étaient pour la plupart opposés au pouvoir de l'Empereur, agissaient en conviction. Certains auteurs adoptent néanmoins un ton critique à ce propos. Selon Maurice Deslandres, les membres du gouvernement étaient des opposants de longue date au pouvoir personnel, alors qu'ils « n'étaient eux-mêmes que des dictateurs », il leur fallait donc se légitimer en permettant ces élections⁵⁶⁶. Joseph Barthélemy et Paul Duez ont une vision plus nuancée, mais plus théorique à ce propos, en expliquant que « lorsqu'un gouvernement de fait est animé de l'esprit républicain, sa principale préoccupation est de céder la place, dans le plus bref délai

⁵⁶² V. le commentaire de Raymond Gaudu à ce sujet : « [d]e la volonté du peuple on s'occupe peu, beaucoup moins qu'en 1848 ; l'impérieuse nécessité est là qui s'impatiente, et, d'après [Favre], c'est assez » (R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 624).

⁵⁶³ Le gouvernement rappelle cela régulièrement dans des proclamations et discours. V. par exemple le discours de Gambetta à Lille du 19 janvier 1871 (J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Deuxième partie, Du 31 octobre 1870 au 28 janvier 1871 : Bataille de Champigny - Bataille du Bourget - Conférence de Londres - Bataille de Buzenval - Insurrection du 22 janvier 1871 - Armistice*, Paris, Plon, 1872, p. 487-492).

⁵⁶⁴ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 11-12.

⁵⁶⁵ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶⁶ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 11.

possible, à un gouvernement régulier qui, d'après les principes démocratiques, doit être fondé sur le suffrage universel »⁵⁶⁷. Ce qui est certain, c'est que la convocation de ces élections répond à l'impératif d'éviter les critiques possibles d'accaparement du pouvoir. Cela permet également de contourner l'illégalité intrinsèque du gouvernement, pour assumer provisoirement la charge du pays, jusqu'à un terme prévu légalement.

L'absence de titre juridique et le contexte de guerre et d'invasion du territoire conduisent à cette nécessité d'un pouvoir exercé en même temps qu'on cherche à le fonder. Dans ce cas, la justification du pouvoir absorbe son origine. Face aux multiples courants politiques et à la pression de l'occupant, les gouvernants de fait, navigant en eaux troubles, mettent tout en œuvre pour assurer leur pouvoir sur une nécessité de préserver l'État. L'avis, éminemment subjectif il est vrai, présent dans le testament politique du général Jules-Louis Trochu – chef du gouvernement de la Défense nationale – illustre cela. Il affirme que face à l'impossibilité de chasser les gouvernants de fait, il n'a choisi de présider leur action que dans l'intention de les contenir, pour « faire d'eux un Gouvernement de défense nationale au lieu d'un Gouvernement de bouleversement politique »⁵⁶⁸. Finalement, plus qu'anecdotiques, ces discours traduisent un changement juridique dans l'appréhension de l'argument de la nécessité des gouvernements de fait. En 1870, l'entreprise ouvertement révolutionnaire de transformation du droit semble timidement évitée. Au travers du triomphe de la nécessité de préservation, l'idée prévaut que face à l'illégalité, il importe davantage de donner l'apparence d'un contournement du droit plutôt que d'un dépassement, c'est-à-dire d'une transgression pour préserver l'État plutôt que pour le réformer⁵⁶⁹. La défaite de l'argument de la nécessité révolutionnaire dans le discours de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, ainsi que dans celui de la Commune, vient compléter ce processus.

B. La méfiance envers la nécessité révolutionnaire dans le rejet des discours de la Délégation et de la Commune (septembre 1870-mai 1871)

Entre 1870 et 1871, deux gouvernements vont avoir recours à une nécessité ouvertement révolutionnaire : la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, envoyée à Tours puis à Bordeaux par le gouvernement en septembre 1870, mais qui prend son indépendance ; et le gouvernement de la Commune insurrectionnelle de Paris

⁵⁶⁷ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 8-9

⁵⁶⁸ J.-L. TROCHU, *L'Empire et la défense de Paris devant le jury de la Seine*, Paris, Hetzel, 1872, p. 335.

⁵⁶⁹ On décèle les traces de cela jusque dans certains journaux de l'époque. Ainsi, le secrétaire de la rédaction du *Journal des débats* n'hésite pas à affirmer, dès le lendemain de la chute de l'Empire : « [n]ous ne songeons même pas à examiner la valeur légale du gouvernement de fait qui siège depuis hier à l'Hôtel-de-Ville. Mais quelque jugement que chacun puisse porter sur l'opportunité et sur la moralité du mouvement révolutionnaire qui vient de triompher, il faut reconnaître que la première et la plus urgente nécessité du moment est d'avoir à Paris un pouvoir en état de faire face aux terribles difficultés intérieures et extérieures de l'heure présente » (*Journal des débats politiques & littéraires*, 6 septembre 1870, p. 1).

qui s'oppose directement à l'Assemblée nationale constituante de 1871. Ces deux gouvernements ont des prétentions insurrectionnelles et vont opposer un discours juridique au gouvernement qui se trouve face à eux (1). Dans les deux cas, leur défaite peut s'interpréter, sur la scène constitutionnelle de cette époque, comme un refus de l'argument fondé sur la nécessité révolutionnaire (2).

1. Affrontements

La Délégation du gouvernement de la Défense nationale, simplifiée ici sous le terme de Délégation, ainsi que la Commune de Paris sont les deux principaux pouvoirs qui s'érigent face à des gouvernements de fait durant la période 1870-1871. Se pencher sur la rhétorique de ces contre-gouvernements – dans la mesure où ils sont tous dépourvus de titre juridique – permet de constater que c'est dans l'affrontement qui résulte de leur prétention à exercer le gouvernement que se dégage progressivement une tendance au rejet de la nécessité révolutionnaire.

Lorsqu'en septembre 1870 les troupes allemandes menacent d'encercler la capitale française, les hommes du gouvernement de la défense nationale décident d'envoyer à Tours le 9 septembre une délégation composée d'Adolphe Crémieux, d'Alexandre Glais-Bizoin et de Martin Fourichon⁵⁷⁰. Elle devait se faire le relais du gouvernement dans le reste de la France. Très rapidement, pour remédier à des dissensions entre le gouvernement central et la Délégation dans le courant du mois de septembre⁵⁷¹, Paris préconise l'envoi d'un membre de la Défense nationale à Tours, pour mettre la Délégation au pas. Jules Favre est pressenti, mais il se récusé au profit de Léon Gambetta⁵⁷². Ce dernier est envoyé le 5 octobre avec double voix, « mesure anormale et grave, qui, son personnalisme et son énergie aidant, devait faire de lui un dictateur », selon les mots de Maurice Deslandres⁵⁷³. Au moment de l'arrivée de Gambetta à Tours quelques jours après, le 9 octobre, la France compte deux gouvernements. Concentrant ses efforts sur une tentative recentralisatrice – afin de permettre une assise du pouvoir plus rapide et éviter l'expansion de toute concurrence au pouvoir –, il renforce donc son autorité et celle de la Délégation, en réprimant tout mouvement séditionnel en son sein. En effet, la Délégation était menacée, en interne, par un éclatement du pouvoir entre des mouvements séparatistes en plus d'être en conflit avec le gouvernement de la Défense nationale. L'action de Gambetta assure le maintien de son pouvoir et empêche son délitement, ce qui fait de la Délégation un véritable gouvernement local. Dans le même

⁵⁷⁰ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, *op. cit.*, p. 221-222.

⁵⁷¹ La Délégation avait refusé d'ajourner les élections de l'Assemblée constituante, s'opposant alors au décret d'ajournement du gouvernement de la Défense nationale du 24 septembre ; v. A. CRÉMIEUX, *Gouvernement de la Défense nationale, Première partie : Actes de la délégation à Tours et à Bordeaux*, Tours, É. Mazereau, 1871, p. 24 et suiv. ; v. également J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième république*, Paris, Éditions du Seuil, 1984, p. 18.

⁵⁷² J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁷³ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 12.

temps, cela lui donne la force nécessaire de s'ériger en pouvoir alternatif face au gouvernement central. En effet, l'accroissement du pouvoir de la Délégation s'accélère au rythme de ses divisions avec Paris. En même temps que son transfert à Bordeaux pour des raisons de sécurité le 9 décembre, Gambetta, tout en entreprenant une lutte contre les adversaires de la République, dénonce à Paris « Thiers et ses amis » qui le traitent d'usurpateur. En parallèle, il poursuit une œuvre de « purification » des préfets et fonctionnaires fidèles à l'Empire⁵⁷⁴. Mais surtout, il mène une farouche campagne en faveur de la guerre contre la Prusse, à tel point que certains commentateurs ont jugé que c'est son action qui lia la république à l'idée de guerre et de résistance à l'Allemagne⁵⁷⁵. Ainsi, c'est justement en accusant le gouvernement de la Défense nationale, négociant un armistice avec la Prusse, de ne plus défendre la nation alors qu'il fonde son autorité dessus, qu'il en conteste la nécessité et, par conséquent, le pouvoir de fait⁵⁷⁶.

La Commune de Paris suit, *mutatis mutandis*, le même cheminement rhétorique. Elle fonde, elle aussi, son action dans la contestation du gouvernement central, celui de l'Assemblée nationale constituante réunie le 12 février 1871, et de la politique qu'il mène. En effet, la signature du traité préliminaire de paix franco-prussienne, le 26 février, nourrit la colère des milieux révolutionnaires de Paris ainsi que ceux qui sont défavorables à la fin de la guerre⁵⁷⁷. Le Comité central de vigilance qui prônait la guerre à outrance depuis au moins le 2 décembre 1870⁵⁷⁸ rassemble une grande partie des mécontents. Il change de nom plusieurs fois au gré de refontes, et finalement après sa fusion avec la fédération de la Garde nationale en février 1871, devient le Comité central de la fédération républicaine de la Garde nationale le 3 mars⁵⁷⁹. Il joue un rôle capital dans la Commune de Paris. Il veut la république et la démocratie directe et son serment du 10 mars est ainsi rédigé : « plus de rois, plus de maîtres, plus de chefs imposés ; mais

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁷⁵ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷⁶ V. le récit que fait Jules Favre de la difficile exécution de l'armistice due à une résistance de la Délégation – et plus particulièrement selon lui de Léon Gambetta : J. FAVRE, *Gouvernement de la défense nationale. Troisième partie, Du 29 janvier au 22 juillet 1871. Derniers actes du gouvernement de la Défense nationale, M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, négociations de Versailles, traité de préliminaires, l'armée allemande à Paris, journée du 18 mars, la Commune, négociation et traité de Francfort, prise de Paris, l'Internationale*, Paris, Plon, 1875, p. 16 et suiv. Un exemple, qui fait également office de principal terrain juridique sur lequel cette opposition se joue, est la promulgation par la Délégation d'un décret du 31 janvier 1871 frappant d'inéligibilité les anciens partisans de l'Empire pour les élections de l'Assemblée, juste avant l'arrivée de Jules Simon, envoyé par le gouvernement de la Défense nationale pour faire appliquer sa politique auprès de la Délégation. Cet acte est annulé par un décret du gouvernement de la Défense nationale du 4 février, ce qui aurait fait dire à Rochefort, preuve s'il en est de l'incertitude du pouvoir : « en quoi le Gouvernement de J. Favre serait plus légitime que celui de Gambetta ? ». V. M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 53. Le gouvernement de la Défense nationale se résout à adjoindre, le 6 février, trois de ses membres à Jules Simon – Garnier-Pagès, Pelletan et Arago – afin de lui octroyer la majorité, et de lui éviter ainsi d'avoir à mettre en œuvre son projet de prendre la préfecture par les armes pour se réapproprier la Délégation. Gambetta, acculé, se résigne à démissionner. v. J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁷⁷ J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième république*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁷⁸ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 679.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 680.

des agents constamment responsables et révocables à tous les degrés du pouvoir »⁵⁸⁰. C'était se poser clairement en rupture face à la majorité monarchique à l'Assemblée nationale et à la nomination d'Adolphe Thiers, conservateur notoire, en tant que chef de l'État. Le 18 mars 1871, à la suite d'une émeute, le comité prend l'Hôtel de Ville de Paris pour exercer un pouvoir local de trois mois sur cette ville. Il cherche à concurrencer directement la souveraineté de l'Assemblée nationale qui se trouve alors à Versailles et, de la même manière que la Délégation lorsqu'elle s'était opposée au gouvernement central, il se place sur le terrain de la nécessité pour justifier sa prise de pouvoir insurrectionnelle ; une nécessité révolutionnaire qui tient dans le programmatique serment du 10 mars, mais qui repose aussi sur la défense, en accusant notamment le gouvernement de Versailles d'être à l'origine de la guerre civile⁵⁸¹. Mais surtout, le point de rencontre avec la Délégation se situe paradoxalement dans le fait que tous deux nient la souveraineté du gouvernement avec lequel ils sont en concurrence juridique, pour mieux mettre en avant la propre nécessité de leur action. Dès lors, à côté du combat militaire, on assiste à un véritable affrontement argumentatif sur le plan du droit constitutionnel. La Commune de Paris qualifiant le gouvernement de Versailles de « gouvernement de fait »⁵⁸² et, en retour, l'Assemblée nationale traitant de la Commune comme d'une « criminelle usurpation d'un comité occulte », chacun nie la compétence de l'autre⁵⁸³.

Au bout du compte, l'échec des prétentions de la Délégation et de la Commune à exercer chacun un véritable pouvoir alternatif marque aussi, pour un temps, celui de l'argument de la nécessité révolutionnaire.

2. *Échecs*

L'échec des discours révolutionnaires de la Délégation et de la Commune repose en premier lieu sur le fait accompli : dès lors que ces deux mouvements ont été réprimés, ils ne peuvent fatalement plus faire valoir leurs arguments par l'exercice du pouvoir. Cependant, un tel constat serait réducteur et il faut reconnaître que la partie s'est également jouée sur le terrain juridique. Si, *in abstracto*, les situations semblent similaires (deux pouvoirs locaux qui s'opposent à deux gouvernements centraux), les contextes donnent à voir des différences qui mettent en jeu deux justifications juridiques distinctes pour récuser leurs compétences. Le gouvernement de la Défense nationale nie l'autonomie juridique de la Délégation, tandis que l'Assemblée nationale rejette, en droit, l'existence même de la Commune.

⁵⁸⁰ J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième république*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁸¹ Pour un exemple, v. *Bulletin des lois, arrêtés, décrets et proclamations de la Commune de Paris. Recueil de tous les actes officiels du 26 mars au 23 mai 1871*, Paris, Lacroix, Verboeckhoven, 1871, p. 14.

⁵⁸² Par exemple, un arrêté du 5 mai 1871, portant sur l'interdiction de journaux anti-communards, commence par de la sorte : « [c]onsidérant que le gouvernement de fait qui siège à Versailles... ». v. *Réimpression du Journal officiel de la République française sous la Commune, du 19 mars au 24 mai 1871*, 1^{ère} éd., Paris, Victor Bunel, 1871, 5 mai 1871, p. 477.

⁵⁸³ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 202.

Dans un premier temps, la négation de l'autonomie juridique de la Délégation témoigne, plus largement, d'un refus de toute nécessité révolutionnaire en 1870. Dans la continuité de sa justification de préservation du pouvoir, le gouvernement de la Défense nationale considère que la Délégation n'est qu'une extension de sa propre autorité en province, comme son nom l'indique, et comme le décret attributif de compétence en dispose. En effet, ce décret daté du 12 septembre 1870, qui délègue Crémieux à Tours, semble bien ne créer qu'une excroissance provisoire du gouvernement. La Délégation serait juridiquement subordonnée à Paris, « pour représenter le gouvernement et exercer les pouvoirs » (article 1), sachant que « les pouvoirs conférés par le présent décret cesseront quand les relations avec Paris redeviendront libres » (article 4)⁵⁸⁴. Ainsi, pour les partisans du gouvernement de Paris, elle n'aurait aucun droit à légiférer dans un sens contraire à celui-ci, ni aucun pouvoir autonome puisque seul ledit gouvernement constitue l'autorité légitime du pays. En témoigne cette réponse du Préfet du Calvados, Achille Delorme au décret de la Délégation du 31 janvier 1871 qui frappe d'inéligibilité les anciens partisans de l'Empire pour les élections de l'Assemblée. Delorme dénie l'autonomie normative et politique de la Délégation et, partant, la valeur juridique de l'acte, lorsqu'il s'adresse à Gambetta. Pour le préfet, ce décret n'est qu'une « accusation publique contre le gouvernement de Paris, dont vous n'êtes que le ministre ou la délégation ». Ce fait est reproduit dans les mémoires de Jules Favre qui, membre du gouvernement de la Défense nationale à l'époque, se range entièrement derrière cette interprétation⁵⁸⁵.

Dans un second temps, le rejet de la compétence de la Commune et de son existence en droit, conduit à considérer celle-ci juridiquement comme un pouvoir usurpateur. Si son action insurrectionnelle n'est pas niée – contrairement à celle de la Délégation qui le fut –, le gouvernement de l'Assemblée nationale basée à Versailles n'a de cesse de refuser de reconnaître en elle un gouvernement (donc une révolution triomphante). Par exemple, dans une circulaire d'Adolphe Thiers, en date du 13 avril 1871, le chef de l'État et du gouvernement qualifie la Commune d'insurrection et précise que « toute tentative de sécession essayée par une partie quelconque du territoire sera énergiquement réprimée en France, ainsi qu'elle l'a été en Amérique ». Il rappelle enfin que le seul pouvoir légal est celui issu de l'Assemblée nationale et qu'il ne saurait reconnaître la Commune de Paris comme un gouvernement⁵⁸⁶. Ainsi, à l'Assemblée, des modérés aux monarchistes

⁵⁸⁴ F. CHARRIAUT, *Collection générale des lois et décrets du gouvernement français à partir du 4 septembre 1870, avec compte rendu analytique de la discussion sur chaque loi, renvois et deux tables. Premier volume : gouvernement de la Défense nationale*, Bordeaux, De Laporte, 1871, p. 14-15. À ce propos, Maurice Deslandres note que « [t]el était le droit : primauté de Paris [...]. Mais en fait, Paris, isolé, ignorant tout, ne pouvait guère exercer sa suprématie » : v. M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 37

⁵⁸⁵ J. FAVRE, *Gouvernement de la défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸⁶ *Journal des journaux de la Commune. Tableau résumé de la presse quotidienne du 19 mars au 24 mai 1871. Lois, décrets, proclamations, rapports et informations militaires, séances de la Commune, etc.*, t. 1, Paris, Garnier, 1872, p. 368-369.

on cherche à préserver l'ordre contre l'insurrection. Jules Favre explique que face au « mouvement criminel » de la Commune, « on oubliait trop qu'en dépit de ses tendances, seule, [l'Assemblée nationale] représentait la loi »⁵⁸⁷. On peut cependant noter qu'il y a aussi dans l'hémicycle une position médiane, qui, tout en n'étant pas un soutien à la Commune, n'est pas une virulente condamnation non plus. C'est le cas notamment des républicains radicaux tels Gambetta, et de la plupart des républicains du Gard⁵⁸⁸. En dépit de cela et sous l'influence des discours du chef de l'État⁵⁸⁹, la voie de la conciliation laisse place à celle de la répression. Le conflit se solde par la « semaine sanglante », entre le 21 et le 28 mai 1871, hécatombe durant laquelle l'armée versaillaise prend Paris, et où le gouvernement de l'Assemblée nationale recouvre la plénitude du pouvoir.

Les deux situations aboutissent au rejet de l'argument de la nécessité révolutionnaire pour justifier le contournement du droit que constitue l'exercice du pouvoir d'un gouvernement de fait. Ni la rhétorique juridique de la Délégation, ni celle de la Commune ne convainquent sur le plan du droit. Certes, cela est grandement corrélé à leur répression en fait, mais par la suite, acteurs comme commentateurs ne retiennent d'eux que des usurpations. Il en va, par exemple, de Raymond Gaudu qui considère la Commune ainsi : « [elle] fut moins un gouvernement de fait qu'un pouvoir insurrectionnel »⁵⁹⁰ ; selon Scipione Gemma, le gouvernement de la Commune de Paris fut bien plus illégal que celui de la Défense nationale, en raison de son caractère ouvertement insurrectionnel⁵⁹¹. Il y a donc un net rejet du discours révolutionnaire, dont on peut trouver, par exemple, des traces dans le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les causes de l'insurrection du 18 mars, présenté par Martial Delpit. Dans sa conclusion, ce membre de l'Assemblée nationale affirme clairement : « [l]a Révolution radicale vient de prouver une fois de plus son impuissance absolue pour le bonheur de notre pays. Elle peut renverser et détruire ; mais elle est incapable de rien fonder »⁵⁹². Ce constat renforce également l'idée selon laquelle c'est à partir de 1870-1871 que l'on peut dater, en France, le passage d'un dualisme typologique entre gouvernement de droit et gouvernement de fait, vers un triptyque qui correspond à une gradation juridique : le gouvernement de droit, le gouvernement de fait légitime, et l'usurpateur qui ne peut prétendre à la moindre

⁵⁸⁷ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 229 et p. 233.

⁵⁸⁸ J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième république*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁸⁹ Notamment dans un discours du 27 avril 1871 à l'Assemblée nationale où le chef de l'État énonce la chose suivante : « [j]e me suis dit : nous avons devant nous quelques dictateurs odieux qui se sont emparés d'une multitude égarée, qui la tyrannisent, qui la conduisent malgré elle, et d'un autre côté, siégeant dans cette enceinte, la représentation tout entière du pays... Eh bien, une Assemblée librement élue, élisant librement le pouvoir, je le demande, s'il y a un droit au monde, ce droit n'est-il pas ici ?... Le droit, il est en nous, dans la mesure de votre confiance. Il est là, et, en dehors de nous, il n'y a que l'usurpation, et l'usurpation la plus odieuse ». v. J. FAVRE, *Gouvernement de la défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 385.

⁵⁹⁰ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 678.

⁵⁹¹ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 322. On peut noter que si Gemma compare la Commune au gouvernement de la Défense nationale, il n'accorde aucune importance à la Délégation.

⁵⁹² *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée aux termes de la loi du 17 juin 1871 de rechercher les causes de l'insurrection du 18 mars et de constater les faits qui s'y attachent*, par Martial Delpit (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, t. 1 Versailles, Cerf, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1872), p. 264.

juridicité⁵⁹³. Le discours du gouvernement de fait exerce donc une influence sur le droit et le caractère de la nécessité affirmé affecte la qualification du gouvernement retenue par la doctrine. Transparaît alors ici l'idée que le gouvernement qui se veut révolutionnaire (particulièrement s'il a été réprimé) prend le risque d'être marqué *a posteriori* du sceau de l'usurpation. La période de 1940 à 1946 marque pourtant la résurgence de la nécessité révolutionnaire mais, dans le même temps, elle traduit la confirmation de son rejet dans le droit constitutionnel contemporain.

§2. Une résurgence avortée de la nécessité révolutionnaire (1940-1946)

La période troublée qui s'étend de 1940 à 1946 constitue une arène constitutionnelle dans laquelle plusieurs gouvernements s'affrontent en prétendant représenter l'État, de manière légale ou non. Cette période est l'occasion d'observer le retour d'une nécessité de transformer l'ordre juridique et social. Les discours d'un gouvernement révolutionnaire et d'un gouvernement de restauration s'opposent alors (A). Toutefois, en 1944, si la rhétorique du Gouvernement provisoire de la République française marque le triomphe de la restauration sur la révolution, il traduit surtout le rejet de la nécessité révolutionnaire (B).

A. L'opposition des discours entre Vichy et la France libre (1940-1944)

Deux gouvernements de fait s'affrontent durant la période qui s'étend de 1940 à 1944, leurs chefs personnifiant l'opposition entre deux nécessités de transformer l'État. Un gouvernement révolutionnaire, celui de Vichy, et un gouvernement de restauration, celui de la France libre, s'emploient alors chacun à démontrer la propre nécessité de son pouvoir tout en critiquant et rejetant la rhétorique juridique de l'autre. Cependant, leurs discours diffèrent. Le gouvernement du général de Gaulle prétend représenter la continuité légitime de la République et tirer la nécessité de son pouvoir d'un combat face à un usurpateur (1). Le gouvernement de Philippe Pétain, quant à lui, entreprend de justifier son action, de manière paradoxale, en même temps sur le droit et sur la révolution (2).

1. La nécessité gaullienne du pouvoir face à l'usurpateur ennemi

Au lendemain de l'armistice avec l'Allemagne, signée le 22 juin 1940, la Troisième République vit ses derniers instants. Quelques jours plus tard, la loi constitutionnelle du

⁵⁹³ En ce sens : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1 et l'analyse de l'arrêt du 4 mai 1881 *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris*, qui porte sur la Commune de Paris et semble accréditer cette lecture, p. 88 *sqq.*

10 juillet attribue « tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain »⁵⁹⁴ avant que, le lendemain, Pétain ne se fasse le fossoyeur du gouvernement de la République en déclarant « assumer les fonctions de chef de l'État français »⁵⁹⁵ et disposer de la « plénitude du pouvoir gouvernemental »⁵⁹⁶. En parallèle, Charles de Gaulle prétend également représenter le gouvernement de la France, et ce dès le 18 juin 1940 où il appelle les Français à lutter contre le gouvernement de Philippe Pétain⁵⁹⁷. Mais c'est surtout dès octobre, avec le manifeste de Brazzaville et la création d'un Conseil de Défense de l'Empire par l'ordonnance du 27 octobre 1940, que la France libre oppose un véritable discours contre-gouvernemental à Vichy. Selon ses propres mots, le général en exil compte – à l'aide des possessions de l'Empire français⁵⁹⁸ – exercer un pouvoir nouveau que les événements lui imposent, « au nom de la France et uniquement pour la défendre »⁵⁹⁹.

Ainsi, la France libre s'appuie sur la nécessité de sauver les institutions républicaines face à un ennemi usurpateur. Il s'agit des arguments attendus de la part d'un gouvernement de restauration⁶⁰⁰ ; ils reposent sur deux points : la nécessité de se raccrocher au droit de la Troisième république et celle de renverser l'usurpateur. Ces éléments sont présents dans la déclaration organique du 16 novembre 1940, qui vient compléter le manifeste de Brazzaville. En effet, dès les visas de cette déclaration, Charles de Gaulle annonce son objectif de se placer juridiquement dans la continuité républicaine. La déclaration s'appuie sur les trois lois constitutionnelles de 1875 ainsi que sur la révision du 14 août 1884 qui consacre la forme républicaine du gouvernement de la République comme inviolable. Au-delà de l'affirmation de cette continuité, c'est un projet de restauration qui est annoncé : « [v]u notre prise de pouvoir et la création d'un Conseil de défense de l'Empire français [...] » et « [a]ttendu que cette prise de pouvoir et cette création ont pour but et pour objet la libération de la France tout entière », il est nécessaire qu'un gouvernement provisoire soit exercé pour combattre « l'ennemi » qui contrôle le territoire métropolitain⁶⁰¹. Au travers de cette légitimation par la nécessité, c'est une critique de la nature et de la compétence même du gouvernement de Vichy, l'ennemi dont il est question, qui est développée. Toute la rhétorique gaullienne qui se développe pendant quatre ans, et qui triomphe par la suite, consiste alors à qualifier ce gouvernement de fantoche et d'illégal, justifiant la lutte à son encontre. Le gouvernement de Philippe Pétain, affirme de Gaulle, « ne jouit pas de cette plénitude de liberté qui est

⁵⁹⁴ Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (*JO*, 11 juillet 1940, p. 4515).

⁵⁹⁵ Acte constitutionnel n° 1 du 11 juillet 1940. (*JO*, 12 juillet 1940, p. 4517).

⁵⁹⁶ Acte n° 2 du 11 juillet 1940. (*JO*, 12 juillet 1940, p. 4517).

⁵⁹⁷ V. le texte de l'Appel du 18 juin 1940 : *Bulletin officiel des forces françaises libres*, 15 août 1940, p. 1-2.

⁵⁹⁸ Selon l'Appel du 18 juin 1940 : « [c]ar la France n'est pas seule ! [...] Elle a un vaste Empire derrière elle. Elle peut faire bloc avec l'Empire britannique qui tient la mer et continue la lutte » (*ibid.*, p. 1).

⁵⁹⁹ C. DE GAULLE, Manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940, (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 3).

⁶⁰⁰ Qui est aussi un gouvernement en exil, selon l'hypothèse étudiée en aval de ce propos : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 211 *sqq.*

⁶⁰¹ C. DE GAULLE, Déclaration organique du 16 novembre 1940 complétant le manifeste du 27 octobre 1940, (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 4).

indispensable à l'exercice intégral du pouvoir »⁶⁰². Le général nie toute compétence constitutionnelle au gouvernement métropolitain en ce qu'il ne serait pas libre, mais soumis à l'envahisseur nazi. Par ailleurs, il affirme également l'illégalité du pouvoir vichyste, qu'il s'agisse du fondement de la loi du 10 juillet ou des actes constitutionnels, il ne s'agit que d'une « violation flagrante de la constitution »⁶⁰³. D'ailleurs, la nature même du gouvernement emporte *de facto* son illégalité, selon la rhétorique gaullienne, en ce qu'elle violerait une norme qu'il semble considérer comme supraconstitutionnelle : la forme républicaine du gouvernement. À ce dernier point s'adjoint l'accusation d'un gouvernement qui « n'a pas hésité à étouffer le droit de libre disposition du peuple considéré en France comme traditionnel et sacré », en ce sens que le chef de l'État français est doté d'un blanc-seing normatif et particulièrement en ce qui concerne les lois constitutionnelles et les traités⁶⁰⁴. Cette double critique ne peut que conduire au constat, selon de Gaulle, que la Constitution de la Troisième république est toujours en vigueur. Ce discours a pour but de réfuter la nécessité de l'obéissance au gouvernement pétainiste, puisque l'auteur de cette déclaration en tire la conséquence que « tout Français, et, notamment tout Français Libre, est dégagé de tout devoir envers le pseudo-gouvernement de Vichy, issu d'une parodie d'Assemblée nationale, faisant fi des Droits de l'Homme et du Citoyen, et du droit de libre disposition du peuple, gouvernement dont au surplus tous les actes établissent péremptoirement qu'il est dans la dépendance de l'ennemi »⁶⁰⁵.

Ainsi, le syllogisme gaulliste est le suivant : le prétendu gouvernement de Vichy est illégal et ne peut donc être le gouvernement de l'État français ; or, il ne peut y avoir de vacance de la souveraineté et, par conséquent, d'absence de gouvernement pour l'État ; dès lors, il est nécessaire, compte tenu des circonstances, qu'une autorité exerce cette charge. De fait, puisqu'il représente les institutions de la république bafouée et puisqu'il a été appelé par « des millions de Français »⁶⁰⁶ à la direction des affaires de l'État, c'est à lui de remplir ce rôle. Dans la droite lignée de cette politique, les juristes de la France libre renforcent cette rhétorique. Dans le manifeste qu'il publie dans la revue *La France libre*, en janvier 1941, René Cassin n'hésite pas à accuser les hommes de Vichy d'avoir fomenté une conspiration qui a débouché sur un coup d'État, et de conclure à ce propos : « [n]i en droit, ni en conscience, ni d'après la loi civile, ni d'après les principes religieux, une obéissance quelconque n'est due à un pouvoir usurpé qui ne se maintient, en France, que par la répression et par les baïonnettes allemandes »⁶⁰⁷. Dès lors, toute la production normative de la France libre va dans ce sens d'un rejet total, juridique comme politique, d'une autorité illégale et illégitime qui usurpe son pouvoir : « l'autorité de fait, contraires

⁶⁰² *Ibid.* ; sur ce point, v. aussi : Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 251.

⁶⁰³ C. DE GAULLE, Déclaration organique du 16 novembre 1940 complétant le manifeste du 27 octobre 1940 (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 4).

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ R. CASSIN, « Un coup d'État : la soi-disant constitution de Vichy », *La France Libre*, décembre 1940-janvier 1941, p. 7.

aux lois en vigueur au 16 juin 1940 »⁶⁰⁸. En somme, le gouvernement de la France libre, sous ses diverses formes, prétend exercer le droit, contre l'usurpation que représente Vichy. Mais il reconnaît pourtant, du fait de la pression de ses alliés anglo-américains, son caractère *de facto*, en ce qu'il n'exerce qu'un pouvoir provisoire jusqu'à ce que les citoyens puissent s'exprimer démocratiquement⁶⁰⁹. C'est la rhétorique de l'opposition du gouvernement de fait légitime face au gouvernement de fait illégitime.

Le gouvernement de Vichy critique et réfute à son tour la compétence du mouvement gaulliste à gouverner la France et le considère comme un pouvoir insurrectionnel⁶¹⁰. Mais c'est par une démarche surprenante autour de l'argument de sa nécessité qu'il cherche à asseoir sa légitimité. Les hommes du régime de Vichy ne prétendent pas exercer le droit contre la révolution, mais, au contraire, concilier l'un et l'autre.

2. *La tentative manquée de réconcilier le droit et la révolution dans le discours vichyste*

La rhétorique du gouvernement de Vichy mérite un examen approfondi, dans la mesure où elle comporte une spécificité de taille. Malgré les avis divergents de ses penseurs sur sa nature de gouvernement de fait ou de droit⁶¹¹ et en dépit de l'évident paradoxe, le régime va tenter, en pratique, de concilier nécessité révolutionnaire et respect du droit. La démarche des juristes vichystes s'articule autour de l'idée d'un gouvernement qui dispose du pouvoir sur un fondement légi-constituant (la loi du 10 juillet 1940 ou un droit supérieur), mais qui vise, dans le même temps, à opérer une révolution (la Révolution nationale). Ainsi, parmi les juristes au service du régime, certains vont tenter d'ériger cela en dogme. En effet, Roger Bonnard, dès 1940, part du constat que face à une véritable révolution qui transforme profondément le régime, il

⁶⁰⁸ Selon les mots de l'article 8 de l'ordonnance du CFLN du 17 septembre 1943. Cet article vise notamment l'inéligibilité des membres et personnels du gouvernement de Vichy.

⁶⁰⁹ O. BEAUD, « La France libre, Vichy, l'empire colonial », *Jus Politicum*, t. 14, 2015, p. 11 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-France-libre-Vichy-l-empire-colonial-978.html>. Consulté le 14/04/2019]. Selon Olivier Beaud, cet élément est institutionnalisé par l'ordonnance du 21 avril 1944 portant « organisation des pouvoirs publics après la Libération » prise par le CFLN dont le dernier article dispose que « [l]e peuple français décidera souverainement de ses futures institutions. À cet effet, une assemblée nationale constituante sera convoquée dès que les circonstances permettront de procéder à des élections régulières, au plus tard dans le délai d'un an après la libération complète du territoire. Elle sera élue au scrutin secret à un seul degré par tous les Français et Françaises majeurs, sous la réserve des incapacités, prévues par les lois en vigueur ».

⁶¹⁰ Et cela jusqu'à la toute fin du régime, même lorsque ce qu'il reste du gouvernement est à Sigmaringen. Vichy n'eut de cesse de qualifier le mouvement de la France libre d'usurpation. v. M. SAULNIER BLOCH, *Le statut juridique du régime de Vichy : de Vichy à Sigmaringen : d'un statut à l'autre*, [th. droit, Genève] 2016, p. 198 *sqq.*

⁶¹¹ Certains l'estiment irrégulière, d'autres au contraire parfaitement légale : v. en ce sens R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, p. 151, *passim* ; J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France. Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, p. 33 et ID., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 798 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942, p. 162 ; G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne, essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey 1942 p. 400 *sqq.* ; ID., « La fraude à la constitution », *RDP*, 1943, p. 140 *sqq.* ; G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP*, 1944, p. 47 *sqq.*

faut une « révision totale des idéologies nationales »⁶¹². Pourtant, dans son article à la *Revue du droit public* de 1942, où il prétend faire l'exégèse des actes constitutionnels du chef du gouvernement de Vichy, il va s'efforcer d'en démontrer la légalité. Il consacre ici de longues analyses juridiques au régime, et plus particulièrement autour de la légitimité du pouvoir politique⁶¹³. Ainsi, il en distingue trois types. Le premier est l'origine volontariste – qu'elle soit transcendante ou immanente –, c'est-à-dire un pouvoir qui serait le produit d'une ou plusieurs volontés. Le second est l'exercice même du pouvoir, c'est-à-dire l'application d'une politique spécifique, qui porte le gouvernement. Facteur de légitimité convaincant pour un gouvernement révolutionnaire, Bonnard se demande s'il pourrait être retenu pour Philippe Pétain. Cependant, il écarte rapidement l'argument, car il existe un troisième et dernier type de légitimité du pouvoir qui l'emporte : sa nécessité⁶¹⁴. Une nécessité qui vient de l'exigence selon laquelle les hommes ont besoin naturellement d'être gouvernés. Cette typologie n'est pas anodine. Roger Bonnard explique que le critère de légitimité retenu pour un régime politique conditionne la force de son pouvoir et, partant, sa solidité constitutionnelle. De ce postulat, il applique un raisonnement téléologique pour expliquer qu'il est évident que le « point de vue de nécessité doit être retenu pour l'État français de 1940 » cela parce qu'il « est susceptible de renforcer le pouvoir politique au lieu de l'affaiblir »⁶¹⁵. Quand bien même le gouvernement de Vichy comporte une part révolutionnaire (il prône la Révolution nationale), il n'en est pas moins nécessaire, affirme-t-il, selon un principe relatif à la nature de l'homme. Il en conclut que cette révolution n'est pas inconciliable avec le droit, au contraire, elle s'efface devant lui du fait de sa nécessité⁶¹⁶. Cela est renforcé par son interprétation de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qu'il ne considère pas comme illégale, mais au contraire qui consiste en une attribution de compétences constitutionnelles. Ainsi, par un étonnant mariage des notions, Bonnard affirme qu'il n'est pas inconciliable que le régime repose sur un titre juridique valide et qu'il ait des prétentions révolutionnaires. Tentant d'accorder révolution et légalité, il s'accorde à dire que la Révolution nationale est à la fois transformatrice, légale et nécessaire.

D'autres juristes du régime considèrent pourtant que la loi du 10 juillet est illégale, mais sans que cela n'érode la légitimité du régime et sa conformité avec le droit. La question du titre juridique devient alors secondaire pour eux. En effet, une telle interprétation de l'illégalité formelle du gouvernement ne leur empêche pas d'affirmer sa nécessité, et de tenter de démontrer tout de même qu'il existe une complémentarité du

⁶¹² R. BONNARD, « À nos lecteurs », *RDP*, 1940-1941, p. 141.

⁶¹³ R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *loc. cit.*, p. 151. L'auteur précise bien que : « [l']intérêt de la recherche sur la légitimité du pouvoir politique consiste moins à démontrer cette légitimité qu'à choisir parmi les raisons qui en ont été données »

⁶¹⁴ Pour le détail de ces trois types : *Ibid.*, p. 152-157.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 157.

⁶¹⁶ Une nécessité qui repose sur un pouvoir fort selon Bonnard. Il explique que comme la Révolution de 1789 a fait triompher un gouvernement modéré, la Révolution nationale consacre un gouvernement fort (*ibid.*, p. 157-159).

droit et de la révolution. Ainsi, Georges Liet-Veaux reconnaît la part de révolution juridique inhérente au régime, et admet que s'il n'y a pas de violation formelle de la Constitution par la révision du 10 juillet 1940, « l'esprit de nos institutions, la structure même de l'État ont été bouleversés. Au point de vue matériel, il y a bien eu révolution »⁶¹⁷. Cependant, puisqu'il s'agit d'une révolution par le haut⁶¹⁸, autoritaire et nécessaire, sa légitimité emporte sa légalité⁶¹⁹. Georges Burdeau tire sensiblement les mêmes conclusions de son analyse juridique de la situation en 1943. Selon lui, il faut rechercher l'idée de droit valable à un moment donné pour une communauté donnée et ainsi pouvoir apprécier la légitimité des gouvernants. Cela se traduit concrètement pour le gouvernement de Vichy, car, étant légitimé par la révolution à accomplir, il a le devoir d'agir, de faire une « révolution qui n'est pas dirigée contre lui, mais dont il assume la responsabilité »⁶²⁰.

Ces juristes cherchent donc à réconcilier révolution et légalité par l'idée d'une nécessité qui transcende le droit, mais qui ne le dépasse pas. Au contraire, le droit accompagne la révolution. Il ne peut pas y avoir d'illégalité, puisque la volonté gouvernante de la révolution par le haut, selon cette doctrine, tord le droit pour le faire correspondre à la nécessité⁶²¹. Sur ce fondement, il est possible de proclamer que le gouvernement repose sur le principe d'une légalité⁶²² autoritaire, mais non arbitraire, sur le fondement d'une révolution « paisible » et « légale »⁶²³. Joseph Barthélemy illustre cela par une formule métaphorique d'un goût douteux, en mobilisant l'image du médecin que l'on doit écouter en raison de son autorité savante si l'on veut sauver son corps : « [d]ans la catastrophe la France n'est pas morte, mais elle a eu la colonne vertébrale et tous les membres brisés. Elle est encore étendue à la clinique, dans le plâtre et le corset de fer. Elle doit suivre les prescriptions du bon médecin Philippe Pétain, fédérateur des énergies françaises, sauveur de l'unité de la patrie »⁶²⁴.

⁶¹⁷ G. LIET-VEAUX, « La "fraude à la constitution" », *RDP*, 1943, p. 134.

⁶¹⁸ Pour reprendre l'expression de Georges Burdeau (G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 139).

⁶¹⁹ Liet-Veaux s'inspire ici grandement des thèses de Carl Schmitt : v. C. SCHMITT, *Légalité et légitimité*, *op. cit.*, *passim*, notamment l'introduction, p. 37-51. Il le reconnaît d'ailleurs lui-même : G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 239.

⁶²⁰ G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 166. Pour la citation complète : « Le régime institué par les Actes constitutionnels de juillet 1940 commence là où, ordinairement, finissent les autres. Il doit fonctionner au milieu d'une révolution qui n'est pas dirigée contre lui, mais dont il assume la responsabilité » (on peut noter qu'il s'agit-là d'un écrit de 1942, l'auteur nuancera sa position par la suite).

⁶²¹ Mais elle ne le transforme pas pour l'assimiler à la volonté du chef, comme le ferait une conception nazie du pouvoir. v. sur ce point O. JOUANJAN, « Qu'est-ce qu'un discours "juridique" nazi ? », *Le Débat*, t. 178, 2014, p. 171.

⁶²² Joseph Barthélemy énonce, en s'appuyant sur la doctrine du régime d'Antonio de Olivera Salazar, qu'un « régime d'autorité est d'abord un régime de légalité ». v. J. BARTHÉLEMY, *Cours de Droit comparé*, Paris, Cours de droit, 1944, p. 43.

⁶²³ R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *loc. cit.*, p. 52.

⁶²⁴ J. BARTHÉLEMY, *Provinces. Pour construire la France de demain*, Paris, Grasset, 1941, p. 91.

B. Le rejet ambigu de la nécessité révolutionnaire à la Libération (1944-1946)

À l'instar de ce qui se passe en 1815, en 1870 ou encore en 1871, en 1944 le choc juridique suit de près le choc militaire. À tel point que sur le terrain de l'affrontement rhétorique de la nécessité, la victoire d'un gouvernement de restauration entraîne le rejet des prétentions révolutionnaires avancées par son ennemi. C'est ce qui arrive avec la victoire des Alliés sur le gouvernement de Vichy à la libération de la France en 1944. Entre-temps, le gouvernement des hommes de la France libre a subi de multiples refontes. Devenu le Comité national français le 24 septembre 1941, il se change en Comité français de libération nationale le 3 juin 1943 – présidé alternativement par Henri Giraud et Charles de Gaulle puis exclusivement par ce dernier à partir du 9 novembre. Exactement un an plus tard, et à quelques jours du débarquement en Normandie, une ordonnance du 3 juin 1944 transforme le CFLN en Gouvernement provisoire de la République française (GPRF). C'est donc à partir de l'été 1944 que la France recouvre progressivement une unicité gouvernementale ; le 20 août Philippe Pétain et son gouvernement sont transférés à la forteresse de Sigmaringen par les autorités allemandes tandis que le 2 septembre, le GPRF se réunit pour la première fois à Paris. Le décret du GPRF du 10 septembre, fixant la composition du gouvernement, vient acter cette réunification du pouvoir. Ainsi, la rhétorique constitutionnelle du Gouvernement provisoire ne souffre plus guère de contestation sérieuse, ce qui ne l'empêche pas de justifier son pouvoir. Il va procéder à cela par deux moyens, d'une part, par le rejet de la rhétorique vichyste du pouvoir ; d'autre part, par l'affirmation en deux étapes d'une nécessité de préservation fondée sur la restauration : ordonner le droit et prévoir la transition.

Commence alors la réfutation effective de la prétendue nécessité du gouvernement de Vichy par la négation de sa souveraineté et de sa juridicité. Cette négation tient d'abord à la rhétorique gaulliste d'une nation française jamais acquise à l'usurpateur, d'une seule France, unie et unitaire, dégagée du joug de l'ennemi et purgée de l'envahisseur ; en somme, d'une nation demeurée fidèle à la République et à son droit. Certains discours de Charles de Gaulle manifestent cette idée⁶²⁵. Mais surtout, cela se traduit par l'application du programme de réformation des actes du gouvernement de Vichy prévu par l'ordonnance du 9 août 1944, justement retenue sous le nom d'*Ordonnance relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*. Celle-ci,

⁶²⁵ En témoigne le célèbre discours du 25 août 1944 du général de Gaulle à l'Hôtel de Ville de Paris, et notamment le passage qui concerne la libération de Paris : « libéré par lui-même, libéré par son peuple avec le concours des armées de la France, avec l'appui et le concours de la France toute entière, de la France qui se bat, de la seule France, de la vraie France, de la France éternelle ». Le discours du palais de Chaillot du 12 septembre 1944 est également très éloquent à ce propos. En effet, selon l'orateur, « malgré l'oppression, la nuit de l'isolement, la propagande mensongère, l'obstination de servitude des usurpateurs du pouvoir, jamais la masse des Français ne tint la défaite pour acquise et jamais nos drapeaux ne furent absents des champs de bataille. À peine le malheur était-il accompli que la nation commençait la lente et dure ascension qui l'a conduite hors de l'abîme. La flamme de la Résistance française ne devait pas s'éteindre ; elle ne s'éteignit pas ».

se plaçant dans le sillage du manifeste de Brazzaville et de sa déclaration organique, vient compléter le mouvement initié depuis 1940 qui consiste à considérer comme nuls les actes du gouvernement de Vichy sur chaque territoire reconquis. Le fait qu'il s'agisse d'un acte général, et non plus local, témoigne de la victoire du discours sur la restauration. C'est donc dans cette ordonnance du 9 août 1944 que se déploie l'idée que, selon son article 1^{er}, « la forme du gouvernement de la France est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister »⁶²⁶. Cela conduit, par conséquent, à la nullité des actes juridiques du gouvernement de Philippe Pétain (c'est l'objet de l'article 2 alinéa 1)⁶²⁷. De plus, au-delà de l'ambiguïté du syntagme d'« autorité de fait se disant “gouvernement de l'État français” » employé à l'article 7 de l'ordonnance, il est possible de constater que c'est par la critique de la nature même du gouvernement que passe la réfutation de l'autorité du gouvernement de Vichy. La France libre paraît l'assimiler à une usurpation, dont le pouvoir ne reposait sur rien de tangible sinon un prétendu discours sans aucune portée effective. Le GPRF entend se placer sur le terrain d'un vrai droit, dont il serait le représentant, contre la fausse rhétorique vichyste, sans valeur.

Politiquement comme juridiquement, l'idée de principe est donc de renvoyer dans le néant du droit le prétendu gouvernement de la France, basé à Vichy entre 1940 et 1944 et à concentrer l'autorité autour du « gouvernement légitime de la République »⁶²⁸ qui est le GPRF. Il est toutefois possible de constater un changement dans le discours. Si, durant la lutte contre Vichy, le gouvernement de la France libre justifiait son pouvoir par le combat contre l'usurpateur pour sauver la République menacée, avec le GPRF il s'agit plutôt d'arguer d'une nécessité de préserver la République restaurée : ce qui porte le gouvernement est la reconstruction de l'État, le retour à la légalité. L'heure n'est plus à la lutte, mais à la convergence et le droit comme la politique doivent se mettre au diapason du GPRF. Celui-ci prétend restaurer le droit et assurer la sécurité juridique⁶²⁹. En cela, il confirme le rejet de la nécessité révolutionnaire comme fondement du pouvoir⁶³⁰.

Il reste encore à prévoir les conditions de retour à un gouvernement de droit. En effet, outre la nécessité de redresser la France face aux dégâts de l'usurpateur – comme cela est affirmé dans l'ordonnance du 9 août 1944 – le pouvoir de ce gouvernement repose sur un autre fondement de la nécessité de préservation, à savoir organiser

⁶²⁶ S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585.

⁶²⁷ Une nullité à bien des égards relative. Sur ce point, cf. les développements Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 320 *sqq.*

⁶²⁸ Selon la formule de l'exposé des motifs de l'ordonnance : S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585.

⁶²⁹ L'exposé des motifs précise que l'ordonnance du 9 août 1944 « a pour but immédiat de libérer le pays de la réglementation d'inspiration ennemie qui l'étouffait, mais aussi de lui éviter le désordre juridique ou même l'incertitude » (*ibid.*).

⁶³⁰ Alors même que formellement, selon Emmanuel Cartier, il est possible de considérer que le GPRF lui-même constituait une « *dictature gouvernementale juridiquement révolutionnaire* », se plaçant en rupture tant avec la Troisième République qu'avec le gouvernement de Vichy : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 565 (souligné par l'auteur).

provisoirement les pouvoirs publics en attendant la réunion d'une assemblée constituante. Ces deux niveaux s'échelonnent chronologiquement, puisqu'à l'ordonnance d'août 1944 et à la réformation des actes du gouvernement de Vichy succède, environ un an plus tard le 16 juillet 1945, un projet d'ordonnance relatif à l'organisation d'un référendum en vue de l'organisation des institutions constitutionnelles définitives. Ce projet se concrétise finalement par l'ordonnance du 17 août 1945. C'est donc en prévoyant la réunion d'une assemblée constituante, par le truchement préalable d'un référendum, que le GPRF justifie l'exercice provisoire du gouvernement de la France dont il bénéficie. S'appuyant sur la continuité avec la Troisième république, mais sans prétendre à un titre de gouvernement de droit qu'il ne peut posséder, il a recours à cette double nécessité pour fonder son pouvoir. En ce sens, il ne se sert pas de la nécessité pour dépasser le droit, mais davantage pour le contourner, à l'instar de ce que faisait le gouvernement de la Défense nationale lui-même pour étayer son pouvoir, lorsqu'il prévoyait également la réunion d'une assemblée constituante.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Environ un siècle et demi de transitions constitutionnelles en France donne à voir une alternance, parfois une confusion, entre deux façons qu'ont les gouvernements de fait de justifier leur pouvoir sur le critère de la nécessité. Qu'il s'agisse d'un impératif de transformer les institutions ou de les préserver, tout est fait pour mettre en avant le besoin impérieux de surmonter l'illégalité de laquelle ils naissent. Nécessité révolutionnaire et de préservation correspondent ainsi à deux formes d'une même notion. Il n'y a pas de différence de nature, mais de degrés, entre les arguments qui en sont issus et, bien que la pratique des gouvernements de fait alterne parfois radicalement entre les deux, il arrive aussi que certains gouvernements oscillent entre l'un et l'autre jusqu'à les confondre⁶³¹. La diversité de ces discours traduit la difficulté de convaincre. Il est en outre possible de constater une tendance au rejet de la nécessité révolutionnaire, au profit de la nécessité de préservation, qui se concrétise à mesure que le droit tente de se défaire de son sous-bassement politique.

La distinction de ces deux axes de la nécessité permet un essai de typification des gouvernements de fait : s'agit-il davantage d'un pouvoir qui se donne pour but de réaliser un idéal, en renversant les institutions ou en transformant le droit, auquel cas il peut s'agir d'un gouvernement révolutionnaire ou de restauration ; ou bien prétend-t-il à la neutralité, à n'exercer qu'une simple gestion provisoire des affaires de l'État, le temps de se doter d'institutions permanentes et, dans ce cas, il peut s'agir d'un gouvernement provisoire ou d'expédition des affaires courantes ? Il est toutefois un discours autour de la nécessité qui apparaît discret, sinon absent : celui des gouvernements issus des Assemblées constituantes. En effet, ils n'appuient pas leur pouvoir sur leur nécessité pour la simple et bonne raison que la légitimité supposée de l'Assemblée élue emporte celle du gouvernement. Par exemple, pour les gouvernements de mai 1848 et de février 1871, lesdites assemblées n'ont guère vu d'utilité à une construction justificative⁶³², tout comme les gouvernements qui en ont découlé ne prirent pas non plus cette peine.

Pour autant, cette seule question de la nécessité paraît insuffisante pour déterminer la nature du gouvernement. Aussi, déterminer si les gouvernements en exil du Roi à Gand en 1815 ou de la France libre à Londres puis à Alger à partir de 1940 ont pu prétendre exercer, de fait ou de droit, une portion ou la totalité de la souveraineté, identifier à partir de quand les Cent-Jours ou Vichy constituent un gouvernement de fait ou encore savoir si la Commune de Paris n'est qu'un simple mouvement insurrectionnel ou bien un gouvernement de fait à part entière a pu soulever de nombreux débats. Accorder trop d'importance à leur rhétorique de la nécessité ferait courir le risque de retomber dans la légitimité politique, mais l'ignorer reviendrait à nier des faits accomplis. C'est pourquoi,

⁶³¹ Par exemple, le Consulat provisoire de Napoléon, en 1799, (*cf. supra*, p. 118 *sqq.*), ou encore le gouvernement de la Défense nationale, en 1870, qui s'est longtemps défendu d'être un pouvoir révolutionnaire sur le fondement d'une gestion de l'État face à l'invasion prussienne ; pourtant, dès le début il a proclamé la République, notamment pour marquer le changement net face à l'Empire : *cf. supra*, p. 140 *sqq.*

⁶³² A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 76 *sqq.*

autant en doctrine qu'au prétoire ou dans les Chambres parlementaires, un même effort se remarque, visant à dégager des critères supplémentaires pour essayer d'identifier une base objective pour typifier les différentes entités politiques qui se prétendent gouvernements. Ces critères peuvent être réunis autour de l'effectivité et de l'assentiment, qui constituent une présomption de possession du pouvoir aux mains du gouvernement de fait.

Titre II PRÉSUMER LA POSSESSION DU POUVOIR

La nécessité, essentielle au gouvernement de fait, n'apparaît pas suffisante pour pallier l'absence de titre. Pour dissiper le spectre de l'illégitimité qui reste en suspens, il faut trouver le moyen de prouver la possession du pouvoir. Dès lors, dans les discours, une reconstruction de la légitimité du gouvernement illégale s'opère par la recherche d'autres facteurs qui permettent d'identifier et de dessiner juridiquement les contours du gouvernement de fait. Les débats, tant devant les Chambres parlementaires qu'au prétoire, sont riches d'enseignements et permettent de dégager deux critères supplémentifs : l'effectivité et l'assentiment. Souvent appréciés *a posteriori*, ils viennent parfaire l'aura de légitimité dont cherche à se prévaloir le gouvernement illégal. Ils permettent aussi de dessiner avec davantage de précision la frontière avec le gouvernement de droit, mais également avec l'usurpation.

Avant toute chose, il importe de rappeler que cette recherche de la possession du pouvoir se fait à partir des éléments du droit interne, donc que ce n'est pas à partir de la reconnaissance en droit international qu'elle est appréciée⁶³³. Cette considération demeure pragmatique, puisque certains États dans la seconde moitié du XIX^e siècle adoptent par principe une politique de reconnaissance du gouvernement de fait sitôt qu'il est effectif, sans tenir compte de l'avis des autres États, comme l'Angleterre⁶³⁴ ou les États-Unis⁶³⁵. Toutefois, outre la reconnaissance, certains arguments du droit international ne sont pas forcément à rejeter en bloc, dans la mesure où ils ont pu être utilisés ou partiellement repris par la doctrine. De surcroît, la porosité entre droits interne et international au XIX^e siècle a contribué à ce que les éléments issus de l'un et l'autre ordre soient mobilisés lorsqu'il était question de gouvernement de fait, entretenant une certaine interactivité sur le plan théorique⁶³⁶. La notion de gouvernement de fait en France se construit donc avant tout de manière pragmatique et empirique. Cela tient au fait que les ordres international et interne ne recourent pas les mêmes réalités juridiques : celui-ci s'attache surtout aux conséquences juridiques dans les rapports entre États et avec les organisations internationales et n'accorde que peu d'importance à la substance même de ces critères dans l'ordre interne, tandis que celui-là mérite un examen approfondi en raison des répercussions qu'ont les gouvernements de fait sur les institutions, le droit et les rapports entre État et citoyens. Ce constat est dressé par Ernst Wolf, lorsqu'il affirme que les tribunaux et juridictions extra nationales, n'ayant ni compétence ni ambition de juger des relations juridiques internes à un État, se contentent surtout de prononcer l'effectivité des actes hors du cadre national. Sauf en cas de déni de justice flagrant, le droit international ne se permet plus d'intervenir, à l'époque où

⁶³³ Comme cela a été précisé en introduction de ce propos : cf. Introduction, p. 24.

⁶³⁴ *Moniteur universel*, 8 décembre 1852, p. 2057.

⁶³⁵ *Moniteur universel*, 4 juin 1856 p. 612 ; doctrine qui est d'ailleurs fortement infléchie avec la guerre civile dans ce pays à la fin du siècle, prouvant une fois de plus son caractère éminemment politique et labile.

⁶³⁶ Ernst Wolf précise ainsi qu'à cette époque, on transposait volontiers la doctrine du droit des gens en droit interne : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 49.

écrit l'auteur en 1952, et renvoie la question de la légitimité du gouvernement au droit interne⁶³⁷. Ernst Wolf renverse ainsi la perspective et subordonne – en partie – la reconnaissance internationale au droit interne et non l'inverse⁶³⁸.

Cette mise en perspective fait alors ressortir l'intérêt des deux critères d'appréciation interne du gouvernement de fait : Wolf parle de « contrôle effectif » et d'un « acquiescement de la population », Gemma de ce qui fait la consistance d'une insurrection, jusqu'à Burdeau qui pose comme critère de reconnaissance interne du gouvernement de fait l'effectivité et une « obéissance habituelle par la majorité des citoyens »⁶³⁹. Le dualisme qui se dégage permet de mettre en avant l'effectivité et l'assentiment comme les compléments utiles de la nécessité. La première, loin d'être le critère objectif qu'elle paraît, a une visée performative en répondant à la prétention du gouvernement de fait à exercer la souveraineté en manifestant son existence réelle (**Chapitre 1**). La seconde traduit l'impératif, dans la dialectique entre gouvernants et gouvernés, de la réception du pouvoir des premiers par les seconds (**Chapitre 2**).

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 40-41.

⁶³⁸ E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 40.

⁶³⁹ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 573-574. Il pose aussi une troisième condition, celle d'un comportement du gouvernement de fait envers leurs ressortissants « selon les règles de la morale universelle ». Le choix a été fait de ne pas le suivre dans ce raisonnement car juridiquement, et bien que l'auteur s'en défende fermement, cela conduirait à réintroduire une légitimité politique.

Chapitre 1 Effectivité

La possession effective du pouvoir par le gouvernement constitue un critère d'identification du gouvernement de fait⁶⁴⁰. Elle ne saurait, seule, suffire à lui conférer le caractère de gouvernement de droit⁶⁴¹, mais elle s'inscrit dans le faisceau d'indices qui permet de résoudre l'épineux problème de savoir comment une entité qui n'est pas dotée d'un titre juridique valide peut exercer un pouvoir gouvernemental.

L'effectivité n'est toutefois pas perçue comme un élément purement objectif et neutre, qui ne serait que de l'ordre du constat. Une telle acception tendrait à octroyer à la phrase « ce gouvernement est effectif » la valeur d'une production d'effets immédiats et incontestables sur le réel, c'est-à-dire qu'elle ferait correspondre intrinsèquement une affirmation de l'ordre du discours à un donné de l'ordre des faits observables. Or, une telle conception qui tend à identifier le discours et les faits ne peut être retenue en l'état. Les sources judiciaires et parlementaires du XIX^e et du XX^e siècle montrent que, le plus souvent, si le discours est fondé sur des faits, ces derniers sont eux-mêmes interprétés à l'aune de situations particulières. Lorsqu'un avocat allègue l'ineffectivité d'un gouvernement lors d'un litige ou qu'un juge doit choisir d'en reconnaître ou non l'existence institutionnelle, lorsqu'encore un parlementaire nie qu'un gouvernement ait pu détenir la réalité du pouvoir durant une période de transition constitutionnelle, tandis que son opposant le soutient, alors ce ne sont plus seulement des faits bruts ou objectifs qui sont en jeu. Chaque affirmation est armée d'une intention précise et, partant, relève de l'ordre des justifications. Dès lors, il n'y a pas lieu d'entendre le principe de l'effectivité comme une domination du réel sur le discours, mais davantage comme une *prétention* à agir sur le réel, par une visée performative⁶⁴².

Ce critère de l'effectivité du gouvernement de fait, quoiqu'il semble relever de prime abord d'une sorte d'évidence (une autorité doit avant toute chose être effective pour agir), a pourtant été le fruit d'une évolution historique. Initialement minoré sous la Restauration du fait du primat d'une conception politique du gouvernement de fait, il émerge à partir de la Monarchie de Juillet où il est mobilisé dans les débats comme en jurisprudence, tant dans un souci de sécurité juridique – ne pas léser les citoyens par une

⁶⁴⁰ F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 64. Pour l'auteur, « plus fréquemment qu'au respect de la légalité internationale, c'est à la légitimité de la naissance d'un État nouveau *et à la légalité interne d'un gouvernement* que l'effectivité de cet État ou de ce gouvernement est opposée » (souligné par nous). Dès lors, l'effectivité constitue un élément d'explication du pouvoir des gouvernements de fait, en dépit de leur absence de titre juridique.

⁶⁴¹ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 311. Il s'agit cependant d'un point de tension entre les partisans de la légitimité, à même de conférer la souveraineté à un gouvernement en l'absence d'un titre juridique, et les partisans de la seule réalité de l'exercice du pouvoir.

⁶⁴² Cela signifie que, par le simple fait de son énonciation, un tel langage cherche à produire des effets sur le réel : il s'agit donc d'une prétention, mais qui ne reste pas sans portée effective. Pour plus de détails sur le langage performatif : J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, *op. cit.*, *passim* notamment p. 39 *sqq.* Cf. également *supra* p. 103, en note.

négarion des « faits accomplis »⁶⁴³ – que pour rejeter la politique de la prédominance d'un principe de légitimité (**Section 1**). Il devient alors nécessaire d'en définir le périmètre conceptuel vis-à-vis du gouvernement de fait. Sur cette base, à partir de la fin du XIX^e siècle, il est possible d'envisager les contours d'une construction doctrinale de l'effectivité comme critère de preuve dans l'enquête qui consiste à définir si l'on est en présence d'un gouvernement ou non (**Section 2**). Il n'en demeure pas moins que le principe d'un gouvernement effectif est assorti d'aménagements, autour de deux « cas-types » qui correspondent à des formes spécifiques d'exercice d'un pouvoir de fait dans lesquelles l'effectivité est remise en cause : le gouvernement local et le gouvernement en exil (**Section 3**).

Section 1 L'essor de l'effectivité face à la légitimité sous les monarchies censitaires

Le terme d'effectivité se développe juridiquement, selon Florian Couveïnes-Matsumoto, avec le positivisme juridique, si bien que la notion se diffuse principalement au cours de la période 1880-1950⁶⁴⁴. Si elle prospère principalement en droit international, il n'est pas exclu de constater un phénomène sensiblement proche en droit français sous les monarchies censitaires⁶⁴⁵. Il se révèle en effet à travers la recherche d'une emprise territoriale et institutionnelle du gouvernement de fait. L'idée même d'un pouvoir effectif quoiqu'illégitime est d'abord rejetée sous la Restauration (§1), avant que l'essor de la doctrine du gouvernement de fait, dès l'établissement de la Monarchie de Juillet, ne lui confère une place de plus en plus importante tant dans le discours parlementaire qu'au sein des tribunaux (§2).

§1. Un principe initialement rejeté au nom de la légitimité monarchique sous la Restauration

La question d'accorder un statut quelconque ou une simple reconnaissance à un groupe de personnes qui a contrôlé les institutions sur le territoire français a été, sous la

⁶⁴³ Selon une expression que l'on trouve parfois dans les débats parlementaires. Par exemple à la Chambre des députés du 16 septembre 1831 à travers la voix d'André Dupin (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605), ou, plus tard et à titre critique, sous celle de Félix Voisin dans un débat à l'Assemblée nationale lors de la séance du 2 juin 1871 (*Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 3, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, 1871, p. 224), voire encore au travers de la voix de Jules Favre face au Corps législatif, lors de l'établissement du gouvernement de la Défense nationale (*Moniteur universel*, 7 septembre 1870, p. 1292).

⁶⁴⁴ F. COUVEÏNES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 14 *sqq.*

⁶⁴⁵ La formule de « monarchies censitaires » recouvre les régimes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet. Elle est souvent utilisée en droit constitutionnel pour, en dépit de leur disparité, mettre en avant la particularité de ces deux régimes de propriétaires. En ce sens : J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, Armand Colin, Dalloz, 2001, p. 170-171 ; v. aussi A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002 (*Léviathan*).

Restauration, inenvisageable du fait de la prégnance de la légitimité politique sur le droit⁶⁴⁶. Ce rejet de l'effectivité du gouvernement de fait se manifeste tant dans le discours politique que dans la jurisprudence, traduisant une démarche partisane liée au rejet de la doctrine du gouvernement de fait (A). Les conséquences qu'emporte ce rejet, notamment dans les décisions de justice, permettent de constater la supériorité de la légitimité du gouvernement monarchique et le triomphe de la notion d'usurpation, assimilée au gouvernement de fait (B).

A. *Le rejet partisan de l'effectivité du gouvernement de fait*

Selon la doctrine royaliste, le gouvernement est légitime (de droit) ou il s'agit d'une usurpation (hors du droit). En cas d'usurpation, la question de l'effectivité n'a donc guère d'importance, si ce n'est que plus le gouvernement de fait a été effectif, plus il s'agit d'un signe que l'usurpation fut flagrante et intolérable. Cette thèse est défendue par plusieurs auteurs – dont Chateaubriand, le plus prolix à cet endroit – qui fustigent ce qu'ils nomment la doctrine du gouvernement de fait. Un opuscule écrit en 1817 par un parlementaire anonyme intitulé *Sur l'Amnistie que l'ordonnance du 13 novembre 1816 accorde aux militaires qui ont suivi le roi à Gand* traduit cette opposition initiale entre légitimité et effectivité. L'ouvrage porte sur une ordonnance de Louis XVIII laquelle amnistie les militaires qui, ayant suivi le roi à Gand durant les Cent-Jours, ont été sanctionnés par Napoléon. Au moment où il écrit, l'auteur critique cette mesure gracieuse car amnistier des militaires condamnés par Bonaparte revient à reconnaître, selon lui, la validité juridique de ces condamnations, *in fine* admettre l'effectivité de son gouvernement. Au contraire, le principe de la légitimité suppose sa négation pure et simple⁶⁴⁷. L'auteur de l'opuscule affirme justement se rattacher à la légitimité, puisqu'il réfute à la fois la portée de l'effectivité du gouvernement des Cent-Jours ainsi que celle de ses actes. Il va même plus loin en niant la juridicité non seulement de ce gouvernement mais plus largement de tous les régimes non monarchiques depuis 1792. Il assimile ici la Révolution et le vocabulaire révolutionnaire à ce qu'il désigne dédaigneusement comme la « doctrine chérie du *gouvernement de fait* »⁶⁴⁸. L'ouvrage déploie alors un schéma binaire : il oppose la

⁶⁴⁶ Pour davantage de précisions sur le primat de la légitimité politique en droit constitutionnel et particulièrement le principe monarchique sous la Restauration : Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 53 *sqq.*

⁶⁴⁷ ANONYME, *Sur l'Amnistie que l'ordonnance du 13 novembre 1816 accorde aux militaires qui ont suivi le roi à Gand. Par un membre de la chambre de 1815*, Paris, s.n., 1817, p. 1 : « En décidant ainsi, le Ministère a reconnu la légitimité de Buonaparte dans les cent jours ; il a consacré la doctrine du *gouvernement de fait* » (souligné par l'auteur). V. aussi, *ibid.*, p. 14 : « On reconnaît qu'au mois de mars, le Roi cessa d'être Roi », conséquence plus qu'insupportable pour l'auteur, car en reconnaissant la validité juridique des actes émis sous Bonaparte, les autorités admettent la validité du gouvernement de fait, et, par conséquent, de tout ce qui s'est déroulé depuis la chute de la monarchie en 1792.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 3. Souligné par l'auteur. C'est pourquoi l'auteur est si critique à l'encontre de cette ordonnance du 13 novembre 1816, car elle va dans le sens révolutionnaire et non dans celui de la légitimité. En effet, pour ce dernier, les conséquences auxquelles conduit cette ordonnance sont la reconnaissance tacite qu'il faut une telle ordonnance pour que les sanctions prises par le gouvernement de fait soient nulles, alors qu'elles devraient l'être par nature ; que, par principe, avoir suivi le Roi à Gand expose à des recherches pour l'avenir

doctrine du gouvernement de fait qui réunit discours révolutionnaires, bonapartistes et effectivité du pouvoir, à la doctrine de la légitimité qui consacre le seul et vrai droit. En somme, le principe selon lequel le gouvernement royal pourrait se sentir juridiquement attaché aux actes des usurpateurs, simplement parce qu'ils ont été effectifs, est réfuté, car cela conduit le Roi à se retrouver les mains liées en se plaçant nécessairement dans le sillon tracé par la Révolution et la volonté nationale⁶⁴⁹.

L'opinion soutenue dans ce pamphlet, loin d'être anecdotique, a été prolongée par un jugement du Tribunal de Police correctionnelle, reproduite dans le *Moniteur universel* du 14 mars 1817⁶⁵⁰. L'auteur anonyme – plus royaliste que le Roi – accuse le monarque de consacrer la doctrine du gouvernement de fait, ce qui n'est guère du goût des autorités. L'imprimeur – puisque l'auteur n'est pas connu ni dénoncé – fait l'objet de poursuites sur le fondement des motifs visés par la loi du 9 novembre 1815 réprimant les écrits et propos séditieux. Il est condamné en conséquence d'une peine de trois mois de prison assortie d'une surveillance par la haute police, du paiement d'une amende et du règlement des dépens⁶⁵¹. La décision du Tribunal permet d'avoir un aperçu de la température politique du moment et du refus catégorique des autorités publiques à la reconnaissance de la doctrine du gouvernement de fait.

Un autre ouvrage, dont l'auteur est connu, a fait l'objet d'une condamnation pour les mêmes faits. L'écrit incriminé, qui ne rejette pas la doctrine du gouvernement de fait, est poursuivi précisément pour cela. Dans son ouvrage *Carnot*, en 1817, Mathieu-Noël Rioust admet qu'on ne peut échapper à l'obéissance quand le gouvernement de fait détient la force. Il insiste en expliquant qu'on est « contraint » d'obéir au gouvernement de fait⁶⁵², mais il se défend d'en faire l'apologie⁶⁵³. Malgré cette précaution, l'opuscule subit une répression juridique illustrant la pleine puissance du principe de la légitimité contre celui de l'effectivité. En effet, les opinions sont sanctionnées sur le fondement de la loi du 9 novembre 1815, l'auteur étant accusé de discours séditieux en faisant l'apologie

et que cela était contraire aux règlements militaires. « Or, ces trois propositions sont le renversement de tous les principes sur la légitimité ; elles établissent la doctrine du gouvernement de fait » (v. *ibid.*, p. 4).

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 20 : « Le refus du Roi de commencer à dater son règne du 1^{er} avril 1814, était surtout l'objet de leurs plaintes [aux partisans de l'effectivité des gouvernements révolutionnaires et bonapartistes], parce qu'il repoussait leur système favori du *gouvernement de fait*. Ils ne cessaient de répandre qu'il fallait des *garanties*, une *constitution*, un *Roi constitutionnel*, épouvantable expression dont le 21 janvier 1793 a tracé le commentaire en lettres de sang » (souligné par l'auteur). Dans le même ordre d'idées, pour ce parlementaire légitimiste, le Bulletin des lois de la période des Cent-Jours ne peut pas obliger le Roi (*ibid.*, p. 8).

⁶⁵⁰ *Moniteur universel*, 14 mars 1817, p. 300.

⁶⁵¹ Sur les détails de cette loi, v. notamment A. QUENSON DE LA HENNERIE, « Les propos séditieux sous la Restauration dans le département du Nord (1815-1824) », *RDN*, t. 11/41, 1925, p. 39 *sqq.*

⁶⁵² M.-N. RIOUST, *Carnot*, Gand, De Busscher et fils, 1817, p. 84 et 150-151.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 85 : l'auteur explique, en effet, qu'il écrit cela dans l'objectif de faire « ressortir le gouvernement de droit, brillant dans sa légitimité, devant le gouvernement de fait pâlisant, s'obscurcissant en présence du gouvernement de droit, puisque la légitimité peut seule donner le gouvernement de droit ».

de la doctrine du gouvernement de fait. Le procès est l'occasion de rejeter toute consécration de l'effectivité du pouvoir non légitime⁶⁵⁴.

La singularité de la condamnation tient à ce que l'auteur a vu sa peine aggravée du fait de sa défense en première instance. Venant plaider sa cause, il est accusé de diffuser publiquement devant le tribunal la doctrine du gouvernement de fait, de « l'usurpation » et de « l'envahissement du territoire », du « consentement seul d'obéir, il fait un titre suffisant pour commander », ce qui fait de lui un séditieux, des mots l'avocat général⁶⁵⁵. Or, la défense de M. Rioust au tribunal lui vaut l'aggravation effective de sa peine, notamment en faisant passer sa condamnation à l'emprisonnement de trois mois à deux ans⁶⁵⁶. Cela pose de graves problèmes de droit. En effet, soit sa défense est un délit et l'aggravation de la peine est alors irrégulière puisqu'il n'y a pas eu de nouvelle instruction sur le fondement de ce second délit ; soit elle n'en est pas un et l'aggravation est juridiquement nulle puisqu'elle ne repose sur aucun fondement⁶⁵⁷. Cela illustre non seulement la nature éminemment politique de ce qui touche aux gouvernements de fait, mais aussi les conséquences purement juridiques qui peuvent résulter de son incarnation ou de son invocation. L'absence de reconnaissance du critère de l'effectivité met en jeu des questions qui ont trait à la liberté d'expression et à la liberté de la presse ainsi qu'aux droits de la défense. Dans le cas de la brochure anonyme comme pour l'ouvrage de Mathieu-Noël Rioust, attenter au principe de la légitimité est perçu comme une volonté d'affaiblir le gouvernement royal. Ainsi, prôner – ou être accusé de prêcher – le principe de l'effectivité du gouvernement de fait est une sédition qu'il est aisé de rattacher à une faute pénale pour les autorités publiques. Selon Prosper Duvergier de Hauranne, c'est davantage à l'ardeur des vellétés politiques ou carriéristes de certains magistrats qu'à l'avis des membres du gouvernement que certains tribunaux sont si prompts à sanctionner certaines opinions contestataires émises par voie de presse⁶⁵⁸, en particulier celles qui concernent la doctrine du gouvernement de fait.

⁶⁵⁴ L'une des auditions de l'audience d'appel devant la Cour d'appel, celle du 29 avril 1817, est accessible grâce au *moniteur universel* : *Moniteur universel*, 30 avril 1817, p. 476.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 477. L'avocat général s'appuie sur la plaidoirie en défense de l'accusé pour lui imputer toutes les opinions récriménées : « [r]emarquez que la doctrine du gouvernement de fait, les principes révolutionnaires sont, dans l'ouvrage, abrités par le nom de Carnot, tirés de ses discours, de ses actions, de ses écrits. Mais Rioust venant se défendre, s'est personnifié ; il s'est approprié toute la doctrine révolutionnaire pour son compte et l'a débitée ».

⁶⁵⁶ Un jugement qui est confirmé en appel. V. en ce sens P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France. 1814-1848*, t. IV, Paris, Michel Lévy frères, 1860, p. 187.

⁶⁵⁷ Ainsi que l'explique Benjamin Constant dans une opinion reproduite au recueil Sirey à propos d'une question des droits de l'accusé au procès ; v. *S.*, 1817, II, p. 256.

⁶⁵⁸ Lorsqu'il s'interroge sur les questions de liberté de la presse et les délits politiques il affirme qu'à vrai dire « les ministres, sans aimer la liberté de la presse, paraissaient disposés à la supporter ; mais, dans les parquets des tribunaux, il se trouvait des magistrats ardents d'opinion ou pressés de faire leurs preuves, à qui cette tolérance [des ministres] apparaissait comme une coupable faiblesse » ; v. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire...*, t. IV, *op. cit.*, p. 185.

B. Les conséquences de ce rejet

Il est possible de se demander comment est justifié le fait que des actes promulgués par les régimes qui se succèdent entre 1789 et 1814 perdurent dans le droit, en dépit du principe de légitimité monarchique qui leur dénie toute existence. Les royalistes ont recours à une construction juridique spécifique que l'on retrouve à plusieurs périodes de l'histoire des gouvernements de fait⁶⁵⁹ et qui permet de relever la nature paradoxale du rejet de l'effectivité. Si les actes des gouvernements révolutionnaires et bonapartistes ont été valides, ce n'est pas parce que ces gouvernements ont été effectifs, mais parce que la Charte les a ratifiés⁶⁶⁰. Ce raisonnement domine durant la Restauration. On le trouve formulé dans un arrêt du 26 janvier 1830 qui porte sur une succession privée. L'un des points du litige concernait l'indemnité prévue par la loi du 27 avril 1825 pour les émigrés ayant perdu des biens du fait de la Révolution française. L'avocat général, M. Cahier⁶⁶¹, dans un raisonnement annexe, reconnaît l'effectivité des expropriations opérées par les régimes précédant la Restauration, en raison du fait que la Charte, « ratifiant l'œuvre du gouvernement de fait, son *negotiorum gestor*, a rétroagi au jour où les ventes avaient été consommées »⁶⁶². Ce point ne semble pas faire l'objet d'une contestation de la part de la Cour, quand bien même elle rejette le pourvoi. Cette idée était déjà présente dans le jugement du Tribunal de Police correctionnelle de 1817 portant sur l'opuscule anonyme de 1815⁶⁶³, au moment où le substitut au procureur du Roi affirmait la validité des jugements rendus durant la période des Cent-Jours, à la condition substantielle qu'ils fussent revêtus de la formule royale et non plus impériale, en application de l'ordonnance du 19 août 1815. Cette ratification *a posteriori* confirme, selon lui, le principe de la légitimité et incite à rejeter « le faux principe du gouvernement de fait »⁶⁶⁴. Selon cette logique, un acte ne serait jamais effectif tant qu'une autorité légitime (uniquement monarchique selon cette perspective) ne le reconnaît pas *a posteriori* ; autorité qui n'admet jamais, en revanche, l'effectivité du gouvernement. Ainsi, dans la construction de cette fiction, l'acte existe sans que l'autorité qui l'a édicté n'ait de réalité institutionnelle, comme déraciné bien que valide.

⁶⁵⁹ Les tenants et les aboutissants de ces questions, quant au sort des actes des gouvernements de fait et de leur réception par les gouvernements de droit, font l'objet d'une analyse approfondie dans la deuxième partie de ce propos et ne sont, par conséquent, pas développés ici : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 279 *sqq.*

⁶⁶⁰ Une logique que l'on retrouve également dans le jugement des hommes qui ont servi l'usurpateur. Le pouvoir politique les considère comme des traîtres, mais peut se réserver le droit de les amnistier, comme le fait Louis XVIII par l'ordonnance du 12 janvier 1816 (*Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n^o 58, p. 17). La mesure relève du pardon mais pas de la validation, même implicite.

⁶⁶¹ Cet avocat général près la Cour de cassation d'éducation libérale exerça sa charge sous la Révolution, l'Empire et la Restauration, ainsi qu'aux débuts de la Monarchie de Juillet, avant d'être emporté par le choléra en 1832. Il est le père d'Auguste-Louis-Jean Cahier, président de chambre à la Cour d'appel de Douai (A. ASSELIN, « Notice nécrologique du président Auguste Cahier », *Mémoires de la société d'agriculture, de sciences et d'arts du département du Nord*, t. 11 : 1870-1872, Douai, Lucien Crépin éditeur, 1873, p. 511-516).

⁶⁶² Cass., 26 janvier 1830, *Layton c. de Vauban* (S. 1830, I, p. 153).

⁶⁶³ Cf. *supra*, p. 167-168.

⁶⁶⁴ *Moniteur universel*, 14 mars 1817, p. 300.

Ce paradoxe cristallise une position nettement affirmée par les tribunaux français, qui consiste à dénier toute forme juridique à la domination. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 31 mai 1816, *Bourdois c. Cacatte*, érige en principe général l'idée qu'un pouvoir de fait n'équivaut qu'à une domination passagère et illégitime qui ne conduit pas à « la possession du royaume », subordonnant alors la question de l'effectivité à celle de la légitimité⁶⁶⁵. En l'espèce, elle refuse toute effectivité ni validité aux actes du gouvernement de Joseph Bonaparte, placé sur le trône d'Espagne par son frère Napoléon, et va même jusqu'à en nier purement et simplement l'existence. L'arrêt n'est pas dénué d'ambiguïtés : embarrassée de l'existence effective des gouvernements révolutionnaires et de l'autorité impériale en France et, surtout, de la persistance de nombre de leurs actes, la Cour semble pourtant reconnaître une « espèce de légalité »⁶⁶⁶ attribuée aux gouvernements de fait. En réalité, par-delà la contradiction apparente, une telle décision permet de dénier toute effectivité au gouvernement de Joseph Bonaparte, tout en évitant de s'enfermer dans les contradictions de sa propre jurisprudence et dans celles de la politique de la Restauration qui implique le principe de la légitimité monarchique⁶⁶⁷.

Cette négation de l'effectivité se prolonge sous la Restauration. En dépit de la réalité du pouvoir exercé, le constat de l'occupation du territoire s'efface devant la légitimité monarchique. C'est ce qui ressort, en marge, d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 août 1828 *Boucheporn*. Reprenant les mots du jugement du Tribunal de Seine du 27 janvier 1825, dont elle fait sienne la rhétorique, la Cour explique que la volonté du prince occupant le trône reste inférieure aux principes fondamentaux régissant le territoire occupé. Ainsi, « Jérôme Bonaparte n'a pu, pendant les six années qu'il a gouverné l'électorat de Hesse, par suite de l'occupation subite et à main armée qui a eu lieu, avoir le droit de s'affranchir seul des principes fondamentaux du trône, et que lui-même avait d'abord reconnus »⁶⁶⁸. En somme, dans ces deux affaires qui ont trait à la parentèle de

⁶⁶⁵ « La cour, considérant que la domination violente exercée par Joseph Bonaparte en Espagne ne peut pas mériter même le nom de *gouvernement usurpateur*, et que ses actes ne peuvent obtenir cette espèce de légalité que les publicistes attribuent, en abstraction, aux actes d'un pareil gouvernement, puisqu'il n'a jamais été en possession du royaume [...] le gouvernement souverain légitime résidait dans d'autres provinces et y exerçait des actes qui prononçaient la nullité de tous ceux du gouvernement intru » (*S. refondu*, 1, 5, 2, 153). Cet arrêt va bien plus loin que tous les autres qui porte sur un pareil sujet, car il va jusqu'à dénier la qualité de « gouvernement usurpateur » au pouvoir exercé par Joseph Bonaparte.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ À ce titre, il est d'autant plus pertinent de mettre l'avis de la Cour en miroir du commentaire au recueil, datant de 1843 et qui permet de constater le changement de conception qui s'est opéré entre-temps : « En considérant cette occupation du point de vue des Restaurations d'alors, comme une véritable usurpation, *toujours est-il qu'elle n'en a pas moins constitué pendant un temps un gouvernement de fait*, dont il n'appartenait alors à aucun particulier de contester les actes, dont les actes pouvaient alors être regardés *comme appelés à une durée indéfinie, à une consécration définitive*, aussi bien que les actes semblables de plusieurs autres gouvernements auxquels la volonté nationale ou la raison d'État, n'a pas permis qu'il fût portée atteinte » (*S. refondu*, 1, 5, 2, 152, souligné par nous).

⁶⁶⁸ *S. refondu*, 1, 9, 1, 158 ; en l'espèce, un acheteur dépossédé à la suite du départ de Jérôme Bonaparte en 1813, le baron Boucheporn (et ses descendants), cherche à faire valoir son droit en garantie contre le vendeur, le comte de Furstenstein (qui tenait son bien d'une aliénation du souverain de fait). En effet, les aliénations opérées durant l'usurpation avaient été déclarées nulles par l'électeur de Hesse, Guillaume IX, lors de son retour au pouvoir. On peut d'ailleurs noter que cette affaire *Boucheporn* de 1828 revient de nouveau devant la

Bonaparte, le rejet de l'effectivité consiste à dire que la domination ne peut prétendre produire du droit ou se transformer en droit (entendu si ladite domination n'est pas « légitime »). Ainsi, durant le premier tiers du XIX^e siècle, on ne recherche guère dans l'effectivité du gouvernement de fait le critère propre à le doter de la reconnaissance d'un droit provisoire à gouverner ou à exercer temporairement des prérogatives juridiques. La multiplication des litiges, et le nombre des transitions constitutionnelles au XIX^e siècle rendent néanmoins un tel critère aussi nécessaire que pertinent.

§2. *Un principe dégagé empiriquement après la révolution de Juillet 1830*

Il est impossible de déterminer une date précise qui fait basculer de la négation de l'effectivité du gouvernement de fait à sa reconnaissance. Néanmoins, outre quelques rares inflexions durant la Restauration⁶⁶⁹, c'est à la suite de la révolution de Juillet que s'ouvre une brèche. Les différentes transitions constitutionnelles de ce siècle conduisent à l'affaiblissement progressif du principe de légitimité politique, laissant un vide pour la reconnaissance des gouvernements de fait que le critère de l'effectivité vient combler. En effet, à partir de 1830, le changement de dynastie bouleverse la vie politique et l'essor, dans les Chambres parlementaires, des orléanistes, des bonapartistes voire de certains républicains contribue à l'expression d'opinions en faveur de la reconnaissance des gouvernements de fait. De même, l'avènement de la Seconde République en 1848, puis la restauration impériale par un Bonaparte en 1852 favorisent l'émergence du principe de l'effectivité en faveur des gouvernements révolutionnaires ou liés à Napoléon I^{er}. Enfin, conjointement aux progrès du positivisme dans la sphère juridique, la fin du XIX^e siècle marque la pleine acceptation de l'effectivité gouvernementale et l'utilisation de ce principe pour accepter ou rejeter l'existence d'un gouvernement ou de son droit. Ces évolutions conduisent à remarquer que l'argument selon lequel il n'est pas possible de faire litière du gouvernement de fait à partir du moment où il a été effectif est de plus en plus mobilisé. D'abord, la scène politique s'en empare dans les débats parlementaires **(A)**, avant que les tribunaux ne confirment l'importance de l'effectivité comme critère d'identification du gouvernement de fait et sa prise en considération devant la justice **(B)**.

Cour de cassation le 14 avril 1830. Pour davantage de détails sur l'espèce et ses conséquences juridiques : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 287-288.

⁶⁶⁹ Celles-ci demeurent toutefois à la marge et n'ont guère de portée. Il est possible de citer, par exemple, la séance de la Chambre des députés du 7 février 1822, lors de laquelle M. Basterèche parle de l'indépendance des magistrats en affirmant qu'elle existait sous l'Empire, et demande à l'un des rapporteurs « s'il connaît beaucoup [de magistrats] qui aient refusé d'obéir au gouvernement de fait. Si presque tous, et j'allais dire lui-même, n'ont pas prêté serment au vainqueur, même pendant les Cent Jours ? » (*Moniteur universel*, 8 février 1822, p. 190). De même, lors de la séance du 28 février de cette année, M. Rolland d'Erceville, parle du gouvernement de Napoléon comme d'un gouvernement de fait reconnu, qui a existé en fait, et de l'Empereur lui-même comme « l'homme qui [...] n'a détrôné que l'anarchie » (*Moniteur universel*, 1^{er} mars 1822, p. 314). Cependant, ces discours ne semblent guère avoir de réminiscence dans les assemblées parlementaires.

A. *Un avènement politique (1831)*

L'avènement de la Monarchie de Juillet, issue d'une insurrection, écorne le principe de légitimité. Les débats relatifs aux causes et aux conséquences des gouvernements de fait sont nombreux au sein des chambres parlementaires ; les hommes politiques recherchent la nature d'un tel pouvoir par le critère de l'effectivité. La question essentielle est celle de savoir s'il est une obéissance au gouvernement reposant sur le seul fondement de son effectivité. *Ab initio*, certains sont sceptiques à propos de la reconnaissance du gouvernement de Louis-Philippe par les opposants politiques. Il s'agirait, selon eux, d'une stratégie temporaire et hypocrite, celle de subir passivement le gouvernement en attendant le moment de le renverser. Les serments publics au gouvernement ne vaudraient rien de plus qu'une parole révoquant sans conséquence puisque, selon l'opinion même de certains légitimistes, « le gouvernement auquel il est prêté n'est qu'un gouvernement de fait auquel on doit obéissance tant qu'on n'a pas les moyens de le renverser »⁶⁷⁰. Néanmoins, qu'il s'agisse ou non d'une démarche de Tartuffe, cette opinion minoritaire n'a guère d'échos au sein des Chambres parlementaires ou dans les tribunaux⁶⁷¹.

Par ailleurs, le climat politique étant plus conciliant avec les opinions qui dérivent – ne serait-ce que légèrement – de l'ultra-monarchisme, une évolution dans le sens de la reconnaissance des gouvernements de fait est permise. Elle est initiée en 1831, notamment à l'occasion de débats sur la question des décorations militaires ordonnées par Napoléon durant les Cent-Jours. Il est entendu que leur régime juridique dépend – au moins en partie – de la nature du gouvernement qui les édicte. Par conséquent, l'identification de cette nature nécessite de se pencher sur l'effectivité du gouvernement de fait, suivant la position affirmée par certains. Les actes ont-ils été promulgués par une entité qui avait, ou non, les possibilités matérielles de le faire ? Un gouvernement de fait, effectif, possède-t-il cette capacité ? Les orateurs cherchent à définir la nature des gouvernements de Bonaparte, de Louis XVIII, mais aussi de la commission de gouvernement nommée par la chambre des représentants qui se met en place à la suite de la seconde abdication de l'Empereur le 22 juin 1815.

Cette recherche de l'effectivité se fait aux dépens du principe de légitimité monarchique. Ainsi, le général Lamarque⁶⁷² – intervenant à la Chambre des députés pour

⁶⁷⁰ Cet avis est mis au jour et critiqué dès septembre 1830 dans *Le Constitutionnel* qui dénonce un journal contre-révolutionnaire qu'il ne nomme pas, mais dont il reproduit une partie de l'article incriminé. Ledit papier mis en cause invite à prêter serment auprès de Louis-Philippe d'Orléans « tant que le prince ou le pouvoir de fait qui l'aura reçu existera, mais dès que le souverain légitime pourra faire valoir ses droits, la fidélité lui sera due, parce que le droit en soi, ne peut changer » (*Le Constitutionnel*, 17 septembre 1830, p. 1). *Le Constitutionnel* condamne ainsi la malhonnêteté des ministres et fonctionnaires légitimistes, en les accusant, au-delà de leur hypocrisie, de fomenter une restauration bourbonnienne.

⁶⁷¹ En revanche, elle en dit long sur la conception du serment politique de cette époque. Cf. sur ce point : Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 464 *sqq.*

⁶⁷² Jean-Maximilien Lamarque (appelé « Jean-Maximin » par le *Dictionnaire des parlementaires français*), général de division en 1801 puis général de section en 1807, nommé baron de l'Empire par Napoléon en 1811, est un

la reconnaissance de l'effectivité des gouvernements bonapartistes – critique-t-il la fiction bourbonnienne d'un règne ininterrompu de dix-huit ans qui dénie l'existence réelle de la Révolution, du Consulat et de l'Empire ; plus encore, il insiste sur la nécessité de reconnaître l'existence du gouvernement des Cent-Jours⁶⁷³. Il n'est pas le seul à opiner en ce sens. Dans ce débat sont incriminées deux ordonnances de Louis XVIII qui, sur le fondement du principe de légitimité monarchique, ont refusé de reconnaître les décorations et grades militaires octroyés par tout autre gouvernement que celui du Roi⁶⁷⁴. Or, même les orateurs qui concluent au refus de la proposition de Jean-Gabriel Boissy d'Anglas – le fils du révolutionnaire – de voter une loi pour la réparation des injustices causées par ces ordonnances, critiquant le principe de légitimité monarchique, reconnaissent l'effectivité des gouvernements de fait⁶⁷⁵. Allant plus loin, Boissy d'Anglas considère le gouvernement des Cent-Jours comme un gouvernement de droit, et estime l'expression de gouvernement de fait, « inexacte, empruntée au langage mensonger de la Restauration »⁶⁷⁶.

Le dépassement du principe monarchique est « l'arbre qui cache la forêt » car, dorénavant, la question que se posent les parlementaires est celle de déterminer si le

ancien député français. Du côté de l'Empereur pendant les Cent-Jours, il fait partie des proscrits par le pouvoir royal lors de la Seconde Restauration, avant d'être autorisé à rentrer en France en 1818. De 1828 à sa mort en 1832, il est député des Landes. Il signe de l'adresse des 221 en mars 1830. Il siège à aux côtés de la gauche. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. III, *op. cit.*, v° Lamarque (Jean-Maximin), p. 552-553.

⁶⁷³ Selon les mots de Lamarque à la chambre des députés lors de la séance du 26 août 1832, ce gouvernement « régnait donc par la nation et en vertu d'un droit que, par conviction, par intérêt, par pudeur, il ne nous est pas permis de contester ; ce droit fût-il méconnu, son gouvernement était au moins un gouvernement de fait et il ne faut consulter ni les opinions des publicistes, ni feuilleter les statuts de Henri VII [...] pour reconnaître légitime et obligatoire un pouvoir sans lequel l'État tomberait en dissolution » (*Moniteur universel*, 27 août 1831, p. 1465). Lamarque étant un bonapartiste convaincu, son opinion n'est guère étonnante ; néanmoins, elle a une certaine portée dans ce débat.

⁶⁷⁴ Il s'agit de l'ordonnance du 7 juillet 1815 *relative aux fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire et aux commandants et officiers des gardes nationales en activité de service au 1^{er} mars dernier* (le général Lamarque, dans le débat dont il est question, parle de l'ordonnance du 8 juillet, or il est plus vraisemblable qu'il vise celle du 7) et de celle du 1^{er} août 1815 *qui annule les nominations et promotions à des grades militaires, et la réintégration sur le tableau d'activité, des officiers en retraite, qui ont eu lieu pendant le temps de l'usurpation* (*Bulletin des lois*, 1815, 7^e série, t. 1, n° 3, p. 5 et n° 31, p. 74).

⁶⁷⁵ C'est le cas du général Jacques-Antoine-Adrien Delort – d'obédience bonapartiste ceci-dit – lors de la séance du 15 septembre 1831. Selon l'avis de ce dernier, il vaut mieux laisser le soin au gouvernement de réparer ces injustices, plutôt qu'aux chambres parlementaires ; cela ne l'empêche pas, au passage, de critiquer le principe de la légitimité monarchique et la « dynastie anti-nationale » des Bourbons (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1587-1588). De même, le rapport de la proposition de Boissy d'Anglas, établi par le comte Hippolyte François Jaubert lors de la séance à la Chambre des députés du 12 septembre 1831, prône le rejet de cette proposition mais reconnaît pourtant le principe du gouvernement de fait, et réduit le principe de leur assentiment à leur seule effectivité, qu'il synthétise autour de la durée. En effet, il atteste que « par cela seul qu'il a duré, [un gouvernement] a été légitimé » (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559).

⁶⁷⁶ C'est d'ailleurs sur le fondement de l'effectivité qu'il rejette le qualificatif ; à propos de la discussion qui concerne le gouvernement de fait et de droit, il exprime que « la théorie que l'on peut admettre ne peut détruire les actions passées, les faits accomplis ». Son avis, qui ne correspond ni à l'interprétation retenue dans cette étude, ni à celle de la plupart de ses collègues, va jusqu'à considérer le simple fait accompli comme du droit. Il l'affirme lui-même : « Napoléon, en mettant le pied sur le territoire français, a décidé la question bien autrement que par des sophismes ». v. *Ibid.*, p. 1588.

gouvernement de fait a été effectif ou non. En premier lieu, un système fondé uniquement sur la durée de l'exercice du pouvoir est proposé par le rapporteur de la proposition de loi, Hippolyte François Jaubert, mais il n'a pas eu une grande portée⁶⁷⁷. Lamarque, lui répondant, ne l'admet que pour rattacher les Cent-Jours aux gouvernements consulaires et à l'Empire. Cependant, il ne fait de la durée du gouvernement qu'un corollaire de l'acceptation que le pays lui témoignait⁶⁷⁸. Il assimile ainsi effectivité et assentiment qui, bien que liés pour l'appréciation des gouvernements de fait, sont deux notions différentes. En définitive, un système fondant l'effectivité du pouvoir sur sa durée est globalement rejeté par les autres parlementaires, en ce qu'il est trop subjectif, qu'il sert davantage de prétexte pour mettre en avant une préférence de l'orateur⁶⁷⁹. Les opinions de Jaubert et de Lamarque, qui s'appuient sur la durée, servent, pour l'un, à minimiser la légitimité du gouvernement de Bonaparte, pour l'autre, à la glorifier. Cette question du temps de l'exercice du pouvoir, qui dissimule un principe de légitimité politique, n'a de surcroît pas une pertinence matérielle assez forte pour permettre d'apprécier véritablement la nature gouvernementale ou non d'une entité politique. En effet, fonder la qualification du gouvernement de fait sur la durée constitue un critère que l'on ne peut apprécier qu'*a posteriori* et qui reste soumis à une grande subjectivité. Il est de surcroît impossible de déterminer le curseur valable présidant à la bonne durée. Par ailleurs, la conséquence logique d'une telle doctrine est de fonder l'entrée dans le droit du gouvernement de fait sur une forme d'usucapion, c'est-à-dire par une prescription acquisitive de la souveraineté, il se régulariserait et deviendrait un gouvernement de droit. Or, en ce qui concerne le gouvernement, une telle doctrine, inspirée du droit privé, ne fonctionnerait éventuellement que dans le cadre d'une conception patrimoniale de l'État, qui n'existe plus au XIX^e siècle⁶⁸⁰. De même, il ne peut y avoir de prescription extinctive pour le gouvernement déchu, l'exemple des gouvernements de restaurations qui ont rétabli leur pouvoir démontre l'inanité d'une telle doctrine.

Lors de ce même débat, André Dupin et Odilon Barrot apportent un élément décisif : ils vont déterminer les éléments caractéristiques de l'effectivité, à savoir le contrôle du territoire et des organes infra-étatiques. Une interrogation est soulevée à propos des décorations octroyées par Napoléon entre le 27 février et le 20 mars 1815 – c'est-à-dire durant sa reconquête du territoire – et par le gouvernement de la commission provisoire,

⁶⁷⁷ De l'avis de Jaubert : « [q]uand on se place dans l'hypothèse du gouvernement de fait, il faut en accepter toutes les conséquences : le mot *fait* implique *la durée* ; la considération de la durée est donc très grande en cette matière. Ainsi [...] il est permis de dire que le tems pendant lequel ont duré les gouvernements nés des révolutions politiques, est la mesure à peu près exacte des droits qu'ils ont créés, comme du pouvoir qu'ils ont eu d'engager l'avenir ».

⁶⁷⁸ Selon les mots de Lamarque : « Son gouvernement ne fut donc pas *une de ces crises passagères* qui n'enfantent que les désordres et ne fondent aucun droit, mais une vraie restauration voulue, opinée, invoquée par la France entière » (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588) (souligné par nous).

⁶⁷⁹ *Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559.

⁶⁸⁰ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 310 *sqq.*

qui succède à celui des Cent-Jours⁶⁸¹. Dupin aîné cherche à savoir ce qui permet d'affirmer que l'on est bien en présence d'un gouvernement de fait. Il critique ainsi la démarche qui consisterait à établir une souveraineté fictive du gouvernement : « [i]l n'y a de vrai que les *faits accomplis* ». Dès lors, il est tout aussi absurde pour les Bourbons de prétendre avoir régné de l'étranger lorsque le roi était à Gand, que pour Napoléon d'avoir entendu être souverain effectif avant d'être entré dans Paris le 20 mars 1815⁶⁸². Il critique ici la démarche fondée uniquement sur la légitimité politique (bonapartiste comme monarchique)⁶⁸³, qui consiste chez lui en la seule recherche de « l'assentiment général »⁶⁸⁴. Certes, l'assentiment est nécessaire, mais difficile à déterminer avec certitude. Il faut donc s'attacher à des éléments directement tangibles et concrets : l'effectivité du gouvernement, c'est-à-dire non seulement une emprise territoriale, mais aussi un fait matériel de domination. Odilon Barrot formalise cela à la suite de Dupin : les grades dont il est question doivent être admis lorsqu'ils ont été conférés par un « gouvernement régulier, reconnu, établi, un gouvernement de fait ». Le moyen d'attester cette régularité et cet établissement, pour l'orateur, c'est de viser les actes du gouvernement « siégeant à Paris, environné des chambres dans l'accomplissement de leur mission »⁶⁸⁵. En somme, cela revient à dire qu'outre l'emprise territoriale, symbolisée par la maîtrise de la ville où siègent des organes centraux de l'État⁶⁸⁶, il faut une mainmise sur ses structures. Tel est le prix de l'effectivité⁶⁸⁷.

Ainsi, à partir de la Monarchie de Juillet, les actes du gouvernement de fait comme la réalité de son pouvoir ne sont plus niés par principe sur les scènes politique et juridique. La doctrine de l'effectivité ne coïncide pas simplement avec le retour des partisans de

⁶⁸¹ Cette question est initialement soulevée par Denis Larabit lors de la séance du 15 septembre à la Chambre des députés ; ce dernier souhaite que ces décorations soient prises en compte (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1590). Lors de la séance du lendemain, le ministre de la Guerre, le maréchal Jean-de-Dieu Soult soulève de nouveau cette interrogation, mais cette fois-ci pour écarter ces décorations du débat (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605).

⁶⁸² Souligné par nous. L'orateur poursuit : « [c]eux qui veulent faire remonter les grades au 27 février supposent que par cela seul que Napoléon est en mer [...], le voilà qui redevient souverain légitime ! J'avais donc raison de dire hier qu'on voulait faire de la légitimité impériale » ; Dupin établit le même constat en se basant sur la date du 1^{er} mars : Napoléon n'est point souverain par cela seul qu'il met le pied à terre, car il existe un gouvernement constitutionnel, le gouvernement royal, à Paris. À l'inverse, le Roi, lorsqu'il a quitté Paris, ne peut plus guère se prétendre souverain. (*ibid.*, p. 1605).

⁶⁸³ « Vous raisonnez avec Napoléon arrivant au 20 mars comme la légitimité raisonnait avec les Bourbons mettant le pied sur le territoire français à la suite des armées étrangères » (*ibid.*).

⁶⁸⁴ Cet assentiment, que l'on retrouve également chez Odilon Barrot, constitue une preuve supplémentaire non négligeable permettant de mesurer l'effectivité du gouvernement. Ce critère, envisagé indépendamment de l'effectivité, fait l'objet de développements spécifiques à la suite de ce propos : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 223 *sqq.*

⁶⁸⁵ *Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1606.

⁶⁸⁶ En l'espèce, il s'agit de la ville de Paris, capitale de la France. Cependant, il est arrivé que l'Histoire fournisse des exemples de gouvernements de fait effectifs par de la maîtrise d'organes de l'État dans une autre ville. Par exemple, le gouvernement de Vichy, dans la ville éponyme.

⁶⁸⁷ Il convient de noter que la loi du 8 février 1832, qui résulte de ces débats, retient comme dates des actes à reconnaître l'intervalle du 20 mars au 7 juillet 1815 : c'est-à-dire le gouvernement des Cent-Jours depuis le moment où Napoléon est entré à Paris, puis le gouvernement de la commission de gouvernement nommée par la Chambre des représentants à la suite de la seconde abdication de l'Empereur. V. *Duvergier*, 1, 32, 42.

Bonaparte, de la Révolution ou de la souveraineté nationale à la Chambre des députés. Elle semble ancrée comme un principe propre à dégager la nature juridique d'un pouvoir politique. Il est dès lors possible d'envisager l'effectivité indépendamment de la légitimité politique. Le gouvernement effectif consiste donc en une entité institutionnelle considérée, dans les débats, comme « administrateur », à défaut de pouvoir légal. L'ancrage territorial et la mainmise sur les structures gouvernementales constituent cette marque propre à lui conférer des pouvoirs d'administration et de décision au nom de l'État⁶⁸⁸. Cette conviction selon laquelle pour que le gouvernement ait mérité l'obéissance, il faut au moins qu'il se soit rendu maître du territoire et de structures administratives, politiques ou judiciaires, perdure tout au long du XIX^e siècle⁶⁸⁹. Cette affirmation est renforcée par l'évolution jurisprudentielle qui suit de près celle des débats politiques.

B. Une confirmation judiciaire (1832-1833)

L'évolution jurisprudentielle accompagne les transformations politiques et légales. Sous la Restauration, la jurisprudence en matière de gouvernement de fait était, sans surprise, arrêtée sur une absence de reconnaissance de l'effectivité du gouvernement de fait. Aussi, les arrêts *Bourdois c. Cacatte* de 1816 et *Boucheporn* de 1828 laissent-ils leur place à une évolution amorcée, à l'instar du discours des parlementaires, dès les débuts de la Monarchie de Juillet. Un acteur joue un rôle moteur de ce changement de modèle : le procureur général André Dupin, qu'il n'est pas étonnant de retrouver ici puisqu'il navigue entre le palais Bourbon et le quai de l'Horloge⁶⁹⁰. Il faut croiser ses conclusions sur deux arrêts différents, une affaire à la Cour de cassation du 13 mars 1832, *Syndic Gentil c. Pierre*⁶⁹¹ et une autre du 14 janvier 1833, *Le procureur général c. Baudoin*⁶⁹². De l'étrange

⁶⁸⁸ On peut, par exemple, entendre à la Chambre des Pairs lors de la séance du 4 juin 1847, que, selon Albert Vincens-Saint-Laurent, « tout gouvernement de fait, d'après les principes du droit public, a le droit et le devoir d'administrer le pays et de veiller à ses intérêts » (*Moniteur universel*, 5 juin 1847, p. 1431).

⁶⁸⁹ On en trouve, par exemple, une trace dans un débat parlementaire du Second Empire, lors d'une séance au Sénat le 12 février 1864. Les représentants envisagent ces questions à la fois au regard de la reconnaissance du droit des gens que des critères propres au droit politique français. Une pétition concernant la reconnaissance d'un gouvernement insurgé en Pologne est rapportée par Auguste Stourm ; selon lui, pour que la reconnaissance puisse avoir lieu, il faut « que la portion du peuple révoltée ait réuni des éléments de force et de résistance de nature à constituer un état de guerre régulier, sous la direction d'un gouvernement de fait exerçant les droits apparents de la souveraineté ». Mais si l'effectivité n'est pas avérée, ce qui est le cas en l'espèce selon lui, alors il ne peut y avoir de gouvernement de fait : « [J]es polonais en armes n'ont pas de gouvernement, même de gouvernement de fait ; car on ne peut appeler ainsi la réunion de quelques hommes dont le nom est un mystère et dont la résidence est ignorée » (*Moniteur universel*, 13 février 1864, p. 212).

⁶⁹⁰ D'abord avocat, Dupin devient procureur près la Cour de cassation le 23 août 1830. Il bénéficie d'une influence certaine face au juge et ses conclusions emportent souvent l'adhésion de la Cour (v. en ce sens : L. PFISTER, « La contribution du procureur général Dupin à la construction du principe de réparation du préjudice moral », *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, éd. R. SALOMON, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, p. 125-144, notamment p. 129-131). Pour davantage de détails sur Dupin, v. F. J. BRAMI, *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, 2013, *passim*.

⁶⁹¹ S. 1832, I, p. 293.

⁶⁹² S. 1833, I, p. 566.

alchimie qui résulte des conclusions du procureur général en matière d'effectivité, il apparaît que l'effectivité du gouvernement prime sa forme (et, à l'inverse : la forme du gouvernement ne préjuge pas de son effectivité).

Dans l'arrêt *Syndic Gentil c. Pierre*, il est question d'un décret de l'impératrice Marie-Louise, épouse de Napoléon I^{er}, du 12 février 1814 dont la régularité est contestée. Dupin aîné affirme, en marge de l'affaire, que la question des décrets de l'Empereur est bien agitée, mais que ce dernier ne bénéficiait pas moins de « la plénitude du pouvoir, soit légitime, soit usurpée », confirmant ainsi que le contrôle des structures gouvernementales est un prérequis à l'effectivité. Il ajoute que l'autorité de Marie-Louise, qui dérivait de celle de l'Empereur au titre de sa régence, était par conséquent « limitée, déléguée, temporaire et responsable »⁶⁹³. La légitimité impériale, sans l'effectivité, ne semble donc pas être suffisante pour conférer la *plénitude* du pouvoir. Elle octroie seulement une délégation limitée et, par conséquent, plus fragile et plus contestable. L'arrêt *Procureur général c. Baudoin*, un an plus tard, donne l'occasion à Dupin de rejeter la conception politique du gouvernement de fait, fondée sur la légitimité⁶⁹⁴ ; la Cour se range derrière son avis, tout comme la Chambre des députés. Dans son rapport, Dupin déplore que le défendeur au pourvoi, Baudin, ne voie dans le gouvernement de Louis-Philippe I^{er} qu'un gouvernement de fait puisqu'il serait illégitime (ayant renversé la branche aînée des Bourbons). Il s'insurge contre ce refus de reconnaître l'effectivité du pouvoir et conteste la dichotomie entre usurpateur et gouvernement de droit, interdisant à un gouvernement issu d'une insurrection de prétendre un jour entrer dans le droit. Or, c'est ce qu'a fait le gouvernement de Louis-Phillipe⁶⁹⁵. Cette affaire fait écho à un discours d'Adolphe Thiers prononcé peu de temps auparavant à la Chambre des députés, le 5 janvier 1833 qui portait justement sur l'arrestation de la duchesse de Berry. L'orateur y explique que les partisans de la duchesse considèrent que le pouvoir de Louis-Philippe est issu d'un gouvernement révolutionnaire, par conséquent dépourvu de toute compétence ou faculté pour juger Marie-Caroline de Bourbon-Sicile. Thiers rejoint Dupin sur sa doctrine, et considère, au surplus, que quand bien même le gouvernement eût-il été de cette nature révolutionnaire, il aurait le droit de défendre son pouvoir effectif⁶⁹⁶. De plus, un gouvernement de fait peut se muter en gouvernement de droit,

⁶⁹³ S. 1832, I, p. 296. Dupin ajoute qu'ici « ce n'est pas même de cette régence légale qu'il s'agit, de cette régence qui comporte tous les actes de gouvernement ; c'est une régence imparfaite, improprement appelée de ce nom ; c'est une lieutenance en présence de la souveraineté ; c'est une délégation, un simple mandat. Les règles du mandat doivent s'appliquer ; tout ce qui en excède les termes est nul ».

⁶⁹⁴ Sur cet arrêt : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 69.

⁶⁹⁵ S. 1833, I, p. 568 *précit.* : « Pour nous, la révolution de Juillet n'est pas un gouvernement de fait ; c'est un gouvernement de droit. Sa légitimité ne saurait être contestée... ».

⁶⁹⁶ *Moniteur universel*, 6 janvier 1833, p. 34 : « Nous sommes, ai-je dit, en présence de deux opinions. L'une, celle des partisans de la prisonnière, nous dit que notre gouvernement, né d'une révolution qui se continue encore, n'est, comme on a voulu l'insinuer tout-à-l'heure, qu'un gouvernement de fait ; qu'il n'a pu faire cesser les droits du duc de Bordeaux, et qu'il ne pourrait pas faire juger madame la duchesse de Berry » ; or, Thiers s'avère très critique de cette conception surannée et injustifiable juridiquement du gouvernement de fait envisagé comme un usurpateur, puisqu'il ajoute peu après : « Quant au droit du gouvernement dans cette circonstance, il est inattaquable. *Ne serait-il qu'un gouvernement de fait, qu'il aurait le droit, comme tout être collectif ou individuel, de se défendre et d'arrêter les ennemis qui viennent porter la guerre chez lui* » (souligné par nous).

hors du cadre simplement légitimiste, même lorsqu'il est issu d'un soulèvement, comme c'est le cas en l'espèce⁶⁹⁷.

La critique du légitimisme, comme principe niant l'effectivité, s'affirme d'autant plus nettement qu'une telle conception interdit la possibilité même pour un gouvernement de fait d'entrer un jour dans le droit. Dans une affaire jugée devant la Cour d'assise de la Seine du 13 mai 1832⁶⁹⁸, M. Fleury, directeur de *La gazette de France* et M. Fouquet, juge du tribunal de Seine comparaissent pour une lettre publiée par le magistrat dans le journal. Ils sont notamment accusés de provocation à la désobéissance aux lois et au renversement du gouvernement pour avoir régulièrement rejeté le gouvernement de Juillet et clamé la légitimité d'Henri V. L'avocat général, Jean-Charles Persil, plaidant contre eux, les accuse d'insubordination. Il rejette avec véhémence la doctrine légitimiste exposée dans *La Gazette de France* du 30 mars de la même année, qui visait au renversement du gouvernement de Juillet. L'avocat général critique le fondement héréditaire du pouvoir qui nie l'effectivité de la souveraineté et rend impossible la légitimation du gouvernement de Louis-Philippe : « [à] ses yeux, le gouvernement de droit, appartient à la branche aînée, à cet Henri V dans les principes de l'absolutisme. [...] À Louis-Philippe, le gouvernement de fait seulement, sans qu'aucune prescription ne puisse le légitimer jamais. [...] Par conséquent, ceux qui n'admettent pas ce pouvoir héréditaire, ceux qui, comme nous, l'ont combattu et remplacé, ne forment pas la nation. Nous sommes des insurgés, des usurpateurs : nous n'avons pu élever qu'un pouvoir de fait »⁶⁹⁹.

Devant le Conseil d'État, le ministère public⁷⁰⁰ appuie l'affirmation de l'effectivité, en proposant une définition simple et complète de ce qu'elle recouvre. Dans l'arrêt *Méaulle* du 25 janvier 1832⁷⁰¹ qui porte sur une pension versée durant les Cent-Jours, il s'attache à démontrer la juridicité de l'existence du gouvernement de Napoléon sur le fondement de son effectivité en affirmant qu'il « est un gouvernement de fait ; il avait sa force, sa puissance, son pouvoir ; il avait son corps-législatif ; il a pu faire des lois, des décrets. En point de droit, ce que chaque gouvernement a fait, a été tout aussi valablement fait que tous les actes du gouvernement précédent ou suivant »⁷⁰².

⁶⁹⁷ *Ibid.* : « Mais heureusement je n'en suis pas là de mes convictions ; je n'en suis pas à regarder le gouvernement de juillet comme un gouvernement de fait ; il est pour moi un gouvernement de droit ; son droit est de l'origine la plus pure et la plus sacrée qui fût jamais, il est au-dessus de cette légitimité tant vantée, il est dans une révolution qui a exprimé d'une manière si terrible, si écrasante et si généreuse en même tems, la volonté nationale ».

⁶⁹⁸ *Moniteur universel*, 17 mai 1832, p. 1212.

⁶⁹⁹ *Moniteur universel*, 17 mai 1832, p. 1213.

⁷⁰⁰ Sur cette fonction, ancêtre des commissaires du gouvernement, actuels rapporteurs publics : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 70, n. 223.

⁷⁰¹ CE, 25 janvier 1832, *Méaulle* (*Recueil des arrêts du conseil ou ordonnances royales*, 1832, ser. 2, t. 2, p. 27).

⁷⁰² *Ibid.*, p. 27. Quand bien même le Conseil d'État rejette le pourvoi, il ne le fait pas sur le fondement de l'incapacité juridique du gouvernement des Cent-Jours, et reconnaît tacitement les conclusions du ministère public sur ce point.

Le dernier point qui se dégage également des décisions de 1832 est le pendant négatif de l'effectivité : un gouvernement qui ne dispose plus de la réalité du pouvoir perd, dans le même temps, son droit au profit du gouvernement qui le supplante. Cette idée de transition du pouvoir – absolument inenvisageable dans un prisme légitimiste – est entrevue dans un arrêt *Bastard de St-Germain* de la Cour de cassation du 25 août 1832⁷⁰³, qui concerne une décoration faite au sieur Bastard par Charles X le 1^{er} août. On y retrouve l'essentiel des questions relatives à l'effectivité. L'avocat général, Joseph-Marie-Frédéric Nicod, réfute la possibilité pour le gouvernement de Charles X - qu'il considère comme ineffectif – d'avoir pu octroyer cette décoration, puisque le trône était vacant « *en fait et en droit* »⁷⁰⁴. Au surplus, il existait un « gouvernement provisoire », qui avait la main sur les institutions, nommait des agents d'exécution de son pouvoir, produisait du droit ; en somme, il s'était substitué à celui qu'il venait de déposer⁷⁰⁵. Les conclusions de Nicod résument le glissement de sens qui s'opère au profit de l'effectivité ; la Cour suit ce raisonnement de manière édifiante : « [a]ttendu que, le 1^{er} août 1830 [...] il existait un gouvernement reconnu qui avait la plénitude de la puissance exécutive ; que, dès lors, le pouvoir royal avait cessé d'exister dans la personne de Charles X »⁷⁰⁶.

Ces décisions des années 1832-1833 constituent un tournant puisque les arrêts postérieurs semblent considérer tacitement un gouvernement de fait comme un pouvoir effectif⁷⁰⁷. À partir de cette reconnaissance, il est possible d'essayer de dresser les traits principaux qui, malgré la disparité dans l'emploi de ce terme, se cachent derrière la notion d'effectivité du gouvernement de fait.

⁷⁰³ *S.* 1832, I, p. 571.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 571-572 : « Charles X n'a pu, le 1^{er} août 1830, conférer à M. de St-Germain la décoration de la Légion-d'Honneur, parce que, à cette époque, il avait cessé d'être roi : les ordonnances du 25 juillet avaient rompu le pacte qui l'unissait à la nation ; celle-ci avait repris tous ses droits, et le principe de la souveraineté du peuple tout son empire. Ce fait est prouvé par d'importantes autorités, par la déclaration émanée le 7 août de la Chambre des députés, qui, rappelant la violation du pacte fondamental, proclame la vacance du trône, *en fait et en droit* » (souligné par l'auteur).

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 572 : « Un autre fait s'était accompli avant le 1^{er} août : l'installation d'une commission municipale qui était un véritable gouvernement provisoire, puisqu'elle a nommé des commissaires dans divers départements ministériels, qu'elle a rendu un règlement portant prorogation pour les poursuites à exercer contre les débiteurs des effets de commerce ; les actes de ce gouvernement provisoire ont été insérés au *Bulletin des lois* : il ne pouvait y avoir deux gouvernements à la fois ; donc le gouvernement de Charles X avait cessé d'exister ».

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ L'illustration est limitée à un seul exemple ici : l'arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1848 *Migaud c. Hardy*, dans lequel la Cour réfute l'argument selon lequel les révolutions abolissent toutes les constitutions qui les précèdent ; à cette occasion, elle affirme un principe de continuité constitutionnelle des gouvernements, incluant les gouvernements provisoires, et reconnaissant *de facto* leur effectivité (*S.* 1848, I, p. 464).

Section 2 La construction doctrinale d'une reconnaissance du fait accompli

La crainte d'une primauté du fait sur le droit qui résulte de l'émergence du fait accompli dans les débats relatifs aux changements informels de gouvernements peut pousser à rejeter l'effectivité hors du domaine juridique. Le qualificatif « de fait » ou « *de facto* » induit lui-même une certaine inéluctabilité des événements en dépit de la légitimité qu'on leur prête. Or, l'essor de la doctrine du gouvernement de fait durant le XIX^e siècle permet de dégager une définition juridique de l'effectivité : il s'agit du moyen de tracer la frontière entre une simple prétention à exercer le pouvoir – celui qui aspire seulement à agir au nom de l'État – et le gouvernement de fait – celui qui agit effectivement, au moins partiellement.

Toutefois, à mesure que se renforce ce critère de l'effectivité du gouvernement de fait, il émerge la crainte d'une négation totale de la légitimité dans l'appréciation des changements informels de gouvernement. Pour délimiter les contours de ce que l'on entend par l'effectivité des gouvernements de fait, on a vu qu'il était pertinent de circonscrire l'étude au droit interne, en écartant la question de la reconnaissance internationale⁷⁰⁸. Dès lors, rechercher sur le plan du droit interne les éléments constitutifs de l'effectivité (§1) permet de constater que le face à face entre effectivité et légitimité n'est pas aussi fatal qu'il le paraît (§2).

§1. *Les éléments constitutifs de l'effectivité à partir de la fin du XIX^e siècle*

Que le gouvernement de fait soit celui qui a été effectif à un moment donné dans un État donné est relativement bien ancré à la fin du XIX^e siècle tant devant les Chambres parlementaires qu'à l'occasion d'affaires portées devant la justice. Les avis relatifs au gouvernement de la Défense nationale entérinent cette évolution. Les hommes politiques, devant l'Assemblée nationale de 1871, ne contestent pas que le gouvernement de fait soit envisagé comme l'autorité effective gouvernant le pays⁷⁰⁹. Il en va de même lors des décisions de justice qui concernent la Défense nationale⁷¹⁰. Cette mutation du

⁷⁰⁸ Cf. Introduction, p. 24.

⁷⁰⁹ C'est le cas notamment lors des débats à l'Assemblée nationale à propos de savoir que faire des actes promulgués par les gouvernants de septembre à février 1871. La nature des actes comme l'étendue des pouvoirs qui leur est allouée soulève de nombreux débats ; en revanche, l'effectivité du gouvernement n'est absolument pas contestée et semble induite dans la nature même du gouvernement de fait. De manière non-exhaustive, v. en ce sens : *Moniteur universel*, 3 juin 1871, p. 1208 ; 16 juin 1871, p. 1387 ; 17 juin 1871, p. 1397 ; 18 juin 1871, p. 1430.

⁷¹⁰ À l'image de la Cour d'appel de Douai qui reconnaît que le gouvernement de la Défense nationale était « virtuellement dans la nécessité de pourvoir au gouvernement, à l'administration de la chose publique ». La Cour de cassation se range également derrière ce constat, en affirmant que le gouvernement de fait avait « la responsabilité de l'exercice de la puissance publique et du pouvoir législatif » : Cass. Crim., 8 juin 1871, *Dehwallée* (S. 1871, I, p. 109).

critère de l'effectivité gouvernementale s'inscrit d'ailleurs historiquement dans le mouvement de substitution du critère de l'illégalité par rapport à l'illégitimité du titre du gouvernement de fait⁷¹¹.

De ce constat, émerge une véritable entreprise doctrinale de construction de l'effectivité. Déterminer un critère juridique d'identification de l'effectivité des gouvernements de fait implique de répondre à deux questions : primo, le gouvernement s'est-il rendu maître du territoire et des organes infra-étatiques ? *Deuxio*, le droit qu'il produit est-il efficace et reconnu ? En somme, il faut se pencher sur ce qui existe factuellement (une réalité vérifiable), mais aussi ce qui produit des effets constatables ou attendus⁷¹². Ainsi, convient-il d'étudier deux branches, liées mais dissemblables, qui fournissent des éléments permettant de dessiner une présomption d'effectivité afin de déterminer une frontière pour différencier un gouvernement effectif d'un mouvement non stabilisé émettant une prétention à gouverner. La première branche concerne l'effectivité du gouvernement, sur le territoire étatique comme sur les organes de gouvernement (**A**). La seconde branche porte sur l'effectivité des normes qu'il pose, c'est-à-dire non seulement le droit produit, mais aussi ses effets (**B**).

A. Première branche : l'effectivité du gouvernement

Lorsque ceux qui cherchent à s'intéresser au gouvernement de fait vont en rechercher les caractéristiques, le premier élément qui semble venir chronologiquement est celui de l'effectivité du gouvernement lui-même, avant celle de son droit. Dans les débats qui concernaient la validité des actes promulgués par le gouvernement des Cent-Jours, Dupin aîné et Odilon Barrot entendaient déjà souligner l'importance du fait accompli constitutif d'une domination⁷¹³. La domination politique et juridique sur un territoire étatique permet de distinguer un gouvernement de fait d'un simple mouvement politique, social ou militaire⁷¹⁴. Pour ce faire, un faisceau d'indices, qui favorise l'établissement d'une présomption d'effectivité, se dégage autour de deux éléments : la maîtrise des organes infra-étatiques (**2**), sur un territoire donné (**1**).

1. La domination d'un territoire

Le territoire est considéré par une partie de la doctrine constitutionnelle comme une condition indispensable d'exercice de l'autorité étatique⁷¹⁵ et par celle du droit international public comme un élément constitutif de l'État⁷¹⁶. Il est donc l'une des

⁷¹¹ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 81 *sqq.*

⁷¹² Sur ces points, v. l'introduction de la thèse de Florian COUVEINHES-MATSUMOTO (*L'effectivité en droit international, op. cit.*, p. 1 *sqq.*).

⁷¹³ *Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605-1606, *précit.*

⁷¹⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 348 *sqq.* Pour Gaston Jèze, en sus de la volonté du peuple, il faut une acceptation du *fait accompli* pour conférer le titre de gouvernement de fait à un mouvement politique.

⁷¹⁵ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, p. 32.

⁷¹⁶ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, v° Territoire, p. 1076-1079.

conditions *sine qua non* pour penser le gouvernement en tant que force agissante de cet État. Pour certains auteurs, l'absence d'implantation territoriale constitue même un vice rédhibitoire à la qualification même de gouvernement⁷¹⁷. Ainsi, il n'est pas étonnant que l'effectivité du gouvernement de fait s'appuie en premier lieu sur la possession d'un territoire, espace délimité sur lequel s'exerce la puissance de l'État⁷¹⁸. Plus encore, la doctrine affirme que l'une des caractéristiques essentielles d'un tel gouvernement est d'être obéi en tous lieux ou dans la majorité des lieux qui composent le territoire sur lequel l'État exerce sa souveraineté⁷¹⁹.

Dès lors, un pouvoir sans titre exerçant des prérogatives de puissance publique sur un territoire délimité, et pour un temps limité peut être présumé appartenir à la catégorie des gouvernements de fait. Tout du moins, cela constitue un élément de preuve certain à mettre à son crédit. Il convient cependant de noter que la simple effectivité territoriale ne peut en aucun cas constituer une caractéristique propre à conférer automatiquement le statut *de jure* à un gouvernement, puisque le territoire est indépendant du titre à gouverner. Considérant que le gouvernement est une entité de l'État dont la formation juridique tient à son titre, un gouvernement de droit se définit avant tout par la légalité de sa formation, indépendamment de son effectivité. À l'inverse, cela signifie que le gouvernement qui se prétend effectif, s'il ne dispose pas d'un titre légal, ne peut être, *a maxima*, qu'un gouvernement de fait. À ce titre, il convient de noter que l'effectivité du gouvernement ne se confond pas avec celle de l'État, dans la mesure où la première est tributaire de la seconde : il ne peut pas y avoir de gouvernement de fait sans État auquel le rattacher nominalement, puisque c'est au nom de cet État qu'il prétend exercer son pouvoir. En ce sens, l'effectivité sert de critère pour discerner le fait d'une domination au sein de l'État, mais sans en préjuger la forme, ni légitimer *a priori* le gouvernement sur le simple fondement de son existence. Ainsi, le gouvernement de la Défense nationale est-il qualifié de gouvernement de fait sur la base, notamment, de l'exercice de prérogatives qu'il prétend assumer *au nom de l'État français*, mais sans que la forme du gouvernement – la République – n'influe directement sur celle que prendra l'État par la suite⁷²⁰.

Or, si l'élément territorial fait office de prérequis nécessaire en temps de paix, *quid* du temps de guerre ? L'histoire constitutionnelle française est riche de changements informels de gouvernements qui se sont opérés en des périodes de troubles dues à des conflits. La question du statut du gouvernement en situation d'*occupatio bellica*, c'est-à-dire d'une occupation du territoire par une puissance étrangère lors d'un conflit, s'est posée,

⁷¹⁷ C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait en droit français », *loc. cit.*, p. 237. L'auteur, se plaçant sous le patronage de Rudolf von Ihering, explique que le défaut de puissance matérielle est le péché mortel de l'État.

⁷¹⁸ Le territoire, pour Kelsen, correspond au domaine de validité de l'ordre étatique (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 283).

⁷¹⁹ V. par exemple : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 476 et L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 94.

⁷²⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 31.

notamment pour le gouvernement de la Défense nationale et pour celui de Vichy. Ces deux gouvernements étaient sous la pression des autorités occupantes (prussiennes pour l'un, allemandes pour l'autre) et il s'agit de savoir s'ils exerçaient librement leurs prérogatives, au nom de l'État français. Pour le gouvernement de la Défense nationale, cela ne fait que peu de doutes, preuve en est que l'occupant refuse même de traiter de la paix avec lui, justement parce qu'il constitue un gouvernement de fait⁷²¹. Il ne semble pas possible de considérer que, dans ce cas, le gouvernement soit dénué de ses prérogatives juridiques. De même, il apparaît délicat de considérer que le régime de Vichy ait pu constituer un gouvernement fantoche, puisqu'il exerce ses prérogatives au nom de l'État français et sur une partie de son territoire métropolitain ; dès lors, bien qu'avec beaucoup de complaisance pour l'État allemand, il ne lui est pas rattachable juridiquement⁷²². Ainsi, pour déterminer le statut de l'autorité en place durant une occupation du territoire, il devient nécessaire de rechercher l'occupant instaure un gouvernement fantoche ou si le gouvernement conserve plus ou moins librement une part de ses compétences, ce qui en ferait un gouvernement de fait. Le juriste Charles Rousseau énonce ainsi qu'en temps de guerre, il est nécessaire de procéder à des aménagements de l'effectivité territoriale du gouvernement, car « on se heurte alors à un principe fondamental du droit des gens : le principe du caractère non translatif de souveraineté de l'*occupatio bellica* »⁷²³. Le raisonnement se résume tel quel : l'occupation ne met pas fin à l'existence juridique de l'État occupé (*État A*) ; cependant, le territoire est occupé par une puissance étrangère (*État B*), non juridiquement liée à l'*État A*. Ainsi, dans le cas d'une occupation, un gouvernement dit fantoche, peut être mis en place par l'*État B* pour gérer les affaires de l'*État A*. Dans ce cas, le gouvernement « fantoche » ou « vassal » est juridiquement lié à l'*État B*. Toutefois, peut-on encore parler de gouvernement de fait ? Du point de vue de l'État occupé, il ne semble pas pertinent juridiquement de considérer ce type de gouvernements comme étant *de facto*, puisque le propre d'un gouvernement de fait est d'être rattachable à un État ; tandis qu'un gouvernement fantoche est nommé par la puissance occupante, en son nom, pour gérer les affaires sur le territoire d'un autre État. Il s'agit plutôt d'un type particulier de

⁷²¹ En ce sens, le *Moniteur* fait état d'un échange entre la Prusse et le Royaume-Uni, dans lequel la Prusse refuserait de traiter de la paix avec la France, eu égard à ce qu'elle n'était pour le moment dirigée que par un gouvernement de fait : *Moniteur universel (édition de Tours)*, 21 septembre 1870, p. 4 ; v. aussi : *Moniteur universel (édition de Tours)*, 22 septembre 1870, p. 5 ; 24 septembre 1870, p. 14.

⁷²² Pour une opinion contraire : M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés*, *op. cit.*, p. 55 ; l'auteur considère Vichy comme un « gouvernement vassal » (soit un gouvernement fantoche), soumis à l'autorité allemande et soumis à la « privation absolue de la jouissance et de l'exercice de la souveraineté extérieure ». Ce raisonnement n'est pas suivi dans cette étude, à l'exception de la période où le gouvernement de Vichy, déplacé par les forces du Reich à Sigmaringen, subit sous une domination totale de l'Allemagne à tel point qu'alors il devient un gouvernement fantoche, voire même ne constitue plus, institutionnellement, un gouvernement. V. sur ce dernier point : M. SAULNIER BLOCH, *Le statut juridique du régime de Vichy...*, *op. cit.*, p. 110 *sqq.* Pour Marie Saulnier Bloch, il s'agit d'un « gouvernement empêché », *cf. ibid.*, p. 112. En tout état de cause, il est inefficace.

⁷²³ C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait en droit français », *loc. cit.*, p. 237.

gouvernement de droit de l'État B qui occupe le territoire de l'État A : il est juridiquement rattaché au premier et non au second⁷²⁴.

Si la maîtrise effective d'un territoire constitue la ligne de démarcation entre un gouvernement et une entité qui n'aurait qu'une prétention gouvernementale sans en avoir les moyens, il faut cependant assortir ce principe de tempéraments. D'une part, il comporte des exceptions, dans la mesure où lorsqu'il est question de gouvernements de fait, il est possible d'envisager des entités qui ne dominent qu'une portion d'un territoire – les gouvernements de fait locaux – ; de même, se pose la question des gouvernements renversés, mais non déchus, qui continuent à prétendre à la souveraineté tout en étant coupés de leur territoire, qualifiés de gouvernements en exil⁷²⁵. D'autre part, la possession du territoire ne se suffit pas à elle-même, dans la mesure où elle ne constitue guère, à elle seule, un critère suffisant pour identifier un gouvernement de fait, puisqu'il faut également prendre en compte la puissance exercée sur le territoire en question. Par conséquent, il est nécessaire que le gouvernement se soit rendu maître des institutions pour que l'effectivité puisse être apparente.

2. Le contrôle des organes infra-étatiques

Si le territoire constitue l'élément factuel sur lequel s'exerce la domination, encore faut-il que le pouvoir de fait puisse être exercé par un véritable gouvernement, qui contrôle des organes infra-étatiques (on parle alors d'organes constitutifs). Si tel n'est pas le cas, il n'existe qu'une prétention à l'exercice du pouvoir. Par *organes infra-étatiques* on entend des structures administratives, politiques ou judiciaires d'exécution de la puissance de l'État, qu'elles préexistent au gouvernement de fait, ou bien qu'il les ait créées *ex nihilo*. Dans le cas d'organes préexistants le gouvernement ne remet pas en cause le fonctionnement des structures sous l'empire de la constitution qui le précède. Mais entre ces deux types idéels radicalement éloignés – révolutionnaire pour l'un et d'expédition des affaires courantes pour l'autre – la pratique française a été très riche et diversifiée. En août 1792, en février 1848 ou encore en janvier 1871, les gouvernants de fait ont demandé la réunion d'assemblées constituantes qui, lorsqu'elles ont été réunies, ont constitué un type de structures administrative nouvelles. Dès lors, ce sont d'autres gouvernements – celui de la Convention nationale de septembre 1792, de l'Assemblée nationale de mai 1848 et de celle de février 1871 – qui ont dirigé la France. On peut en déduire que les Assemblées constituantes sont un type d'institutions nouvelles, souvent réunies à l'initiative d'un gouvernement de fait et dont le fonctionnement est dévolu à un autre gouvernement. Ces assemblées, par leur nature constituante, se placent en

⁷²⁴ Il s'agit là d'une appréciation portant sur la forme du gouvernement. En revanche, en ce qui concerne le régime juridique des actes émis par un gouvernement fantoche, il pourrait davantage se rapprocher de la perception portée sur les gouvernements de fait, en raison de la portée effective de ces actes sur le territoire de l'État A.

⁷²⁵ Ces exceptions sont envisagées à la suite de ce propos dans la section 2 : *cf. infra*, p. 198 *sqq.*

rupture avec le régime qu'elles supplantent. Cette technique est souvent, sans l'être systématiquement, l'apanage des gouvernements révolutionnaires, puisque la transformation de l'ordre juridique passe aussi par celle des institutions qui l'animent⁷²⁶.

Le plus souvent, les gouvernements naviguent entre ces deux techniques : ils font reposer leur pouvoir à la fois sur des organes existants et créés. Ce procédé fut notamment utilisé par le Consulat provisoire qui, institué de toutes pièces par une loi du 19 brumaire an VIII pour « exercer la plénitude du pouvoir directorial », s'appuie en même temps, pour gouverner, sur des vestiges remaniés du Conseil des Cinq-Cents et du Conseil des Anciens⁷²⁷. Cela permet d'imbriquer des éléments de continuité institutionnelle dans des éléments de rupture. Cette technique offre la possibilité au gouvernement, tout en assurant l'assise de son pouvoir, de minorer son caractère révolutionnaire, au renfort d'une rhétorique de la nécessité de préserver l'État⁷²⁸. Ainsi, lorsqu'en 1871 le gouvernement de la Défense nationale remplace massivement les fonctionnaires de l'Empire par des sympathisants républicains dans les administrations déconcentrées, c'est au niveau de la fonction juridictionnelle et des administrations déconcentrées et décentralisées que s'opère cette dialectique entre rupture et continuité⁷²⁹. La plus grande continuité institutionnelle s'exprime par la conservation des structures existantes, tandis que, dans le même temps, on y observe une discontinuité fonctionnelle car les administrations et les juridictions sont le terrain le plus favorable aux changements de personnels lors des transitions constitutionnelles.

À l'inverse, il faut envisager le cas du pouvoir qui émet une prétention à exercer la souveraineté, mais dont le pouvoir ne repose sur aucun organe ou sur des organes obsolètes ou non fonctionnels. Il ne peut produire que des énoncés qui ne se réalisent pas, ou pas globalement, et qui ne sont pas suivis d'effets. Il apparaît difficile de qualifier de gouvernement une telle entité institutionnellement vide de toute substance⁷³⁰. Pour autant, il y a un intérêt certain à étudier cette situation : elle met en balance la puissance du discours et l'impossibilité des actes. Les mouvements insurrectionnels et indépendantistes entrent dans cette catégorie, lorsqu'ils constituent des groupements politiques qui ne disposent pas d'organes constitutifs, bien qu'ils prétendent exercer la souveraineté. Ce cas est peu analysé dans les débats et dans la jurisprudence, car c'est un constat qui semble relever de l'évidence que le gouvernement ne peut exister dans le néant et doit donc disposer d'organes fonctionnels. On trouve pourtant deux traces

⁷²⁶ C'est le cas lorsque les structures qui préexistent sont jugées inadéquates, non-fonctionnelles ou inadaptées aux changements proposés par le pouvoir provisoire.

⁷²⁷ Loi du 19 brumaire an VIII dite *loi qui remplace le Directoire exécutif par une commission exécutive, et les Conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux commissions composées chacune de vingt-cinq membres* (Duvergier, 1, 12, 1).

⁷²⁸ Cf. les développements relatifs à la nécessité de préservation : Partie I – Titre I – Chapitre 2, notamment p. 127 *sqq.*

⁷²⁹ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 5.

⁷³⁰ Il se peut, cependant, que cela ne fasse partie de son organisation même, c'est-à-dire que sa structure soit organisée sous une forme autre que gouvernementale (mouvement anarchiste, autogestion). Mais ce cas échappe alors à cette étude par nature.

d'une mention de cet impératif formel. La première se déduit d'un arrêt de la Cour de cassation en 1881⁷³¹ à propos de la Commune de Paris de 1871. La Cour distingue deux cas de figure : le mouvement insurrectionnel désorganisé, qui ne constitue pas un gouvernement de fait, et l'insurrection qui s'est dotée d'un « semblant d'administration, [d']une armée », en somme, d'organes fonctionnels, qui en constitue un. La seconde se distingue dans un débat parlementaire à la Chambre des députés le 24 mars 1919, durant lequel Marcel Cachin s'insurge contre l'attitude belliqueuse du gouvernement français à l'encontre de la Russie récemment bolchévique. Il concède, en citant le ministre Stephen Pichon, qu'en 1917, il était peu aisé de discerner un véritable gouvernement de fait en Russie, et encore moins de le reconnaître, parce que le pouvoir d'alors était composé « d'hommes d'aventure » ayant saisi le gouvernement « par surprise », en somme, une « bande de passage ». Or, ajoute Cachin, deux ans plus tard la situation a changé et, si durant la confusion qui régnait lors des révolutions russes il était possible d'avoir un doute et de participer à la répression de l'insurrection à la faveur du gouvernement tsariste, ce n'est plus le cas, car le gouvernement révolutionnaire contrôle le pays (et notamment toute l'armée), tandis que celui du Tsar n'existe plus⁷³². Ainsi, il apparaît que le cas d'un groupement prétendant exercer la souveraineté et qui finit par se doter d'organes politiques est reconnu comme un gouvernement à partir du moment où il dispose de telles structures. Dans le cas contraire, le discours n'a aucune portée effective ou juridique : il ne produit pas de droit étatique. C'est le cas le plus absolu où, en raison de l'ineffectivité des actes de langage produits par le pouvoir, il est impossible de parler de gouvernement de fait. Néanmoins, il est arrivé que, par un raisonnement téléologique, l'entité devenue gouvernement de fait affirme rétroactivement l'effectivité de son droit, en enrobant d'une certaine efficacité les actes accomplis avant même qu'elle ne devînt un gouvernement⁷³³. La France a pu connaître par deux fois dans son histoire constitutionnelle une telle situation : avec le gouvernement en exil de Louis XVIII à Gand durant les Cent-Jours en 1815 ; et avec celui issu des différents mouvements de la France libre prétendant gouverner depuis l'extérieur du territoire métropolitain contrôlé par Vichy. En somme, cela se produit lorsqu'un gouvernement en exil instaure ou restaure son pouvoir sur le territoire étatique.

Au-delà de la seule possession nominale des organes infra-étatiques, leur contrôle effectif permet de dessiner les contours d'un véritable gouvernement. Les justifications soulevées par le gouvernement de la Défense nationale, lorsqu'il dispute la souveraineté à la régence prévue par Napoléon III lors de la chute du Second Empire, sont décisives

⁷³¹ Cass., Civ., 4 mai 1881, *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris* (S. 1881, I, p. 361). Sur cet arrêt, cf. également : Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 89 et Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 458 *sqq.* pour les faits.

⁷³² JO, 24 mars 1919, p. 1407 *sqq.*

⁷³³ C'est un exemple de la performativité des énoncés à prétention normative : la simple affirmation de la reconnaissance rétroactive d'un acte par le gouvernement produit, dans le même temps, une transformation du réel et constitue un élément de preuve important relativement à l'effectivité de ce gouvernement (cf. *supra* p. 103, n. 372).

pour forger cette conviction⁷³⁴. Les hommes du Quatre septembre s'appuient sur l'évidence du contrôle des institutions. Dès le 5 septembre, le gouvernement de fait commence à légiférer et à manifester des signes d'institutionnalisation de son pouvoir, notamment par le biais du *Journal officiel*⁷³⁵, ou encore par la nomination du personnel administratif⁷³⁶. Un tel constat n'est pas sans influence sur la doctrine. Marcel Prélot, s'intéressant aux gouvernements de fait, relève que « quelle que soit la manière dont le nouveau pouvoir s'installe, il tend immédiatement à se comporter comme un pouvoir régulier »⁷³⁷. Il agit en tant qu'organe d'État (au nom et pour le compte de celui-ci) : il décide, il juge et il organise le fonctionnement des services publics. Les énoncés produits doivent donc être rattachables à l'entité qui se prétend gouvernement et ils doivent pouvoir se réaliser effectivement⁷³⁸. Il en résulte une dialectique entre le normatif de l'énoncé et le factuel de sa réalisation qui permet d'envisager une présomption d'exercice de la fonction gouvernementale par le pouvoir qui prétend produire du droit, qui fait « parler les institutions », pour reprendre l'expression de Pierre Legendre⁷³⁹.

Cette condition de contrôle apparaît donc essentielle pour conférer la qualité de gouvernement à un pouvoir de fait. Elle permet, en outre, de tracer la frontière entre deux gouvernements lorsque l'un supplante ou domine l'autre et de déterminer quelle est l'entité qu'il convient de qualifier de gouvernement de fait. Cette conviction se forge dès l'observation des transitions constitutionnelles durant la Révolution française. Durant la période conventionnelle, le gouvernement est exercé par le comité de Salut public dès le printemps 1793 (il est créé le 6 avril 1793⁷⁴⁰) et, plus encore, à partir du 10 octobre (19 vendémiaire an II) et la proclamation du gouvernement révolutionnaire, en dépit de l'existence de ministres et du fait que ce comité soit issu de l'Assemblée constituante. Un constat similaire s'impose pour le Consulat provisoire établi par Bonaparte, Sieyès et Ducos, le 10 novembre 1799 (19 brumaire an VIII), qui exerce le contrôle effectif des institutions mises en place. Il apparaît comme le véritable gouvernement, à la fois sur le directoire déchu et sur l'exécutif prévu par la loi⁷⁴¹. Il a donc une influence majeure sur la production normative, qui est la prolongation logique de l'effectivité du gouvernement.

⁷³⁴ Notamment le fait accompli de sa domination et sur la validation implicite de la Chambre basse, lorsqu'elle clôt la session parlementaire. Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 140 *sqq.*

⁷³⁵ *JO*, 5 septembre 1870, p. 1525 *sqq.*

⁷³⁶ Par une série d'arrêtés du 5 septembre 1870 ; v. *JO*, 6 septembre 1870, p. 1529.

⁷³⁷ M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1957, p. 176.

⁷³⁸ Sans quoi, leur étude perd en pertinence juridique. En effet, comme le relève Olivier Jouanjan, Georg Jellinek dresse le constat que « [c]e qui est politiquement impossible ne saurait être l'objet d'une recherche juridique sérieuse. [...] Le droit quel qu'il soit doit être valide c'est-à-dire posséder la possibilité de se réaliser effectivement. » ; v. en ce sens : G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 27 et p. 51.

⁷³⁹ P. LEGENDRE, *Jouer du pouvoir*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1976, p. 47.

⁷⁴⁰ Décret du 6 avril 1793 (*Duvergier*, 1, 5, 298).

⁷⁴¹ A. AULARD, *Registre des délibérations du consulat provisoire. 20 brumaire-3 nivôse an VIII (11 novembre-24 décembre 1799)*, *op. cit.*, p. VI.

B. Deuxième branche : l'effectivité des normes

Conséquence du contrôle d'au moins une partie des organes infra-étatiques sur un territoire donné, l'application des normes émises par le gouvernement de fait et, plus encore, la production d'effets, désirés ou non, par ces normes⁷⁴² est un précieux témoin de l'effectivité⁷⁴³. Cela va plus loin que la seule existence d'un droit produit par un tel gouvernement. En effet, l'application d'une norme n'est pas systématiquement liée à sa seule existence, mais résulte de « la comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles de ses destinataires, c'est-à-dire l'étude de la correspondance entre les règles de droit et les comportements » selon Jacques Commaille⁷⁴⁴. L'effectivité normative est ainsi liée à une certaine puissance de contrainte de la part du gouvernement⁷⁴⁵ reçue par les sujets de droit ou, tout du moins, à une conformité entre le comportement prescrit par la norme et le comportement réel de celui, ou ceux, qu'elle vise⁷⁴⁶. Une preuve supplémentaire de l'effectivité du gouvernement de fait est donc à rechercher dans le constat du consentement à la force matérielle d'application des normes qu'il produit. Envisager cela, c'est se poser la question de l'effectivité du droit, au-delà de sa simple validité ; d'autant que, dans le cas des gouvernements de fait, la validité est souvent plus difficile à démontrer que l'effectivité, en raison de l'absence d'une norme de référence incontestable ou incontestée.

Initialement, l'effectivité de la norme n'intéresse pas les acteurs, qui cherchent simplement à savoir si le droit du gouvernement de fait a été validé *ex post facto* par le gouvernement de droit qui lui succède. Mais, à mesure que l'effectivité du gouvernement s'affirme, celle de son droit est également recherchée, pas seulement sa validité⁷⁴⁷. Distinguer effectivité et validité de la norme⁷⁴⁸ importe, car un acte valide, c'est-à-dire pris en conformité avec une norme antérieure selon la procédure définie, n'en est pas

⁷⁴² Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, t. 79/3, 2011, p. 715. C'est le constat auquel arrive également Norberto Bobbio lorsqu'il met en parallèle l'effectivité du pouvoir et l'efficacité de la norme, selon sa propre terminologie : « Un pouvoir effectif est le pouvoir qui réussit à obtenir le résultat proposé ; une règle efficace est la règle observée et accomplie » (N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *loc. cit.*, p. 57).

⁷⁴³ L'étude de l'effectivité et de l'ineffectivité du droit a suscité un grand intérêt notamment dans la sociologie du droit. Sur ce point, il est permis de renvoyer à l'article de J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit...*, *op. cit.*, 2014, p. 136. Cette étude est centrée sur les rapports qu'entretiennent l'effectivité et la production normative des gouvernements de fait.

⁷⁴⁴ J. COMMAILLE, « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 583.

⁷⁴⁵ Sur la question de la puissance de contrainte comme caractéristique du gouvernement, v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴⁶ M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 211.

⁷⁴⁷ En ce sens, cf. les importants débats de 1831 sur les décorations et grades octroyés par Napoléon durant les Cent-Jours, détaillés plus loin : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 289 *sqq.*

⁷⁴⁸ Contrairement à certaines critiques adressées envers elles, il existe bien une distinction entre validité et effectivité dans les doctrines positivistes du droit. Pour un aperçu de ces critiques. V. par exemple : J.-F. BADIMBOLI ATIBASAY, « La double impuissance du positivisme au regard de la normativité du droit international », *RGD*, t. 33/1, 2003, p. 1-38, et notamment p. 24 *sqq.* ; v. également les critiques de Paul AMSELEK : *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 332 *sqq.* ou encore p. 343 *sqq.*

pour autant effectif. Pour Hans Kelsen, une norme est effective « soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction »⁷⁴⁹. En somme, l'effectivité se traduit par l'application de la norme par les organes habilités, ou lorsqu'elle entraîne un comportement de ses destinataires en conformité avec l'énoncé prescrit⁷⁵⁰. Cette question de l'habilitation soulève plusieurs problèmes pour les gouvernements de fait, dans la mesure où ils sont dépourvus de constitution : quelle est la norme de référence fondamentale qui sous-tend l'édifice constitutionnel ? Le juriste viennois apporte des éléments de réponses lorsqu'il envisage le cas d'une constitution substituée par une autre dans le cadre d'un processus révolutionnaire. Selon lui, par principe, la légitimité juridique implique une relation de validité des normes déterminée par l'ordre juridique lui-même⁷⁵¹, mais la révolution – donc plus largement, toute période de transition constitutionnelle – constitue une exception majeure. Selon cette perspective, la réception des actes du régime précédent se traduit par un changement de leur norme fondamentale de référence, rendant nécessaire la recherche de cette nouvelle norme. Pour Kelsen, une telle enquête doit s'appuyer sur le constat de l'obéissance : « [d]ire qu'une Constitution est efficace, c'est dire que les normes posées conformément à cette Constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale »⁷⁵². Constitution appliquée et droit obéi sont alors des preuves de l'effectivité du pouvoir et, en conséquence, de la détention de la souveraineté.

Cependant, le gouvernement de fait est, par principe, dépourvu d'une constitution, au sens formel d'un texte constitutionnel. Absence de constitution ne signifie pas, néanmoins, absence de norme fondamentale (au sens kelsenien), si bien que lorsqu'il est question de l'effectivité du droit des gouvernements de fait, il convient d'accorder de l'importance aux normes constitutionnelles transitoires et provisoires qu'ils édictent.

⁷⁴⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵⁰ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *loc. cit.*, p. 719.

⁷⁵¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 209 : « Le principe que les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre, est le principe de légitimité ».

⁷⁵² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 211. Kelsen évacue, en effet, la question de la condition primaire de l'obligatorité des normes qui est leur validité, en la renforçant d'une condition d'efficacité. Lorsqu'il dissocie la validité normative (*Soll-Geltung*) de l'efficacité réelle (*Seins-Wirksamkeit*) de cette norme, il admet que l'efficacité de l'ordre juridique dans son ensemble – ou simplement d'une norme particulière – est une condition de sa validité ; mais la question de l'obligatorité est celle de « la norme fondamentale supposée suivant laquelle on doit se conformer à une Constitution qui est en gros et de façon générale efficace ». Cependant, il s'agit là d'une condition primaire, qui ne préjuge pas de l'ajout ultérieur d'autres conditions. Ainsi, l'efficacité doit venir s'ajouter à l'édition de la norme pour que celle-ci conserve sa validité, v. *ibid.*, p. 215. Sans quoi la théorie se heurterait, comme cela a déjà été reproché à Kelsen, à la fameuse loi de Hume selon laquelle on ne peut pas tirer, de prémisses descriptives, des conséquences prescriptives. V. en ce sens : E. CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, t. 71, 2007, p. 521 et n. 27.

Leur absence d'effet rend sceptique quant à l'effectivité du gouvernement qui prétend les édicter : en ce sens, il eût été impossible de considérer les actes émis par Louis Stanislas Xavier de France entre 1796 et 1814 – avant qu'il ne fût effectivement devenu Louis XVIII bien qu'il en eût déjà pris le titre – dans la mesure où ils ne produisaient aucun effet à l'échelle collective⁷⁵³. Cela, lié à son absence d'emprise territoriale et institutionnelle, ne pouvait amener à le considérer comme un gouvernement de fait reconnu. À l'inverse, l'acte de dissolution de la Chambre des députés par le gouvernement provisoire du 24 février 1848 abolit le régime qui lui précède, tandis que l'acte qui provoque la réunion d'une constituante le 5 mars de la même année est reconstituant⁷⁵⁴. L'on peut apprécier, *a posteriori*, l'effectivité de ces actes, dans la mesure où le premier conduit bien à la dissolution de la Chambre et le second débouche effectivement sur la réunion d'une constituante. Cela contribue à laisser penser que le gouvernement a été effectif⁷⁵⁵. Pris en ce sens, l'effectivité paraît heurter de front la légitimité. Cet affrontement apparent n'est pourtant pas nécessairement insoluble.

§2. *Effectivité et légitimité : un face à face nécessairement fatal ?*

Les détracteurs du principe d'effectivité du gouvernement de fait souhaiteraient le voir subordonné à celui de la légitimité par crainte que le premier n'annihile le second. Ils condamnent un pseudo critère objectif qui serait en fait le prétexte d'un blanc-seing agissant pour n'importe quel gouvernement, au-delà de toute éthique et de toute morale. Si l'effectivité est bien irréductible à la légitimité (A), ce n'est pas pour autant que ces deux notions sont irréconciliables, au-delà des débats qu'elles peuvent susciter (B).

A. *L'insubordination de l'effectivité à la légitimité*

Si, de prime abord, effectivité et légitimité peuvent se renforcer mutuellement⁷⁵⁶, il se peut aussi que ces deux notions entrent en conflit. L'effectivité implique de considérer

⁷⁵³ V. par exemple la déclaration de juillet 1795 de Louis XVIII (*Déclaration de Louis XVIII, roi de France et de Navarre, à ses sujets*, s.l., s.n., 1795, n.p.) ou la proclamation du 10 mars 1797 du même (*Louis XVIII aux Français*, s.l., s.n., 1797, n.p.), dans lesquelles Louis exhorte au rejet du droit émis par le gouvernement en place à Paris et plus largement à la lutte contre ceux-ci, tandis qu'il promet la Restauration.

⁷⁵⁴ L'acte du 24 février est, dans une certaine mesure, à la fois déconstituant et reconstituant, puisqu'il prévoit également qu'une « assemblée nationale sera convoquée » sitôt que la situation le permettra (*Bulletin des lois*, 1848, 10^e série, t. 1, n° 4, p. 4). Néanmoins c'est surtout l'acte du 5 mars, prévoyant les modalités du vote de ladite assemblée, qui est proprement reconstituant (*Bulletin des lois*, 1848, 10^e série, t. 1, n° 62, p. 47 *sqq.*).

⁷⁵⁵ On constate donc que les gouvernements de fait ont tendance à se doter de règles propres à organiser la transition constitutionnelle dont ils procèdent pour démanteler l'ordre juridique ancien ou pour construire l'ordre juridique nouveau. Ces deux ensembles sont rangés par Olivier Beaud sous le vocable de phénomène « déconstituant » et « reconstituant » (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 223 *sqq.*) et font l'objet de développements en aval de ce propos : Cf. : Partie II – Titre I, Chapitre 2, p. 362 *sqq.*

⁷⁵⁶ Au sens où plus une norme est légitime, plus elle aurait de chance d'être effective, et inversement. V. en ce sens M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *loc. cit.*, p. 226.

le gouvernement tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être⁷⁵⁷, en dépit de toute légitimité politique qui lui est, ou non, alléguée. Dans un article à la *Revue du droit public* en 1945, Maurice Duverger notait que s'interroger sur la légitimité des gouvernements de fait pouvait être curieux, puisque, par définition, le critère de leur légitimité n'a pas lieu d'être, ou plutôt est contenu dans le critère matériel du fait qu'ils gouvernent effectivement, et sont donc *de fait* légitimes⁷⁵⁸. L'exemple qu'emploie Duverger pour illustrer ces rapports est celui de la réponse que fait le pape Zacharie († 752), vers 750, à la sollicitation de Pépin le bref († 768) qui souhaitait renverser le dernier des mérovingiens Childéric III († v. 755). Cette illustration ne paraît pourtant pas la plus adaptée pour illustrer une supériorité de l'effectivité sur la légitimité des gouvernements de fait. En effet, Pépin demande au pape « s'il était bon, ou non, que les rois [...] n'eussent pas de *potestas* royale ». Zacharie lui répond que « mieux valait appeler roi celui qui avait la *potestas* plutôt que celui qui restait sans *potestas* royale »⁷⁵⁹. Partant, s'il reconnaît le pouvoir du prétendant à la royauté, il le fait « par son autorité apostolique (*per auctoritatem apostolicam*) »⁷⁶⁰. Ce qui signifie que c'est moins l'effectivité que la reconnaissance par l'Autorité (*auctoritas*, supérieure à la *potestas* des rois) qui confère la majesté à Pépin. À la lumière de l'histoire contemporaine du droit, cette vision d'une Autorité supérieure qui parerait de la légitimité juridique le gouvernement qu'elle juge apte à gouverner est inapplicable au cas du gouvernement de fait, dans la mesure où, en droit international, cette compétence ne se trouve dans aucune institution en l'absence de consensus et, en droit interne, il n'existe pas de plus haute Autorité que l'État.

Un principe d'effectivité clairement distinct de la légitimation par une autorité supérieure est plutôt à rechercher dans les écrits de Machiavel († 1527), qui prend soin de bien les distinguer, pour accorder une importance particulière à la *verità effettuale*⁷⁶¹. De même que ce principe vaut pour les hommes – les considérer comme ils sont et non comme ils doivent être – il vaut également pour la puissance publique. Dès lors, dans l'impossibilité de trouver une autorité de référence, il conviendrait de considérer comme légitime le gouvernement qui « est », c'est-à-dire celui qui est effectif. La radicalité d'une telle lecture n'est toutefois pas exempte de critiques : un tel sacrifice de l'être au devoir être serait en inadéquation avec la recherche du bon gouvernement. L'exemple d'Innocent Gentillet († 1588) dans son *Discours, sur les moyens de bien gouverner et maintenir*

⁷⁵⁷ Au sens où, comme l'exprime Kelsen, ce rapport représente un cas particulier de la relation entre la norme juridique et la réalité naturelle, c'est-à-dire entre un devoir-être (*Sollen*) et un être (*Sein*) ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁵⁸ Ce tableau dressé par Duverger lui sert en réalité à mettre en avant l'utilité d'une étude de la légitimité du gouvernement de fait : M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 73.

⁷⁵⁹ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des Institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁶⁰ J. FAVIER, J.-P. BRUNTEREC'H, *Archives de la France*, t. I : Le Moyen Âge (V^e-XI^e siècle), Paris, Fayard, 1994, p. 207.

⁷⁶¹ Notion que l'on peut traduire par « vérité effective » : N. MACHIAVEL, *De Principatibus*, trad. Y. LÉVY, *Le prince*, Paris, Flammarion, 1980, v. notamment le chapitre XV, p. 131. V. également : F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 6 *sqq.*

en bonne paix un royaume ou autre principauté de 1576, est particulièrement éloquent⁷⁶². Il critique l'idée, qu'il prête à Machiavel, que la sédition serait bonne en ce qu'elle conduirait à de bonnes lois pour la réprimer ou la surmonter. Gentillet s'insurge contre les conséquences de la reconnaissance de l'insurrection, qui ne peut déboucher, selon lui, que sur la tyrannie.

Ce débat entre légitimité et effectivité s'est également joué en matière de gouvernements de fait. À la fin du XIX^e et jusqu'au moins dans les années 1830, la réponse choisie par les gouvernements révolutionnaires et de restauration est de subordonner l'effectivité à la légitimité politique. Le gouvernement ne serait pleinement effectif qu'au nom d'un droit supérieur qui lui est reconnu. Cette logique conduit ainsi parfois les gouvernements révolutionnaires à nier – au moins dans l'ordre du discours – l'effectivité du gouvernement qu'ils cherchent à renverser et à justifier la leur, lorsque la révolution ou la restauration a triomphé, au nom du droit supérieur dont ils se prévalent. La conséquence de cette rhétorique est de subordonner l'effectivité à la légitimité : le raisonnement révolutionnaire justifie ce qui est par ce qui doit advenir, de même que pour la restauration, ce qui a été doit être. À l'inverse, n'envisager le gouvernement que par le biais de son existence consiste à considérer que ce qui est présuppose ce qui doit être. L'effectivité est irréductible à la légitimité, sans quoi il serait impossible de tracer la frontière entre la prétention normative et le droit⁷⁶³.

Pour autant, cela ne signifie pas non plus que la légitimité soit entièrement réductible à l'effectivité. C'est justement une telle crainte qui perdure à la fin du XIX^e siècle, que le fait accompli seul permettrait de désigner le gouvernement de fait de l'État durant une transition constitutionnelle. En témoigne tout particulièrement cette diatribe d'Amédée Lefevre-Pontalis, lorsqu'il justifie devant l'Assemblée nationale de 1871 sa proposition de création d'une commission de révision des actes du gouvernement de la Défense nationale, qui cherche à avertir son auditoire sur les dangers d'une reconnaissance de la souveraineté fondée sur le seul fait accompli :

« Une fois, dit-on, ne fait pas coutume ; mais, si vous laissez dégénérer l'exception en habitude, vous introduirez dans notre jurisprudence politique cette funeste maxime que le premier aventurier assez hardi pour s'emparer du pouvoir un jour de révolution, qu'il s'appelle prince-président, gouvernement provisoire ou commune de Paris, a le droit de bouleverser toute notre législation, et que la France lui doit obéissance. Il est temps de prémunir notre pays contre cette fatale tendance de soumission aux

⁷⁶² I. GENTILLET, C. E. RATHÉ, *Anti-Machiavel. Édition de 1576*, Genève, Librairie Droz, 1968, (*Les classiques de la pensée politique*), p. 554 *sqq.* L'avocat affirme la chose suivante : « Il seroit à désirer que Machiavel et ceux de sa nation, qui estiment les séditions utiles et profitables, les eussent gardées pour eux, avec tout le profit et l'utilité qui y est, sans en faire participans leurs voisins ».

⁷⁶³ Tout comme la légitimité est irréductible à l'effectivité. Ces deux notions sont, en réalité, en interrelation.

faits accomplis, d'adoration de la force et du succès, que Royer-Collard appelait, il y a longtemps déjà, «la plus grande école d'immoralité qui se soit ouverte en France depuis la fin du siècle dernier»⁷⁶⁴.

Lefevre-Pontalis émet un avertissement contre une trop grande soumission aux faits, à ces prétendus faits qui, honnêtement relevés, déformés ou bien dissimulés, servent d'excuse pour justifier toute transformation politique et juridique. L'argument est similaire à celui repris par Jean-Paul Sartre, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁷⁶⁵, lorsqu'il critique l'excuse du collaborateur. Sartre l'accuse de faire une « morale renversée : au lieu de juger le fait à la lumière du droit, il fonde le droit sur le fait ». En somme, il lui reproche de se cacher derrière une fausse « soumission aux faits », alors qu'en réalité celui qui collabore ne propose qu'une interprétation biaisée de faits qu'il sélectionne en écartant sciemment d'autres⁷⁶⁶. La subordination de la légitimité à l'effectivité repose ainsi sur cette crainte, pourrait-on dire, légitime : elle aurait comme corollaire l'assujettissement du droit à une neutralité, allié objectif de tout régime existant. Il convient de revenir sur ce dernier point pour essayer de dégager une solution à cette irréductibilité entre effectivité et légitimité.

B. Neutralité axiologique, effectivité et légitimité

La période de Vichy a été un terreau propice à la doctrine juridique postérieure pour une critique de la neutralité qu'induirait le principe d'effectivité. La controverse entre Danièle Lochak et Michel Troper, initiée dans l'ouvrage collectif *Les usages sociaux du droit*⁷⁶⁷ et poursuivie dans *Théorie du droit et science*⁷⁶⁸, repose sur ce fondement. Elle a pour toile de fond la neutralité axiologique affirmée par ceux qui se réclament du positivisme juridique et l'attitude de la doctrine sous Vichy. Danièle Lochak soutient que la posture positiviste adoptée par les auteurs de l'époque est, dans une certaine mesure, responsable de la légitimation du droit de ce gouvernement de fait, puisqu'en se fondant simplement sur son effectivité, en le décrivant tel qu'il est, elle fait davantage que simplement en ignorer la légitimité, elle la lui confère. Michel Troper répond dans un premier article, publié dans la même revue, en précisant qu'il est enclin à admettre deux points de la

⁷⁶⁴ Assemblée nationale, Séance du 2 juin 1871, *Annales de l'Assemblée nationale... annexes*, t. 3, *op. cit.*, p. 218.

⁷⁶⁵ J.-P. SARTRE, « Qu'est-ce qu'un collaborateur ? », *Situation, III. Littérature et engagement. Février 1947-avril 1949*, Paris, Galimard, 1949, p. 51 *sqq.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 55-56. En effet, Sartre critique ce postulat du réalisme, car il dissimule une contradiction profonde : « c'est [que le collaborateur] a *choisi*, lui aussi, les faits dont il veut partir. La puissance militaire de la Russie, la puissance industrielle de l'Amérique, la résistance têtue de l'Angleterre sous le "blitz" [...] ce sont aussi des faits. Mais il a choisi, au nom du réalisme, de ne pas en tenir compte » (souligné par l'auteur).

⁷⁶⁷ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1982, p. 252 *sqq.* ; M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *Les usages sociaux du droit, op. cit.*, p. 286 *sqq.*

⁷⁶⁸ D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : Mythe ou réalité ? », *Théorie du droit et science*, éd. P. AMSELEK, Paris, PUF, 1994 (*Léviathan*), p. 292 *sqq.* ; M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 310 *sqq.*

thèse de Danièle Lochak, à savoir l'attitude des juristes sous le régime de Vichy et indépendamment « la fonction de légitimation que remplit objectivement ce qu'on appelle en France la doctrine »⁷⁶⁹. Toutefois, il remet en cause ses conclusions sur le rapport entre méthodologie juridique et éthique : « si la doctrine juridique française a bien participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy, ce n'est pas parce qu'elle était positiviste mais parce qu'elle ne l'était pas »⁷⁷⁰. En effet, il explique que le positivisme est une conception de la science du droit qui dérive de l'empirisme, et qui consiste à décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Ainsi, il s'agit d'une science « qui ne prescrit donc rien et s'il existe des auteurs qui prêchent l'obéissance au droit positif, ces auteurs ne sont pas des positivistes mais des pseudo-positivistes »⁷⁷¹ – puisque ces doctrinaires font œuvre de prescriptions. Le positivisme, continue l'auteur, doit s'attacher à décrire non seulement les normes, mais également les valeurs qui les sous-tendent. Dans le cas où le juriste s'attache à exposer les normes en vigueur de façon neutre et objective, alors il est positiviste. Cependant, il se peut que le juriste partage ou réproouve les valeurs mises en cause, dès lors il n'est pas dans une pure démarche positiviste. Le principal grief de Danièle Lochak, à savoir le positivisme de la doctrine, est donc nié par Michel Troper pour qui la doctrine vichyste ne sacrifie pas la légitimité sur l'autel de l'effectivité du gouvernement. Bien au contraire, elle dissimule la première sous la robe de la seconde : c'est pour mieux légitimer le gouvernement qu'elle s'appuie sur son effectivité⁷⁷².

Le point central autour duquel s'articule ce débat est la question de la neutralité. Danièle Lochak explique dans un autre article, en réponse à Michel Troper, que les commentaires de la doctrine à propos du régime de Vichy entrent bien dans la définition de la dogmatique juridique « puisqu'ils prétendent se cantonner dans la description neutre et objective du contenu de la réglementation en vigueur »⁷⁷³. Ainsi, sous couvert de dogmatique juridique, le juriste qui prétendrait à la neutralité participerait à la sacralisation du droit posé et à la légitimation des règles en vigueur. Son attitude conduit alors, dans le cas du régime de Vichy, à une banalisation du droit antisémite qui passe par un double effet de consécration et d'euphémisation du droit⁷⁷⁴ et par sa légitimation. Cette légitimation, imputée directement au positivisme, entraînerait un effet d'anesthésie, par le discours prétendument neutre, ainsi qu'un effet de reconnaissance de la législation

⁷⁶⁹ M. TROPER, « La doctrine et le positivisme... », *loc. cit.*, p. 286.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 287.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Danièle Lochak affirme que ces auteurs ont été des « alliés objectifs » du régime, en ayant adopté une posture rigoureusement neutre, et non des défenseurs ou des partisans, ce que nie, au contraire, Michel Troper. Pour cela, il s'attache à définir la neutralité axiologique du positivisme : elle n'est pas une doctrine éthique, elle ne consiste pas à dire que telle ou telle conduite est juste ou injuste, mais elle n'interdit pas non plus de porter des jugements moraux sur la matière analysée. Simplement, de tels jugements ne peuvent pas fonder le raisonnement scientifique juridique. Dès lors, « rien n'empêche d'ailleurs de combiner les deux attitudes et de décrire de manière neutre et objective un certain droit positif, que par ailleurs on réproouve au combat » (*Ibid.*, p. 288).

⁷⁷³ D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique... », *loc. cit.*, p. 295.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 295 *sqq.*

en question⁷⁷⁵. Dans un dernier *opus*, Michel Troper répond à ces critiques en distinguant deux concepts de neutralité⁷⁷⁶. Tout d'abord, il envisage une vision négative, qui prend pour postulat qu'on ne peut définir que son contraire, c'est-à-dire l'absence de neutralité ce qui correspond à la vision de sa contradictrice selon lui : « [l']absence de neutralité ne tient pas ici aux caractères propres du discours, mais seulement à l'interprétation et à l'usage qu'on peut en faire ». Or, du point de vue sociologique de l'effet du discours, aucun écrit n'est jamais neutre, même le plus rigoureusement scientifique⁷⁷⁷. Il entrevoit dès lors une vision positive de la neutralité, celle d'un discours neutre, c'est-à-dire qui ne comporte ni prescriptions, ni jugements de valeur. Il parle bien du discours des juristes, et non du droit en lui-même, qui n'est pas neutre et ne peut l'être. Par la suite, il s'appuie sur ce raisonnement pour mettre en avant une conception de la science du droit neutre et objective, qui serait fondée sur une dualité de discours⁷⁷⁸ : le discours théorique (la science du droit qui est neutre), et le discours pratique (la dogmatique juridique qui ne l'est pas). Si la science du droit décrit les normes en vigueur, la dogmatique cherche à établir quelles sont les normes applicables⁷⁷⁹. Cette recherche de la norme applicable porte sur ce qui doit être et non sur ce qui est, de sorte que les positions de la première peuvent être vérifiées, tandis que celles de la seconde ne le peuvent pas. Il relève alors que la dogmatique est l'affaire, entre autres, de la doctrine dans son travail de systématisation.

Le principe de l'effectivité semble pourtant, dans la doctrine, participer à cette idée d'une neutralité supérieure aux contingences politiques et aux discours subjectifs, c'est-à-dire à l'idée d'une primauté de la réalité de l'effectif sur l'idée du légitime, et implicitement du fait sur le droit⁷⁸⁰. Toutefois, il n'est pas impossible de réconcilier effectivité et légitimité. Il a été constaté, d'une part, que l'effectivité n'était pas réductible à une simple question factuelle et, d'autre part, que les divergences entre effectivité et légitimité ne sont pas insolubles en période de crise de l'État. Ainsi, il est sans doute possible de dépasser l'opposition apparente, sans verser dans une vision naïve d'un principe d'effectivité comme représentation idéale et objective de la réalité⁷⁸¹. Maurice Hauriou s'est essayé à cette alchimie, en introduisant une variable temporelle : dans un premier temps, le gouvernement de fait *est*, tout simplement, puis, dans un second, il « *devient* légitime indirectement quand il est rattaché constitutionnellement, par des

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 300-309.

⁷⁷⁶ M. TROPER, « Entre science et dogmatique... », *loc. cit.*, p. 310-311.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 312.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 319.

⁷⁸⁰ F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 2-3 ; cette conception de l'effectivité a beaucoup évolué à partir des années 1980, pour désigner de plus en plus un « objectif politique, au regard duquel il semble être évident ou opportun de juger le droit », malgré l'apparent paradoxe de parler d'objectif ici, « puisque l'efficacité elle-même ne s'apprécie *qu'au regard d'un objectif* ». Pour plus de détails à ce sujet : (*ibid.*, p. 31 dont la n. 137 à la même page) (souligné par l'auteur).

⁷⁸¹ Danièle Lochak et Michel Troper sont d'accord sur un point : la prétendue neutralité peut dissimuler la dogmatique la plus politisée.

institutions gouvernementales, à l'institution de l'État»⁷⁸². En ce sens, un tel gouvernement constitue le trait d'union entre l'État et le nouveau pouvoir, au sens exprimé par Hauriou d'une « liberté qui contient de l'ordre en puissance et qui tend à l'exprimer »⁷⁸³. Cependant, la doctrine du doyen de Toulouse, radicale, exclut toute intervention de la règle de droit et renvoie les questions d'exercice du pouvoir à des considérations factuelles⁷⁸⁴. Georges Burdeau, adaptant certaines thèses d'Hauriou, tente de réintroduire ces questions dans le droit. Selon lui, c'est la conformité à « l'idée de droit », valable à un moment donné pour une communauté donnée, qui permet d'apprécier la légitimité des gouvernements⁷⁸⁵. Or, il n'est pas toujours évident de discerner l'idée de droit valable à un moment donné. Burdeau le reconnaît lui-même en prenant l'exemple de l'année 1940 et de l'opposition entre deux visions du droit : une première héritée de la Révolution française et une seconde issue de la Révolution nationale⁷⁸⁶. Dès lors, la période d'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait est celle d'une *maturation* de l'idée de droit et de la dialectique entre elle et l'action du gouvernement. C'est par la traduction concrète de l'idée de droit dans les actes juridiques que le gouvernement se trouve à la croisée de l'effectivité et de la légitimité : il est celui qui, par son action concrète, met en œuvre l'application d'un programme politique. Pour Burdeau, c'est en raison de son incapacité à adosser son action à une idée de droit que le gouvernement de Philippe Pétain devient illégitime, ce qu'il n'était pas *a priori*. L'effectivité du gouvernement ne s'oppose pas, ici, à sa légitimité ; au contraire, elle vient apporter des éléments probants, de conformité ou de non-conformité d'un pouvoir de fait à l'idée de droit. Plus le gouvernement et son droit tendent à être effectifs, plus ils bénéficient d'une présomption de légitimité⁷⁸⁷. Dès lors, l'effectivité n'est pas la pierre philosophale qui transforme le fait en droit. Elle agit plus vraisemblablement comme un *argument*⁷⁸⁸, constitué d'un ensemble de preuves, et non comme un constat objectif ; argument à mettre au crédit d'une recherche de la juridicité de celui qui exerce un pouvoir

⁷⁸² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 31-32 (souligné par nous).

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁸⁴ Le juridique revenant, chez lui, dans l'appréciation portée *a posteriori* aux actes des gouvernements de fait par les pouvoirs de droit leur succédant ; v. *ibid.*, p. 32.

⁷⁸⁵ G. BURDEAU, *Traité de Sciences politiques*, t. IV, *op. cit.*, p. 143. Burdeau précise sa notion d'idée de Droit ainsi : « À mi-chemin entre le légalisme exagérément artificiel et la métaphysique trop absolue dans ses conclusions, l'idée de droit, toute imprégnée du relativisme qui est le propre des enseignements praticables, nous paraît le point de référence, théoriquement exact et utilisable en fait, permettant d'éprouver la légitimité des gouvernements. ».

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 148 *sqq.*

⁷⁸⁷ En sachant, note Burdeau, que plus le gouvernement attend pour formaliser juridiquement son effectivité, pour régulariser sa situation, plus il prend le risque de devenir illégitime ; ce qui s'est passé, explique-t-il, pour le gouvernement de Vichy, v. en ce sens : *ibid.*, p. 149.

⁷⁸⁸ Florian Couveinhes-Matsumoto dresse un constat similaire pour la notion d'effectivité en droit international, en relevant que « lorsque les États, les juges internationaux, les auteurs de doctrine etc. invoquent la notion d'effectivité [...], ils évaluent bien les faits en fonction de principes et de valeurs, ils déterminent bien eux-mêmes les effets juridiques qu'ils attachent à ces faits, mais ils dissimulent tout ou partie des fondements normatifs de leurs jugements et de leurs décisions derrière l'idée abstraite et au fond extrêmement obscure d'équivalence objective du fait et du droit » ; v. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, p. 41.

de fait en ayant une prétention à l'exercice du gouvernement et à la production du droit au nom de l'État. Plus celui-ci apparaît comme effectif, plus il est convaincant en ce sens, et plus les sujets sont enclins à lui obéir et les autorités lui succédant à reconnaître ses actes. La présomption de conformité à l'idée de droit se dégage donc en partie de l'effectivité du gouvernement, sans être pour autant définitive ou figée.

S'intéresser à l'exercice de la souveraineté durant les périodes de transitions constitutionnelles incite alors à mener l'enquête, c'est-à-dire à rechercher des éléments probants de l'effectivité du gouvernement, parmi les critères dégagés : le contrôle d'un territoire et d'organes infra-étatiques, ainsi que la production d'un droit reconnu. Pourtant, il existe des angles morts et certains gouvernements ont été considérés *de facto*, en ne remplissant pourtant que très imparfaitement les conditions de l'effectivité : les gouvernements de fait locaux et en exil.

Section 3 Les aménagements au critère : les cas de souveraineté sérieusement contestée

Des nombreuses transitions constitutionnelles françaises, il résulte parfois des situations qui mettent en jeu au moins deux gouvernements dont l'un, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État, conteste la souveraineté de l'autre, le gouvernement central. Il en découle deux types de gouvernements de fait qui peuvent servir d'outils pour comprendre des situations où le critère de l'effectivité semble fuyant et où la souveraineté, sérieusement contestée, apparaît problématique. Lors d'une opposition sur une portion du territoire, l'autorité centrale est contestée par un gouvernement de fait local (§1). Cette première hypothèse est pragmatique et l'on en trouve des échos en jurisprudence. Alors que, durant une occupation de l'État en période de guerre, un gouvernement en exil peut prétendre exercer véritablement la souveraineté mais hors du territoire ; hypothèse qui procède davantage d'une construction intellectuelle trouvant des réminiscences dans la doctrine (§2).

§1. Le gouvernement de fait local

Il peut arriver, en période de troubles politiques, qu'un gouvernement de fait se superpose localement au gouvernement central à l'occasion d'une guerre civile⁷⁸⁹. Cette

⁷⁸⁹ Le cas type du gouvernement de fait local est relativement bien ancré dans la doctrine : v. par exemple G. BURDEAU, *Traité de Sciences politiques*, t. IV, *op. cit.*, p. 573 ; F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 471 *sqq.*, L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 96 *sqq.*, C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait en droit français », *loc. cit.*, p. 239-240 ; S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 403 *sqq.* ; E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 51.

situation dépeint donc un mouvement insurrectionnel qui s'érige en pouvoir alternatif sur une portion du territoire, soit face à un gouvernement de droit, soit face à un gouvernement de fait⁷⁹⁰. Ce phénomène ponctuel a fait l'objet de quelques décisions de justice portant spécifiquement sur trois de ces gouvernements en France : le gouvernement sécessionniste du Royaume corse en 1794 et les gouvernements insurrectionnels de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale et de la Commune du Paris en 1870-1871. Il convient d'abord de préciser le contexte qui les entoure pour mieux cerner les contours de la notion de gouvernement de fait local qui met en jeu plusieurs autorités effectives sur un même territoire (**A**). Cela permet, ensuite, d'étudier comment ces situations illustrent, dans le langage des autorités publiques au premier chef desquelles les cours de justice, l'importance d'une reconstruction fictionnelle de l'unité de la souveraineté (**B**).

A. Effectivité morcelée

L'intensité de l'opposition entre le gouvernement central et le gouvernement local peut être variable et met, dans tous les cas, l'État en situation de guerre civile. Il peut s'agir d'une tentative de renversement du gouvernement central (1), ou bien de sécession d'une portion du territoire (2).

1. La contestation sérieuse de la souveraineté lors d'une insurrection

La première situation concerne la lutte ouverte entre un gouvernement contrôlant les principaux organes de l'État, qui voit son autorité sérieusement contestée par un ou plusieurs autres. La jurisprudence a eu à se prononcer notamment sur deux cas qu'il convient d'aborder : la Délégation du gouvernement de la défense nationale en 1870 et la Commune de Paris en 1871. Chaque situation renvoie dos à dos un gouvernement central et un pouvoir insurrectionnel local qui lui tient tête en rejetant sa souveraineté.

Si, de prime abord, on peut ne voir dans la Délégation du gouvernement de la défense nationale qu'une excroissance du pouvoir central, elle finit pourtant par s'opposer au gouvernement éponyme dont elle est bien issue à l'origine. Envoyée initialement en province pour assurer le relais des informations du gouvernement central, et pour éviter le délitement du pouvoir⁷⁹¹, la Délégation, lorsqu'elle est dirigée par Gambetta, s'érige

⁷⁹⁰ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 96 : Louis Lécharny n'envisage les gouvernements de fait locaux que dans leur rapport conflictuel avec un gouvernement de droit, en s'appuyant notamment sur le cas, en 1883, de la junte centrale de Tehuantepec au Mexique, qui s'est emparée de la province d'Oxana tandis que le gouvernement régulier conservait son emprise souveraine sur le reste du pays. Cependant, on peut noter qu'un gouvernement local peut affronter un gouvernement de fait central, ce qui est d'ailleurs un cas assez fréquent en France : par exemple, la Délégation face au gouvernement de la Défense nationale.

⁷⁹¹ Ce à propos de quoi sa mission fut d'ailleurs remplie, dans la mesure, notamment, où l'action de la Délégation permit d'éviter le délitement du pouvoir en province au profit de mouvements sécessionnistes ou décentralisateurs qui cherchaient à s'ériger en contre-pouvoir de la Délégation, comme la Ligue du Midi. Gambetta, envoyé à Tours pour mettre un terme à ces velléités d'autonomie et de contestation du pouvoir,

en pouvoir alternatif et conteste la souveraineté du gouvernement de la Défense nationale. Le point de rupture est atteint à propos de la guerre contre la Prusse⁷⁹². De surcroît, Bismarck refuse de traiter de la paix avec la France tant que la tranquillité intérieure n'y est pas restaurée, c'est-à-dire tant que le gouvernement de la Défense nationale n'est pas maître de son territoire et qu'il n'a pas la capacité d'organiser des élections constituantes pour former un gouvernement ayant une légitimité électorale pouvant traiter avec lui⁷⁹³. L'opposition entre la Délégation et le gouvernement central porte sur la guerre ou la paix. Loin de n'avoir eu aucune efficacité, le gouvernement de Gambetta, agissant contre le pouvoir étatique, a produit un droit au moins partiellement effectif. Emblématique, le décret du 31 janvier 1871⁷⁹⁴ frappant d'inéligibilité les anciens partisans de l'Empire pour empêcher leur candidature aux élections à l'Assemblée nationale, a eu une influence non négligeable sur les relations franco-prussiennes⁷⁹⁵. Il apparaît donc difficile de minorer l'effectivité de ce pouvoir alternatif que constitue la Délégation, qui dispose par ailleurs de nombreux soutiens en province⁷⁹⁶. Cette dualité de gouvernement fait dire à Maurice Deslandres que « [t]el était le droit : primauté de Paris [...]. Mais en fait, Paris, isolé, ignorant tout, ne pouvait guère exercer sa suprématie »⁷⁹⁷.

Il en va de même pour le gouvernement de la Commune de Paris. Il résulte d'une insurrection envers le gouvernement de l'Assemblée nationale constituante sise à Versailles. Les tensions exacerbées par le contexte politique et la capitulation contre la Prusse, ainsi qu'une décision du gouvernement central de désarmer la Garde nationale, entraînent, le 18 mars 1871, une émeute où le Comité central de la fédération républicaine de la Garde nationale⁷⁹⁸, prend l'Hôtel de Ville. Il convient de noter qu'avant l'émeute, ce Comité était déjà « le véritable gouvernement, seul en possession d'une autorité que Thiers et l'Assemblée n'avaient plus les moyens d'y exercer [...].

arrive rapidement à asseoir son autorité et celle de la délégation tout en réprimant ces mouvements séditeux : v. en ce sens J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République. 1870-1940*, op. cit., p. 19-20.

⁷⁹² J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 10 : pour les auteurs, « l'Assemblée chargée de donner une Constitution à la France a été élue sur la question de savoir si on continuerait la guerre ou si on se résignerait à la paix ».

⁷⁹³ *Moniteur universel* (édition de Tours), 21 septembre 1870, p. 4.

⁷⁹⁴ Décret retirant le droit à l'éligibilité à certaines classes de citoyens du 31 janvier 1871, *Bulletin des lois de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale hors de Paris (12 septembre 1870-18 février 1871)*, Versailles, Imprimerie nationale, 1871, n° 25/543, p. 408.

⁷⁹⁵ Bismarck répond immédiatement à ce décret du 31 janvier 1871 par le biais d'un courrier adressé à Gambetta, expliquant qu'une telle mesure était contraire aux dispositions de l'armistice qui prévoyaient des élections libres, et ne pouvait donc avoir lieu d'être : v. M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième République et la Constitution de 1875*, op. cit., p. 58. La rancœur causée par ces troubles n'est pas négligeable. Jules Favre va même jusqu'à émettre l'hypothèse d'une manœuvre de Bismarck pour conduire à une rupture de l'armistice : « [c]herchait-il un prétexte de rupture ? Qu'il l'avouât franchement, mais qu'il n'eût pas recours à des mesures qui nous enlevaient toute autorité au moment où nous avons le plus besoin d'en conserver » : J. FAVRE, *Gouvernement de la défense nationale. Troisième partie...*, op. cit., p. 24-25.

⁷⁹⁶ J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République*, op. cit., p. 19 sqq.

⁷⁹⁷ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième République et la Constitution de 1875*, op. cit., p. 37.

⁷⁹⁸ Ancien Comité central de vigilance renommé et transformé le 3 mars 1871. Pour davantage de détails : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 148 sqq.

Ensuite, jusqu'au 28 mai, date à laquelle triompha le gouvernement de Versailles, la Commune le remplaça », comme le note Raymond Gaudu⁷⁹⁹. Dès lors, après le 18 mars 1871, l'Hôtel de Ville de Paris est aux mains d'insurgés formés en un véritable gouvernement exerçant un pouvoir local de trois mois dans la ville.

Il apparaît donc que le gouvernement de fait local est celui qui maîtrise effectivement une portion plus ou moins importante du territoire et, cherchant à se substituer au gouvernement central en exerçant la souveraineté à sa place, entre en lutte avec lui. Il convient de constater, en outre, que la notion de gouvernement de fait local est entendue de manière restrictive par la doctrine. En effet, deux cas de figure qui se sont présentés dans l'histoire constitutionnelle paraissent exclus de son champ d'application.

En premier lieu, lorsqu'un gouvernement insurrectionnel prend le dessus et, par sa victoire, remplace immédiatement l'autorité centrale, il n'est pas nécessairement identifié comme un gouvernement de fait local, dans la mesure où la substitution du pouvoir se fait rapidement entre le gouvernement déchu et son successeur. Cela a été le cas pour nombre de mouvements révolutionnaires insurgés contre l'autorité de droit du pays : ceux de juillet 1830, de février 1848 ou encore de septembre 1870⁸⁰⁰. Dans ces situations, il n'existe plus, ou presque, de gouvernement *de jure* lorsque l'insurrection s'empare du pouvoir. De tels gouvernements de fait, qui s'imposent pourtant depuis la seule capitale, ne peuvent être considérés comme locaux, dans la mesure où ils prennent rapidement le contrôle des organes de l'État et pas seulement ceux de la ville de Paris. Ainsi, en 1870, les hommes du Quatre septembre, lorsqu'ils se proclament « gouvernement de la Défense nationale », renversent une autorité de droit, qui n'existait déjà plus qu'à titre fantomatique, en à peine une journée. *A contrario*, tant qu'il existe une autorité constituée centrale qui gouverne, tout gouvernement insurgé ne peut être que de fait et local.

En second lieu, il convient d'écarter le cas où l'administration locale procède, certes, d'une illégalité, mais ne conteste pas la souveraineté du pouvoir central ou ne lui fait pas concurrence. Il ne peut s'agir d'un gouvernement de fait local, puisqu'il n'y a pas, à proprement parler, de structure gouvernementale parallèle au pouvoir central qui en découle. En ce sens, dans l'arrêt du Conseil d'État du 5 mars 1948, *Marion*⁸⁰¹, un pouvoir décentralisé local, tel un maire, irrégulièrement élu, est uniquement considéré comme un fonctionnaire de fait, mais jamais envisagé à l'aune du gouvernement local. Des structures gouvernementales perdurent au-dessus de lui et ce maire continue d'agir au nom de l'État, sans s'opposer au gouvernement ni contester son pouvoir⁸⁰². La

⁷⁹⁹ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 682-683.

⁸⁰⁰ Sur ces gouvernements : *cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 130 *sqq.* et p. 139 *sqq.*

⁸⁰¹ S. 1948, III, p. 53 : en 1940 les habitants d'une commune ont dû former un comité *ad hoc*, les autorités communales ayant pris la fuite ; ils ont obtenu le droit de demander le remboursement de leurs dépenses personnelles engagées pour la gestion de fait de la municipalité.

⁸⁰² V. en ce sens : B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 264. En ce sens, la théorie du fonctionnaire de fait concerne logiquement le cas du gouvernement de fait, mais elle peut en déborder : il peut exister des fonctionnaires de fait sans gouvernement de fait. *Cf.* sur le fonctionnaire de fait : Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 471 *sqq.*

contestation de la souveraineté du gouvernement central semble alors nécessaire à l'identification d'un gouvernement de fait local, sans quoi – et parce qu'il faut bien assurer le fonctionnement et la continuité des services publics⁸⁰³ –, il n'y a qu'une administration de fait, subordonnée au gouvernement de l'État, malgré l'absence de titre juridique valide. Outre la tentative de renversement du gouvernement central, le gouvernement de fait local peut aussi s'appliquer au cas de la sécession.

2. *La sécession et la résolution d'une situation de guerre civile*

La situation de sécession concerne le mouvement insurrectionnel local qui ne conteste pas l'existence même de l'État, mais cherche plutôt à en scinder volontairement une portion du territoire afin de constituer un État indépendant⁸⁰⁴. En ce sens, le gouvernement de fait qui prône la sécession conteste la souveraineté du gouvernement central, non pas à titre général, mais localement. Le cas du gouvernement de fait sécessionniste est rare en France avant la décolonisation au XX^e siècle. Il a néanmoins eu lieu, à l'occasion de la révolte corse de 1794. En effet, à partir du 5 mai 1794, un gouvernement insurgé, appuyé par le Royaume-Uni, gouverne l'île de Corse, allant jusqu'à proclamer son indépendance vis-à-vis de la France le 17 juin. Ce gouvernement a pris fin le 19 octobre 1796, date de la reconquête du territoire par l'armée française. Les mouvements de décolonisation du XX^e siècle, quant à eux, donnent à observer des gouvernements sécessionnistes ayant débouché sur la création d'États nouveaux, ce qui rend normalement impossible la négation du fait accompli. Ainsi, au terme de la guerre d'Algérie, lorsque les Accords d'Évian sont signés le 18 mars 1962⁸⁰⁵ entre le gouvernement français et le Gouvernement provisoire de la République algérienne – jusqu'alors encore un pouvoir local visant la sécession de l'Algérie⁸⁰⁶ – l'indépendance et la formation d'un nouvel État sont prévues. Cette indépendance étant reconnue par la France le 3 juillet suivant⁸⁰⁷, il ne devient plus possible de parler de gouvernement de fait local, puisque l'ancienne métropole ne reconnaît plus ce territoire comme une partie de son État ; le nouveau pays qui en découle est dirigé par un gouvernement de fait général en son sein jusqu'à la régularisation de son ordre juridictionnel interne⁸⁰⁸. Dès lors, lorsque la sécession du gouvernement de fait local triomphe, le territoire sous son contrôle se transforme en nouvel État. La proclamation d'une constitution – dans le même temps ou par la suite – peut même entraîner la formation d'un gouvernement de droit.

⁸⁰³ F. BURDEAU, *Histoire du droit public administratif*, Paris, PUF, 1995 (*Thémis*), p. 308.

⁸⁰⁴ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 404.

⁸⁰⁵ *JO*, 20 mars 1962 p. 3019 à 3032.

⁸⁰⁶ Sur l'organisation gouvernementale du GPRA, v. H. MICHEL, « Les institutions politiques de la République algérienne », *REMMM*, t. 1, 1966, p. 137 *sqq.*

⁸⁰⁷ Déclaration du Président de la République du 3 juillet 1962 *portant reconnaissance de l'indépendance de l'Algérie* (*JO*, 4 juillet 1962, p. 6483).

⁸⁰⁸ Le Gouvernement provisoire de la République algérienne se présente d'ailleurs comme un gouvernement en exil, type particulier de gouvernement de fait, accueilli au Caire. V. en ce sens : F. DELPÉRÉE, « Le gouvernement provisoire », *loc. cit.*, p. 88.

La situation de guerre civile qui découle d'une tentative de sécession engendre fatalement des incertitudes sur la nature de l'autorité locale : pour le gouvernement de l'État duquel il est fait sécession, il ne peut s'agir, *a maxima*, que d'un gouvernement effectif, mais de fait⁸⁰⁹ ou, *a minima*, que d'une autorité usurpatrice, qui occupe une portion de son territoire. En revanche, pour le gouvernement local lui-même et ses partisans, sa propre légitimité ne fait aucun doute, voire sa légalité dans le cas de la promulgation d'une constitution. Seule l'extinction pure et simple de la situation d'occupation du territoire résultant de la guerre civile permet de réconcilier ces deux points de vue : soit que l'État duquel il est fait sécession soit vaincu et reconnaisse la souveraineté de l'entité politique nouvellement créée, soit que l'unité ait été rétablie par sa victoire. Dès lors, les autorités publiques, au premier chef desquelles les tribunaux, vont s'efforcer de reconstruire rétroactivement la fiction d'une souveraineté toujours demeurée une.

B. Reconstruction de la souveraineté

Loin d'un cas-type sans portée juridique, le gouvernement de fait local mérite une attention particulière car, une fois la situation normale restaurée, l'autorité légale et incontestée s'emploie immédiatement à préserver l'idée de continuité de l'État en dépit de l'insurrection. Dans cette optique, les décisions de justice relatives à certains de ces gouvernements de fait locaux amènent plusieurs remarques, en ce qu'elles font rejaillir devant les tribunaux la tension entre fait accompli et ordre public (1) et montrent l'effort entrepris de s'appuyer sur la fiction juridique de l'unité de la souveraineté (2).

1. La tension entre fait accompli et ordre public

La révolte corse de 1794 a fait l'objet, presque cinquante ans après, d'une décision de la Cour de cassation du 16 mars 1841, *Péraldi c. Ponte*⁸¹⁰, dont le traitement permet de confirmer les questions d'insécurité juridique soulevées devant la Cour et la tentative de balance qu'elle effectue entre fait accompli et ordre public. Au-delà du débat possible sur la nature – *de facto* ou fantoche⁸¹¹ – de ce gouvernement, l'appréciation de la Cour de cassation dans cet arrêt est celle d'une « autorité illégitime » qui « a abrogé[e], avec effet

⁸⁰⁹ Il se peut, en effet, que lors de la sécession d'une portion du territoire, l'État reconnaisse face à lui un gouvernement de fait local, cela afin de permettre l'application des lois du droit international de la guerre et de la neutralité ; une pratique impossible en cas de guerre civile : v. en ce sens S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 408.

⁸¹⁰ S. 1841, I, p. 505.

⁸¹¹ J. M. P. MCERLEAN, « Le Royaume anglo-corse (1794-1796). Contre-révolution ou continuité ? », *AHRF*, t. 260, 1985, p. 218-219 et p. 221-222 : les insurgés se placent sous la protection de la Grande-Bretagne, ce qui fait du royaume de Corse un dominion de celui de George III. Cependant, le gouvernement bénéficie d'une autonomie institutionnelle propre à le qualifier de gouvernement de fait. Pour une opinion qui semble pencher davantage du côté d'une Corse sous domination totale de l'Angleterre : v. Y.-M. BERCÉ, « La Corse anglaise », *Combattre, gouverner, écrire. Études réunies en l'honneur de Jean Chagniot*. Paris, Economica, 2003, p. 97.

rétroactif, les lois établies par l'autorité légitime à laquelle elle succède »⁸¹². Dans cette affaire de donation d'immeuble⁸¹³, la Cour prend timidement en compte l'effectivité dont a disposé le pouvoir local qui prit place en Corse. Elle admet que le « conseil général » a existé et a régi la Corse, mais elle refuse de considérer qu'il ait pu constituer un véritable gouvernement local. Il aurait plutôt été une autorité provisoire « chargé[e] de la simple administration à l'époque où il n'existait encore en Corse aucun gouvernement régulier ». Pour la Cour, il n'avait pas la capacité d'édicter des actes législatifs – ce qu'il fit pourtant – mais simplement des « mesure[s] administrative[s] provisoire[s] »⁸¹⁴. Sur ce fondement, elle annule rétroactivement ces actes. Il s'agit d'une décision surprenante, en inadéquation avec l'arrêt du 16 juillet 1828 *Mabé c. Kgarion*⁸¹⁵ dans lequel elle avait jugé que l'abrogation d'une loi rétroactive faisait cesser ses effets pour l'avenir, mais elle n'avait pas pour conséquence de restituer en leur entier les droits qu'elle avait ravis, ni d'annuler ceux auxquels elle avait donné naissance. La note du Sirey critique vivement la décision. L'arrêtiste reproche en particulier à la Cour de ne pas reconnaître la domination d'un gouvernement autre que celui de Paris, appuyé par l'Angleterre, sur l'île de Corse. Selon lui, ce gouvernement était légitime, car appelé du vœu des habitants : « c'était ce que l'on appelle aujourd'hui un *fait accompli* »⁸¹⁶ ; cette autorité était « sérieuse et constituée ». La négation de son effectivité par la juridiction suprême entraîne une grave insécurité juridique : les lois du Conseil général de Corse « n'ont donc pu être qu'*abrogées* par le retour de l'autorité française »⁸¹⁷ et non pas annulées rétroactivement, comme l'indique la Cour. Malgré la critique du recueil, la Cour semble bien avoir eu à cœur une certaine sécurité juridique, qu'elle essaie de concilier avec des impératifs d'ordre public. Elle précise « que si les actes particuliers, non contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, faits pendant l'occupation hostile d'un pays, subsistent d'eux-mêmes, puisque *in his omnibus voluisse satis juris est* [...] ; que si subsistent encore d'eux-mêmes les actes émanés de l'autorité publique ennemie, sans lesquels le salut public et l'existence sociale elle-même seraient compromis » ces actes « tombent de plein droit » lorsqu'ils entraînent eux-mêmes des troubles à l'ordre public. L'une des causes de trouble les plus importante, pour la Cour, tient particulièrement à l'effet rétroactif, « la plus odieuse et la plus antisociale de toutes les dispositions »⁸¹⁸.

⁸¹² S. 1841, I, p. 505.

⁸¹³ Les faits de cet arrêt sont détaillés dans un autre chapitre de ce propos : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 2, p. 352 *sqq.*

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 509 *précit.*

⁸¹⁵ S. 1828, I, p. 289 *sqq.*

⁸¹⁶ S. 1841, I, p. 505, souligné par l'auteur.

⁸¹⁷ *Ibid.*, souligné par l'auteur.

⁸¹⁸ S. 1841, I, p. 509. L'adage latin est issu du Code théodosien sous une forme quelque peu différente : *CTh.*, XV, 14, 8 (T. MOMMSEN, P. M. MEYER, J. Sirmond éd., *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosiam pertinentes*, vol. I, t. 2, Berolini, Weidmann, 1954, p. 829) : « *in his omnibus voluisse sat iuris est* ». Le passage concerne la nullité ou la validité des actes de l'usurpateur ; il dispose que certains actes, publics, émis sous l'usurpation sont nuls, tandis que d'autres, comme les pactes non entachés de dol ou de crainte, les donations, les émancipations ou les manumissions sont valables « *in his omnibus voluisse sat iuris est* ». L'arrêtiste ne le traduit pas. Une traduction proposée : « parce que pour ces actes, la volonté est une cause juridique suffisante ».

Cette divergence de vue entre la décision et son commentaire repose donc sur un même impératif d'ordre public. Les juges de cassation fondent leur raisonnement sur le titre *de Infirmandis* du code Théodosien⁸¹⁹, ainsi que sur des éléments tirés des conclusions du rapporteur, qui s'appuie notamment sur Grotius et Pufendorf et l'impératif de Salut public de l'État⁸²⁰. Le rapporteur reconnaît d'ailleurs qu'un acte rétroactif consécutif à une « domination de fait », comme celui qui a été promulgué par le Conseil général de Corse, tombe de plein droit⁸²¹. Toutefois, la Cour va plus loin puisqu'elle ne considère pas simplement que l'acte est abrogé au retour de l'autorité dite légitime mais qu'il est bel et bien annulé, emportant les effets qu'il a produits depuis le jour de sa promulgation. Par cela, la Cour cherche à mettre à néant les actes privés que l'effet rétroactif de la loi du gouvernement de fait local avait validés. Elle rejette ainsi, en bloc, toute effectivité d'un gouvernement parallèle sur le sol de l'État français, quand bien même il y aurait eu une sécession et la promulgation d'une Constitution. En effet, si le gouvernement du Royaume de Corse a bien fait sécession avec l'État français⁸²², lequel ne l'a jamais reconnu comme un gouvernement constitué, même près d'un demi-siècle plus tard dans l'arrêt *Péraldi c. Ponte*. Cette décision met en relief la volonté de l'autorité légale de se laisser les mains libres dans l'appréciation *a posteriori* des actes du gouvernement sécessionniste. En outre, refuser de reconnaître l'effectivité du gouvernement offre à la Cour davantage de marge de manœuvre pour se prononcer sur ses actes. Ainsi, en fondant son raisonnement sur l'impératif d'ordre public, elle peut contrebalancer l'argument du fait accompli pour refuser ou non de reconnaître l'effectivité d'un gouvernement de fait local. Néanmoins, cette justification ne peut être employée qu'a

⁸¹⁹ *CTh.* XV, 14, 0 (*ibid.*, vol. I, t. 2, p. 801).

⁸²⁰ H. GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis*, trad. J. BARBEYRAC, *Le droit de la Guerre et de la Paix par Hugues Grotius*, 2 vol., Amsterdam, Pierre de Coup, 1724 : l'arrêviste fait référence au livre IV de l'œuvre (chapitre 5, n° 5), livre qui n'existe pourtant pas chez cet auteur. Il veut probablement renvoyer aux développements du livre I, chapitre IV « De la guerre contre les puissances » (et notamment le §15 consacré à l'usurpateur : *ibid.*, t. 1, p. 195) ou du livre III, « Où l'on traite de tout ce qui regarde le cours de la Guerre, & des Traitez de Paix qui y mettent fin » (*ibid.*, t. 2, p. 713 *sqq.*) ; S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, trad. J. BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 2 vol., Bâle, Thourneisen frères, 1732. L'arrêviste fait notamment référence au livre VIII, chapitre 12 (*ibid.*, vol. 2, p. 501 *sqq.* et particulièrement le §3 relatif à l'usurpateur : *ibid.*, p. 502 *sqq.*).

⁸²¹ *Ibid.*, p. 508.

⁸²² Le 17 juin 1794. Ce gouvernement a même promulgué une Constitution le 19 juin : v. P. ARRIGHI, *Histoire de la Corse*, Toulouse, Privat éditeur, 1971 (*Univers de la France et des pays francophones*), p. 382. Cette Constitution a été ratifiée par le gouvernement anglais pour son entrée en vigueur – selon les modalités qu'elle prévoyait – le 1^{er} novembre suivant. V. article 1^{er} du Titre XII de la *Costituzione del regno di Corsica* : « Il presente Atto Costituzionale sarà presentato a Sua Maestà il Re della Gran Bretagna, e per lui a Sua Eccellenza il Signor Cavaliere Gilberto Elliot, di lui Commissario Plenipotenziario, e specialmente autorizzato a tal'effetto ». Les vicissitudes politiques de ce gouvernement (le choix de Gilbert Elliot comme Vice-Roi et non Pasquale Paoli, avait notamment nui à la légitimité d'un éventuel gouvernement de droit consécutif à l'acte de sécession et à la promulgation de la Constitution : P. ARRIGHI, *Histoire de la Corse*, *op. cit.*, p. 384) et la restauration de la souveraineté française moins de deux ans après la promulgation de la Constitution du Royaume, ont conduit à ne guère susciter d'intérêt pour une étude de cette période du point de vue des gouvernements de fait. En dehors d'Ernst Wolf, très peu d'auteurs consacrant des développements aux gouvernements de fait en traitent : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 51.

posteriori, une fois résolue la situation de guerre civile, causée par la tentative de sécession et les incertitudes qu'elle engendre.

On comprend alors que, lorsque l'État recouvre sa pleine souveraineté territoriale il a les mains libres pour apprécier tant l'effectivité de l'insurrection maîtrisée que celle de ses actes, en dépit des risques qui peuvent peser sur la sécurité juridique des citoyens. C'est d'ailleurs sur ce fondement de la sécurité juridique qu'une partie de la doctrine est très critique envers la décision relative au gouvernement du royaume de Corse, l'estimant incompréhensible et dangereuse⁸²³. Partant de ce postulat, Scipione Gemma tente de proposer une solution qui conjugue la légalité formelle avec les exigences de justice et d'équité qui lui paraissent nécessaires. En cas de sécession ou d'insurrection ratée, explique-t-il, le gouvernement central est libre de ses actes, et il n'est pas tenu de reconnaître l'existence d'un gouvernement de fait ou de donner une signification juridique aux actes qu'il a produits et aux actions qu'il a conduites. Toutefois, il assure qu'il y a « des considérations qui peuvent décider l'État à modifier son intransigeance »⁸²⁴, notamment l'effectivité de certains actes dont la suppression lui serait tellement préjudiciable qu'il n'aurait d'autre choix que de transiger⁸²⁵. La part de fiction dans la reconstruction téléologique de l'unité de la souveraineté est alors prégnante.

2. La fiction unitaire de la souveraineté par la qualification rétroactive du pouvoir

Les tribunaux ne s'aventurent sur le terrain du gouvernement de fait local que dans des cas restrictifs, lorsque l'insurrection du gouvernement local contre son rival central se prolonge⁸²⁶. Pourtant, lorsque le concept est usité – la plupart du temps par les juridictions ordinaires – la Cour de cassation semble embarrassée par le phénomène, tiraillée entre négation d'un partage local de la souveraineté et nécessité de reconnaître le fait accompli. Le cas de la révolte corse dans l'arrêt de 1841 illustre déjà une incapacité à penser la rupture constitutionnelle. Plus encore, la jurisprudence relative à la Commune de Paris a été un terrain particulièrement propice à une réflexion sur le statut juridique de l'insurrection et, plus spécifiquement, sur la nature du gouvernement

⁸²³ Par exemple : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 51.

⁸²⁴ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 407.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 407-408. Ce point fait l'objet du chapitre consacré à la valeur des actes du gouvernement de fait : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 279 *sqq.*

⁸²⁶ La distinction évoquée ici s'appuie sur la différence que Georges Berlia établit entre la simple émeute et la guerre civile : « il est certain que la réalité même des faits distingue l'émeute de la guerre civile. Dans le second cas, il y a un conflit de forces qui se prolonge, laisse quelque incertitude, au moins temporaire, sur l'issue finale et, chez les deux parties, un recours à la technique militaire par, au moins, un effort vers une organisation disciplinée et hiérarchisée des combattants et l'emploi, dans la mesure du possible, d'un matériel et d'une stratégie qui n'ont plus rien en commun avec la simple opération policière » (G. BERLIA, « La guerre civile et la responsabilité internationale de l'État », *RGDIP*, t. 11/1, 1937, p. 52. Ici, cette distinction sert simplement à opérer une différence entre la substitution d'un gouvernement à un autre, et l'apparition d'un gouvernement de fait local.

de fait local. L'effectivité de la Commune fait peu de doutes. Elle légifère, réglemente et forme des tribunaux. En somme, elle exerce des prérogatives de souveraineté⁸²⁷. À preuve, elle se dote, le 29 mars 1871, d'une commission exécutive, gouverne effectivement Paris et élabore rapidement une œuvre législative fournie, fortement inspirée de celle de l'an II⁸²⁸.

Toutefois, devant les autorités légales vainqueures, sa reconnaissance en tant que gouvernement local pose problème. La Commune n'est alors appréhendée que comme une usurpation. Durant le procès du communard Louis Rossel en 1871, son avocat, Albert Joly, a bien tenté de soulever l'argument de l'effectivité pour justifier l'obéissance de son client, en tant que militaire, au gouvernement de la Commune⁸²⁹. La justice militaire ne conteste pas l'argument en lui-même, mais le fait que l'insurrection parisienne ait pu constituer un gouvernement de fait. Les cours de justice offrent un témoignage encore plus significatif de cette méfiance vis-à-vis d'un éventuel exercice local du pouvoir de fait dans le cas de la Commune.

Dans un premier temps, par une série d'arrêts rendus le 27 novembre 1872, les juges refusent de reconnaître une quelconque effectivité à la Commune⁸³⁰. Dans la première espèce, *Crédit foncier de France c. Enregistrement*, le Crédit affirme avoir dûment versé un droit de timbre qu'il devait à l'État, car il s'en était acquitté auprès de la Commune insurrectionnelle. Toutefois, le gouvernement de l'Assemblée nationale lui réclame lesdites sommes une fois son autorité rétablie à Paris et affirme que la créance n'a pu être valablement soldée au profit d'un usurpateur. Débouté de sa demande en première instance⁸³¹, le Crédit foncier s'attache à démontrer, dans son pourvoi en cassation, que l'impératif d'ordre public et de survie de l'État implique la reconnaissance de l'effectivité des actes de la Commune, allant jusqu'à mobiliser l'École du droit naturel moderne – particulièrement Grotius et Barbeyrac – qui admet une certaine validité des actes de l'usurpateur⁸³². Le Conseiller rapporteur Dumon ne manque pas de réfuter cet argument d'autorité, pour la raison fondamentale qu'un tel moyen conduit le demandeur au pourvoi à assimiler la Commune à un « pouvoir de fait », ce qui suppose de lui

⁸²⁷ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 681.

⁸²⁸ J.-M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République*, *op. cit.*, p. 30. L'auteur précise que « cette fièvre révolutionnaire ne s'accompagne de pratiques héritées de la Terreur qu'à la fin, lorsque la guerre est là ».

⁸²⁹ A. JOLY, P. BIZET, *3^e Conseil de Guerre de Versailles, Affaire Rossel. Rapport, interrogatoires, audition des témoins, réquisitoire. Plaidoirie complète de M^e Albert Joly*, Paris, André Sagnier, 1871, p. 27 *sqq.*, notamment p. 38-39 : « Cette insurrection victorieuse de Paris ne semblait-elle pas, d'ailleurs, devoir être le lendemain, comme toujours, le gouvernement de fait de la France ? ».

⁸³⁰ Cinq arrêts du 27 novembre 1872 réunis en trois espèces : *Crédit foncier de France c. Enregistrement* ; *Compagnie du chemin de fer d'Orléans c. Contribution indirecte* et *Chemin de fer du Sud de l'Autriche et de l'Italie centrale c. Enregistrement* (S. 1873, I, p. 259 *sqq.*). Confirmés le 31 décembre par trois arrêts semblables réunissant les mêmes magistrats : *Affaire Compagnie des mines de la Loire* ; *Compagnie Des Forges de la Méditerranée* ; *Compagnie Services maritimes de messageries nationales* (*ibid.*, p. 262 et p. 264). Cf. également Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 316 *sqq.*

⁸³¹ Tribunal de la Seine, 23 décembre 1871, *Crédit foncier c. Enregistrement* (S. 1872, II, p. 82).

⁸³² *Ibid.*, p. 260 : « Sans défendre la légalité de l'ordre de choses qui est né à Paris de l'insurrection du 18 mars, le pourvoi prétendait que les jurisconsultes qui se sont le plus spécialement occupés de droit public à une époque où la souveraineté était tout entière dans le prince, n'ont jamais hésité à reconnaître à l'usurpateur le pouvoir de faire des lois obligatoires pour les citoyens, quoique contraires à celles émanées de l'autorité régulière ».

reconnaître implicitement « une part de souveraineté » durant l'insurrection. Or, il lui paraît inenvisageable d'en arriver à une telle conclusion, le pouvoir souverain ayant toujours résidé dans l'Assemblée nationale, « seul pouvoir légal » entre mars et mai 1871. En outre, les jusnaturalistes modernes mobilisés envisagent l'hypothèse d'un usurpateur qui a démis le pouvoir en place, non celle d'une insurrection qui laisserait coexister un pouvoir local. Dès lors, l'argument est irrecevable pour Dumon. Il en conclut, et la Cour s'aligne sur son raisonnement, que la Commune de Paris n'est même pas un « pouvoir de fait » et ne bénéficie d'aucune prérogative de souveraineté propre à considérer la créance comme valablement perçue⁸³³.

Une éphémère prise en compte de l'effectivité du gouvernement de fait local a lieu durant une affaire judiciaire qui se déroule entre 1875 et 1881⁸³⁴. Il s'agissait de déterminer si la ville de Paris était ou non responsable des dommages causés pendant l'insurrection⁸³⁵. Dans son jugement du 23 juin 1875, l'un des motifs pour lesquels le Tribunal de Seine rejette la responsabilité de la ville est que « l'établissement du gouvernement de la Commune à Paris a constitué une de ces crises politiques qui relâchent le lien social, provoquent la guerre civile, en opposant des autorités de fait à l'autorité légale et rendent enfin la loi momentanément impuissante »⁸³⁶. Le 15 février 1878, la Cour d'appel reconnaît également, quoique de manière ambiguë, qu'entre mars et mai 1871 il y a bien eu « un gouvernement de fait, qui a lutté et combattu, les armes à la main, contre le gouvernement légal », mais elle précise que cela devrait être de nature à aggraver la responsabilité de la ville et non l'exonérer. Néanmoins, la Cour s'empresse d'ajouter que ce « prétendu pouvoir communal [...] n'a été lui-même que la constitution violente d'un gouvernement insurrectionnel, qui, de même qu'il a été sans droit et sans qualité pour représenter la ville qui l'a subi, n'a pu, par aucun de ses actes, engager envers les tiers sa responsabilité »⁸³⁷. Ainsi, pour les juges d'appel, si la Commune fut effective, elle n'en constitua pas moins une usurpation qui, n'ayant aucun titre à représenter la ville, ne pouvait engager la responsabilité. Ces deux arrêts laissent entrevoir la possibilité d'un gouvernement insurrectionnel local qui conteste directement la souveraineté du pouvoir central. Devant la Cour de cassation, le 4 mai 1881, cette audace des juges du fond est vite désavouée. L'avocat général, Arthur Desjardins, dénie à la Commune le qualificatif de gouvernement de fait et ne l'envisage qu'à l'aune de l'usurpation⁸³⁸. Le seul gouvernement légitime était à Versailles, il n'admet aucune scission du pouvoir. Il est tout de même contraint de reconnaître qu'elle fut effective, mais n'évoque qu'un

⁸³³ *Ibid.*, p. 260 et p. 262.

⁸³⁴ Cass., Civ., 4 mai 1881 *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris* (S. 1881, I, p. 361). Les arrêts de première instance et d'appel sont reproduits dans l'arrêt de cassation.

⁸³⁵ Sur le détail des faits de l'affaire et des solutions rendues : *Cf.* Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 458 *sqq.*

⁸³⁶ S. 1881, I, p. 363.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁸³⁸ Il opère même une comparaison avec le gouvernement de la Défense nationale en considérant celui-ci comme un gouvernement de fait, « accepté par tout le pays », ce que n'était pas la Commune : *ibid.*, p. 369.

« fantôme de gouvernement », la Cour se cantonnant elle-même au terme d'*insurrection* pour qualifier la Commune, sans s'appesantir de détails⁸³⁹.

Évolution de courte durée, l'audace jurisprudentielle des juges du fond n'a guère de portée. Saisie quelques années après, en 1895, pour une tout autre affaire – à propos d'un contrat passé entre une société française et le gouvernement chilien secoué par une révolution – la Cour d'appel de Paris recherche bien quel était le gouvernement effectif au moment de la conclusion du contrat. Cependant, elle rejette strictement la possibilité même d'une dualité de pouvoirs et, par conséquent, l'existence d'un gouvernement de fait local. Pour la Cour, le contractant doit s'assurer d'être face à « un gouvernement alors incontesté et détenant seul la puissance publique qu'autant qu'ils justifient que ce gouvernement provisoire est actuellement substitué en fait tout au moins à l'autre gouvernement »⁸⁴⁰. Il peut y avoir substitution d'un gouvernement à l'autre, mais pas chevauchement.

Cette tiédeur à l'idée d'envisager une multiplicité de gouvernements effectifs s'explique probablement sur le plan théorique par l'incompatibilité avec la doctrine de l'indivisibilité de la souveraineté. En effet, si l'on considère que l'une des caractéristiques principales de la souveraineté, selon sa formulation par Jean Bodin au XVI^e siècle, est l'indivisibilité et, par conséquent, l'unité⁸⁴¹, il serait contre-intuitif de penser plus d'une seule autorité détenant le pouvoir de l'État et légiférant au nom du souverain. Dans le cas contraire, le pouvoir suprême de commandement serait introuvable ou inexistant⁸⁴². Olivier Beaud note ainsi que ce caractère indivisible « signifie essentiellement que le Souverain ne peut pas partager l'exercice du pouvoir avec autrui »⁸⁴³. Pourtant, les faits ne peuvent se plier à la théorie et si l'indivisibilité apparaît nécessaire pour penser l'unité de la puissance publique souveraine⁸⁴⁴, la notion peine à rendre compte des situations

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 370.

⁸⁴⁰ CA Paris, 9 juillet 1891 *Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée et Gouvernement de la République du Chili c. Gouvernement provisoire du Chili* (S. 1895, II, p. 305, cf. *infra* p. 436 *sqq.* pour le détail des faits). L'avocat général, dans ses conclusions, accorde toutefois de l'importance au principe de l'effectivité. En effet, s'il rejette absolument l'hypothèse d'une dualité de gouvernement, il considère tout de même qu'un gouvernement, pour être *de facto* doit avant tout être effectif : « [u]n gouvernement n'est pas une abstraction théorique, une simple personnalité juridique [...]. Un gouvernement est surtout un pouvoir, une force agissante, mettant en mouvement tous les rouages de l'État, une autorité qui répond de l'ordre et le fait respecter, qui commande aux armées qui se fait obéir. Il ne suffit pas d'en porter le titre, de prétendre au droit de gouverner, il faut encore gouverner en réalité [...] ; un gouvernement a son origine dans le fait, dans la prise de possession, dans la mainmise sur les attributs du pouvoir » (*ibid.*, p. 307).

⁸⁴¹ Pour le théoricien angevin, il s'agit d'une puissance qui ne se partage pas, elle est entièrement réunie dans les mains du souverain : J. BODIN, *Les six livres de la République*, Genève, Estienne Gamonet, 1629, livre I, chap. VIII, p. 122 *sqq.* et livre II, chap. I, p. 254. Ce principe irrigue le droit constitutionnel français dès le lendemain de la Révolution française, étant consacré dans l'article 1^{er} du Titre III de la Constitution du 3-4 septembre 1791, qui dispose que « la Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible ».

⁸⁴² *Ibid.*, p. 254-255. Jean Bodin n'est d'ailleurs pas le seul à partager ce point de vue ; on le trouve formalisé chez d'autres théoriciens de l'absolutisme, tel Cardin le Bret pour qui le souverain – le roi en l'occurrence –, puisqu'il détient l'entière de la souveraineté, est le seul à pouvoir user du pouvoir de faire loi : CARDIN LE BRET, *Les œuvres de Messire C. le Bret*, Paris, Charles Osmont, 1689, p. 18.

⁸⁴³ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 138.

faisant intervenir un gouvernement de fait local, lorsque la souveraineté exercée par le pouvoir central est contestée, voire éclatée sur une portion du territoire. Cela explique les scrupules tant des gouvernants que des tribunaux à reconnaître un autre gouvernement effectif au niveau local, quand bien même ses actes le seraient, car s'il n'a jamais existé, il n'a pu valablement exercer la souveraineté, même *de facto*.

C'est la raison pour laquelle, à la même époque, à propos d'un autre gouvernement local, les cours de justice ont opté pour une solution conciliant pouvoir local et fiction d'une souveraineté indivisée. Lorsqu'il est question de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, les tribunaux comme la plupart des parlementaires considèrent être en présence d'une « fraction » du gouvernement de Paris, de représentants mandatés par l'autorité centrale mais pas d'un gouvernement local et autonome⁸⁴⁵. Toutefois, il semble qu'une telle démarche soit tributaire de la manière dont l'opposition entre gouvernement central et local a pris fin. Le pouvoir alternatif qu'a pu représenter la Délégation est absorbé et annihilé par le biais d'un procédé juridique : le 6 février 1871, le gouvernement de la Défense nationale envoie auprès de Jules Simon (déjà à Bordeaux depuis fin janvier) trois ministres – Garnier-Pagès, Pelletan et Arago – avec pour mission de reprendre la majorité à Gambetta au sein de la Délégation⁸⁴⁶. Dans cette lutte « du dogue et du chat »⁸⁴⁷ entre Gambetta et Simon, le premier, acculé, se résigne à démissionner. Le gouvernement central est alors en mesure d'effectuer les élections pour l'assemblée constituante le 8 février. En revanche, la reprise du pouvoir aux mains de la Commune, en mai 1871, passe par les armes, au terme de la semaine sanglante, dont le nom laisse à lui seul transparaitre le dénouement. La résolution relativement pacifique du dualisme institutionnel entre la Délégation et le gouvernement central est sans doute une des choses qui explique qu'elle n'ait été considérée par la suite que comme une extension de la Défense nationale, tandis que la Commune était appréciée par les autorités publiques comme un usurpateur qui ne peut prétendre au titre de gouvernement⁸⁴⁸.

Il convient de noter que si le procédé diffère, le constat final est identique : la résolution du conflit avec la Délégation permet, par la fiction de son unité institutionnelle

⁸⁴⁵ Le Tribunal civil de Marseille considère, dans un jugement du 20 juin 1872 que la Délégation exerce son autorité « comme représentant le Gouvernement de la Défense nationale » ce à quoi l'arrêt de cassation, du 8 avril 1874, *Lantal c. Asile d'Anduze*, souscrit pleinement puisqu'il précise que le gouvernement de Paris est le « gouvernement de fait seul existant alors en France » (S. 1874, I, p. 260 et p. 263). Cette lecture des événements est confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1876 *Enregistr. C. société du comptoir communal de Marseille* (S. 1876, I, p. 228-229). De même, à la Chambre des députés, au détour de quelques débats, la Délégation est le plus souvent considérée comme une « fraction du gouvernement » (Séance du 24 mars 1884, *JO*, 25 mars 1884, p. 896) ou comme un simple représentant de celui-ci (Séance du 31 mars 1871 – rapport annexe, *Annales de l'Assemblée nationale... annexes, t. 2, op. cit.*, p. 199).

⁸⁴⁶ Cette solution permet d'éviter le recours à celle, moins pacifique, qui était également envisagée : reprendre la préfecture de Bordeaux par les armes pour renverser Gambetta. V. J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁴⁷ Selon le mot de Barthélemy et Duez : J. BARTÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 10.

⁸⁴⁸ V. également : J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 258 *sqq.*

avec le gouvernement de Paris, d'affirmer une continuité de l'État en dépit de l'invasion et de la chute de l'Empire ainsi que d'affermir l'idée républicaine qui s'ancrera par la suite. De la même manière, l'épilogue martial de la Commune conduit à montrer, par la rhétorique d'une guerre interne, que le gouvernement de l'Assemblée nationale, seul à même d'apaiser les troubles au sein de l'État, était tout entier détenteur du bon droit. Ainsi, la qualification retenue à propos de la nature du pouvoir exercé est alors une arme tant juridique que politique pour apprécier une situation passée. Qualifier la Délégation ou la Commune d'usurpation, voire ne pas envisager la possibilité même qu'il puisse s'agir d'un organe autonome du gouvernement central, sert un but : dénier toute effectivité à un gouvernement local pour permettre de préserver la fiction d'une unicité laquelle assure une certaine légitimité rétroactive au gouvernement central. Cette logique qui consiste à invalider la nature de gouvernement autonome au pouvoir local, soit en niant juridiquement son indépendance du gouvernement central, soit en en faisant une usurpation emporte deux conséquences : d'une part, le gouvernement légal rétabli dispose d'une large marge de manœuvre dans l'appréciation des actes émanés de ces entités – puisque l'autorité qui les a édictés est réduite au néant institutionnel – et, d'autre part, il assoit la légitimité du gouvernement central. Cette fiction unitaire qui vise une légitimité *ex post facto* procède de la même logique qui sous-tend le gouvernement en exil, malgré le paradoxe apparent que recouvre la notion.

§2. *Le gouvernement en exil*

Lorsqu'un gouvernement est forcé de quitter l'État du fait de l'invasion de son territoire, il est possible qu'il prétende continuer à exercer la souveraineté depuis l'étranger. Le cas s'est présenté au moins deux fois dans l'histoire constitutionnelle française : avec Louis XVIII en fuite à Gand et durant l'invasion allemande de la France en 1940 avec la France libre rassemblée sous l'égide du général de Gaulle à Londres puis à Alger. Le type particulier de gouvernement de fait que constitue un gouvernement en exil semble comporter, à première vue, un vice rédhibitoire. Il n'est pas effectif, en ce sens qu'il ne peut exercer directement sa souveraineté sur le territoire qu'il prétend régir (A). Par conséquent, l'étendue de ses compétences soulève plusieurs interrogations (B) qui, lorsqu'on y s'y penche, mettent en lumière l'utilité de cette fiction juridique (C).

A. *Un gouvernement sans effectivité du fait d'une occupation du territoire*

Le 19 mars 1815, Louis XVIII est contraint de quitter le territoire du fait de l'avancée des Grognards menés par Napoléon I^{er}, remontant vers Paris depuis son débarquement dans le golfe Juan. En fuite dans le nord de la France, puis à Gand, le Roi, coupé de son territoire, prétend tout de même gouverner de l'étranger. Il légifère, publie un ersatz de

Journal officiel et continue de se prétendre souverain de la France⁸⁴⁹. Lors de la restauration de son pouvoir en juin 1815, le gouvernement royal s'emploie à légitimer *ex post facto* un pouvoir qui fut exercé de l'étranger durant l'occupation du territoire par celui que les royalistes nomment alors l'usurpateur. Le fondement du pouvoir détenu de l'étranger s'appuie donc sur l'envahissement du territoire par une force ennemie et son occupation, entraînant une paralysie des structures gouvernementales légales et la nécessité d'un départ du territoire. Une comparaison des situations respectives de Louis XVIII et de Napoléon en 1815 permet d'ailleurs de mettre en avant cet élément consubstantiel du gouvernement en exil qu'est la situation d'occupation qui s'accompagne d'une fuite du territoire. Serait-il possible de considérer le pouvoir de Napoléon à l'aune de la théorie du gouvernement en exil, dans l'intervalle de temps entre son débarquement du golfe Juan le 1^{er} mars 1815 et la restauration *de facto* des organes gouvernementaux à Paris le 20 mars ? En effet, le général corse prétend légiférer dès son débarquement et, dans sa proclamation aux Français du 1^{er} mars 1815, affirme clairement venir « reprendre » ses droits⁸⁵⁰. Il se comporte, dès le 13, comme un gouvernant puisqu'il décrète la dissolution des Chambres et la convocation, à Paris, des collèges électoraux⁸⁵¹. Pourtant, cette période ne semble guère rentrer dans le cadre d'étude du gouvernement en exil et n'a jamais été interprétée en tant que tel⁸⁵². Cela se justifie par la brièveté de la période, la reconquête quasi immédiate du pouvoir qui s'accompagne de la prise de Paris et, surtout, le fait que l'Empereur affirme restaurer son pouvoir, qu'il admet implicitement ne plus avoir détenu durant son séjour sur l'île d'Elbe. Contrairement à Louis XVIII, Napoléon n'a pas prétendu, lors de sa première déchéance, quitter le territoire pour gouverner hors des murs de la capitale.

La rhétorique du gouvernement de fait lui-même est donc une composante essentielle à l'identification d'un gouvernement en exil. Non seulement le territoire doit être occupé, mais le gouvernement, sur ce fondement, doit revendiquer la souveraineté depuis l'étranger. C'est en ce sens que, cent vingt-cinq ans plus tard le 18 juin 1940, le général de Gaulle, en exil depuis Londres du fait de l'invasion allemande sur le territoire français, lançait son célèbre appel. Dès le 27 octobre de la même année, à Brazzaville, il crée le Conseil de défense, devenant un véritable gouvernement en exil prétendant exercer la

⁸⁴⁹ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 125 *sqq.*

⁸⁵⁰ *Duvergier*, 1, 19, 445. En revanche, dans la période passée en tant que prisonnier à l'île d'Elbe, Bonaparte ne se comporte pas comme un gouvernant et ne prétend pas le faire non plus

⁸⁵¹ Décret du 13 mars 1815 (*Duvergier*, 1, 19, 448).

⁸⁵² La question s'est posée durant les débats parlementaires de septembre 1831 à propos de la reconnaissance des actes accomplis durant les Cent-Jours. Le comte Jaubert, s'interroge sur les bornes chronologiques précises des Cent-Jours et conclut : « M. Boissy-d'Anglas [...] applique cette dénomination aux cent trente premiers jours qui se sont écoulés entre le 27 février 1815 [...] et le 7 juillet [...] ; mais il nous a semblé, premièrement, qu'on ne pouvait fixer le commencement des Cent-Jours qu'au 20 mars, date de l'entrée de Napoléon à Paris. En effet, le gouvernement de Louis XVIII a duré légalement, pour la majeure partie de la France, jusqu'au 20 mars. Sans doute il a existé de fait, pendant toute la durée du merveilleux voyage de Cannes à Paris, deux gouvernements à la fois agissant l'un contre l'autre ; mais dans cette confusion universelle, tous les esprits étaient dirigés vers le siège ordinaire du gouvernement régulier, but de l'entreprise si téméraire de Napoléon : aux yeux de tous, son nouveau règne n'a véritablement commencé qu'aux Tuileries, jusque-là c'était un combat » (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559).

continuité de la République⁸⁵³. Malgré la disparité certaine des situations entre 1815 et 1940 et les résultats non moins divers qui en découlent, une étonnante similarité se dégage : dans les deux cas un gouvernement, privé de son territoire et des organes politiques centraux du fait d'une situation de guerre débouchant sur l'invasion du territoire, fuit le pays en affirmant tout de même exercer la souveraineté en dépit de l'exil.

Selon la Convention de La Haye de 1907, un « territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »⁸⁵⁴. Cette règle induit deux types de situation : la puissance occupante peut placer le territoire occupé sous la tutelle d'un gouvernement fantoche, ou bien l'État peut conserver suffisamment la maîtrise d'une partie ou de la totalité du territoire pour que le gouvernement soit relativement autonome et considéré comme *de facto*⁸⁵⁵. Dans les deux cas, le maintien de l'État est nécessaire pour que puisse exister un gouvernement en exil. En effet, à la différence de l'invasion de la France, lorsque l'Allemagne nazie a envahi l'Autriche en 1938, elle a utilisé l'argument de la *debellatio* – l'effondrement des institutions – afin d'en justifier l'annexion⁸⁵⁶. En présumant juridiquement la mort de l'État, elle étouffe toute velléité de contestation du pouvoir, puisque s'il n'y a plus d'État, il ne peut plus y avoir de gouvernement agissant en son nom, que ce soit sur son territoire ou en exil. L'occupation se distingue donc de la *debellatio* ou de l'annexion qui entraînent toutes deux un transfert immédiat de souveraineté et, par conséquent, conduisent à la disparition de l'État par incorporation de la totalité de son territoire au sein de la puissance victorieuse⁸⁵⁷. Ainsi, l'occupation est une condition *sine qua non* pour pouvoir penser le gouvernement en exil et implique que le territoire occupé se trouve doté d'un gouvernement, fantoche ou *de facto*⁸⁵⁸. Il s'agit avant tout d'une hypothèse doctrinale qui repose sur une fiction juridique : la continuation de la souveraineté à l'étranger. Néanmoins, elle ne résulte pas d'une construction *in abstracto*, puisqu'elle émerge du contexte particulier de la première moitié du XX^e siècle et des deux Guerres mondiales qui s'y succèdent. Ces conflits ont constitué un terrain propice à l'émergence de tels gouvernements, si bien qu'il n'est pas étonnant que l'une des principales tentatives de

⁸⁵³ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 152 *sqq.*

⁸⁵⁴ Article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907.

⁸⁵⁵ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 339-340.

⁸⁵⁶ F. DE KERCHOVE D'EXAERDE, « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du gouvernement belge en exil à Londres (octobre 1940-septembre 1944) », *RBDI*, t. 23/1, 1990, p. 100 *sqq.* et p. 103. La *debellatio* est un argument juridique de l'arsenal du droit international qui met l'accent sur un effondrement supposé de l'État qui justifie son annexion par une puissance étrangère. V. aussi : J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, v^o *Debellatio*, p. 294.

⁸⁵⁷ F. DE KERCHOVE D'EXAERDE, « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du gouvernement belge en exil à Londres (octobre 1940-septembre 1944) », *loc. cit.*, p. 100 *sqq.* et p. 103. La *debellatio* est un argument juridique de l'arsenal du droit international qui met l'accent sur un effondrement supposé de l'État qui justifie son annexion.

⁸⁵⁸ Selon une idée déjà évoquée en amont de ce chapitre : *cf. supra*, p. 184. V. aussi : M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 17. Cependant, Maurice Flory ne semble pas distinguer pouvoir de fait et gouvernement fantoche, ce qui est fait dans cette étude.

conceptualisation du gouvernement en exil affleure dès les années 1950, sous la plume de Maurice Flory. Auteur de l'une des seules monographies sur la notion, il prétend ainsi caractériser le gouvernement en exil à partir de deux éléments cumulatifs : l'exil sur le sol d'un État étranger causé par une occupation du territoire national et, paradoxalement, le maintien de la souveraineté du gouvernement réfugié en dépit de l'absence d'effectivité⁸⁵⁹. La pseudo-emprise étatique du gouvernement en exil qui s'exerce depuis le territoire d'un autre État souverain laisse toutefois perplexe. La délicate articulation des souverainetés qu'elle induit, tant sur l'État où le gouvernement se réfugie, qu'avec l'État occupé, n'est pas sans soulever de questions.

B. Une difficile reconnaissance de compétences

La première question est de savoir si la souveraineté de l'État qui l'accueille ne fait pas obstacle à la reconnaissance de compétences au gouvernement réfugié. Pragmatiquement, certains gouvernements, comme celui de la République de Pologne lors de son exil à partir de septembre 1939⁸⁶⁰, ont fait appel à la notion ambiguë d'extraterritorialité (que l'on retrouve aussi sous le terme d'extraterritorialité) pour résoudre ce problème⁸⁶¹. L'extraterritorialité signifie que le gouvernement en exil n'agirait pas sur le territoire de l'État d'accueil mais sur le sien propre. Cette pratique vise à bailler une terre au gouvernement réfugié pour qu'il ait fictionnellement une portion de territoire et, par conséquent, une compétence juridique en dehors de son État. Elle n'en demeure pas moins confuse : il est difficile de délimiter la compétence du gouvernement en exil ainsi que ses limites⁸⁶². C'est pourquoi Maurice Flory propose une autre solution pour se passer de l'inadéquante théorie de l'extraterritorialité. Il affirme que l'accomplissement d'actes souverains en territoire étranger est tout à fait envisageable dès lors que trois conditions sont remplies : que le souverain territorial invite formellement les gouvernants réfugiés sur son territoire, que l'exécution des actes du gouvernement en exil n'entre pas en contradiction avec les décisions du souverain territorial et que ce

⁸⁵⁹ « Quitter son territoire pour gagner la guerre, vivre sur le sol d'un État souverain et sauvegarder sa propre souveraineté, être reconnu gouvernement sans territoire ni population, telle est la situation paradoxale des gouvernements en exil », M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁶⁰ V. sur ce gouvernement : E. MCGILVRAY, *A military government in exile. The Polish Government in Exile, 1939-1945, a study of discontent*, Solihull, Helion & Company Ltd, 2010, *passim*, notamment p. 38 *sqq.* ; A. IWANŃSKA, *Exiled Governments : Spanish and Polish. An Essay in Political Sociology*, Cambridge, Mass. Schenkman, 1981, *passim*.

⁸⁶¹ S. SALMONOWICZ, « Les autorités de la Pologne en exil et l'État clandestin polonais », *GMCC*, t. 261/1, 2016, p. 29. Toutefois, le *Lexique des termes juridiques* établit aujourd'hui une nette distinction entre l'extraterritorialité et l'extraterritorialité : *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, éd. S. GUINCHARD, T. DEBARD, Paris, Dalloz, 2019, v° Extraterritorialité, p. 480 et v° Extraterritorialité, p. 481.

⁸⁶² M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 20-21. Cette pratique a donc été presque abandonnée, la notion d'extraterritorialité n'étant plus usitée aujourd'hui que pour qualifier l'immunité qui peut exempter un fonctionnaire ou une ambassade de la juridiction d'un État : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, v° Extraterritorialité, p. 443. On se référera davantage, aujourd'hui, à l'extraterritorialité des normes pour qualifier des actes juridiques qui prétendent « régir des conduites, statuer sur des situations, ou prendre en considération des faits extérieurs au territoire » (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 389 *sqq.*), mais guère en ce qui concerne les gouvernements en exil.

gouvernement réfugié sur un autre État soit reconnu⁸⁶³. En ce qui concerne la dernière condition et contrairement à ce qu'il serait possible de penser de prime abord, Flory ne fait pas référence seulement à la reconnaissance du droit international. Il semble, en parallèle, s'appuyer sur la notion d'investiture plausible proposée par Gaston Jèze⁸⁶⁴ et rend donc nécessaire un assentiment du gouvernement en exil par son peuple pour que la reconnaissance internationale puisse avoir une quelconque valeur⁸⁶⁵. La question même de la compatibilité des pouvoirs des autorités réfugiées avec l'État refuge dépend avant tout du droit interne et de l'articulation avec le droit constitutionnel de l'État occupé.

Le problème du droit interne fait alors émerger cette seconde question : comment est-il possible que l'autorité exilée prétende exercer la souveraineté de l'étranger, alors qu'il existe un gouvernement sur le territoire de l'État occupé ? Si l'on se réfère à nouveau au cas de Louis XVIII et de Napoléon entre mars et mai 1815, il faut reconnaître que le gouvernement en exil n'est pas sans poser un problème au regard du droit interne. En effet, lorsqu'au terme du *vol de l'Aigle*⁸⁶⁶, le Roi est contraint de fuir Paris, durant quelques mois, deux gouvernements ont bien estimé exercer la souveraineté au nom de l'État français. En outre, Louis XVIII, malgré l'exil, n'a eu de cesse de proclamer tout à la fois la légitimité et la légalité de son action⁸⁶⁷. Par la suite, au moment de la seconde Restauration, les autorités étatiques s'alignent sur la rhétorique du gouvernement royal en reconnaissant sa légitimité durant l'exil et niant, par conséquent, toute légitimité au gouvernement des Cent-Jours ainsi que toute effectivité de son droit en-dehors des dispositions qui sont réputées avoir été ratifiées par la Charte⁸⁶⁸. La théorie de l'exil présente donc cet écueil majeur d'impliquer l'existence de deux gouvernements qui se disputent le contrôle de l'État, alors même que l'un d'eux n'est pas effectif⁸⁶⁹. Plus

⁸⁶³ M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 19-24.

⁸⁶⁴ Abordée plus en détail dans le chapitre consacré à l'assentiment : *cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 263.

⁸⁶⁵ M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 35 *sqq.*

⁸⁶⁶ Cette expression désigne la reconquête du pouvoir par Napoléon entre son débarquement en France le 1^{er} mars 1815 et sa prise de Paris le 20 mars de la même année : v. J. TULARD, « Vol de l'aigle », *Dictionnaire Napoléon*, t. II : I-Z, éd. J. TULARD, Paris, Fayard, 1999, p. 953-954.

⁸⁶⁷ La légitimité de Louis XVIII est nettement clamée dans les proclamations royales et les écrits de l'entourage du Roi depuis Gand dans l'appareil de propagande et de législation étatique que constituait le substrat de *Moniteur universel* : v. par exemple *Journal universel*, 14 avril 1815, p. 1 ; 25 avril 1815, p. 16 ; 28 avril 1815, p. 19 ; 21 juin 1815, p. 81.

⁸⁶⁸ La solution n'est d'ailleurs pas seulement appliquée à l'autorité de Louis XVIII. Par exemple, dans l'arrêt du 31 mai 1816 *Bourdois contre Cavatte*, précitée, la Cour d'appel de Paris réfute toute légitimité au gouvernement de Joseph Bonaparte en Espagne et affirme que « le gouvernement souverain légitime résidait dans d'autres provinces et y exerçait des actes qui prononçaient la nullité de tous ceux du gouvernement intru » (*S. refondu*, 1, 5, 2, 152).

⁸⁶⁹ C'est sur ce fondement que certains auteurs rejettent la notion de gouvernement en exil. Renaud Denoix de Saint-Marc raisonne en ce sens en faisant reposer le critère d'identification de l'État sur un territoire et des individus sur lesquels l'autorité souveraine peut imposer sa volonté de sorte que, pour ce dernier : « [a]ucun État n'existe sans une base territoriale. Un gouvernement en exil, même reconnu par les États amis, ne peut pas revendiquer la qualité d'État ». R. DENOIX DE SAINT-MARC, *L'État*, Paris, PUF, 2016 (*Que sais-je ?*), p. 1. Cette analyse n'est pas suivie ici, notamment en ce que de telles conclusions conduisent à identifier totalement l'État et le gouvernement (v. *ibid.*, p. 2 *sqq.*), ce qui n'est pas le choix retenu dans cette étude.

encore, une interprétation radicale de cette théorie – qui prendrait au sérieux la rhétorique du gouvernement en exil – induit que l'autorité réfugiée se prévale d'être le gouvernement *de jure* de l'État occupé.

Pour Maurice Flory, il existe un moyen de contourner ce problème d'une multiplicité de gouvernements et de justifier un pouvoir de droit exercé par le gouvernement en exil. Puisque l'occupation diffère de l'annexion, en ce qu'elle n'entraîne pas un transfert de souveraineté au profit de l'autorité occupante, le gouvernement, même privé de sa base territoriale, n'en disparaît pas pour autant⁸⁷⁰. Il s'appuie sur l'article 42 de la Convention de La Haye qui prévoit deux conditions pour qu'il y ait occupation sur un territoire : que le gouvernement légal soit empêché sur le territoire étatique et que l'autorité occupante y ait substitué son autorité de fait⁸⁷¹. Conséquemment, cette doctrine implique, en interprétant strictement l'article 43 de la Convention de La Haye⁸⁷², de considérer que le territoire envahi est contrôlé par un gouvernement fantoche et non par un gouvernement de fait au moins partiellement autonome. Ses pouvoirs seraient donc limités et laisseraient demeurer une « lacune de compétence »⁸⁷³ en ce qui concerne les actes de disposition et de représentation nationale, exercée alors par le gouvernement en exil. Dans cette perspective, ce dernier est envisagé comme le gardien du droit, qui perdure hors du territoire de l'État. Dès lors, il n'y aurait pas vraiment de dualité dans l'exercice du pouvoir, car le gouvernement fantoche est à la fois illégal et illégitime du point de vue interne à l'État occupé. Il ne saurait y avoir de transfert juridique de la souveraineté vers le gouvernement occupant le territoire, seulement des conditions matérielles à son exercice⁸⁷⁴. Le bon droit (légal et légitime) perdurerait ainsi dans le gouvernement en exil. Toutefois, cette interprétation est insuffisante. Elle est surtout contredite tant par la pratique que par la théorie.

En pratique, elle rend nécessaire un raisonnement téléologique qui conduit, souvent, à une trop grande déformation des faits, dans la mesure où elle nécessite de considérer comme fantoche des gouvernements qui ne l'ont pas été. Dire que Napoléon, durant les Cent-Jours, est à la tête d'un gouvernement fantoche n'aurait pas de sens puisqu'il n'est pas imposé par une armée dépendant d'un État étranger occupant le territoire. De même, en 1940, la France libre nie vertement la souveraineté de Vichy en le considérant comme

⁸⁷⁰ M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 17-19.

⁸⁷¹ Article 42 (*précit.*) du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 : « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

⁸⁷² Article 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 : « [l']autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

⁸⁷³ M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁷⁴ C'est en tout cas ce qu'expose Charles De Visscher, sur le fondement de l'article 43 de la Convention de La Haye : C. DE VISSCHER, « L'occupation de guerre. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Law Q Rev.*, t. 34, 1918, p. 74. V. également : F. DE KERCHOVE D'EXAERDE, « Quelques questions en droit international public... », *loc. cit.*, p. 105.

un gouvernement fantoche, bien qu'il s'agisse pourtant d'un gouvernement effectif et distinct de l'autorité occupante⁸⁷⁵. L'intention est claire : sous-entendre que la capacité d'action légale de l'État est annihilée sur son territoire et ne pourrait être assurée que par l'autorité en exil. Pourtant, s'il apparaît difficile de considérer qu'un gouvernement légal, comme c'était le cas de celui de Louis XVIII, maintienne un pouvoir de droit alors qu'il ne dispose plus du contrôle des institutions, cela est impossible lorsque les gouvernants réfugiés à l'étranger sont sans mandat régulier, comme le général de Gaulle à Londres. Il existe toutefois des États qui, pour pallier le problème éventuel que poserait l'exil du gouvernement en situation d'invasion, prévoient le cas dans leur constitution. Ainsi en est-t-il question s'agissant du Luxembourg, dont l'article 109 de la Constitution du 17 octobre 1868 dispose que « [l]e siège du gouvernement ne peut être déplacé que momentanément pour des raisons graves ». De même, l'article 23 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas, dans sa version du 30 novembre 1887, prévoit ce cas de figure mais pour l'interdire : « [l]e Roi ne peut porter aucune couronne étrangère à l'exception de celle de Luxembourg. En aucun cas le siège du gouvernement ne peut être transporté hors du royaume »⁸⁷⁶. Dès lors, si le gouvernement réfugié est mentionné par la Constitution, il serait possible d'envisager que les autorités exilées soient titulaires d'un pouvoir de droit en vertu des textes. L'un des rares cas ayant existé dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale, celui du Grand-Duché du Luxembourg, semble infirmer ce propos. En effet, au vu de la rapide progression des troupes allemandes, le gouvernement légal luxembourgeois avait décidé de s'exiler avant une probable invasion. Lorsque le territoire fut finalement envahi, le 10 mai 1940, la Grande-Duchesse et ses ministres prirent la fuite, tandis qu'une Commission administrative, présidée par Albert Wehrer, assura provisoirement l'exercice du pouvoir exécutif. Peut-être eût-il été possible de justifier cet exil et la régularité du gouvernement sur le fondement de l'article 109 de la Constitution luxembourgeoise. Toutefois, la suite des événements apporte une complication : le 29 juillet 1940, l'Allemagne occupe totalement le Luxembourg et nomme sa propre autorité gouvernementale fantoche, avec à sa tête le nazi Gustav Simon, gauleiter du Gau Koblenz-Trier (Coblence-Trèves). Dès lors, sur le plan du droit interne, le gouvernement en exil n'a pu bénéficier d'aucune effectivité, ni territoriale, ni institutionnelle, ni même normative car c'est le gouvernement fantoche qui a, de fait, gouverné durant cette période⁸⁷⁷. L'occupation totale par l'Allemagne a empêché tout exercice du pouvoir par l'autorité en exil. Le gouvernement luxembourgeois réfugié en France, puis au Portugal, était juridiquement empêché et il est difficile, au regard de sa

⁸⁷⁵ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 184.

⁸⁷⁶ La doctrine, cependant, semble en faire une interprétation très restrictive en réservant cet article à la transmission de la Couronne par traité ou par mariage : M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 25. Il a toutefois disparu de la Constitution des Pays-Bas dans sa version révisée du 17 février 1983.

⁸⁷⁷ G. THEWES, *Les gouvernements du Grand-Duché du Luxembourg depuis 1848*, Luxembourg, Service information et presse du gouvernement luxembourgeois, 2011, p. 110-11. V. également V. ARTUSO, *La collaboration au Luxembourg durant la Seconde Guerre mondiale (1940-1944). Accommodation, adaptation, assimilation*, Frankfurt am Main, Peter Lang Editions, 2013, *passim*, notamment p. 78 *sqq.* et 85 *sqq.*

situation, d'envisager qu'il eût une compétence, de droit (sinon fictionnellement), sur le Grand-Duché durant l'occupation totale du territoire par le Reich en juillet 1940. En revanche, il était possible de ratifier *a posteriori* les actes de ce qui a constitué un gouvernement de fait, sitôt son autorité rétablie⁸⁷⁸. Ainsi, la pratique gouvernementale tend à démontrer qu'il ne peut résulter du gouvernement en exil qu'un gouvernement en rupture de légalité et, par conséquent, *de facto*⁸⁷⁹.

En théorie, l'interprétation consistant à fonder le pouvoir *de jure* du gouvernement en exil sur une lecture stricte des articles 42 et 43 de la Convention de La Haye présente un écueil majeur. Considérer l'autorité en exil comme un gouvernement de droit réfugié sur le sol d'un État tiers n'empêche pas que l'autorité gouvernant sur le territoire occupé (fantoche ou *de facto*) bénéficie d'une compétence de fait qui est elle-même reconnue par l'article 43 de la Convention de La Haye. Cet article prévoit que l'État occupant bénéficie de compétences juridiques restreintes pour « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics ». Dans le même temps, l'autorité réfugiée à l'étranger disposerait d'une compétence résiduelle, c'est-à-dire d'attributions indéterminées fondées sur son statut de gouvernement de droit, non prévues ou sous-entendues par les textes et induites par une « lacune de compétence »⁸⁸⁰. Or, cela signifie que l'autorité en exil comme l'autorité occupante partageraient une prérogative de souveraineté, voire, plus encore, que l'autorité disposant *de jure* de la souveraineté, n'en bénéficierait pas de fait sur son territoire. Sous l'angle théorique, cela heurte frontalement le caractère réputé indivisible de la souveraineté, que la notion de gouvernement en exil prétendait pourtant résoudre⁸⁸¹. Dès lors, la thèse d'un gouvernement en exil ayant une compétence *de jure* est inconciliable avec, en pratique, son incapacité territoriale (c'est-à-dire son absence d'effectivité) et, en théorie, le conflit de compétence avec le gouvernement qui, lui, est bien présent sur le territoire. La fiction du gouvernement en exil n'est toutefois pas dénuée d'une utilité juridique.

C. Une utilité à la fiction juridique

Pour comprendre sa logique intrinsèque, il convient d'appréhender le gouvernement en exil comme un type particulier de gouvernement de fait. Certains gouvernants réfugiés

⁸⁷⁸ De même, il est possible de voir dans les élections législatives du 21 octobre 1945 qui voient trois des quatre ministres revenus de l'exil élus (Pierre Dupong, Joseph Bech et Pierre Krier), une reconnaissance *a posteriori* de la légitimité du gouvernement luxembourgeois en exil. C'est comme cela que l'interprète Georges HEISBOURG, *Le gouvernement luxembourgeois en exil. 1940*, Luxembourg, Éditions de l'imprimerie Saint-Paul, 1986, p. 8.

⁸⁷⁹ Maurice Flory lui-même reconnaît que la justification de l'exil qui s'appuie sur le droit interne pour arguer de la continuité d'un régime *de jure* n'est pas satisfaisante en l'absence de texte : M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 26 et p. 27 *sqq.*

⁸⁸⁰ Selon l'interprétation que fait Maurice FLORY de l'article 43 de la Convention de La Haye. M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁸¹ C'est la conclusion à laquelle arrive François de Kerchove d'Exaerde lorsqu'il rejette cette idée d'un partage de compétences entre un gouvernement de fait (fantoche) et un gouvernement de droit (en exil) : F. DE KERCHOVE D'EXAERDE, « Quelques questions en droit international public... », *loc. cit.*, p. 107.

à l'étranger agissent d'ailleurs ainsi, s'occupant avant tout de leur légitimité, la reconstruction de leur légalité n'intervenant qu'*a posteriori*. Les hommes de la France libre ne s'y sont pas trompés : à partir de 1940, dans la mesure où ils ne peuvent prétendre à une investiture formelle, ils ne s'affirment pas immédiatement comme les représentants de la continuité *légale* de l'État, mais déclarent prolonger la *légitimité* de la République⁸⁸². Dès lors, la France libre ne prétend pas légiférer par l'exercice d'un pouvoir de droit, mais par anticipation sur sa reconquête du pouvoir, pour assurer l'*interim* durant la vacance des institutions en métropole, le gouvernement y siégeant étant fantoche. En effet, à défaut de titre juridique, les hommes du Comité national français se présentent comme un gouvernement provisoire qui, bien qu'ayant parfois recours à la rhétorique des gouvernements révolutionnaires⁸⁸³, prétend bénéficier de deux critères constitutifs du gouvernement de fait : la nécessité et l'assentiment (sur le fondement d'une adhésion du peuple français réduit au silence par l'usurpateur en métropole). C'est ici reconnaître, au moins implicitement, que l'État, Janus bifrons, est partagé entre deux gouvernements de fait qui cristallisent des projets politiques antagoniques⁸⁸⁴. Le gouvernement en exil affirme sa nécessité par le biais de la contestation de la souveraineté du régime de Vichy. Ce n'est qu'une fois qu'il dispose de la totalité du pouvoir, à la restauration républicaine, qu'il lui est possible de régulariser juridiquement la situation, tant sur le plan théorique que pratique. En substance, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 21 avril 1944 du CFLN formule un tel aveu : il dispose qu'une assemblée constituante doit être réunie « au plus tard dans le délai d'un an *après la libération complète du territoire* »⁸⁸⁵. Olivier Beaud relève, à ce titre, que le CFLN, reconnaît que le territoire n'étant que partiellement reconquis, il ne dispose ni d'une effectivité ni d'une souveraineté, sur l'ensemble du territoire⁸⁸⁶. On retrouve cette logique dans l'article 11 de l'ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental* qui prévoit sa propre application « au fur et à mesure de sa libération »⁸⁸⁷. Dès lors, si les questions soulevées par le gouvernement en exil du général de Gaulle à propos de l'articulation de la souveraineté avec le gouvernement métropolitain semblent similaires à celles du gouvernement de Louis XVIII à partir de mars 1815, les réponses diffèrent sensiblement. La légitimité seule ne saurait suffire pour juger de la juridicité du gouvernement en exil. Ce serait rendre une donnée juridique totalement – et non pas seulement partiellement – tributaire d'un élément purement subjectif. Comment apprécier la portion de légitimité dont est auréolé le gouvernement en exil par rapport au gouvernement effectif ? Et quel serait le seuil qu'il faudrait que le premier atteigne pour supplanter le second dans la capacité à représenter l'État ? Il semble important d'y

⁸⁸² V. en ce sens : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁸³ M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 74 *sqq.* et 97-98.

⁸⁸⁴ Pour la période comprise entre le 8 novembre 1942 et le 3 juin 1943, il serait même possible de compter trois gouvernements de fait, en ajoutant à Vichy et au CFLN, le « Commandement en chef civil et militaire » dirigé par le général Giraud à Alger. V. M. FLORY, *Le statut international des gouvernements réfugiés...*, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁸⁵ Ordonnance du 21 avril 1944, *JO (Alger)*, 22 avril 1944, p. 325-327 (souligné par nous).

⁸⁸⁶ O. BEAUD, « La France libre, Vichy, l'empire colonial », *loc. cit.*, p. 11-12.

⁸⁸⁷ *S.* 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585-1586.

insister, car si l'étude du droit est éminemment liée à des données politiques, elles n'en forment qu'une part et il convient de ne pas négliger les données issues du formalisme juridique et de constats empiriques. Sans quoi, le droit constitutionnel se réduirait totalement au fait politique.

Dans ce cadre, le gouvernement en exil a ceci de particulier que, comme type de gouvernements de fait, il repose tout entier sur une fiction juridique, c'est-à-dire un « artifice de technique juridique » qui consiste à faire « comme si »⁸⁸⁸. En l'occurrence, c'est *comme si* le gouvernement en exil exerçait son autorité sur le territoire étatique. Avoir recours à cette fiction n'a pas pour but d'occulter le passé, mais de prévoir, dès l'instauration ou la restauration du pouvoir exilé, des mesures transitoires qui permettront au gouvernement d'établir la fiction d'une continuité rétroactive de son pouvoir en dépit des éléments de rupture⁸⁸⁹. Cette fiction est moins une réécriture du passé, qu'un récit du futur au passé qui accompagne la transition. Elle permet surtout de doter une entité politique qui en vient à exercer la souveraineté après une période de conflit, d'un statut juridique (même *de facto*). Si la notion de gouvernement en exil soulève de nombreuses critiques, tant juridiques que politiques, ce n'est donc pas pour autant qu'il faille la considérer comme parfaitement inutile au droit interne. En pratique, le gouvernement en exil a été mobilisé. Il a donc eu une existence concrète : des gouvernements comme celui de Louis XVIII ou du général de Gaulle ont revendiqué exercer la continuité de la souveraineté de l'étranger à plusieurs reprises, sans forcément faire usage de cette terminologie, le tout dans un but précis. Cette rhétorique juridique a servi à étayer la légitimité et, *a fortiori*, la légalité des transitions du pouvoir en dépit, parfois, d'une certaine précarité juridique pour le citoyen.

⁸⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Fiction, p. 458.

⁸⁸⁹ Il s'agit là de la logique contenue dans l'ordonnance du 9 août 1944 : faire remonter l'illégitimité du gouvernement de Vichy au 16 juin 1940 – lorsqu'il était encore pourtant un gouvernement légal de la Troisième République – procède d'une fiction qui a pour but, notamment, la négation de la validité juridique de l'armistice. Cette fiction permet, en outre, d'assurer la cohérence du pouvoir en exil durant la période qui s'école du 16 juin 1940 à la mise en vigueur de l'ordonnance en 1944. V. en ce sens : B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *loc. cit.*, p. 813 *sqq.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

De loin le critère le plus trompeur, l'effectivité apparaît bien moins comme le constat objectif d'une situation donnée que comme une interprétation du fait accompli à l'aune de la prétention au pouvoir du gouvernement. Son essor sous les monarchies censitaires fait ressortir les tensions avec la légitimité. Il demeure néanmoins essentiel à l'identification du gouvernement de fait, car, faisant appel à un faisceau d'indices – effectivité territoriale, organes infra-étatiques fonctionnels et droit au moins partiellement efficace –, il renforce, *ex post*, la nécessité affirmée par le gouvernement. Aussi, loin de faire sortir le concept de gouvernement de fait du champ juridique, l'effectivité l'ancre en son sein. Il permet de replacer le concept d'État dans son emprise sociologique, pour reprendre le constat de Georg Jellinek selon lequel une conception de l'État présuppose une sociologie de l'État⁸⁹⁰. D'où une importance toute particulière des acteurs accordée au « fait accompli », dont Jellinek dit qu'il « est un phénomène historique qui a force constituante [*verfassungsbildende Kraft*] et contre lequel toute lutte menée au nom des théories de la légitimité est une entreprise vouée à l'impuissance ». Lié de près, selon cet auteur, à la nécessité (*necessitas*), il est alors considéré comme une force créatrice de droit, qui permet de penser la dialectique entre le factuel et le normatif⁸⁹¹.

Le critère de l'effectivité n'est pourtant pas exempt d'ambiguïtés et repose parfois largement sur une part de fiction, comme les notions de gouvernement local ou en exil le font ressortir. Il repose néanmoins sur une nécessité méthodologique qui consiste à ne pas appréhender le gouvernement de fait à l'aune d'une existence « idéale », mais à s'intéresser à l'« existence *factuelle* » pour reprendre le postulat de Max Weber. En d'autres termes, ajoute le penseur de Heidelberg, ce qui est déterminant c'est « le fait que, lorsqu'on invoque une autorité pour donner certains ordres, ceux-ci soient *effectivement* suivis d'effets ». Pourtant, l'affirmation de Weber est précédée d'un avertissement capital : « le fait que l'ordre soit effectivement suivi d'effet, n'est pas suffisant, car il n'est pas indifférent [...] que le sens attribué à cette obéissance soit celui de *l'acceptation* d'une norme "valide" »⁸⁹².

Seul, le critère de l'effectivité demeure donc incomplet et insuffisant pour rendre compte de la légitimité juridique du gouvernement de fait. Il est ainsi complété par un

⁸⁹⁰ Olivier Jouanjan explique ainsi que, selon le juriste de Heidelberg, : « la conception juridique de l'État présuppose une sociologie de l'État, une interprétation de son développement socio-historique de sorte que l'État, même pris sous un aspect juridique, doit d'abord être compris comme une institution sociale : s'il se distingue de la "société" en tant que société des individus autonomes, il ne saurait s'en *séparer* et, surtout, ne saurait être compris ni construit sans considération de sa sociologie » (G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 13, souligné par l'auteur).

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁹² M. WEBER, *Herrschaft* [MWG I/22-4, 2005], trad. I. Kalinowski, *La domination*, Paris, La Découverte, 2015, p. 50-51 (souligné par l'auteur).

autre qui permet la réintroduction d'un certain volontarisme dans l'art de gouverner⁸⁹³ et dont le but est de parfaire l'apparence de régularité du gouvernement de fait, contre la critique d'une soumission totale au fait accompli : l'assentiment.

⁸⁹³ Sur le terme et le sujet des « arts de gouverner », v. l'ouvrage de Michel Senellart consacré sur ce sujet : M. SENELLART, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 1995 (*Des travaux*), *passim*, notamment p. 11 *sqq.*

Chapitre 2 Assentiment

La seule effectivité semblant insuffisante pour expliquer l'exercice de la souveraineté par le gouvernement sans titre, la question de la légitimité du pouvoir reste posée. Il convient alors de s'interroger sur le fondement de l'autorité. Le gouvernement de fait, en tant qu'organe rattaché à l'État, implique une dialectique entre deux acteurs, gouvernants et gouvernés. Les gouvernants vont se prévaloir du caractère obligatoire de leurs actes pour asseoir leur pouvoir ; mais cette stabilité ne peut se consolider que sur le sentiment d'obligation qui émane du corps politique. Il devient donc nécessaire que le gouvernement puisse bénéficier de l'assentiment des gouvernés pour animer – au sens latin d'*animare*, donner vie⁸⁹⁴ – son pouvoir. Si l'effectivité le dote d'un corps, l'assentiment lui octroierait une âme. Défini par le *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie* d'André Lalande comme un « [a]cte de l'esprit qui adhère à une proposition ou état qui résulte de cet acte »⁸⁹⁵, il désigne une approbation consciente qui comporte des degrés allant de la simple opinion à la certitude. L'adhésion nécessite deux prérequis : comprendre ce à quoi on adhère et accepter inconditionnellement la proposition qui en résulte (en somme l'assentiment relève plus, pour le sujet, de la vérité que du vraisemblable)⁸⁹⁶. De tous les termes qu'il est possible de rencontrer dans l'histoire des gouvernements de fait – assentiment, acceptation, plébiscite, acclamation ou autre – l'*assentiment* est ainsi celui qui correspond le mieux au phénomène d'adhésion des gouvernés au pouvoir des gouvernants. En effet, l'acceptation comporte une dimension passive qui ne fait pas honneur aux aspérités des phénomènes d'adhésion et de rejet du pouvoir et à la part active que joue le corps politique en la matière. De même, les acclamations ne sont qu'une composante de l'assentiment, mais n'en recouvrent pas tous les aspects, tout comme le plébiscite et, de manière générale, toutes les procédures de ratification ou de validation encadrées juridiquement. Ces dernières sont, en effet, davantage centrées sur des moyens électifs de confirmation ou de consolidation du gouvernement de droit (bien que ce ne soit pas systématiquement le cas). Dès lors, l'assentiment semble comporter le degré de généralité qui permet d'appréhender dans leur globalité les différentes formes d'acceptation du pouvoir auxquelles se rattachent les gouvernements de fait, sans s'enfermer dans une conception politisée spécifique ; cela tout en faisant ressortir la double nature, sensible et volontariste, qui s'en dégage. Sensible, car l'obéissance, en venant se greffer à la nécessité du pouvoir, repose sur la

⁸⁹⁴ *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, éd. F. GAFFIOT, P. FLOBERT, Paris, Hachette, 2000, V° animo, p. 130.

⁸⁹⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 83, v° Assentiment.

⁸⁹⁶ C'est en ce sens que l'étude (certes théologique) que consacre John Henry Newmann à l'assentiment s'intéresse à ses rapports avec l'appréhension et avec l'inférence : J. H. NEWMAN, *An Essay in aid of a Grammar of Assent*, trad. M.-M. OLIVE, *Grammaire de l'assentiment*, Paris, Desclée de Brouwer, 1975, *passim*, notamment p. 59 *sqq.*, p. 221 *sqq.* et p. 333.

crainte du vide juridique et de la mort de l'État lors des périodes de crises⁸⁹⁷ ; volontariste, car l'adhésion au pouvoir met en tension le droit et la politique, si bien que les débats autour du consentement des gouvernés au gouvernement de fait insistent sur l'idée que l'assentiment n'est pas extérieur au corps politique mais émane bien des sujets eux-mêmes.

L'obéissance au gouvernement met en exergue la dialectique entre l'ordre public pour l'État et la sûreté pour le citoyen. Toutefois, le problème spécifique de l'assentiment à une autorité dénuée d'un titre à gouverner, dans un système où le légicentrisme et la place de la constitution se font de plus en plus importants, soulève des interrogations quant à la nature du pouvoir et à la place que joue le corps politique dans l'élaboration et la réception du droit de l'État. Au long des XIX^e et XX^e siècles, à chaque naissance d'un gouvernement de fait, la question est posée : pourquoi accorder son assentiment à une autorité sans titre alors même que l'État entre dans une période d'incertitudes et de tensions ? Les réponses apportées, pratiques comme théoriques, sont extrêmement diverses et il convient de les étudier pour vérifier s'il en émerge une spécificité de la reconnaissance du pouvoir de fait par le corps politique et l'importance qu'elle prend dans le droit politique.

L'assentiment est la pierre de touche d'une théorie juridique du gouvernement de fait. Corollaire à la nécessité et venant étayer le critère de l'effectivité, il dote l'ensemble d'une cohérence propre. Il est toutefois bicéphale. La problématique de l'acceptation du pouvoir touche au gouvernement de fait, mais également à la reconnaissance du gouvernement de droit. Ces interrogations sont traitées à rebours dans l'histoire constitutionnelle : l'assentiment est le plus souvent mobilisé, dans la première moitié du XIX^e siècle, comme un moyen de faire basculer le gouvernement du fait au droit. Une telle interprétation cause davantage de problèmes qu'elle n'en résout (**Section 1**). À partir des années 1848-1851, la distinction entre l'obéissance au gouvernement de fait et la reconnaissance de celui de droit s'affine, mais c'est surtout au moment des transitions

⁸⁹⁷ Une crainte récurrente, tant dans le discours des hommes politiques que des juristes et des auteurs, est celle de l'anarchie. Il faut, bien entendu, entendre le terme d'anarchie non pas dans son sens de doctrine politique mais dans un sens commun et péjoratif de délitement du pouvoir et des institutions. Cette peur de « l'anarchie », qui justifie un gouvernement de fait plutôt que pas de gouvernement du tout, est présente dans la doctrine (par exemple chez Liet-Veaux ou Jèze : G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 403-404 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 343). Elle se retrouve aussi dans la pratique. Les parlementaires y font souvent référence. Ainsi, M. Rolland d'Erceville, parle en 1822 du gouvernement de Napoléon comme d'un gouvernement de fait reconnu, qui a existé en fait, et de l'Empereur lui-même comme « l'homme qui [...] n'a détrôné que l'anarchie » (*Moniteur universel*, 1^{er} mars 1822, p. 314). Pour le comte Jaubert, en 1831, il importe avant tout dans les périodes troublées de « préserver [la France] de l'anarchie » (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1560). Cette peur est aussi un argument au renfort du pouvoir de fait. Ainsi, Louis-Philippe d'Orléans explique que malgré les dangers, il vient « préserver [le peuple] des calamités de la guerre civile et de l'anarchie » (*Duvergier*, 1, 30, 158). De même, une adresse du Gouvernement provisoire en date du 4 avril 1814 se termine ainsi : « [l]a France se reposera de ses longues agitations ; et, mieux éclairée par la double épreuve de l'anarchie et du despotisme, elle trouvera le bonheur dans le retour d'un Gouvernement tutélaire » (*Duvergier*, 1, 19, 1). Elle est enfin présente dans certaines décisions de justice : par exemple dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 février 1817, *Liste civile c. Barandon et compagnie* (S. 1817, II, p. 390 pour la mention d'une crainte de l'anarchie qui résulte d'un possible vide institutionnel).

constitutionnelles de 1870-1871 que l'assentiment devient un critère capital pour le premier. Intériorisé par les gouvernants lors des changements de régimes, il est appréhendé par certaines décisions de justice de la fin du XIX^e siècle et, surtout, par la doctrine juridique au XX^e siècle (**Section 2**).

Section 1 Critère imparfait pour distinguer gouvernement de fait et de droit

L'octroi de l'assentiment confère-t-il la qualité de gouvernement de fait ou bien de droit ? Parce qu'elle est reconnue par ses sujets, l'autorité en devient-elle pour autant légale ? Les discours de certains gouvernements de 1815 et de 1830 vont en ce sens. Par leur radicalité, ils prescrivent une nécessaire désobéissance au gouvernement de fait, assimilé à l'usurpation, tout en utilisant l'obéissance comme un argument juridique incontestable (§1). En revanche, de la Monarchie de Juillet à la chute de la Seconde République, l'adhésion des sujets est affirmée comme critère nécessaire du gouvernement de fait, pourtant les interrogations subsistent quant au rôle que peut jouer le principe de souveraineté nationale dans leur transformation en gouvernement de droit (§2).

§1. *Désobéir au gouvernement de fait, obéir au gouvernement de droit (1815-1830)*

Sous la Révolution comme durant l'Empire et la Restauration, l'assentiment est considéré comme dû au gouvernement de droit, puisqu'il est envisagé à l'aune de sa légitimité⁸⁹⁸. Parfois mobilisé comme un argument utile, il ne sert jamais à fonder le pouvoir, mais plutôt à le confirmer. Il nourrit la prétention du gouvernement à se considérer légitime, donc de droit à cette période⁸⁹⁹. Un tel discours se dégage de certaines autorités de fait. Lorsque plusieurs gouvernements s'affrontent, comme en 1815, l'assentiment est mobilisé par chacun d'eux pour s'affirmer seul vrai détenteur du pouvoir de droit, tandis que dans le même temps, l'autorité qui s'estime légitime n'a pas de mots assez durs pour réprimer l'obéissance à son ennemi (**A**). À l'inverse, si le gouvernement de fait n'est pas sérieusement contesté, il a recours à l'assentiment comme preuve de ratification d'un pouvoir de droit (**B**).

⁸⁹⁸ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 53 *sqq.*

⁸⁹⁹ Quelques auteurs soulignent l'importance de l'assentiment. Jean-Denis Lanjuinais notamment considère que le gouvernement légitime, lorsqu'il « a cessé de fait, et qu'il n'existe plus visiblement dans le territoire de l'État, n'est qu'une prétention soit légitime, soit illégitime, à laquelle chacun des citoyens peut ou doit être plus ou moins affectonné ». L'auteur d'ajouter que « personne n'est coupable [...] pour avoir servi ou obéi sous un gouvernement de fait » (J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française*, Paris, Baudouin frères, 1819, p. 15). Il met en avant la part d'assentiment dont doit se prévaloir le gouvernement de fait, surtout lorsque son effectivité est contestée.

A. *Un argument au renfort de la légitimité dans l'opposition entre Napoléon et Louis XVIII en 1815*

Le soutien des sujets envers le souverain occupe une place centrale dans le conflit qui oppose Napoléon I^{er} à Louis XVIII lors des Cent-Jours. Tous deux revendiquent une ferveur populaire qui légitimerait leur pouvoir : Napoléon, parce qu'il renverse le gouvernement implanté à Paris, porté par une nation qui le légitime et Louis XVIII, bien qu'en exil à Gand, parce qu'il est le souverain de droit et le défenseur de la France contre l'usurpateur⁹⁰⁰.

De la justification de l'Empereur lorsqu'il s'empare de Paris, on retiendra surtout cette phrase condensant l'idée même de l'assentiment dont il se prévaut : « [é]levé au trône par votre choix, tout ce qui a été fait sans vous est illégitime »⁹⁰¹. Dans cette proclamation du 20 mars 1815, Napoléon se réclame du principe de la souveraineté nationale et n'a de cesse d'affirmer que son autorité est réclamée par le peuple⁹⁰². Mais il ne faut pas s'y tromper, l'assentiment du peuple n'est pas un moyen d'étayer le pouvoir de son gouvernement de fait ; il sert à renforcer l'autorité d'un gouvernement qui se veut de droit. Il vient, selon ses propres mots, « reprendre [s]es droits » et dresse une audacieuse comparaison entre Charles VII ayant reconquis Paris des mains d'Henri VI en 1437 et lui⁹⁰³. L'analogie n'est pas fortuite, elle constitue le point d'orgue de cette proclamation : de même que le roi Charles VII reconnaissant que son pouvoir émane de l'obéissance et du soutien de son peuple « et non d'un prince régent d'Angleterre », celui de l'empereur Napoléon s'appuie sur l'assentiment indéfectible des Français, faisant défaut au gouvernement en exil à Gand. Un tel langage est ponctuellement présent dans les proclamations impériales des Cent-Jours⁹⁰⁴. Pour renforcer cette conviction, il signe un Acte additionnel aux constitutions de l'Empire le 22 avril 1815, dans lequel il affirme avoir été appelé quinze ans auparavant « par le vœu de la France, au gouvernement de l'État ». Il n'hésite d'ailleurs pas à faire reposer la légitimité de sa législation sur la conformité « aux vœux et aux besoins nationaux », soumettant le texte constitutionnel à « l'acceptation libre et solennelle de tous les citoyens »⁹⁰⁵. Ainsi, l'Acte additionnel est ratifié par le biais d'un plébiscite organisé le 1^{er} juin 1815⁹⁰⁶.

⁹⁰⁰ De tels arguments viennent compléter la rhétorique de ces deux gouvernements en termes de nécessité (cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 123 *sqq.*). Sur la notion de gouvernement en exil et ses apories, cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 211 *sqq.*

⁹⁰¹ *Proclamation de Napoléon Bonaparte aux Français*, 20 mars 1815 (Duvergier, 1, 19, 445).

⁹⁰² *Ibid.* : « Français, dans mon exil, j'ai entendu vos plaintes et vos vœux : vous réclamez ce Gouvernement de votre choix qui seul est légitime » (souligné par nous).

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 445-446.

⁹⁰⁴ Par exemple dans la *proclamation à l'armée* où Napoléon s'estime « appelé au trône par le choix du peuple » (Duvergier, 1, 19, 446) ; ou encore dans des lettres adressées le 4 avril 1815 aux souverains d'Europe pour justifier sa prise de pouvoir, dans lesquelles il aurait affirmé qu'elle résulte de « la volonté unanime d'une grande nation qui connaît ses devoirs et ses droits » (NAPOLÉON I^{er}, T. DUMERSAN, *Proclamations et harangues de Napoléon Bonaparte*, Paris, Lecoq et Pougin, 1835, p. 235).

⁹⁰⁵ Duvergier, 1, 19, 482.

⁹⁰⁶ Sur ce plébiscite : F. BLUCHE, *Le plébiscite des Cent-Jours (avril-mai 1815)*, Genève, Librairie Droz, 1974, *passim*.

Louis XVIII s'appuie également sur une forme d'assentiment, non pas par le biais de la souveraineté nationale mais, assez logiquement, par l'obéissance des sujets au gouvernement légitime. Dès ses premières ordonnances publiées au *Journal universel* – l'organe de presse officiel du Roi en exil depuis Gand⁹⁰⁷ –, il prohibe l'obéissance au gouvernement de fait en insistant sur l'idée selon laquelle seul le gouvernement de droit, le sien, mérite l'assentiment. Cette rhétorique prédomine dans deux ordonnances. La première, du 14 avril 1815, porte défense à tous les sujets de payer aucune espèce d'impôt au « gouvernement dit impérial » et interdit à tout Français d'obéir à aucune prétendue loi de conscription⁹⁰⁸. La seconde, du 17 juin 1815, interdit aux magistrats et agents de l'État l'application d'un décret impérial du 9 mai 1815⁹⁰⁹. Le rapport de Chateaubriand du 15 juin qui motive cette dernière ordonnance commence d'ailleurs par les mots suivants : « Sire, la France entière demande son Roi ; les sujets de votre majesté ne dissimulent plus leurs sentiments... »⁹¹⁰. Ces tentatives d'étayer le pouvoir en exil par le soutien d'un peuple prétendument opprimé par l'usurpateur sont légion. Le Roi n'hésite pas à mettre l'accent sur sa légitimité malgré son absence effective : dans une déclaration du 2 mai 1815, il affirme ainsi que Napoléon « a fait succéder l'usurpation à l'autorité légitime, et la tyrannie à l'équitable empire des lois »⁹¹¹. En miroir des sujets rangés derrière la cause royale, il dépeint « la violence d'une soldatesque mutinée, que des chefs traîtres et parjures ont égarée par des espérances mensongères »⁹¹². Le roi en appelle donc aux « sentiments de [ses] sujets »⁹¹³ pour mettre fin à ce qu'il qualifie de révolte. Il va même jusqu'à instituer une « médaille de la fidélité » par une ordonnance du 17 mai 1815, toujours depuis Gand, dont le but est de récompenser les Français qui se sont ralliés à sa cause, mais aussi ceux qui contribuent au renversement du « gouvernement de l'usurpateur »⁹¹⁴. Le roi s'efforce, par ces différents procédés, de désamorcer une situation où l'obéissance, même passive, au gouvernement des Cent-Jours pourrait être un argument en faveur de l'autorité dont se prévaut Napoléon.

Napoléon et Louis XVIII s'affrontent sur un même champ de bataille rhétorique. Ils ont recours à des justifications similaires en s'affirmant tous deux souverains de droit, portés par le sentiment de leur peuple. L'argument de l'assentiment est employé avant tout ici dans un discours de la légitimation propre aux gouvernements révolutionnaires ou de restauration : elle sert à alléguer un pouvoir de droit. D'ailleurs, les deux autres

⁹⁰⁷ Pour davantage de détails à propos du *Journal universel* : cf. Partie I – Titre I, Chapitre 2, p. 126 et la note associée.

⁹⁰⁸ *Journal universel*, 14 avril 1815, p. 1.

⁹⁰⁹ *Journal universel*, 17 juin 1815, p. 79. Le décret du 9 mai promulgué par Napoléon prévoyait notamment le retour en France des citoyens exilés ayant suivi Louis XVIII, sous peine de sanctions (v. en ce sens : Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 126).

⁹¹⁰ *Journal universel*, 17 juin 1815, p. 79.

⁹¹¹ Déclaration du 2 mai 1815 (E. ROMBERG, A. MALET, *Louis XVIII et les Cent-Jours à Gand. Recueil de documents inédits*, t. 1, Paris, Alphonse Picard et fils, 1898, p. 47).

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.*, p. 48.

⁹¹⁴ Ordonnance du 17 mai 1815 (*Journal universel*, 19 mai 1815, p. 44).

gouvernements de fait de cette période – le gouvernement sénatorial en avril 1814 et la Commission de gouvernement de la Chambre des représentants de juin 1815 – ne s'aventurent pas sur ce terrain. Conscients de leur absence de titre à gouverner et se comportant comme des gouvernements provisoires et non révolutionnaires, ils n'ont pas recours à une justification fondée sur l'assentiment pour étayer leur pouvoir de fait. Tout au plus, la Commission de gouvernement de la Chambre des représentants rattache-t-elle son pouvoir à sa nomination par des représentants qui disposent d'un mandat électif⁹¹⁵, mais elle ne prétend jamais, durant sa courte existence, à un quelconque assentiment populaire qui légitimerait son gouvernement⁹¹⁶. En revanche, ces deux gouvernements s'appuient sur les principes de la souveraineté nationale dans les projets de constitution qu'ils élaborent⁹¹⁷. Au cours de cette période, l'assentiment semble donc plus volontiers un principe utilisé pour ratifier le pouvoir que pour le fonder. Les gouvernements de fait de 1830 poussent cette logique encore plus loin.

B. L'assentiment comme ratification du pouvoir de droit sous la révolution de Juillet

Les premières proclamations du gouvernement de la Commission municipale qui prend le pouvoir lors de la révolution de 1830 sont prudentes sur la question du soutien que le peuple lui confère, se concentrant surtout sur la nécessité et la légitime défense face aux abus de Charles X. Toutefois, c'est au nom d'une nation qui « veut un gouvernement et des lois dignes d'elle »⁹¹⁸ que prétend agir la Commission municipale. Par un habile procédé rhétorique, les gouvernants affirment qu'ils n'ont fait qu'accepter un « mandat » imposé par les circonstances pour les associer étroitement à la nation insurgée contre le monarque. Tout mandat supposant un mandant, par le choix de ce terme, la Commission entend se placer en mandataire du peuple et tirer son autorité de lui⁹¹⁹. Toute l'ambiguïté de cet argument réside dans la tension entre la situation de fait et l'hypothèse du mandat censée l'exclure. En effet, la situation de fait implique l'exercice

⁹¹⁵ V. la déclaration de la Chambre des représentants du 5 juillet 1815 (*Moniteur universel*, 6 juillet 1815, p. 769) ou encore la proclamation de la Commission de gouvernement du 24 juin 1815 (*Moniteur universel*, 25 juin 1815, p. 728).

⁹¹⁶ La Chambre elle-même, en revanche, s'appuie parfois sur la souveraineté nationale : une loi du 6 juillet 1815 concernant les droits de la nation française promulguée par la Commission fait état d'une déclaration de la Chambre qui insiste sur l'importance de la souveraineté nationale et dit même qu'elle « ne saurait jamais avouer pour chef légitime de l'État, celui qui, en montant sur le trône, refuserait de reconnaître les droits de la nation et de les consacrer par un pacte solennel... » (*Duvergier*, 1, 19, 530).

⁹¹⁷ Pour le premier, v. par exemple le décret du Sénat conservateur à propos du projet de constitution du gouvernement provisoire : *Duvergier*, 1, 19, 6 ; pour le second, v. le projet de constitution de la Chambre des représentants : *Duvergier*, 1, 19, 523.

⁹¹⁸ Selon une *Proclamation de la Commission municipale de Paris aux habitants (sic)* du 31 juillet 1830 (*Duvergier*, 1, 30, 156).

⁹¹⁹ « Habitans de Paris, nous sommes fiers d'être vos frères : en acceptant des circonstances un mandat grave et difficile, votre commission municipale a voulu s'associer à votre dévouement et à vos efforts ; ses membres éprouvent le besoin de vous exprimer l'admiration et la reconnaissance de la patrie. Leurs sentiments, leurs principes sont les vôtres : au lieu d'un pouvoir imposé par les armes étrangères, vous aurez un gouvernement qui vous devra son origine » (*ibid.*).

d'une compétence sans droit ; le mandat, au contraire, confère un titre pour exercer un pouvoir⁹²⁰. La performativité juridique de l'argument est assez peu convaincante. Il ne s'en dégage pas l'idée d'un mandat de fait ; sa seule utilité, pour la Commission, est de laisser sous-entendre que la transition constitutionnelle qui s'opère vient de la nation, bien que dépossédée des moyens d'agir. Louis-Philippe d'Orléans, lui non plus, ne s'appuie pas sur un assentiment populaire. Tout au plus, à l'instar du gouvernement qui le précède, se pose-t-il en défenseur de la nation agressée lorsqu'il accepte la Lieutenance générale du Royaume par une proclamation du 31 juillet⁹²¹. Une partie des députés, par une proclamation du même jour, confirme d'ailleurs cette lecture des événements⁹²².

En outre, il est clair pour eux que le gouvernement de fait agit d'abord eu égard à la situation et que l'assentiment vient dans un second temps ratifier son action. Dans la proclamation des députés du 31 juillet, l'expression du vœu de la nation, donc l'acceptation du gouvernement, repose sur « l'intervention régulière des Chambres »⁹²³. De même, le général Lafayette rejoint cette rhétorique d'une action nécessaire du gouvernement de fait dans un premier temps et d'une ratification *a posteriori* par la nation. Lors de cette journée du 31 juillet, riche en proclamations, il annonce la réunion des Chambres sous trois jours, car « les représentans des collèges électoraux, honorés de l'assentiment de la France entière, sauront assurer à la patrie [...] toutes les garanties de liberté, d'égalité et d'ordre public que réclament la nature souveraine de nos droits et la ferme volonté du peuple français »⁹²⁴.

Louis-Philippe est tout en nuances dans son discours devant les Chambres réunies le 3 août : il affirme avoir été appelé à gouverner du « vœu de [s]es concitoyens », mais il s'empresse toutefois de lier son destin à celui des Chambres, à qui il « appartient de [l]e guider » pour former un « Gouvernement libre »⁹²⁵. L'assentiment n'est donc pas envisagé ici pour légitimer directement le gouvernement de fait mais bien pour ratifier son action et pour lui conférer une nature de gouvernement de droit fondée sur le principe de la souveraineté nationale. Pour autant, un tel argument procède d'une confusion, volontairement entretenue par les gouvernants de fait, entre le soutien présumé du peuple au gouvernement et une procédure juridique de ratification de l'acceptation du pouvoir (assez diversement appréciée selon les auteurs d'ailleurs, entre élection, référendum, plébiscite voire octroi ou promulgation d'une constitution). Pourtant, la ratification, même élective, ne se confond pas avec l'assentiment présumé

⁹²⁰ En ce sens : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, op. cit., p. 15.

⁹²¹ *Proclamation du duc d'Orléans aux habitans de Paris, par laquelle il accepte les fonctions de Lieutenant-général du royaume du 31 juillet 1830* (Duvergier, 1, 30, 158).

⁹²² *Proclamation adressée au peuple français par les députés de départemens réunis à Paris du 31 juillet 1830* (Duvergier, 1, 30, 158).

⁹²³ « Un gouvernement qui, sans délai, nous garantisse ces biens, est aujourd'hui le premier besoin de la patrie. Français, ceux de vos députés qui se trouvent déjà à Paris se sont réunis et, en attendant l'intervention régulière des Chambres, ils ont invité un Français, M. le duc d'Orléans, à exercer les fonctions de Lieutenant-général du Royaume » (*Ibid.*).

⁹²⁴ *Proclamation du général Lafayette aux citoyens de Paris du 31 janvier 1830* (Duvergier, 1, 30, 159) (*sic*).

⁹²⁵ *Discours prononcé par Mgr. Le duc d'Orléans, Lieutenant-général du royaume, à l'ouverture de la session des Chambres législatives du 3 août 1830* (Duvergier, 1, 30, 162).

ou prétendu d'un gouvernement de fait. Cela est mis progressivement en lumière, sous la Monarchie de Juillet et sous l'Assemblée constituante de 1848, par les débats parlementaires s'y rapportant.

§2. *Obéir au gouvernement de fait et reconnaître le gouvernement de droit (1830-1852)*

Jusqu'en 1830, l'argument de l'assentiment se fait une place supplétive, mais nécessaire, dans la rhétorique des gouvernements de fait. Il demeure toutefois essentiellement politique. Considérer que l'obéissance au gouvernement constitue à elle seule le moyen pour lui de revêtir l'habit du droit impliquerait de subordonner le gouvernement de droit uniquement à la souveraineté nationale, c'est-à-dire à un principe de légitimité politique. Cette conception a déjà fait l'objet d'une critique pour son incompatibilité avec une théorie juridique du gouvernement de fait⁹²⁶. C'est justement à propos de telles questions qu'entre 1830 et 1852 une distinction se fait de plus en plus nette entre l'assentiment octroyé provisoirement au gouvernement de fait et la sanction de la nation par le biais de procédures juridiques pour le consacrer en tant que gouvernement de droit. En germe sous la Monarchie de Juillet (**A**), elle apparaît avec davantage de netteté dans les débats de 1848 (**B**).

A. *La distinction naissante entre acclamation et élection sous la Monarchie de Juillet*

Les questions relatives à l'obéissance des citoyens envers une autorité dénuée de titre à gouverner abondent à l'occasion des débats de 1831 à la Chambre des députés concernant les actes promulgués durant les Cent-Jours. Outre que ces débats permettent de dégager un principe d'effectivité du gouvernement de fait⁹²⁷, ils permettent également d'entrevoir les prémices d'un critère fondé sur l'assentiment, où l'acclamation consacrerait le gouvernement de fait, tandis que l'autorité légale se prévaudrait d'une reconnaissance par l'élection (**1**). Toutefois, dans les différents discours entendus, l'assentiment constitue davantage un argument rhétorique incertain qu'un critère juridique, si bien que toute distinction demeure balbutiante (**2**).

1. Les prémices d'une distinction

Deux idées phares traversent les débats parlementaires de 1831, synthétisées par le comte Jaubert lors de la séance du 12 septembre : « [l]e principe du gouvernement de fait est le même que celui de la souveraineté nationale », ce qui signifie qu'un « gouvernement ne peut [...] se soutenir qu'autant qu'il obtient l'assentiment au moins

⁹²⁶ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 62 *sqq.*

⁹²⁷ Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 173 *sqq.*

tacite de la nation »⁹²⁸. Toutefois, ce qui se cache derrière la notion d'assentiment n'est pas très clair. Jaubert le fonde sur une effectivité indexée sur la durée, mêlée au principe de la souveraineté nationale, au sujet duquel il ne donne guère plus de précisions. Ce qui contribue à cette confusion est le parallèle constant établi entre la situation de 1815 et celle de 1830. Le général Lamarque, le 16 septembre, ajoute : « Napoléon régnait en vertu du même titre que règne aujourd'hui Louis-Philippe... », c'est-à-dire la souveraineté de la nation. Il ne cherche pourtant pas plus à préciser ce qu'il entend par là⁹²⁹. Ainsi, le rapprochement entre l'Ogre corse et le roi des barricades, portés tous deux par la nation, sert incidemment d'appui à la légitimité du régime. Le premier peut régner du fait de l'assentiment dont il bénéficie, de même que le second est certes issu d'une insurrection, mais par un « vœu national », selon François Mauguin⁹³⁰ ayant recours, lui-aussi, à la comparaison⁹³¹. Mauguin va cependant plus loin, en affirmant qu'il faut « distinguer les gouvernemens en deux espèces : les gouvernemens de droit divin, et les gouvernemens de fait », les seconds étant ceux qui existent factuellement, tandis que les premiers « ne tiennent aucun compte des faits, les regardant comme non-avenus »⁹³². Il affirme ici avec force que l'un de ces deux types de gouvernements exerce le pouvoir conformément au vœu national – il est accepté par le peuple – tandis que l'autre ne prétend régner qu'en vertu d'un droit divin. Plus qu'une simple critique envers le gouvernement de Louis XVIII à Gand en 1815, il s'agit, pour l'orateur, de réfuter les attaques des légitimistes envers le gouvernement de Juillet en liant gouvernement de fait et vœu national. Ainsi, s'il reste tout de même difficile de dégager de ces débats un assentiment comme critère spécifique du gouvernement de fait, le point commun de ces discours est de mettre en avant le rôle central d'une nation abstraite, mais nécessaire, à la légitimité du gouvernement, qu'il soit *de facto* ou *de jure*.

Toutefois, une distinction par degrés est parfois opérée entre élection et acclamations. D'abord, d'une manière peu nette dans l'opinion de Boissy d'Anglas, auteur de la proposition de loi débattue. Il considère le gouvernement des Cent-Jours *de jure* dans la mesure où l'Acte additionnel a reçu une sanction de la nation par le suffrage⁹³³, avec le

⁹²⁸ Séance du 12 septembre 1831 (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559).

⁹²⁹ Séance du 15 septembre 1831 (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588).

⁹³⁰ Mauguin est un avocat et homme politique d'obédience plutôt libérale, qui se teinte de conservatisme à mesure que sa carrière avance. Député sous les monarchies censitaires (de 1827 à 1848), puis représentant à l'Assemblée nationale de 1848 et de nouveau à l'Assemblée législative, les poursuites d'un créancier mettent brusquement un terme à ses ambitions politiques. L'événement conduit à son incarcération et il devra son retour à la vie civile au coup d'État du 2 décembre 1852. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. IV, *op. cit.*, 1891, v° Mauguin (François), p. 315-317.

⁹³¹ *Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1590 : « Pourquoi dans les Cent-Jours y eut-il révolte et rébellion ? Parce qu'il y avait vœu national, parce que le vœu national avait repoussé le droit divin et la légitimité. (*Marques générales d'approbation.*) Eh bien ! en 1830, il y a eu aussi vœu national, il y a eu proscription de la légitimité et du droit divin, et la résolution que vous prendrez pour 1815 va donc nécessairement qualifier l'époque actuelle ».

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ *Ibid.*

plébiscite du 1^{er} juin 1815⁹³⁴. Si la procédure électorale atteste la qualité de gouvernement de droit, il n'est pas clair, en revanche, en ce qui concerne la période qui précède le vote du 1^{er} juin. Il prétend faire remonter la légitimité de l'Empereur à son débarquement du golfe Juan ; l'assentiment par le suffrage pourrait donc englober l'action du gouvernement jusqu'à ses origines. Pourtant, il étaye ses prétentions non plus sur le suffrage, mais sur « les acclamations des peuples qui le saluèrent à son débarquement ». Les acclamations, la ferveur populaire, le plébiscite, tout est fondu en un seul ensemble qui conduit à ce que les actes de Napoléon aient été « sanctionnés par la volonté de la nation »⁹³⁵. Pour Boissy d'Anglas, l'élection reste le mètre étalon de l'assentiment, les acclamations venant renforcer *a posteriori* la légitimité du gouvernement. L'élection est nécessaire pour la ratification des actes du gouvernement, mais pas suffisante pour sa rétroactivité. C'est à ce moment qu'interviennent les acclamations, à titre de preuves.

Les considérations d'André Dupin et d'Odilon Barrot à ce propos sont plus claires et plus nuancées. Le 16 septembre, le premier affirme, après avoir critiqué les partisans du gouvernement en exil de Louis XVIII, « qu'il faut au moins attendre que le gouvernement de fait fût établi par l'assentiment général, par l'acclamation universelle, pour valider les actes de ce gouvernement »⁹³⁶. De même, Odilon Barrot pose la question de savoir si les grades militaires octroyés par l'Empereur durant les Cent-Jours seront tous ceux compris dans le laps de temps entre son débarquement et le retour des Bourbons, ou seulement « ceux conférés depuis le moment où le gouvernement de fait environnés des chambres et avec l'assentiment du pays s'était établi en France »⁹³⁷. Les deux orateurs semblent considérer que le gouvernement de fait, en plus d'avoir été effectif, doit avoir bénéficié de l'assentiment du pays pour mériter d'être reconnu. Ils distinguent donc gouvernement de fait – Odilon Barrot parle d'un gouvernement « régulier », « reconnu » et « établi » – et de droit. Leurs propos visent la reconnaissance des gouvernements de fait – celui des Cent-Jours, mais également le gouvernement sénatorial en 1814 et celui de la Chambre des représentants en 1815 – au seul motif qu'ils ont bénéficié d'un assentiment général (toujours sans vraiment en définir le contenu) et, pour Odilon Barrot, de Chambres parlementaires. Les deux hommes paraissent établir une distinction entre une élection qui conférerait la qualité de gouvernement de droit par des procédés légaux et des acclamations, ou une acceptation tacite du pouvoir, consécutives à un gouvernement de fait.

2. Une distinction encore balbutiante

Malgré la richesse des débats de 1831, l'assentiment de la nation n'est guère utilisé à titre de distinction entre gouvernement de fait et de droit dans les années qui suivent. Seule la portée politique de l'assentiment est retenue, essentiellement en ce qu'il est

⁹³⁴ F. BLUCHE, *Le plébiscite des Cent-Jours...*, *op. cit.*, p. 36 *sqq.*

⁹³⁵ Séance du 15 septembre 1831 (*Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588).

⁹³⁶ Séance du 16 septembre 1831 (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605).

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 1606.

allégué par les défenseurs du régime pour affirmer sa légitimité et rejeter les accusations d'usurpation contre Louis-Philippe proférées par les légitimistes⁹³⁸. L'avocat général Jean-Charles Persil n'affirme rien de moins dans une plaidoirie lors de l'audience du 13 mai 1832 devant la Cour d'assises de la Seine⁹³⁹. À l'occasion d'une affaire de provocation à la désobéissance aux lois dont est accusé M. Fleury, le directeur de *La gazette de France*, Persil est scandalisé par les charges répétées de la revue, pendant vingt mois, contre le régime, arguant que « le gouvernement de juillet n'est pas l'expression du vœu national ; que la France veut la légitimité et que Henri V peut seul la rendre heureuse... »⁹⁴⁰. La revue entend donc que, de la révolution de Juillet, ne résulterait « *qu'un pouvoir de fait* » ce qui est, pour l'avocat général, une négation directe des « droits que le roi tient du vœu de la nation française »⁹⁴¹. Adolphe Thiers tient un discours similaire en défense du gouvernement de Louis-Philippe. Le 5 janvier 1833, une question relative à l'arrestation de la duchesse de Berry par le gouvernement est portée à la Chambre des députés⁹⁴². Ses partisans s'insurgent contre un gouvernement de fait qui, de surcroît, n'aurait pas le droit de la juger. Au contraire, Thiers affirme que, n'eût-il été qu'un gouvernement de fait, il aurait eu le droit de se défendre, mais qu'il constitue résolument un gouvernement de droit, dans la mesure où la révolution de Juillet a exprimé « d'une manière si terrible, si écrasante et si généreuse en même temps, la volonté nationale »⁹⁴³. La nation, si elle peut constituer le point de départ du gouvernement de fait, constitue certainement le point d'arrivée du gouvernement de droit.

Les débats parlementaires français relatifs à la guerre civile espagnole et à ses conséquences confirment ce constat de la portée essentiellement politique de l'argument de l'assentiment, qui est avant tout utilisé pour déterminer le gouvernement de droit. La Première Guerre carliste, qui frappe l'Espagne de 1833 à 1839, a pour cause directe la querelle de succession qui s'ouvre à la mort du roi Ferdinand VII en 1833. Dans sa *pragmatique sanction* du 29 mars 1830, Ferdinand prévoyait que sa fille Isabelle née en 1830, issue de son quatrième mariage avec Marie-Christine de Bourbon, lui succéderait – en

⁹³⁸ Un exemple éloquent se trouve dans un écrit de Thiers en défense de la Monarchie de Juillet. Dans cet opuscule, publié en 1831, l'auteur énonce que la monarchie sortie de l'insurrection, « ayant l'assentiment universel, devait se passer de la sanction populaire » (A. THIERS, *La monarchie de 1830*, Paris, Alexandre Mesnier, 1831, p. 43). L'auteur utilise l'assentiment avant tout à des fins politiques, demeurant flou sur une distinction éventuelle entre pouvoir de fait et de droit qu'il octroierait.

⁹³⁹ Il est déjà question de cette affaire en amont de ce propos : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 179.

⁹⁴⁰ *Moniteur universel*, 17 mai 1832, p. 1212.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 1213 (souligné par l'auteur).

⁹⁴² Sur ce point : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 178.

⁹⁴³ Séance du 5 janvier 1833 (*Moniteur universel*, 6 janvier 1833, p. 34) : « Quant au droit du gouvernement dans cette circonstance, il est inattaquable. Ne serait-il qu'un gouvernement de fait, qu'il aurait le droit, comme tout être collectif ou individuel, de se défendre et d'arrêter les ennemis qui viennent porter la guerre chez lui. Mais heureusement je n'en suis pas là de mes convictions ; je n'en suis pas à regarder le gouvernement de juillet comme un gouvernement de fait ; il est pour moi un gouvernement de droit ; son droit est de l'origine la plus pure et la plus sacrée qui fut jamais, il est au-dessus de cette légitimité tant vantée, il est dans une révolution qui a exprimé d'une manière si terrible, si écrasante et si généreuse en même temps, la volonté nationale ».

dépit des règles successorales alors en vigueur – avant de revenir sur sa décision⁹⁴⁴. À la suite du décès de Ferdinand, Marie-Christine obtient le droit d'exercer la régence au profit de sa fille. Seulement, Carlos Maria Isidro, frère du défunt roi, s'estimant légitime successeur, tente de prendre le pouvoir ce qui entraîne des insurrections dans tout le nord du pays jusqu'en 1839⁹⁴⁵. Entre octobre 1840 et juillet 1843 le général Baldomero Espartero pousse Marie-Christine à l'exil et se déclare lui-même régent jusqu'à ce que des soulèvements ne le poussent à fuir pour Londres, tandis que se forme un gouvernement provisoire dans l'attente du retour de l'infante Isabelle au pouvoir⁹⁴⁶. D'un point de vue formel, plusieurs gouvernements inconstitutionnels se succèdent. Pourtant, lorsqu'il est question du gouvernement d'Espartero, les hommes politiques français ne semblent pas avoir de problèmes à le reconnaître comme gouvernement de droit, sur le fondement de l'assentiment qu'ils lui prêtent. Lors de la séance du 4 janvier 1841 à la Chambre des pairs, François Guizot – ministre des Affaires Étrangères – est interpellé par Paul de Noailles à propos de l'ouverture d'un crédit de 700 000 francs pour le secours aux réfugiés étrangers⁹⁴⁷. Le duc prend prétexte de ce crédit pour demander de plus amples précisions au ministre sur la situation de l'Espagne et l'influence qu'a exercée la France durant cette crise, ainsi que le rôle qu'elle entend jouer dans la péninsule ibérique. Pour Guizot, il est important de revenir sur la nature du gouvernement avec lequel traite la France. Sans que sa position ne soit exempte d'ambiguïtés, le ministre insiste sur le fait que si la France soutient les prétentions d'Isabelle II au trône, l'organisation de son administration intérieure ne la regarde pas. Pour lui, « [l']administration qui régit aujourd'hui l'Espagne est son gouvernement de fait ; elle est reconnue par le pays tout entier ; il n'y a aucune guerre civile en Espagne », mais il ajoute, sur ce fondement, que c'est en même temps son gouvernement de droit⁹⁴⁸. Le caractère sibyllin de l'assertion s'explique en fait par deux raisons : politique, d'une part, car Guizot insiste sciemment sur la nécessité de traiter avec le gouvernement du général Espartero et juridique, d'autre part, car il semble envisager le gouvernement de fait comme la première étape avant le gouvernement de droit. Ce serait l'assentiment qui viendrait auréoler le gouvernement de fait d'un titre, lui permettant d'être considéré comme le gouvernement de droit. Ce qui importe à Guizot c'est la présence d'un gouvernement non contesté par une insurrection et reconnu par la population⁹⁴⁹.

Cela n'est d'ailleurs pas sans faire écho aux termes employés quelques années après par le président du conseil Joaquín María López – chef du gouvernement depuis la chute

⁹⁴⁴ J. CANAL, *et alii*, *Histoire de l'Espagne contemporaine. De 1808 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2021 (*Mnémosya*), p. 45-46. Le rétablissement de la loi salique – donc l'annulation de la pragmatique sanction de mars 1830 – aurait été extorqué à un Ferdinand mourant par son frère don Carlos.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 57 *sqq.* La Première Guerre carliste s'achève le 29 août 1839 par un compromis entre le parti carliste et celui de la régente.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 65 *sqq.*

⁹⁴⁷ Séance du 4 janvier 1841 à la Chambre des pairs (*Moniteur universel*, 5 janvier 1841, p. 18).

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁴⁹ *Ibid.* : Puisque, pour Guizot, il n'y a aucune guerre civile en Espagne, « nous n'avons aucune raison pour ne pas continuer avec cette administration les relations que nous avons avec le gouvernement de la Reine dans les années précédentes ».

du général Espartero en juillet 1843 et le retour au pouvoir d'Isabelle II – devant le Sénat espagnol le 20 octobre 1843. Lopez n'hésite pas à proclamer qu'en Espagne « il n'y a pas d'autre gouvernement que celui qui existe en ce moment, et c'est un gouvernement de fait et de droit : de fait, parce qu'il a triomphé ; de droit, parce qu'il a été proclamé par la nation, usant de sa souveraineté, qui est le titre le plus puissant qu'on puisse alléguer »⁹⁵⁰. Ainsi, selon la conception soulevée par Lopez, le gouvernement de fait est celui qui a su se rendre effectif⁹⁵¹, tandis que l'assentiment vient lui conférer la qualité de gouvernement de droit. Il n'est alors pas encore tout à fait envisagé comme un critère propre au gouvernement de fait. Il faut attendre, pour cela, les débats politiques de 1848.

B. La distinction affirmée entre assentiment et absolutisme dans le sillon de 1848

Conjointement à la révolution de 1848, les débats politiques vont permettre de préciser les contours de l'acceptation du pouvoir du gouvernement de fait tout en la distinguant des procédures d'adhésion ou de ratification en faveur du gouvernement de droit. Dans la crise constitutionnelle qui s'ouvre en février, la question de la force des acclamations est loin d'être accessoire pour les députés, surtout lorsqu'ils s'interrogent sur la nature du gouvernement qui doit succéder à celui qui vient de tomber. Peu après le début de la révolution, Louis-Philippe abdique en faveur de son petit-fils le comte de Paris. Le droit prévoyait pourtant d'autres modalités pour le cas où une pareille situation se présenterait : une loi du 30 août 1842 octroyait la régence à Louis d'Orléans, duc de Nemours⁹⁵². Toutefois, une possible régence de sa belle-fille, Hélène de Mecklembourg-Schwerin, duchesse d'Orléans, est envisagée⁹⁵³. Dès lors, trois solutions se présentent aux parlementaires lors de ce qui fut la dernière séance de la Chambre des députés de la Monarchie de Juillet, le 24 février⁹⁵⁴ : reconnaître la régence de droit du duc de Nemours, accepter celle de la duchesse d'Orléans ou, comme le propose Pierre-Marie de Saint-Georges, dit Marie, prononcer la constitution d'un gouvernement provisoire⁹⁵⁵. Nemours se récuse assez rapidement, conscient de son impopularité, pour laisser la place

⁹⁵⁰ Séance devant le Sénat espagnol du 20 octobre 1843, d'après la *Gazette de Madrid* du 21 octobre reproduite dans le *Moniteur universel*, 29 octobre 1843, p. 2340.

⁹⁵¹ Il précise même, face à un sénateur qui qualifie un mouvement insurrectionnel en Espagne de gouvernement de fait, qu'il y a une différence certaine entre « le mot bannière ou parti » et « l'idée de gouvernement » c'est-à-dire entre avoir une opinion suivie par plus ou moins de partisans et rendre cette opinion « impérative et régulatrice en la convertissant en gouvernement » (*ibid.*).

⁹⁵² Le plus proche prince dans l'ordre de succession établi par la Charte de 1830 et âgé d'au moins vingt et un ans devait assurer la régence en cas de minorité du roi : art. 2 de la loi du 30 août 1842 (*Bulletin des lois*, 1842, 9^e série, t. 25, n° 10,188, p. 165). En l'occurrence, il s'agissait de Louis d'Orléans, oncle de l'héritier présomptif, Philippe d'Orléans (dont le père, Ferdinand-Philippe d'Orléans, était décédé le 13 juillet 1842).

⁹⁵³ Louis-Philippe, ayant abdiqué en faveur de son petit-fils, aurait reçu le conseil de nommer la duchesse d'Orléans régente, mais il s'y serait refusé, au nom justement de la loi de régence. V. en ce sens : G. ANTONETTI, *Louis-Philippe, op. cit.*, p. 921-922.

⁹⁵⁴ Séance du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 500 *sqq.* pour les débats qui concernent la situation relative à l'abdication du Roi).

⁹⁵⁵ La proposition est reprise par Adolphe Crémieux et Alexandre Ledru-Rollin : S. HAYAT, 1848. *Quand la République était révolutionnaire, op. cit.*, p. 75.

à sa belle-sœur. Ne reste alors qu'une alternative : la régence de la duchesse ou le gouvernement provisoire.

Les acclamations, la ferveur populaire et le soutien de la nation sont mobilisés comme autant de preuves par les partisans de l'un ou de l'autre de ces systèmes pour appuyer leurs prétentions. Lors de la séance, la Chambre accueille la duchesse d'Orléans en son sein. André Dupin, lui manifeste son soutien et demande à faire « inscrire au procès-verbal les acclamations qui ont accompagné ici et salué dans cette enceinte le comte de Paris comme roi de France et Mme la duchesse d'Orléans comme régente, sous la garantie d'un vœu national »⁹⁵⁶. Victor Oudinot⁹⁵⁷ entend à son tour faire « appel à tous les sentiments généraux » pour la soutenir et insiste sur la ferveur populaire qui l'accompagne⁹⁵⁸. Si, par la suite, les propositions de Marie et Crémieux visant à former un gouvernement provisoire ne rencontrent pas immédiatement un consensus parmi les députés, l'irruption soudaine de gardes nationaux et d'insurgés vient rebattre les cartes : la foule demande un gouvernement provisoire⁹⁵⁹. Ledru-Rollin en prend d'ailleurs prétexte pour récuser la régence et refuser la transmission de la Couronne au comte de Paris, « [a]u nom du peuple »⁹⁶⁰. Il va même se fonder sur le peuple pour justifier le rejet de toutes les régences de droit des précédentes transitions constitutionnelles, y compris celle-ci. En 1815, en dépit de l'abdication de Napoléon I^{er} en faveur du roi de Rome, son fils, le peuple s'est opposé à la régence ; en 1830, Charles X souhaitait également abdiquer en faveur de son fils, le peuple l'a tout autant refusé. De même, affirme-t-il, c'est bien en son nom qu'est récusé le règne du comte de Paris et la régence de sa mère⁹⁶¹.

L'argument de la place du peuple et des acclamations dans le discours des parlementaires est alors prégnant. L'intervention de Lamartine à la tribune confirme l'importance d'un assentiment spécifique au gouvernement de fait. Après avoir précisé qu'il n'effectuait aucune distinction entre « représentation nationale » et « représentation des citoyens de tout le peuple », il met l'accent sur l'importance de la « concorde » et la « paix publique » retrouvée sous l'égide d'un gouvernement reconnu et rendu nécessaire

⁹⁵⁶ Séance du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 500).

⁹⁵⁷ Nicolas-Charles-Victor Oudinot (1791-1843), le fils du maréchal d'Empire Nicolas Oudinot (1767-1847).

⁹⁵⁸ *Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 500 : « La princesse, on vous l'a dit, a traversé les Tuileries et la place de la Concorde seule, à pied, avec ses enfants, aux acclamations publiques », narre ainsi Oudinot.

⁹⁵⁹ Dans le même temps, des républicains réunis dans les bureaux du journal *Le National* souhaitent également la formation d'un gouvernement provisoire, qui serait composé d'Arago, Dupont de l'Eure, Ledru-Rollin, Marie, Garnier-Pagès, Lamartine, Flocon et Louis Blanc. V. en ce sens F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris, Fayard, 1998, p. 25.

⁹⁶⁰ Séance du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 501) : « Au nom du peuple partout en armes, maître de Paris quoi qu'on en fasse [...], je viens protester contre l'espèce de gouvernement qu'on est venu nous proposer à cette tribune ».

⁹⁶¹ Séance du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 501). On peut remarquer qu'en 1870, la situation se présente presque de la même manière, dans la mesure où les hommes du Quatre septembre écartent la régence prévue par le droit au bénéfice de l'impératrice Eugénie. Toutefois, s'ils s'appuient sur les droits du peuple pour refuser de reconnaître le gouvernement de l'impératrice, le fondement principal de leurs arguments reste l'impérieuse nécessité des événements (*cf.* en ce sens Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 140 *sqq.*).

par tous⁹⁶². En somme, l'assentiment est ce qui permet au gouvernement de prétendre exercer son pouvoir au nom de tous, donc d'être investi de prérogatives régaliennes. Il ajoute peu après que l'acclamation seule ne suffit pas à conférer la qualité de gouvernement de droit et qu'elle constitue une base trop friable pour un pouvoir pérenne⁹⁶³. Une convocation du pays est nécessaire, ajoute-t-il. Ainsi, les acclamations, le soutien populaire, sont un fondement nécessaire du gouvernement de fait, mais ne peuvent se substituer à une procédure plus régulière pour fonder le gouvernement de droit.

Le mode de l'acclamation des présents au sein de l'Assemblée, députés ou non, sert d'ailleurs de fondement au choix des membres proposés initialement par Ledru-Rollin pour former le gouvernement provisoire, le député souhaitant lui octroyer un caractère plus officiel⁹⁶⁴. Pour conférer davantage de légitimité face à l'insistance des républicains qui voulaient un gouvernement désigné par le peuple et non seulement par la Chambre, une autre formation gouvernementale, définitive cette fois, est proclamée à l'Hôtel-de-Ville⁹⁶⁵. Les « acclamations » servent alors de preuves de l'assentiment⁹⁶⁶. Contrairement à ce qui ressortait de la pratique des gouvernements en 1815 et en 1830 l'assentiment n'est pas mobilisé ici pour ratifier l'œuvre du gouvernement de fait ; il le porte au pouvoir et le légitime. Le Gouvernement provisoire ne manque d'ailleurs pas d'invoquer sortir « d'acclamation et d'urgence par la voie du peuple et des députés de départements »⁹⁶⁷. Jusqu'à la fin, il insiste sur le caractère populaire de son pouvoir, si bien que le 4 mai 1848, au moment de la première session de l'Assemblée constituante nouvellement formée, dans la presse, l'accent est mis sur les « cris de *Vive la République ! mêlés à ceux de Vive le Gouvernement provisoire !* »⁹⁶⁸. Le *Moniteur* du 5 mai se prête même à narrer une anecdote, celle de l'ultime acclamation du gouvernement républicain sur le péristyle du palais Bourbon, siège de l'Assemblée constituante devant qui il dépose son pouvoir. Insister sur la ferveur populaire sert à attester la légitimité dont a pu se prévaloir le Gouvernement provisoire, du prélude à l'épilogue de sa brève histoire.

Par ailleurs, la distinction entre l'acclamation, qui porte le gouvernement de fait et la reconnaissance élective du pouvoir, plus apte à fonder ou renforcer un gouvernement légal, se retrouve dans cette première séance de l'Assemblée constituante de mai 1848.

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ « Mais, [...] je ne me figure pas qu'une acclamation spontanée arrachée à une émotion et à un sentiment publics puisse constituer un droit solide et inébranlable et un gouvernement de 35 millions d'hommes. Je sais que ce qu'une acclamation proclame, une autre acclamation peut l'emporter... » (*ibid.*).

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 502. Le gouvernement qu'il fait proclamer est composé alors d'Arago, Lamartine, Ledru-Rollin, Garnier-Pagès et Marie.

⁹⁶⁵ *Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 499 : il est finalement composé de Dupont de l'Eure, Lamartine, Crémieux, Arago, Ledru-Rollin, Garnier-Pagès et Marie, ayant pour secrétaires Marrast, Louis Blanc, Ferdinand Flocon et Alexandre Martin, dit Albert (Albert est mentionné « Aubert » avant que l'erreur ne soit modifiée sur le *Moniteur* du lendemain ; Louis Blanc ayant fait ajouter son nom) ; v. aussi F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution : 1848, op. cit.*, p. 26.

⁹⁶⁶ V. en ce sens la proclamation du Gouvernement provisoire dans le *Moniteur* du 25 février (p. 499).

⁹⁶⁷ Proclamation du gouvernement provisoire du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février 1848, p. 499).

⁹⁶⁸ *Moniteur universel*, 5 mai 1848, p. 945 (souligné par l'auteur).

Cela passe avant tout par une différenciation entre la légitimité dont se prévaut le gouvernement provisoire, issue de manifestations populaires informelles, et celle dont l'Assemblée elle-même bénéficie, forme supérieure d'assentiment fondée sur l'élection. À ce titre, le politologue Samuel Hayat parle d'une légitimité électorale⁹⁶⁹, qui permet à l'Assemblée de se poser comme juge du gouvernement provisoire et de s'instituer immédiatement comme « seule incarnation du peuple »⁹⁷⁰. Force est de reconnaître par ailleurs que les assemblées constituantes, au XIX^e comme au XX^e siècle en France, font largement reposer leur pouvoir sur l'acte électoral comme geste d'adhésion ; « l'utopie d'un *suffrage-communion* », pour reprendre l'expression de Pierre Rosanvallon⁹⁷¹. Cela traduit bien la nature si particulière des gouvernements issus d'assemblées constituantes. Jamais vraiment considérés comme des gouvernements de fait, ils ne sont pas non plus totalement assimilables à des gouvernements de droit⁹⁷². À partir au moins de 1848, la légitimité électorale semble tout de même se prévaloir d'un prestige supérieur, si bien que certains gouvernements de fait, comme le gouvernement issu de l'Assemblée nationale de 1848 ou la commission exécutive de 1871, n'ont pas besoin d'insister sur leur nécessité ou l'assentiment dont ils bénéficiaient, puisque ceux-ci sont directement induits par l'élection⁹⁷³. Il est loisible de constater que l'Assemblée nationale ne manque pas de se justifier en ce sens et d'avoir une vision englobante de l'assentiment dont elle bénéficie. Cela particulièrement lorsqu'elle est contestée, comme ce fut le cas durant les journées révolutionnaires du 23 au 26 juin 1848. Le rapporteur de l'enquête parlementaire menée sur ces émeutes, Quentin Bauchart⁹⁷⁴, évoque une Assemblée nationale « appelée par tous les vœux », qu'on « regardait unanimement comme le salut du pays ». « L'unanime acclamation du pays avait proclamé la République » et l'Assemblée, « seule debout, investie de cette puissance que lui conférait le concours de 10 millions de suffrages, s'appêtait à remplir sa mission »⁹⁷⁵. Le discours cherche ainsi à convaincre que l'Assemblée bénéficie d'un niveau supérieur de légitimité, que l'élection vient parfaire et rendre incontestable. Tout se passe comme si l'assentiment comportait plusieurs degrés,

⁹⁶⁹ S. HAYAT, 1848. *Quand la République était révolutionnaire*, *op. cit.*, p. 250.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 253.

⁹⁷¹ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen*, Paris, Gallimard, 1992 (NRF), p. 293.

⁹⁷² A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 2 *sqq.* Fort d'un constat qui veut que les Assemblées constituantes sont envisagées, le plus souvent, à l'aune de leur exercice du pouvoir constituant, l'auteur met en avant l'intérêt qui résulte d'une étude de leurs pouvoirs non-constituants (le pouvoir instituant). Les Assemblées constituantes ne sont pas seulement des organes spécifiques qui ont pour but de rédiger une constitution : la légitimité électorale les conduit à prétendre exercer un pouvoir politique durant leur mission. Ainsi, dans l'espace réputé vide entre la constitution tombée en désuétude du régime précédent, et celle à venir, elles gouvernent bien à défaut d'habilitation constitutionnelle expresse mais sur le fondement d'une légitimité tirée de l'élection.

⁹⁷³ On renvoie ici à : *Ibid.*, p. 71 *sqq.* pour l'analyse d'Arnaud Le Pillouer. Cela n'empêche tout de même pas les Assemblées constituantes de justifier leur pouvoir instituant, explique l'auteur, mais ces justifications restent le plus souvent induites et ne font pas l'objet d'une construction cohérente.

⁹⁷⁴ Sur cet homme politique, républicain sous la Monarchie de Juillet, puis conseiller d'État et sénateur sous le Second Empire, cf. Partie II – Titre II – Chapitre 1, p. 409 et n. 1789.

⁹⁷⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de la commission d'enquête sur l'insurrection qui a éclaté dans la journée du 23 juin et sur les événements du 15 mai*, t. I, Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1848, p. 6-7.

conférant une légitimité selon un format mélioratif en attendant l'entrée dans le droit du gouvernement.

Toujours est-il que la nécessité d'une reconnaissance populaire du gouvernement de fait *a priori* et non plus au titre de la ratification du pouvoir semble s'imposer en ce milieu de siècle. Deux figures – n'ayant pourtant que peu de choses en commun – peuvent servir à étayer cette affirmation : Pierre-Joseph Proudhon et Louis-Napoléon Bonaparte. Si « l'enfant terrible du socialisme »⁹⁷⁶, dans ses *Confessions d'un révolutionnaire*, est très critique envers le Gouvernement provisoire de 1848 – il dépeint une révolution initiée par le pouvoir mais rejetée ensuite par la nation – c'est justement parce qu'il affirme que les révolutions émergent d'abord de « l'opinion », avant d'être déclarées par le pouvoir⁹⁷⁷. Étant initialement sceptique sur le sens et la valeur de la révolution de février⁹⁷⁸, il n'en est que plus acerbe envers le gouvernement qu'elle fait éclore, auquel il dénie toute reconnaissance populaire. C'est en partant du peuple que la révolution est légitime et c'est avec le soutien de la nation que le gouvernement de fait mérite le pouvoir. De son côté, Bonaparte ne manque pas, lorsqu'il effectue son coup d'État, de faire une distinction entre, d'un côté, la confiance et le soutien dont il se prévaut – et qu'il demande rhétoriquement à la nation⁹⁷⁹ – pour exercer un pouvoir provisoire et, de l'autre, une légitimité électorale (par le plébiscite) qui lui confère un pouvoir constitutionnel⁹⁸⁰. Il confirme d'ailleurs ces vues, puisque dans son langage, la nation ne vient pas ratifier le coup d'État mais l'*absoudre*⁹⁸¹. Dans cet ordre d'idées, le résultat du plébiscite n'englobe pas la période du gouvernement de fait pour l'incorporer dans un régime de droit *a posteriori*, mais elle consacre l'autorité légale de Napoléon. La justification du pouvoir provisoire et transitoire du coup d'État au plébiscite se justifie davantage par l'impérieuse nécessité étayée par une confiance présumée du peuple (sauver une nation en péril)⁹⁸². Ce thème de l'absolution ou de l'amnistie du gouvernement de fait n'est d'ailleurs pas propre à Napoléon III. Il figurait déjà dans un discours écrit par Dupont de l'Eure et prononcé par Lamartine lors de la séance du 6

⁹⁷⁶ Comme l'appelle Pierre Leroux, qualificatif que reprend Anne-Sophie Chambost pour sa biographie consacrée à Proudhon : A.-S. CHAMBOST, *Proudhon, l'enfant terrible du socialisme*, Paris, Armand Colin, 2009, *passim*.

⁹⁷⁷ P.-J. PROUDHON, *Les confessions d'un révolutionnaire pour servir à l'histoire de la révolution de février*, Paris, Garnier frères, 1852, p. 67 *sqq.*, notamment p. 78 ; v. aussi J. GODECHOT, *Les révolutions de 1848*, Paris, Albin Michel, 1971, p. 313.

⁹⁷⁸ A.-S. CHAMBOST, *Proudhon, l'enfant terrible du socialisme*, *op. cit.*, p. 73 *sqq.*

⁹⁷⁹ Louis-Napoléon affirme, dans sa proclamation au peuple du 2 décembre 1851, rendre « le peuple entier juge » du conflit qui l'oppose à l'Assemblée ; il invoque « le jugement solennel du seul souverain [qu'il reconnaisse] en France, le peuple » et fait « un appel loyal à la nation tout entière... » (*Duvergier*, 1, 51, 465).

⁹⁸⁰ Dans cette même proclamation du 2 décembre il énonce : « Persuadé que l'instabilité du pouvoir, que la prépondérance d'une seule Assemblée sont des causes permanentes de trouble et de discorde, je sou mets à vos suffrages les bases fondamentales suivantes d'une Constitution que les Assemblées développeront plus tard... » (*ibid.*, souligné par nous).

⁹⁸¹ *Moniteur universel*, 1^{er} janvier 1852, p. 2 *précit.* V. également sur ce sujet : F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 131 *sqq.*

⁹⁸² Sur ce point : F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 130 *sqq.*

mai 1848. Faisant la part belle aux circonstances desquelles émerge un gouvernement provisoire porté par le peuple (chute soudaine de la monarchie, désordre des finances, déclassement et secousses des masses ouvrières), l'orateur avait demandé qu'on amnistiât cette « dictature involontaire » exercée pendant « ces trois mois passés dans le vide entre une monarchie écroulée et une république à asseoir »⁹⁸³.

En définitive, si l'assentiment est d'abord mobilisé comme sésame pour faire passer le gouvernement de fait au droit, cet argument, utilisé en l'état, semble rapidement inadapté en raison notamment des interprétations divergentes qu'il entraîne. De plus, une telle conception placerait la souveraineté nationale, principe de légitimité, comme central et absolu pour la détermination de la nature du gouvernement. Se forge alors cette conviction en milieu de siècle que l'assentiment vient du peuple pour légitimer l'action du gouvernement de fait, puis se manifeste dans des procédures établies pour accréditer le gouvernement de droit. Plus vraiment considérée au milieu du XIX^e siècle comme le seul fondement du gouvernement de droit, cette accréditation permet surtout d'absoudre le gouvernement de fait, de lui faire gagner un degré de légitimité supplémentaire. En ce sens, si elle n'efface pas le caractère initial de l'illégalité dont procède le gouvernement de fait, elle lui permet de prétendre entrer dans une « voie plus régulière », comme le reconnaît Joseph-Émile Labbé, arrêtiériste de la seconde moitié du XIX^e siècle⁹⁸⁴. Il y aurait donc une différence de degrés certaine entre les multiples justifications qui relèvent de l'assentiment, si bien que la nécessité de distinguer un assentiment spécifique au gouvernement de fait permet de le démarquer du gouvernement de droit, mais aussi de l'usurpation, comme il ressort des évolutions de ce critère à la fin du XIX^e siècle.

Section 2 Critère adéquat pour distinguer gouvernement de fait et usurpation

Le besoin d'une reconnaissance par le peuple, pour le gouvernement de fait, est croissant tout au long du XIX^e siècle. Si l'assentiment des membres du corps politique ne lui suffit pas pour espérer entrer dans le droit, il apparaît tout de même nécessaire pour prétendre gouverner au nom de l'État. Il lui permet de se distinguer de l'usurpation tout

⁹⁸³ *Moniteur universel*, 7 mai 1848, p. 968. Le discours est également rapporté par Lamartine lui-même dans son *Histoire de la révolution de 1848* (t. II, Paris, Perrotin, 1849, p. 373-374). Louis Lécharny l'utilise aussi dans sa démonstration sur la nature du gouvernement de fait au sens d'un interrègne, mais il le date au 8 mai (L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 22).

⁹⁸⁴ Dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1877, *Cival c. Willemot*, l'arrêtiériste revient sur le coup d'État de Napoléon III qu'il considère comme un attentat contre la loi qu'il est tout à fait possible de qualifier de crime politique, quand bien même l'auteur le justifie par l'assentiment de la nation. Toutefois, le plébiscite du 21 décembre 1851 contribue à faire entrer le gouvernement dans « une voie plus régulière », mais il est tout à fait légitime d'affirmer qu'il n'a pas effacé le caractère initial de l'attentat, en somme on peut « soutenir qu'un crime s'amnistie mais ne se ratifie pas » (S. 1877, I, p. 185).

en préparant son entrée dans le droit. Ce procédé, qu'il relève ou non d'une fiction de représentation, se retrouve autant chez les gouvernements provisoires que révolutionnaires (§1) et marque profondément une partie de la doctrine, qui tente, dans un effort de systématisation, d'appréhender un tel phénomène sous l'angle du droit et non seulement de la politique (§2).

§1. *Un plaidoyer systématique des gouvernements de fait à partir de 1870*

Dès la chute du Second Empire en 1870, le critère de l'assentiment est assimilé par les gouvernements de fait, ainsi que par les autorités publiques qui leur succèdent. L'idée que la souveraineté nationale puisse, d'elle-même, conférer un titre constitutionnel au gouvernement de droit en dehors de toute procédure n'apparaît pas juridiquement adéquate, de sorte que les gouvernements de fait ont recours de manière constante à l'assentiment du peuple pour légitimer provisoirement leur pouvoir, tout en prenant soin de distinguer assentiment et reconnaissance par une procédure spécifique (le plus souvent électorale). Ce critère ancre véritablement le gouvernement de fait dans un statut intermédiaire, entre l'usurpation et le droit. Il est mobilisé tant par les gouvernements provisoires que révolutionnaires par des procédés proches, mais tout de même dissemblables, si bien que son contenu se précise entre 1870 et 1871 (A). L'influence qui découle des discours de la Défense nationale et de la Commune sur les interactions entre le peuple et le gouvernement de fait n'est alors pas négligeable, si bien que la fonction de l'assentiment apparaît plus nettement à partir de 1871 (B).

A. *Le contenu de l'assentiment précisé (1870-1871)*

Le gouvernement de la Défense nationale comme la Commune de Paris ont justifié leur pouvoir sur le fondement de l'assentiment. Leurs rhétoriques, bien qu'assez proches, diffèrent tout de même sur la place accordée au peuple. La Défense nationale insiste davantage sur l'accord et la confiance du peuple envers le gouvernement, de sorte que le gouvernement, devant agir pour la préservation de l'État, fait de l'obéissance un présupposé (1). La Commune, quant à elle, cherche à octroyer au peuple une part centrale, si bien que l'adhésion à son projet révolutionnaire doit aboutir à une symbiose entre gouvernants et gouvernés, les seconds ayant l'initiative supposée sur l'action des premiers (2).

1. La Défense nationale : concorde et confiance du peuple

Jules Simon, ministre de l'Instruction publique sous le gouvernement de la Défense nationale, écrit dans ses mémoires sur le 4 septembre 1871 que « le gouvernement de la Défense ne reposait pas sur un vote régulier ; mais il avait été accepté sans opposition ni

protestation quelconque ; il était *obéi* dans toute la France ; il était *nécessaire* au salut du pays... »⁹⁸⁵. Ce témoignage indique non seulement que le besoin d'assentiment est intériorisé à cette période, mais également qu'il vient en complément d'un autre critère des gouvernements de fait, la nécessité – *a fortiori* lorsque le gouvernement entend ne pas apparaître comme révolutionnaire en invoquant une nécessité de préservation de l'État. Simon n'est d'ailleurs pas le seul ancien ministre à justifier, dans ses mémoires, le pouvoir de fait. Jules Favre, chargé des Affaires Étrangères sous la Défense nationale, va jusqu'à affirmer la convergence réalisée autour d'un gouvernement devant s'attacher à rallier et non exclure⁹⁸⁶. Il en veut pour preuve un discours aux armées proclamant qu'en « acceptant le pouvoir dans la crise formidable que nous traversons, nous n'avons pas fait œuvre de parti. [...] Nous ne sommes pas le gouvernement d'un parti, nous sommes le gouvernement de la Défense nationale »⁹⁸⁷. Les hommes du Quatre septembre n'auront de cesse de se légitimer par les acclamations qui ont accompagné leur prise de pouvoir, dépeignant une validation explicite du fait accompli : dès sa formation, le gouvernement de fait évoque sans ambiguïtés une nomination fondée sur les acclamations⁹⁸⁸.

Il est vrai que, les circonstances aidant, l'arrivée au pouvoir du gouvernement est majoritairement acceptée. On peut relever en ce sens le témoignage *a posteriori* d'Auguste Blanqui – qu'on ne peut soupçonner d'enjoliver la réalité d'un gouvernement qu'il condamne – dans le *Moniteur* du 17 mars 1871. Bien qu'il déplore « avec douleur cette usurpation des droits de la nation » par les hommes du Quatre septembre qu'il taxe d'opportunisme, le révolutionnaire reconnaît tout de même que « le temps pressait, l'ennemi approchait ; pour ne pas diviser la nation, chacun se mit de toutes ses forces à l'œuvre de salut », si bien que « les républicains les plus purs acceptèrent sans murmurer de servir sous eux [les hommes du gouvernement], au nom de la République »⁹⁸⁹. Toutefois, Blanqui n'évoque ici que les premiers temps du gouvernement de fait et, l'invasion aidant, des troubles se font rapidement sentir, incitant le gouvernement à recourir massivement aux proclamations et procédés pour se prévaloir d'une fervente adhésion. Les conséquences du soulèvement du 31 octobre 1870 fournissent un exemple symptomatique⁹⁹⁰. Dès le lendemain, pour renforcer un pouvoir vacillant, le gouvernement décrète la tenue d'un plébiscite pour le 3 novembre pour savoir si la population de Paris maintient « oui ou non, les pouvoirs du Gouvernement de la défense nationale ? »⁹⁹¹. Le 2 novembre, une communication vient donner du poids au décret et

⁹⁸⁵ J. SIMON, *Souvenirs du Quatre septembre. Le gouvernement de la défense nationale*, op. cit., p. 177 (souligné par nous).

⁹⁸⁶ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]*..., op. cit., p. 208 sqq.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 210.

⁹⁸⁸ « Un Gouvernement a été nommé d'acclamation » est-il écrit dans la proclamation qui suit la formation du gouvernement provisoire (*Moniteur universel*, 6 septembre 1870, p. 1287).

⁹⁸⁹ *Moniteur universel*, 17 mars 1871, p. 316.

⁹⁹⁰ Une insurrection populaire emportée par un certain nombre de révolutionnaires tels Auguste Blanqui, Gustave Flourens, Jean-Baptiste Millière, Charles Delescluze ou Félix Pyat, dirigée directement contre le gouvernement de la Défense nationale. Sa répression conduit d'ailleurs Blanqui à l'exil. M. PAZ, *Un révolutionnaire professionnel, Auguste Blanqui*, Paris, Fayard, 1984, p. 231 sqq. et p. 245.

⁹⁹¹ *Décret du gouvernement de la Défense nationale du 1^{er} novembre 1870*, Paris, Imprimerie nationale, 1870, s. p.

précise que la foule sera consultée pour savoir si le gouvernement a toujours la confiance de Paris. Si Paris vote contre la confiance, le gouvernement se retirera et « la population sera mise à même de le remplacer » ; s'il vote pour la confiance, la communication précise que cette *journée*⁹⁹² doit être la dernière du siège, parce que le gouvernement ne peut s'occuper tout à la fois des Prussiens et des insurgés⁹⁹³. On constate alors que ces proclamations sont tout autant un moyen de légitimation qu'un discours qui se voudrait performatif en prescrivant au peuple un certain comportement. Le « oui » l'emporte largement lors du plébiscite du 3 novembre⁹⁹⁴ et le lendemain une nouvelle proclamation gouvernementale vient insister sur la concorde entre le gouvernement et le peuple⁹⁹⁵.

Gouvernement de concorde, il cherche à stabiliser son pouvoir autour de ce sentiment. S'il affirme que la nécessité le porte, l'assentiment le maintient à flot. C'est pour cela qu'en parallèle des proclamations prétextant l'adhésion dont il bénéficie, le gouvernement affiche immédiatement sa volonté d'organiser des élections pour réunir une assemblée constituante. Des auteurs comme Joseph Barthélemy et Paul Duez vont même jusqu'à considérer que le gouvernement a beau avoir demandé une légitimation par le Corps législatif – qui n'en a de toutes les façons pas les compétences – ou tenté d'asseoir son pouvoir sur le plébiscite évoqué précédemment, cela ne vaut pas titre provisoire du pouvoir. Ils estiment que ce qui constitue le fondement du pouvoir du gouvernement, outre la nécessité des circonstances, est lié à son caractère républicain duquel il se réclame et en conséquence de quoi il doit céder au plus tôt sa place à un gouvernement élu⁹⁹⁶. Sans aller jusqu'à une telle lecture téléologique, il est certain que prévoir la tenue d'une élection pour la réunion d'une assemblée, conjointement à la proclamation de la république contribue au *sentiment* d'obéissance qui peut émaner du corps politique, au moins provisoirement. En ce qu'il importe au gouvernement de fait de revêtir l'apparence d'un pouvoir régulier, c'est bien un véritable sentiment qu'il cherche à inspirer au citoyen, celui du devoir d'obéissance envers les institutions, même provisoires⁹⁹⁷. En mars 1871, la Commune de Paris va aller plus loin, revendiquant un rôle central du peuple dans l'œuvre du gouvernement.

⁹⁹² Le terme de « journée » s'entend ici au sens de journée insurrectionnelle.

⁹⁹³ *Moniteur universel*, 3 novembre 1870, p. 1489. V. aussi : J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Deuxième partie...*, *op. cit.*, p. 425-428.

⁹⁹⁴ Selon les chiffres proclamés par le gouvernement lui-même : 557 996 votes pour et 62 638 votes contre (*Moniteur universel*, 6 novembre 1870, p. 1501).

⁹⁹⁵ *Moniteur universel*, 5 novembre 1870, p. 1497 : « Que le vote d'aujourd'hui consacre notre union. Désormais c'est l'autorité de votre suffrage que nous avons à faire respecter, et nous sommes résolus à y mettre toute notre énergie ». V. aussi J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Deuxième partie...*, *op. cit.*, p. 431-432.

⁹⁹⁶ J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8-9.

⁹⁹⁷ Il faut pourtant reconnaître que cette question des élections a cristallisé nombre de tensions autour du gouvernement. L'opposition entre la Délégation – alors contrôlée par Gambetta – et le gouvernement de la Défense nationale, autour de la tenue de ces élections, des questions d'inéligibilités et de l'armistice dont aurait à traiter l'assemblée élue fut au centre nombreuses contestations de ce gouvernement : *cf.* notamment Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 200 et n. 795.

2. *La Commune et l'adhésion du peuple parisien : tentative inaboutie d'une symbiose entre gouvernants et gouvernés*

La Commune insiste, elle aussi, sur l'assentiment populaire pour asseoir son pouvoir. C'est bien le « peuple de Paris » qui a « secoué le joug qu'on essayait de lui imposer » selon les mots du Comité central de la garde nationale⁹⁹⁸. La volonté du peuple prime dans le discours et légitime son action provisoire. De plus, la Commune recherche une légitimité élective puisque le Comité central prévoit immédiatement l'organisation d'élections municipales ; élections se déroulant le 26 mars 1871 et à la volonté légitimante clairement affichée⁹⁹⁹. Dans une proclamation du 19 mars, le Comité refuse même de se considérer comme un gouvernement, en affirmant « qu'il ne prétendait pas prendre la place de ceux que le souffle populaire avait renversés ». Éminemment politique, puisqu'elle vise surtout à marquer la différence avec le pouvoir renversé, cette déclaration entend surtout donner un tour juridique à la révolution parisienne. En effet, le Comité tient ces propos parce qu'il souhaite, dit-il, « rester exactement dans la limite expresse du mandat qui lui a été confié »¹⁰⁰⁰. Le discours de la Commune propose donc deux étapes dans l'assentiment : la confiance du peuple, qui légitime le renversement des institutions d'une part ; sa participation active, notamment par le biais des élections municipales et d'une démocratie directe, qui ratifie son pouvoir et légitime la reconstruction des institutions d'autre part¹⁰⁰¹. Fondement provisoire de son action, l'assentiment se renforce du fait de l'élection du 26 mars.

Il y a une démarche volontariste dans le discours de la Commune, contrairement au gouvernement de la Défense nationale. L'assentiment n'est pas seulement mobilisé pour justifier un pouvoir exceptionnel dans des circonstances qui ne le sont pas moins : il sert de but et de limite au pouvoir. En un sens, il est directement rattaché au discours sur la nécessité révolutionnaire de son action. Un décret du 6 avril, réunissant parfaitement la nécessité révolutionnaire avec l'assentiment, illustre la volonté du gouvernement : si la première le pousse à agir, le second lui fournit le mandat pour le faire¹⁰⁰². Un communiqué du 26 mars 1871, indiquait déjà que le Comité central exerçait d'abord son

⁹⁹⁸ Proclamation du 19 mars 1871 (*JO*, 20 mars 1871, p. 189).

⁹⁹⁹ Des élections complémentaires ont également lieu le 16 avril. V. pour davantage de détails : F. MAILLARD, *Élections des 26 mars et 16 avril 1871 : affiches, professions de foi, documents officiels, clubs et comités pendant la Commune*, Paris, E. Dentu, 1871, *passim* ; v. également les pièces justificatives, et notamment p. 54 où le Comité central, dans une proclamation aux électeurs de Paris, affirme que la convocation aux élections « a donné la preuve de sa ferme volonté [au Comité] de mettre fin aux usurpations ».

¹⁰⁰⁰ Proclamation du 19 mars 1871 (*JO*, 20 mars 1871, p. 189).

¹⁰⁰¹ Ces deux éléments s'inscrivent donc pleinement dans le dessein d'une transition constitutionnelle, au sens où ils en comportent les deux éléments tels que dégagés par Olivier Beaud : des actes déconstituants et reconstituants (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 223 *sqq.*).

¹⁰⁰² Décret du 6 avril 1871 (*JO*, 7 avril 1871, p. 247) : « La Commune de Paris, Considérant que le gouvernement de Versailles foule ouvertement aux pieds les droits de l'humanité comme ceux de la guerre [...] ; Considérant que les représentants de la Commune de Paris ont le devoir impérieux de défendre l'honneur et la vie des deux millions d'habitants qui ont remis entre leurs mains le soin de leurs destinées ; qu'il importe de prendre sur l'heure toutes les mesures nécessitées par la situation ; Considérant que des hommes politiques et des magistrats de la Cité doivent concilier le salut commun avec le respect des libertés publiques, décrète... ».

pouvoir du fait de la nécessité puis qu'à l'issue des élections, il laisserait le pouvoir « à la commune » car il aurait alors rempli son « mandat extraordinaire », expression « de la liberté municipale légitimement, juridiquement insurgée contre l'arbitraire gouvernemental »¹⁰⁰³. Ainsi, dès le lendemain des élections, le Comité central annonce céder sa place aux « mandataires réguliers » du peuple¹⁰⁰⁴.

Pourtant, si la Commune s'efforce de convaincre de la légitimité de son œuvre révolutionnaire à Paris, elle doit tout de même affronter les attaques – militaires, politiques et juridiques – du gouvernement de l'Assemblée nationale depuis Versailles. Le gouvernement de fait est à la fois révolutionnaire et local, ce qui implique une opposition à l'autorité centrale et un état de guerre civile¹⁰⁰⁵. L'Assemblée nationale ne manque pas de l'accuser d'usurpation et de contester son pouvoir, arguant pour sa part d'une vraie légitimité électorale, comme en témoigne le discours d'Adolphe Thiers prononcé le 27 avril 1871 devant l'Assemblée :

« Je me suis dit : nous avons devant nous quelques dictateurs odieux qui se sont emparés d'une multitude égarée, qui la tyrannisent, qui la conduisent malgré elle, et d'un autre côté, siégeant dans cette enceinte, la représentation tout entière du pays... Eh bien, une Assemblée librement élue, élisant librement le pouvoir, je le demande, s'il y a un droit au monde, ce droit n'est-il pas ici ?... Le droit, il est en nous, dans la mesure de votre confiance. Il est là, et, en dehors de nous, il n'y a que l'usurpation, et l'usurpation la plus odieuse »¹⁰⁰⁶.

L'Assemblée revendique pour elle le titre de gouvernement de droit sur le fondement de l'élection et considère que la Commune ne bénéficie d'aucun assentiment, pourtant nécessaire au gouvernement de fait pour ne pas être une usurpation. C'est pourquoi Favre emploie les images frappantes d'une « multitude égarée » que des « dictateurs [...] tyrannisent ». Dès lors, ce sont deux conceptions du rôle que joue le peuple dans l'acceptation du gouvernement qui s'affrontent. À ce titre, le ralliement autour de la Commune dans Paris peut être vu comme le symbole d'un désaveu de la forme du pouvoir exercé par le gouvernement de la Défense nationale, c'est-à-dire le rejet d'une conception du peuple cantonné à un rôle d'obéissance au pouvoir en place¹⁰⁰⁷. Toutefois, ce désaveu n'est qu'éphémère sur le plan des institutions. La Commune, en cherchant à diluer au maximum le pouvoir constituant dans les mains du peuple (notamment par

¹⁰⁰³ Communiqué du 26 mars 1871 (*Réimpression du Journal officiel de la République française sous la Commune*, *op. cit.*, 27 mars 1871, p. 65).

¹⁰⁰⁴ Proclamation du 27 mars 1871 (*JO*, 28 mars 1871, p. 207).

¹⁰⁰⁵ En ce sens, v. les développements sur les gouvernements de fait locaux : *cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 199 *sqq.*

¹⁰⁰⁶ Le discours est rapporté par Jules Favre dans ses mémoires : J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. Troisième partie...*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁰⁷ V. en ce sens les critiques qu'adresse Louis Dubreuilh aux hommes de la Défense nationale, réduisant le peuple à un tel rôle passif (L. DUBREUILH, *La Commune (1871), Histoire socialiste*, éd. J. JAURÈS, t. XI, Paris, Jules Rouff et Cie, 1901, p. 249 *sqq.*, notamment p. 252).

l'organisation d'élections municipales, une association étroite des citoyens aux décisions et un rejet de la représentativité), s'efforce de rejeter une conception étatiste et hiérarchique du gouvernement et du droit¹⁰⁰⁸. La victoire de l'Assemblée nationale et le renversement de la Commune peuvent être interprétés accessoirement – et de manière assez logique – comme le refus par l'État d'une forme révolutionnaire de l'assentiment. La vision de 1870, celle d'un assentiment considéré comme une marque provisoire de confiance pour le gouvernement de fait et non, comme l'aurait souhaité la Commune, un titre sans cesse renouvelé fondant l'action du gouvernement, a donc prévalu. En effet, le gouvernement de la Défense nationale prétend n'être qu'un administrateur provisoire dans un contexte de vide gouvernemental et d'invasion du territoire par la Prusse. Le discours de l'assentiment vient, là aussi, se greffer sur celui de la nécessité : à l'argument d'une nécessité de préservation de l'État¹⁰⁰⁹, le gouvernement superpose une légitimité fondée sur l'indispensable soutien du peuple pour résoudre la situation en l'absence d'autres autorités compétentes. D'où un recours massif à des proclamations et annonces pour rassurer l'opinion publique autant que pour la convaincre et pour justifier régulièrement ses décisions. Jules Favre justifie cela en ce que les gouvernants devaient alors jongler entre appels patriotiques et proclamations rassurantes face aux rumeurs d'abandon de la capitale ou de renoncement à la guerre¹⁰¹⁰. Ainsi en va-t-il des proclamations du 21 septembre 1870, qui mettent en avant les valeurs héroïques du patriotisme et la concorde entre la nation et de ses gouvernants¹⁰¹¹. Le gouvernement de la Défense nationale n'a donc pas à rejeter des accusations d'usurpation lorsqu'il exerce son pouvoir. Si des critiques viennent les années suivantes¹⁰¹² – expliquant peut-être que paraissent en réaction, au même moment, les mémoires de plusieurs anciens membres de la Défense nationale pour défendre et justifier leur action¹⁰¹³ – le traitement *a posteriori* par les autorités publiques contribue à ratifier un gouvernement dont l'assentiment

¹⁰⁰⁸ V. en ce sens : P. BOISSEAU, *La Commune de Paris de 1871 à l'épreuve du droit constitutionnel*, Clermont-Ferrand, LGDJ-Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2000, p. 89 *sqq.* Le Comité central, lorsqu'il prend l'Hôtel-de-Ville, s'efface rapidement et refuse de former un gouvernement en l'état ; il organise une élection pour que des mandataires élus par le peuple puissent prétendre gouverner avec une légitimité. Mais il ne s'agit pas seulement de fonder le pouvoir sur une élection, le projet communaliste consiste en une association très étroite entre le peuple et la décision, pour gommer au maximum la représentativité du pouvoir. Dans cette perspective, la Commune s'oppose clairement à l'exercice du pouvoir constituant par les représentants élus à l'Assemblée nationale à Versailles (*ibid.*, p. 90-91).

¹⁰⁰⁹ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 143 *sqq.*: il prétend n'assurer l'administration de l'État que du fait des circonstances de guerre en attendant de laisser sa place à un pouvoir régulier.

¹⁰¹⁰ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie]...*, *op. cit.*, p. 227-229.

¹⁰¹¹ *JO*, 22 septembre 1870, p. 1043.

¹⁰¹² Les évidentes critiques de la part des anciens communards et de l'extrême-gauche française contre « une cabale d'avocats arrivistes, avec Thiers pour homme d'État et Trochu pour général » (selon le mot de Karl Marx : K. MARX, *La guerre civile en France. 1871 (la Commune de Paris)*, Paris, Bureau d'édition, 1933, p. 51) sont trop nombreuses pour être citées ici. Le gouvernement de la Défense nationale subit aussi des critiques de la part de juristes et d'historiens dans les années qui suivent directement la période, comme celles de Maurice Deslandres lorsqu'il fait le récit de gouvernants « sans formation ni expérience » et qui semblent ne gouverner que dans l'intérêt de leur parti : M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 3 *sqq.*, notamment p. 20.

¹⁰¹³ Jules Favre publie ses mémoires entre 1871 et 1875, Louis-Jules Trochu en 1872, Alexandre Glais-Bizoin en 1873, Jules Simon en 1874.

n'aurait guère été remis en cause. La commission d'enquête sur ses actes va d'ailleurs largement en ce sens¹⁰¹⁴. La Commune, au contraire, fait l'objet d'une enquête parlementaire à charge dont les pièces et rapports, publiés dans trois volumes en 1872, dépeignent sans ambages une violente insurrection dénuée de tout assentiment, ni du peuple ni du corps électoral¹⁰¹⁵.

Deux constats s'imposent quant à l'utilisation de l'assentiment par la Commune et la répression dont elle a fait l'objet. D'abord, elle contribue à affiner la distinction entre assentiment informel et procédure électorale, en renforçant la valeur de la seconde et en conférant, dans le discours, une raison d'être à la première. Le gouvernement de fait, même dans le langage révolutionnaire, ne semble plus pouvoir se passer de prouver l'assentiment dont il bénéficie. Ensuite, sa répression s'accompagne d'un échec de la tentative de symbiose entre gouvernés et gouvernants qu'a essayé d'opérer la Commune. Vouloir associer le peuple non seulement à l'acceptation du gouvernement de fait, mais plus encore à son action immédiate constitue une atteinte directe au principe représentatif dont se prévaut le gouvernement versaillais¹⁰¹⁶. Deux conceptions de l'assentiment s'opposent donc, chacune l'avatar d'une manière, directe ou indirecte, d'envisager la représentation du peuple¹⁰¹⁷. *In fine*, la victoire de la vision de l'Assemblée nationale sur celle de la Commune n'a pas manqué d'exercer une forte influence sur les jugements *a posteriori* et sur la place que prend l'assentiment dans la recherche, par les autorités publiques de droit, de la légitimité du gouvernement de fait.

B. La fonction de l'assentiment encadrée (à partir de 1871)

Le rejet d'une lecture révolutionnaire de l'assentiment se répercute dans les débats parlementaires et les décisions de justice sous l'Assemblée nationale de 1871 et la

¹⁰¹⁴ Par exemple, le rapport du comte Daru annexé à la séance du 13 novembre 1872, quoique nuancé, consacre un titre entier à l'acclamation de la République et des membres du gouvernement. S'il demeure critique sur la « sorte de dictature » qui se met en place, il reconnaît tout de même que règne « la joie la plus vive » et que « les applaudissements de la multitude » étouffent les réclamations (Annexe n° 1416^B, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 21, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, 1874, p. 24 *sqq.*).

¹⁰¹⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, 3 vol., Versailles, Cerf, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1872.

¹⁰¹⁶ La tension entre la représentation et la démocratie directe, ainsi que la crainte, pour la République naissante en 1871, des deux spectres qui traversent l'histoire politique du XIX^e siècle que sont le césarisme et la révolution sociale, traversent l'ouvrage de P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France* (Paris, Gallimard, 2000 (*nrf*), *passim*, notamment p. 227 *sqq.*). L'auteur y montre notamment que les années 1870-1880 constituent un tournant durant lequel une partie de la classe politique cherche à « faire rentrer la révolution au port » (*ibid.*, p. 228), reprenant là une expression de François Furet.

¹⁰¹⁷ On peut ranger cette idée dans un ensemble plus large de mouvement de refus, par la doctrine publiciste à la fin du XIX^e siècle notamment, d'un certain type de souveraineté directe du peuple. Grégoire Bigot résume ainsi cela en l'expliquant par le rejet de la « souveraineté populaire et concrète » à une « souveraineté nationale » plus conservatrice et consécutive du régime représentatif. Puis, ajoute-t-il, « [d]e la souveraineté de la nation à la souveraineté de l'État, il n'y a qu'un pas à franchir pour la doctrine publiciste ». V. G. BIGOT, « L'État de droit selon le droit administratif français », *loc. cit.*, p. 222-223.

Troisième République. L'influence du discours des gouvernements de fait est manifeste et la place du peuple dans leur assentiment s'inscrit dans une fin de XIX^e siècle envisagée comme le « crépuscule des révolutions »¹⁰¹⁸. Entendu moins comme la source du pouvoir en dehors d'une procédure formelle, il en est plutôt un corollaire nécessaire ; moyen de distinguer le gouvernement de fait de l'usurpation qui, elle, ne bénéficie d'aucun assentiment. Il s'agit là, du moins, de l'interprétation des autorités publiques à partir de 1871 (1). Cette lecture se confirme durant la transition constitutionnelle de 1940-1944, par le rejet de l'hypothèse d'un peuple révolutionnaire comme fondement du pouvoir provisoire (2).

1. Influence directe : l'assentiment comme marqueur d'une distinction entre usurpation et gouvernement de fait

Le recours aux acclamations, aux proclamations et, globalement, à toute justification du pouvoir fondée sur la reconnaissance du peuple semble intériorisé par les gouvernements de fait. À la question de savoir si cette pratique exerce une influence sur les jugements postérieurs, il est possible de répondre par l'affirmative. Cela transparait dans plusieurs débats, où les parlementaires mettent en avant un gouvernement dont personne ne conteste le pouvoir¹⁰¹⁹, mais qui n'a pas encore reçu la « sanction de la volonté nationale »¹⁰²⁰ (pour bien le dissocier de l'Assemblée nationale de 1871). À tout le moins, le gouvernement de fait est dissocié du gouvernement légal, sans être assimilé à un usurpateur, en adéquation avec la lecture qui se dégage des enquêtes parlementaires sur la Défense nationale et la Commune. En effet, l'appel à la nation permet « un retour au régime légal, succédant aux usurpations de la rue » lorsqu'il est question du gouvernement de la Défense nationale¹⁰²¹, tandis que le soutien à la Commune de Paris, même par des « hommes honnêtes, qui ne participaient à aucun excès », n'est qu'une « sorte d'adhésion morale » à « une évidente usurpation »¹⁰²². Par la suite, les interventions parlementaires qui sollicitent la notion de gouvernement de fait ne prennent jamais la peine, semble-t-il, d'en redonner la définition ; il est possible d'avancer l'hypothèse qu'elle est admise communément. En témoignent, dans les années 1920, les paroles du député corrèzien Louis Rollin. Abordant le sujet du gouvernement des soviets, il se pose la question de savoir s'il y a, « en Russie, un gouvernement de fait qui a réussi à se faire accepter tout au moins par la majorité du peuple russe et qui ne se maintient plus, comme jadis, par le fer et par le sang... »¹⁰²³. Ainsi, dans le brouillard des

¹⁰¹⁸ Pour reprendre le titre d'un ouvrage sur le sujet : Q. DELUERMOZ, *Le crépuscule des révolutions. 1848-1871*, Paris, Éditions du Seuil, 2012 (*Histoire de la France contemporaine*, 3) ; en ce sens, v. notamment p. 371 *sqq.*

¹⁰¹⁹ Amédée Lefevre-Pontalis durant séance du 15 juin 1871 devant l'Assemblée nationale (*Moniteur universel*, 15 juin 1871, supplément, p. 4).

¹⁰²⁰ Louis-Numa Baragnon lors de la séance du 17 juin 1871 devant l'Assemblée nationale (*JO*, 16 juin 1871, p. 1397).

¹⁰²¹ Rapport du comte Daru annexé à la séance du 13 novembre 1872 (Annexe n° 1416^B, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 21, *op. cit.*, p. 51).

¹⁰²² ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, t. I, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰²³ *JO*, 27 mars 1920, p. 771 *précit.*

transitions constitutionnelles, l'assentiment permet de discerner le droit – même provisoire – de la force. Il semble nécessaire au gouvernement de fait pour ne pas être seulement le résultat d'une domination violente.

Toutefois, les débats parlementaires de la Troisième République restent trop succincts pour dégager une notion ou une fonction juridique de l'assentiment. Il est plus fructueux de se pencher sur les décisions judiciaires qui font vraiment ressortir toutes les conséquences juridiques de l'assentiment du gouvernement de fait. Ainsi, dans un jugement du 9 février 1874, le Tribunal de Marseille énonce, à propos des gouvernements de fait, « [q]ue la jurisprudence de la Cour de cassation a toujours sanctionné la légalité des actes d'un tel gouvernement, pourvu que ce gouvernement ait été consacré par *l'acceptation au moins tacite du pays*, et qu'il ne puisse être considéré comme un pouvoir insurrectionnel en révolte contre une autorité régulière encore en fonctionnement »¹⁰²⁴. Le cas d'espèce porte sur la nomination d'un fonctionnaire par la Délégation du gouvernement de la Défense nationale qui, dans les différents arrêts jusqu'en cassation, est associée substantiellement au gouvernement central¹⁰²⁵. Pour le Tribunal, ce gouvernement bénéficie de l'acceptation du pays, il constitue donc un gouvernement de fait dont il ne fait aucun doute qu'il « se trouva nécessairement investi de la plénitude de la souveraineté nationale »¹⁰²⁶. Bien que la juridiction suprême casse l'arrêt, elle n'en conteste pas les prémices. Elle considère simplement que l'administrateur dont il est question outrepassait ses prérogatives¹⁰²⁷. Pour être reconnu *de facto*, le gouvernement doit donc être obéi et accepté en plus d'être pleinement effectif. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juillet 1891, *Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée et Gouvernement de la république du Chili c. Gouvernement provisoire du Chili*, l'avocat général affirme : « [u]n gouvernement est surtout un pouvoir, une force agissante, mettant en mouvement tous les rouages de l'État, une autorité qui répond de l'ordre et le fait respecter, qui commande aux armées qui se fait obéir. Il ne suffit pas d'en porter le titre, de prétendre au droit de gouverner, il faut encore gouverner en réalité »¹⁰²⁸.

Quant à la question de savoir s'il existe une différence entre l'autorité qui bénéficie de l'assentiment et celle qui en est dépourvue, il a déjà pu être observé que dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1881, *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris*¹⁰²⁹, l'avocat général Arthur Desjardins préconise, après le constat de l'illégalité du gouvernement, une recherche de sa légitimité fondée sur l'acceptation par tout le pays¹⁰³⁰. Desjardins réfute toute comparaison entre le gouvernement de la

¹⁰²⁴ Jugement reproduit dans l'arrêt de cassation du 7 février 1876 *Enregistr. C. société du comptoir communal de Marseille* (S. 1876, I, p. 227) (souligné par nous).

¹⁰²⁵ Cf. pour davantage de détails : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 309.

¹⁰²⁶ S. 1876, I, p. 228.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 229.

¹⁰²⁸ S. 1895, II, p. 307, *précit.*

¹⁰²⁹ S. 1881, I, p. 361. Sur les faits relatifs à cette affaire : cf. Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 458 *sqq.*

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 369.

Défense nationale et celui de la Commune : pour lui, si les deux sont illégaux, l'assentiment rend le premier légitime (il est « accepté par tout le pays ») et son absence fait du second une usurpation. Bien qu'elles rendent des décisions divergentes, les juges des Cours du fond, dans cette affaire, sont au diapason. Ils accordent également de l'importance à la question de la légitimité du pouvoir exercé. Le jugement constate que « la Commune constituait le seul pouvoir légitime » dans Paris entre mars et mai 1871¹⁰³¹. La Cour d'appel est en désaccord avec cette vision de la Commune : elle la qualifie bien brièvement de gouvernement de fait, mais c'est pour mieux ajouter que, s'étant maintenu par la violence, il s'agit d'un « gouvernement insurrectionnel », donc illégitime¹⁰³². La Cour de cassation, dans sa rhétorique, ne qualifie la Commune que comme une insurrection, validant l'idée qu'en l'absence d'assentiment, il n'y a pas de gouvernement de fait¹⁰³³.

On le voit, l'assentiment constitue un impératif qui reste apprécié très librement par les tribunaux, de telles décisions faisant ressortir le caractère éminemment politique des faits jugés. Indirectement¹⁰³⁴, la décision d'octroyer la légitimité au gouvernement de la Défense nationale plutôt qu'à la Commune peut être perçue comme une sanction envers une utilisation révolutionnaire de l'assentiment et du peuple. Appréhender telle autorité comme une usurpation ou bien comme un gouvernement de fait procède d'une interprétation arbitraire, au sens où cela constitue un moyen, une marge de manœuvre pour la justice, afin de réprimer l'insurrection tout en se ménageant la possibilité de reconnaître un gouvernement de fait. Tributaire des circonstances, cette considération se retrouve à l'issue des événements de 1940-1946.

2. Influence indirecte : la confirmation d'un critère dénué d'empreinte révolutionnaire au fondement du gouvernement de fait

Le gouvernement de Philippe Pétain tout comme Charles de Gaulle, lorsqu'il essaie d'organiser la France libre, ne manquent pas de revendiquer l'assentiment à leur profit dès 1940, avec d'autant plus d'ardeur qu'ils s'opposent l'un à l'autre. Le premier exerçant le pouvoir en métropole conjointement à l'occupation militaire allemande et le second se trouvant en exil, chacun affirme sa légitimité tout en niant l'assentiment dont l'autre se prévaut, à l'instar de la situation en 1815. L'opposition entre Vichy et la France libre est l'occasion de voir s'affronter deux visions différentes de l'assentiment.

¹⁰³¹ S. 1881, I, p. 363. Le Tribunal semble donc admettre que la Commune a bénéficié d'un certain assentiment.

¹⁰³² La Cour d'appel énonce en substance que « l'établissement à Paris, au moyen d'un semblant d'élections, d'un prétendu pouvoir communal, n'a été lui-même que la constitution violente d'un gouvernement insurrectionnel, qui, de même qu'il a été sans droit et sans qualité pour représenter la ville qui l'a subi, n'a pu, par aucun de ses actes, engager envers les tiers sa responsabilité » (S. 1881, I, p. 364).

¹⁰³³ S. 1881, I, p. 370.

¹⁰³⁴ Indirectement, car il est certain que les tribunaux, dans ces affaires, ont avant tout des soucis pragmatiques à résoudre. Il n'en demeure pas moins que les répercussions de ces décisions dépassent le seul cadre de la technique juridique.

Dès la promulgation de ses Actes constitutionnels, dans un discours du 11 juillet 1940, Philippe Pétain demande au peuple de lui accorder sa confiance¹⁰³⁵. Plus encore, il affirme dans un message du 12 août 1941 que « [l]a France ne peut être gouvernée qu'avec l'assentiment de l'opinion, assentiment plus nécessaire encore en régime d'autorité »¹⁰³⁶. Il ne manque toutefois pas de rappeler : « [l]'autorité ne vient plus d'en bas ; elle est proprement celle que je confie ou que je délègue »¹⁰³⁷. Dans le même temps, le régime condamne la France libre et la Résistance. La confiance du peuple vient se greffer à un pouvoir que le gouvernement de Vichy veut de droit, pour parfaire la légitimité dont il bénéficie, sans jamais la fonder. Le Chef de l'État s'efforce de conjuguer révolution et droit¹⁰³⁸ avec une vision autoritaire de l'assentiment. Il cherche donc à mobiliser l'assentiment sous la forme d'une confiance présumée du peuple, au renfort d'un pouvoir affirmé comme légitime (comprendre ici de droit) et qui justifie la désobéissance à l'usurpation que constitue tout mouvement d'opposition au régime. La rhétorique utilisée ici consiste en un renversement du discours révolutionnaire, car, si elle cherche à établir une symbiose des gouvernants avec les gouvernés, elle le fait au profit des premiers et non plus des seconds¹⁰³⁹.

La France libre proclame, elle aussi, le devoir de désobéissance envers l'usurpateur, en l'occurrence Pétain. L'exemple le plus frappant demeure la brochure de René Cassin publiée dans la revue *La France libre* de décembre 1940-janvier 1941, où le professeur exprime que « [n]i en droit, ni en conscience, ni d'après la loi civile, ni d'après les principes religieux, une obéissance quelconque n'est due à un pouvoir usurpé qui ne se maintient, en France, que par la répression et par les baïonnettes allemandes »¹⁰⁴⁰. L'argument vient au renfort de ladite *déclaration organique du 16 novembre 1940* dans laquelle le général de Gaulle s'employait déjà à démontrer tant l'illégalité que l'illégitimité du gouvernement de Vichy pour en tirer la conséquence que « tout Français [...] est dégagé de tout devoir envers le pseudo-gouvernement de Vichy... »¹⁰⁴¹. Toutefois, les conséquences tirées de ce que le pouvoir est usurpé en métropole ne conduisent pas Charles de Gaulle à s'affirmer seul détenteur du droit (comme le fit Louis XVIII depuis Gand en 1815). Au contraire, les circonstances imprévisibles sont propres à légitimer un gouvernement provisoire, sur le fondement de « la volonté des Français Libres » – ceux

¹⁰³⁵ Discours du 11 juillet 1940 (P. PÉTAÏN, *Manifestes et allocutions du maréchal Pétain*, Mayenne, Floch, 1941, p. 7).

¹⁰³⁶ Discours du 12 août 1941, (*Le Petit Journal*, 13 août 1941, p. 1) ; v. aussi : G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁰³⁷ Discours du 12 août 1941 (*Le Petit Journal*, 13 août 1941, p. 1).

¹⁰³⁸ En ce sens : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 155.

¹⁰³⁹ On peut voir dans le discours de Vichy sur l'assentiment le miroir inversé de celui de la Commune.

¹⁰⁴⁰ R. CASSIN, « Un coup d'État : la soi-disant constitution de Vichy », *loc. cit.*, p. 7.

¹⁰⁴¹ Déclaration organique du 16 novembre 1940 complétant le manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940 (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 4) : « Considérant, en résumé, que, malgré les attentats commis à Vichy, la Constitution demeure légalement en vigueur, que, dans ces conditions, tout Français, et, notamment, tout Français Libre, est dégagé de tout devoir envers le pseudo-gouvernement de Vichy, issu d'une parodie d'Assemblée nationale, faisant fi des Droits de l'Homme et du Citoyen, et du droit de libre disposition du peuple, gouvernement dont au surplus tous les actes établissent péremptoirement qu'il est dans la dépendance de l'ennemi ».

qui n'ont pas été réduits au silence par le gouvernement usurpateur – et qui devra « répondre de ses actes devant les représentants de la Nation, dès que ceux-ci auront la possibilité d'exercer librement et normalement leur mandat »¹⁰⁴². L'utilisation de l'assentiment, pour pallier l'absence de titre de la France libre, rappelle donc moins le bon droit outragé de 1815 que la légitimité pondérée de 1870. Dans les discours de la France libre, l'assentiment ne se fait pas le support d'un pouvoir de droit, mais vient, au contraire, légitimer provisoirement un gouvernement qui assume son illégalité. La France libre s'adjoint des institutions provisoires, telle une Assemblée consultative provisoire en 1943¹⁰⁴³, et légifère « au nom du peuple français », son Chef rappelant régulièrement l'adhésion dont les gouvernés lui font part¹⁰⁴⁴. Les multiples rappels de la convocation d'une assemblée constituante et de la réunion – lorsque les circonstances le permettront – des électeurs complètent ce tableau¹⁰⁴⁵. De plus, le gouvernement de Gaulle, prudent, ne prétend pas directement être reconnu sur le territoire qui n'est pas sous son contrôle. Le simple fait que l'ordonnance du 9 août 1944 soit applicable « au fur et à mesure » de la libération du territoire en est une manifestation¹⁰⁴⁶, mais l'on trouve aussi des traces de cela dans le droit pénal : l'infraction consécutive à des faits d'opposition ou de résistance au gouvernement de Gaulle n'a pas été retenue par les parquets lorsqu'elle se produisait sur des territoires qui échappaient alors à son contrôle¹⁰⁴⁷.

L'argument de l'assentiment n'est donc pas utilisé par la France libre comme un blanc-seing octroyé à un pouvoir de droit. Spécificité du gouvernement de fait, il fonctionne de concert avec l'effectivité. Il permet d'étayer un pouvoir provisoire, de conférer l'apparence d'un gouvernement régulier, dans l'attente d'une ratification par le droit. À ce titre, il existe une grande continuité entre les diverses formations gouvernementales prises par la France libre (Conseil de défense de l'Empire, Comité national français, Comité français de Libération nationale), même après être devenue le GPRF en juin

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ V. notamment l'ordonnance du 11 octobre 1944 *modifiant les attributions, le fonctionnement et les attributions de l'Assemblée consultative provisoire instituée par l'ordonnance du 17 septembre 1943* (JO (*Alger*), 12 octobre 1944, p. 917).

¹⁰⁴⁴ De nombreux discours et préambules d'ordonnances vont en ce sens. On retiendra surtout l'ordonnance du 24 septembre 1941 *portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France Libre et ayant le caractère d'une Constitution provisoire*, véritable synthèse du discours de la France libre : « Au nom du peuple et de l'Empire français. [...] Considérant que la situation résultant de l'état de guerre continue d'empêcher toute réunion et toute expression de la représentation nationale ; Considérant que la Constitution et les lois de la République française ont été et demeurent violées sur tout le territoire métropolitain et dans l'Empire, tant par l'action de l'ennemi que par *l'usurpation des autorités qui collaborent avec lui* ; Considérant que de multiples preuves établissent que l'immense majorité de la nation française doit accepter le régime imposé par la violence et la trahison et voit dans l'autorité de la France Libre l'expression de ses vœux et de sa volonté... » (C. DE GAULLE, *Discours et messages. Pendant la guerre. Juin 1940-janvier 1946*, Paris, Plon, 1970, p. 104) (souligné par nous).

¹⁰⁴⁵ Par exemple : ordonnance du 21 avril 1944 (JO (*Alger*), 22 avril 1944, p. 325-327).

¹⁰⁴⁶ S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585-1586, *précit.* ; v. également : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 219.

¹⁰⁴⁷ Ils ont pu être sanctionnés sous l'angle de l'art. 75 du Code pénal (trahison et intelligence avec l'ennemi) ou l'art. 83 de ce même Code (atteintes à la sûreté extérieure de l'État et actes de nature à nuire à la défense nationale). V. en ce sens : G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 282.

1944¹⁰⁴⁸ : le terme d'usurpateur et les formules de « Français qui ont participé à la lutte contre l'ennemi et l'usurpateur » ou qui ont « favorisé les desseins de l'ennemi ou de l'usurpateur » sont reprises par nombre d'ordonnances¹⁰⁴⁹ et d'actes juridiques comme des jugements de jury d'honneur¹⁰⁵⁰ entre 1944 et 1946. Par ailleurs, l'avis émis en 1946 dans le *Dalloz* à l'occasion d'un commentaire de Pierre Mimin, président à la Cour d'appel d'Angers, sous l'ordonnance du 6 mai 1944 *relative à la répression des délits de presse* s'appuie sur une telle doctrine de l'assentiment. Il énonce que « [d]u jour où un gouvernement provisoire ou gouvernement de fait s'appuie sur la volonté du grand nombre des citoyens, on lui doit le respect qu'on devrait à un gouvernement de droit »¹⁰⁵¹. Cette conception est d'autant mieux ancrée que « les théoriciens du droit public sont d'accord en ce point avec les moralistes et les théologiens »¹⁰⁵². Il est alors certain que pour nombre d'auteurs à partir du XX^e siècle, le rôle que le peuple doit jouer dans l'acceptation du gouvernement de fait est crucial.

§2. Les doctrines juridiques de la place du peuple face au gouvernement de fait au XX^e siècle : entre assentiment présumé et assentiment volontaire

Parmi les nombreux auteurs qui se sont intéressés aux mécanismes d'acceptation du pouvoir dans une perspective juridique autant que politique, certains ont porté une attention toute particulière aux gouvernements de fait. Dès 1913, Raymond Gaudu amorce, dans sa thèse, une recherche des doctrines de la légitimité et essaie de compiler les éléments qui peuvent fonder juridiquement l'obéissance voire l'acceptation du

¹⁰⁴⁸ Ordonnance du 3 juin 1944 (*JO (Alger)*, 8 juin 1944, p. 449).

¹⁰⁴⁹ De manière non-exhaustive, v. art. 7 de l'ordonnance du 11 octobre 1944 *modifiant la composition, le fonctionnement et les attributions de l'Assemblée consultative provisoire* (*JO (Alger)*, 12 octobre 1944, p. 918) ; art. 4 de l'ordonnance de l'ordonnance du 12 octobre 1944 *déclarant nuls et de nul effet les actes et textes tendant à l'organisation corporative de l'agriculture* (*JO (Alger)*, 13 octobre 1944, p. 925) ; art. 6 de l'ordonnance du 30 octobre 1944 *portant établissement d'une assemblée municipale provisoire de la ville de Paris* (*JO*, 6 novembre 1944, p. 1200) ; art. 1^{er} de l'ordonnance du 3 novembre 1944 *portant modification en ce qui concerne les conseils généraux* (*JO*, 9 novembre 1944, p. 1236) ; art. 1^{er} de l'ordonnance du 5 avril 1945 *modifiant l'ordonnance du 18 novembre 1944 instituant une Haute Cour de justice* (*JO*, 6 avril 1945, 1801) ; art. 2 de l'ordonnance du 6 avril 1945 *portant modification des articles 16 et 18 de l'ordonnance du 21 avril 1944 sur l'organisation des pouvoirs publics en France après la libération* (*JO*, 7 avril 1945, p. 1914) ; art. 3 du décret du 30 mai 1945 *portant adaptation à Madagascar et dépendances des dispositions de l'ordonnance du 21 avril 1944 sur l'organisation des pouvoirs publics en France après la libération, modifiée par l'ordonnance du 6 avril 1945* (*JO*, 31 mai 1945, p. 3121).

¹⁰⁵⁰ Le jury d'honneur, entre 1945 et 1946, est une juridiction administrative extraordinaire qui juge en dernier ressort. Pour des exemples de décisions reprenant le vocabulaire de l'usurpation : *JO*, 1^{er} janvier 1945, p. 4658-4660 ; *JO*, 4 mai 1945, p. 2523-2524 ; *JO*, 5 mai 1945, p. 2542 ; *JO*, 2 juin 1945, p. 3160 ; *JO*, 17 juin 1945, p. 3617-3623 ; *JO*, 20 juin 1945, p. 3710-3712 ; *JO*, 25 juin 1945, p. 3864-3867 ; *JO*, 2 juillet 1945, p. 4014-4021 ; *JO*, 12 juillet 1945, p. 4288-4292 ; *JO*, 20 juillet 1945, p. 4455-4462 *JO*, 24 août 1945, p. 5285-5288 ; *JO*, 20 septembre 1945, p. 5890-5891 ; *JO*, 30 septembre 1945, p. 6131-6134 ; *JO*, 7 octobre 1945, p. 6317-6321 ; *JO*, 11 octobre 1945, p. 6409-6411 ; *JO*, 14 octobre 1945, p. 6512-6517 ; *JO*, 15 décembre 1945, p. 8297-8299 ; *JO*, 4 janvier 1946, p. 140-142 ; *JO*, 19 janvier 1946, p. 506-507 ; *JO*, 3 avril 1946, p. 2745 ; *JO*, 21 mai 1946, p. 4382 ; *JO*, 7 octobre 1946, p. 8542.

¹⁰⁵¹ *D.* 1946, législation, p. 2.

¹⁰⁵² *Ibid.*

gouvernement de fait¹⁰⁵³. Mais c'est surtout à partir des écrits de Gaston Jèze dès 1914¹⁰⁵⁴ qu'un important travail de définition de l'assentiment est entrepris par la doctrine. Pensé comme un indicateur inhérent au droit politique permettant de dégager la légitimité du gouvernement au-delà de sa seule existence¹⁰⁵⁵, il ne se résume pas à la seule affirmation quasi spirituelle d'une « sorte de légitimité provisoire et empirique fondée sur la nécessité sociale », comme l'estime, pour sa part, Marcel Prélot¹⁰⁵⁶. Déterminer ce qui fonde le sentiment d'obligation du citoyen envers le gouvernement sans titre n'est pas chose aisée, et plusieurs tendances se dessinent. Il est alors possible d'identifier trois groupes. Les deux premiers ensembles s'intéressent à l'assentiment, mais leurs conclusions conduisent à une disqualification du gouvernement de fait, du peuple ou des deux. Il s'agit, d'une part, des doctrines qui s'intéressent aux manifestations d'adhésion au gouvernement de fait, mais ne portent un intérêt proprement juridique qu'à la reconnaissance du gouvernement de droit (A) et, d'autre part et dans une perspective différente, des théories autoritaires de l'assentiment développées sous le régime de Vichy (B). Le troisième s'efforce de déceler la part de droit dans l'assentiment dont se prévaut le gouvernement de fait, pour établir une distinction avec l'usurpation (C).

A. Les manifestations d'adhésion au gouvernement de fait et leur rapport avec le gouvernement de droit

L'intérêt porté aux relations conceptuelles entre gouvernements de fait et de droit conduit certains auteurs de la première moitié du XX^e siècle à une prise en compte de l'obéissance des citoyens dans la détermination des modes d'acceptation du pouvoir. Malgré leurs divergences, ces auteurs sont rattachables au courant du positivisme juridique. À l'exception d'Hauriou qui focalise davantage sa pensée sur le droit interne à partir de sa doctrine institutionnaliste¹⁰⁵⁷, les auteurs sont internationalistes. Parmi eux, Ferdinand Larnaude fait partie des « légistes républicains », taraudés par le souci « d'attester auprès de leur gouvernement leur loyauté envers les intérêts nationaux » et « leur attachement aux valeurs universalistes de leur communauté professionnelle »¹⁰⁵⁸ ;

¹⁰⁵³ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, *passim*, notamment p. 703 *sqq.* et p. 765 *sqq.*

¹⁰⁵⁴ Ernst Wolf considère, pour sa part, que la première doctrine du gouvernement de fait est formulée par Jèze : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.* p. 49. À propos des thèses de Jèze sur l'investiture plausible du gouvernement de fait : *cf. infra*, p. 263. Wolf ne semble donc pas inclure les écrits de Gaudu dans une doctrine du gouvernement de fait. Il est vrai que la thèse de Gaudu s'emploie à retracer les doctrines de la légitimité, mais sans forcément accorder de développements à ce qui pourrait constituer un critère de l'assentiment du gouvernement de fait.

¹⁰⁵⁵ Puisqu'il a pu être observé que si l'effectivité apparaissait comme un critère nécessaire, il n'était pas suffisant au gouvernement de fait.

¹⁰⁵⁶ M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁵⁷ Sur ce point : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 381 *sqq.*

¹⁰⁵⁸ Larnaude s'inscrit pleinement dans le courant positiviste et la prétention à une « neutralité scientifique » et ce, dès qu'il fonde la *Revue du droit public* en 1894. Il fait aussi parti des « légistes républicains » de la Troisième République. V. en ce sens : V. LANIOL, « Ferdinand Larnaude, un “délégué technique” à la conférence de la Paix en 1919 entre expertise et “culture de guerre” », *Relations internationales*, t. 149, 2012, p. 45-46. V. aussi sur les légistes républicains dans le droit international : G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, « La “guerre hors-la-loi”, 1919-1930 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, t. 151-152, 2004, p. 91-95, notamment p. 95.

Scipione Gemma, quant à lui, est un professeur italien de droit international, lui-aussi affilié au positivisme juridique, nourri d'une dimension historique du droit international¹⁰⁵⁹.

Bien qu'ils s'intéressent avant tout à la reconnaissance du gouvernement de droit et relèguent le fait d'obéir à l'autorité dénuée de titre à un constat sans grande portée juridique, leurs écrits constituent une étape importante pour comprendre les aspérités du critère de l'assentiment. Ainsi, des auteurs comme Larnaude ou Gemma s'emploient à définir ce que recouvre les manifestations d'adhésion au gouvernement, malgré le relatif intérêt juridique qu'elles peuvent présenter pour eux (1). De même, Maurice Hauriou s'essaie à une appréciation juridique de l'assentiment, qui reste toutefois cantonnée au gouvernement de droit (2).

1. Le relatif intérêt juridique des manifestations d'adhésion au gouvernement de fait chez Larnaude et Gemma

En 1921, dans la *Revue générale de droit international public*, Larnaude reprend à son compte une distinction déjà établie entre l'obéissance dont se prévaut le gouvernement de fait et une consultation régulière du pays, qui serait le propre du gouvernement de droit¹⁰⁶⁰. Il estime que « ce qui importe et est essentiel pour qu'il y ait un gouvernement légal, c'est que le pays soit régulièrement consulté ». L'assentiment, par des voies régulières – l'auteur vise ici des procédures dotées de formes prédéfinies comme le plébiscite, le référendum, la promulgation de la constitution par des représentants de la nation – permet de passer du fait au droit¹⁰⁶¹. Dès lors, même s'il existe des manifestations extérieures d'adhésion au gouvernement de fait, il ne pourra jamais se prévaloir d'être *de jure* tant qu'il n'y aura pas eu cette consultation du peuple. Partant de ce constat, seules ces formes régulières d'assentiment fondées sur l'élection présenteraient un intérêt dans l'étude juridique du gouvernement de fait. Une double critique s'impose.

Tout d'abord, et c'est là une objection de Louis Léchardy dans sa thèse en 1929, si le consentement de la nation peut transformer le gouvernement de fait en gouvernement de droit, il n'en faut pas exagérer l'importance, car il peut exister des autorités régulières dont le titre n'est pas issu de la souveraineté nationale (l'auteur évoque les chartes constitutionnelles de 1814 et 1830). L'explication qui voudrait que l'investiture des autorités se fasse conformément aux règles prescrites par une Assemblée constituante

¹⁰⁵⁹ Outre son article consacré aux gouvernements de fait riche en informations sur la pensée de Gemma, publié au *Recueil de cours de l'Académie de droit international* (S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 297 et la notice bibliographique le concernant p. 295), on peut se référer à ses écrits portant sur la politique et le droit (ID., *Politica e diritto negli odierni rapporti internazionali. Discorso letto il 10 novembre 1896 per l'inaugurazione dell'anno accademico nel R. Istituto di scienze sociali "Cesare Alfieri"*, Firenze, G. Civelli, 1897, *passim*).

¹⁰⁶⁰ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 476. Cela rejoint le constat établi plus tôt selon lequel deux types d'assentiments se distinguent : une procédure formelle qui caractérise le gouvernement de droit et des manifestations informelles d'acceptation du pouvoir du gouvernement de fait.

¹⁰⁶¹ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 475.

n'est guère satisfaisante, ajoute-t-il, car ce serait consacrer la souveraineté nationale (et les gouvernements qui s'en revendiquent comme seule source de légitimité possible¹⁰⁶². C'est d'ailleurs pourquoi il souhaite bannir ce critère de l'étude en droit international qu'il entend mener, bien qu'il puisse fonder une « légitimité constitutionnelle »¹⁰⁶³.

Surtout, en plaçant le curseur sur le passage du fait au droit pour le gouvernement, on peut se demander si les manifestations témoignant de l'obéissance ou de la non-contestation du pouvoir du gouvernement présentent un intérêt en droit. Ne trouve-t-on, dans l'assentiment, qu'une question de fait sans pertinence dans une étude juridique ? Si Lécharny ne semble pas y accorder d'importance, Larnaude admet tout de même que pour distinguer un gouvernement de fait d'une usurpation, il est nécessaire de rechercher s'il a été obéi sur tous les points ou la majorité du territoire sur lequel l'État exerce sa souveraineté. Partant du constat que la légitimité nouvelle du gouvernement est à chercher dans la volonté générale, il est contraint de reconnaître qu'il existerait un assentiment spécifique au gouvernement de fait¹⁰⁶⁴. Il se trouverait dans les « manifestations actives, mais tumultueuses et inorganiques, de la volonté populaire » dont il est possible de déceler des traces dans *l'acclamation populaire*, les *adresses* des diverses associations, ligues ou comités, les procès-verbaux des *délibérations* d'assemblées locales ou régionales ou les *votes plébiscitaires partiels* de certaines villes. De même, des « manifestations passives » de l'assentiment se dégagent de l'adhésion tacite qui résulte de l'obéissance à tous les actes du gouvernement de fait¹⁰⁶⁵. Mais, pour lui, elles ne présentent guère d'intérêt juridique, la seule chose qui importe est que le gouvernement paraisse obéi en fait¹⁰⁶⁶.

Ce terme de *manifestations* pour désigner l'obéissance au gouvernement de fait est également usité par Scipione Gemma dans ses cours à l'Académie de droit international de la Haye, publiés en 1924¹⁰⁶⁷. Il considère aussi que les manifestations populaires peuvent, certes, être vues comme un témoignage d'acceptation du gouvernement, mais elles sont dépourvues d'effets juridiques¹⁰⁶⁸. Toutefois, Gemma affirme qu'il est une loi naturelle selon laquelle tout gouvernement ne peut perdurer longtemps contre la volonté du peuple¹⁰⁶⁹. Par conséquent, si le premier temps des gouvernements de fait est lié à la nécessité qui résulte du fait accompli, il est tout de même impératif qu'il se maintienne

¹⁰⁶² L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 9 *sqq.* Ce serait nier, selon lui, l'histoire des gouvernements qui ont été « de droit » sans pour autant avoir été institués par une constituante ou ratifiés par un plébiscite.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁶⁴ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 492.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 493. Les termes en italique sont repris à l'auteur.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 496.

¹⁰⁶⁷ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 316 *sqq.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 316. Par ailleurs, l'hypothèse où la constitution leur attribuerait un ou plusieurs effets juridiques, dans des formes légales, est à rejeter. Cette situation s'intègre dans le cadre d'un gouvernement de droit et échappe donc à l'analyse de l'assentiment du gouvernement de fait.

¹⁰⁶⁹ Selon lui, « la substitution d'un nouveau gouvernement à l'ancien n'est que la correction d'une déviation de cette loi » : *ibid.*, p. 317.

par le *consentement*. La force seule ne pouvant donner de résultats satisfaisants, une « adhésion spontanée au nouvel ordre des choses » est impérative. Ce consentement n'est pas toujours immédiat ou général et rarement révélé par des *manifestations formelles* explique l'auteur, si bien qu'une lutte s'engage systématiquement, durant laquelle le gouvernement cherche à s'imposer. Cette « adhésion spontanée » au gouvernement de fait se manifeste alors de deux façons : tacitement¹⁰⁷⁰, par l'obéissance du peuple au gouvernement, ou bien par des manifestations explicites¹⁰⁷¹. Enfin, il faut une persistance dans l'adhésion, ce que l'auteur nomme la *consuetudo*, pour que le gouvernement de fait puisse produire du droit¹⁰⁷². L'auteur n'approfondit toutefois pas ses réflexions et ne se penche pas sur l'influence juridique de ces manifestations d'adhésions. Un auteur de cette période va s'essayer à l'exercice en intégrant ces données à l'étude du droit constitutionnel, bien qu'il ne circoncrive sa théorie qu'au gouvernement de droit.

2. Une étude juridique de l'assentiment cantonnée au gouvernement de droit : Maurice Hauriou et la nationalisation du pouvoir

Si les termes d'adhésion et de manifestations d'acceptation du gouvernement ne sont pas sans rappeler les thèses de Maurice Hauriou, il convient de préciser que le doyen de Toulouse ne s'intéresse que brièvement aux gouvernements de fait, au début de son *Précis de droit constitutionnel*. Pourtant père d'une théorie institutionnaliste, Hauriou accorde finalement assez peu d'importance à l'assentiment du gouvernement de fait, puisqu'il ne l'envisage, comme les auteurs qui précèdent, que par le biais de leur procédure d'entrée dans le droit, qu'il rattache au vote d'une constitution¹⁰⁷³. Il fait reposer l'obéissance au gouvernement de fait sur un impératif d'ordre théologique¹⁰⁷⁴. Néanmoins, le recours à

¹⁰⁷⁰ L'auteur ne définit pas le contenu et la portée de cette adhésion tacite. On peut noter que quelques années auparavant, dans sa thèse, Raymond Gaudu avait vertement critiqué la légitimité du gouvernement de fait fondé sur l'adhésion tacite du peuple, ce caractère tacite étant davantage présupposé que constaté : R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 718-721.

¹⁰⁷¹ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 317.

¹⁰⁷² Gemma s'appuie ici sur un extrait du Digeste, tiré d'une sentence de Modestin (D. 40, 1, 3) : *omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo* que l'on pourrait traduire par « tout droit émane de ce qu'a soit dicté la volonté commune, soit imposé la nécessité, soit établi la coutume ». *Ibid.*, p. 318. Une citation qui est également utilisée par Jellinek, traduite cette fois-ci « tout droit est soit créé par le consentement, soit constitué par la nécessité, soit confirmé par la coutume » (G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 51).

¹⁰⁷³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁷⁴ Hauriou range, en effet, les facteurs d'obéissance au pouvoir dans deux ensembles : l'acceptation par un consentement coutumier octroyé au pouvoir de droit et, pour « les temps anormaux » c'est-à-dire le pouvoir ou gouvernement de fait, la « doctrine théologique de l'origine divine du pouvoir » qui se joint à « la sagesse humaine pour conseiller aux sujets la patience tant que le gouvernement de fait n'est pas tyrannique » et qu'il entre dans le droit (*ibid.*, p. 14, n. 5). Il détaille un peu plus loin ce qu'il entend par doctrine théologique (*ibid.*, p. 29-30). L'obéissance au pouvoir de fait résulte d'une métaphysique théologique du pouvoir qu'il fait remonter au principe paulinien de la légitimité du pouvoir. En somme, il se rattache à la maxime *omnis potestas a Deo*, prêtée à saint Paul (dans *l'Épître aux romains*, Rm 13, 1, on la trouve sous cette forme : *non est enim potestas nisi a Deo*). Si Hauriou ne s'attarde guère davantage sur ce principe, celui-ci traduit tout de même, pour lui, le « caractère naturel et nécessaire du pouvoir ». Plus encore, il est la manifestation que derrière toute physique se cache une métaphysique, principe qui s'appliquerait également au droit. Cela impliquerait alors que durant

son institutionnalisme, par le biais de la théorie de la nationalisation du pouvoir qu'il développe, est profitable, *mutatis mutandis*, pour l'étude des gouvernements de fait.

L'institution, chez Hauriou, se caractérise par une « idée d'œuvre » qui va être traduite de manière effective par un pouvoir de gouvernement, auquel des « manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures » viendront adjoindre l'assentiment du corps politique¹⁰⁷⁵. Ainsi, il identifie trois pouvoirs distincts au sein de l'État qui, loin de correspondre aux canoniques *exécutif*, *législatif* et *judiciaire*, tentent de se rapprocher du processus d'institutionnalisation. On retrouve le pouvoir exécutif appelé aussi minoritaire, puis le pouvoir délibérant parfois nommé majoritaire et, enfin, le pouvoir de suffrage ou d'assentiment¹⁰⁷⁶. Le premier est orienté vers une logique de fondation de l'institution, son rôle est de faire accepter l'idée d'œuvre ; le second entreprend les débats autour de l'idée d'œuvre qui consiste à la perfectionner et la traduire pour le plus grand nombre, c'est-à-dire le dernier pouvoir, dont le but est de faire passer l'idée d'œuvre de la minorité à la majorité¹⁰⁷⁷. En conséquence logique de sa théorie, Maurice Hauriou considère que tout pouvoir n'est pas issu du peuple, mais qu'il existe un pouvoir majoritaire qui, certes, lui est rattachable et également « un pouvoir minoritaire qui, peut-être, va au peuple, mais qui, à coup sûr, n'en émane pas »¹⁰⁷⁸. Cette affirmation, qui se veut une critique de la doctrine révolutionnaire de la délégation du pouvoir¹⁰⁷⁹, est qualifiée par Hauriou de « doctrine constitutionnelle de la nationalisation des pouvoirs de gouvernement »¹⁰⁸⁰. Hauriou dépeint ainsi l'idée de droit comme passant du pouvoir minoritaire vers le pouvoir majoritaire puis d'assentiment : elle va progressivement « vers la nation »¹⁰⁸¹. La primauté d'agir appartient donc au gouvernement qui doit gagner la confiance de la nation. Témoignage de la nationalisation, cette confiance est le propre de la majorité envers le pouvoir minoritaire¹⁰⁸². Elle se rattache directement aux manifestations collectives qui viennent parfaire la répartition des pouvoirs dans la théorie hauriouiste de l'institution. Cette thèse

les périodes de vacances du droit – ce qu'Hauriou comprend comme le pouvoir de fait – la physique s'étiole et la métaphysique intervient.

¹⁰⁷⁵ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de sa fondation. Essai de vitalisme social », *loc. cit.*, p. 96 : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ». V. aussi : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 392.

¹⁰⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 376 *sqq.*, p. 469 *sqq.* et p. 544 *sqq.* V aussi É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 395 : Éric Millard explique que le pouvoir minoritaire correspond à la « compétence intuitive de la décision exécutoire », le pouvoir majoritaire à la « compétence discursive du pouvoir délibérant ».

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 396.

¹⁰⁷⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 169 *sqq.* Selon Hauriou, dans la doctrine révolutionnaire, puisque la nation est détentrice de la souveraineté, tout pouvoir émanerait d'elle. Les pouvoirs minoritaires des institutions gouvernementales seraient exercés par délégation de la nation, donc ne seraient pas autonomes, conséquence préjudiciable à l'État pour le publiciste.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 174 *sqq.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 180 *sqq.*

d'un pouvoir minoritaire qui aurait pour but de faire accepter l'idée d'œuvre qu'il véhicule au plus grand nombre est transposable aux gouvernements de fait. Au surplus, nombre d'auteurs, tels Gemma ou Larnaude, mettent l'accent sur les manifestations collectives desquelles se prévalent, de fait, les gouvernements lors des transitions constitutionnelles. Selon cette perspective, la nationalisation du gouvernement de fait s'opérerait à mesure que se rapprocherait son entrée dans le droit : plus le peuple semble lui accorder son assentiment, plus il a de légitimité pour agir provisoirement, jusqu'à ce qu'il parvienne à son pouvoir par le biais d'une procédure spécifique d'entrée dans le droit.

Pour intéressante qu'elle soit concernant les gouvernements de fait, la portée de la théorie d'Hauriou doit être minorée. En effet, même si l'auteur reconnaît l'existence et la pertinence de manifestations de communion à des périodes fondatrices de l'institution¹⁰⁸³, le pouvoir d'assentiment ou de suffrage vise surtout, dans cette théorie, l'acceptation du pouvoir par le biais de procédés juridiquement encadrés. Il s'agit – le nom même de « pouvoir de suffrage » l'indique – d'opérations électorales au sens large (le référendum comme le vote pour l'élection d'un candidat à une fonction quelconque)¹⁰⁸⁴. Il s'intéresse donc davantage à l'assentiment donné au gouvernement de droit plutôt qu'à celui donné au gouvernement de fait. En outre, il serait possible d'objecter à cette théorie un manque de nuance dans un processus au déroulé linéaire qui tient trop peu compte des aspérités de l'histoire¹⁰⁸⁵. Léon Duguit, à l'origine de cette critique, va d'ailleurs jusqu'à qualifier la doctrine d'Hauriou de « flottante »¹⁰⁸⁶. Il n'est toutefois pas plus loquace sur le sujet des gouvernements de fait, considérant que leurs actes imposent l'obéissance, du moment qu'ils « ne portent atteinte à aucun des principes généraux du droit supérieur » quel que soit le fondement qu'on leur donne¹⁰⁸⁷. Dans un même ordre d'idées, Adhémar Esmein fonde la validité du « droit révolutionnaire » sur l'acceptation par le peuple, sans résistance, de la révolution accomplie¹⁰⁸⁸. Ces différentes théories n'accordent donc que très peu d'importance à la part active que peut jouer le peuple dans l'acceptation du pouvoir. On y trouve un assentiment spécifique au gouvernement de fait, mais qui semble être mis à la marge du droit et qui se résume à une sorte d'obéissance au gouvernement effectif, présumée *a posteriori*, s'il ne prend pas les traits d'une usurpation ou n'est pas manifestement injuste. Des auteurs vont toutefois

¹⁰⁸³ V. à ce titre les développements d'Éric Millard sur la question : É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 397.

¹⁰⁸⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 544-545.

¹⁰⁸⁵ Il ne sera pas fait état des critiques de cette théorie d'Hauriou comme étant une doctrine de la puissance réduisant le peuple à un simple spectateur du gouvernement, cantonné au rôle d'acceptation du pouvoir. Éric Millard a bien montré le caractère réducteur de cette lecture – qui doit beaucoup, pour le pire, à Carl Schmitt – tout en mettant en relief la part d'idéalisme chrétien propre à Hauriou pouvant rendre ses thèses parfois ambiguës. É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *loc. cit.*, p. 402 *sqq.*

¹⁰⁸⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁸⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. IV, Paris, Éditions de Boccard, 1924, p. 745.

¹⁰⁸⁸ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. I, Paris, Sirey, 1927, p. 620 : Esmein s'appuie sur l'exemple de la déchéance de Napoléon III confirmée par l'Assemblée nationale par un acte du 1^{er} mars 1871. Selon lui, cet acte ne peut se justifier juridiquement qu'en considérant que le peuple a manifesté une volonté d'abrogation de la Constitution du Second Empire, par son acceptation du pouvoir du gouvernement de la Défense nationale.

pousser ces postulats dans leurs derniers retranchements en esquisant les traits d'une théorie autoritaire de l'assentiment, dans laquelle le peuple est finalement relégué à une place subsidiaire à côté du chef.

B. Une appréciation autoritaire de l'assentiment : la place subsidiaire du peuple dans l'acceptation du gouvernement

En 1940, la Révolution nationale entreprend un renversement des principes philosophiques de 1789, principalement celui de la souveraineté nationale. Une conception de l'assentiment qui minore la place du peuple dans l'acceptation du pouvoir en était donc la conséquence directe. Pourtant, parallèlement et de manière paradoxale, la doctrine autoritaire incite à une prise en compte juridique de l'assentiment. Cela s'explique peut-être, comme l'illustrent les travaux de l'historien britannique Paul Corner, par la préoccupation majeure manifestée par les régimes autoritaires et totalitaires pour l'opinion publique, non seulement dans le présent pour éliminer les dissidents mais également pour l'avenir, principalement dans un objectif de légitimation¹⁰⁸⁹. Dans cette recherche de légitimité, il est possible de déceler les traces d'une théorie de l'État qui vise à placer le chef au centre et le peuple, non pas comme fondement du pouvoir mais comme prétendue finalité.

En ce sens, Georges Liet-Veaux développe en 1942, dans sa thèse, une théorie de l'opinion publique comme origine du pouvoir. Partant du constat que « [l]e droit en vigueur dans un État donné à un instant donné n'est que l'accumulation des désirs successifs de l'opinion publique »¹⁰⁹⁰, il affirme que la réalisation de l'opinion publique est le fondement et le principe d'exercice du pouvoir politique. Peu aisée à définir, elle n'est pas la somme des intérêts particuliers et fait appel à de nombreuses notions, juridiques, politiques et sociologiques, mais elle demeure une notion clef pour penser les limites à la puissance de l'État¹⁰⁹¹. L'auteur met en avant le rôle actif du gouvernement dans la réalisation des opinions publiques. Partant du constat que « [l]'opinion publique est souveraine dans l'État », mais que ses « *desiderata* ne sont pas assortis d'une sanction organisée », il est nécessaire qu'elle se concrétise pour devenir contraignante¹⁰⁹². Pour ce faire, il fait du gouvernement l'interprète autorisé du peuple. Dès lors, dans le cas d'une révolution, la source principale du pouvoir du gouvernement insurgé, tient en « l'appel que leur a adressé l'opinion publique », la translation de la souveraineté étant instantanée entre le pouvoir déchu et celui qui le supplante¹⁰⁹³.

La radicalité de cette doctrine tient en ce que, nonobstant une théorie de l'assentiment approfondie, il entend démontrer l'inexistence de la notion de gouvernement de fait (tout

¹⁰⁸⁹ V. l'ouvrage qui résulte d'une conférence organisée à l'Université de Sienna en 2006 : *Popular opinion in totalitarian regimes*, éd. P. CORNER, Oxford, Oxford University Press, 2009, *passim* ; et notamment : P. CORNER, « Introduction », *Popular opinion...*, *op. cit.*, p. 3 *sqq.*

¹⁰⁹⁰ G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 291 *sqq.*

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 286.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 370.

en conservant pourtant celle de gouvernement insurrectionnel). Selon lui, tout gouvernement, du moment qu'il existe et jouit d'une certaine obéissance, est à la fois un gouvernement de droit comme de fait. Le grief principal qu'adresse Liet-Veaux à la notion de gouvernement de fait tient en ce qu'il l'assimile à celle d'usurpation. Dès lors, il s'insurge contre les drastiques conséquences qu'elle implique, à savoir la nullité substantielle des actes de l'usurpateur et son inexistence en droit¹⁰⁹⁴. Sa critique porte donc exclusivement contre une conception politique du gouvernement de fait, mais il n'en envisage pas d'autres. Dès lors que l'insurrection triomphe, le gouvernement qui en découle est nécessairement de droit dans la mesure où l'opinion publique le porte, quand bien même il serait encore illégal¹⁰⁹⁵. Cette absence de distinction entre usurpateur et gouvernement de fait rend certains de ses propos contestables ou confus. D'abord, ils apparaissent contestables en ce que pour échapper aux « conceptions purement politiques »¹⁰⁹⁶ qui se cacheraient derrière la notion de gouvernement de fait, il consacre une supériorité absolue de la légitimité des révolutions et du gouvernement issu d'une insurrection, du moment qu'il peut lui reconnaître l'assentiment de l'opinion publique. Une telle perspective contribue alors à ériger tout renversement du gouvernement comme nécessairement légitime. À cette critique d'une « apologie de la révolte », il n'oppose aucune réelle défense sinon une assertion politique : « [l']anarchie est [...] pire que les troubles que peut faire apparaître une reconnaissance hâtive de la “légitimité” d'un gouvernement »¹⁰⁹⁷. Somme toute, cette peur de l'anarchie justifie tout pouvoir en place¹⁰⁹⁸. Ils apparaissent confus ensuite, car l'auteur estime que le régime de Vichy est issu d'une « fraude à la Constitution » (il y a donc bien rupture)¹⁰⁹⁹, mais qu'il n'en est pas moins un gouvernement de droit, puisque lui-même rejette la notion de gouvernement de fait. Dans le même temps, il reconnaît l'absence d'encadrement normatif stable du régime – qu'il fait reposer essentiellement sur une autolimitation et sur l'opinion publique, sans guère plus de détails –, ainsi que son caractère transitoire¹¹⁰⁰. Plus encore, sa théorie conduit, *in fine*, à une abdication du rôle actif que peut jouer le peuple dans la vie politique de l'État. Annihilant le gouvernement de fait, il ouvre la possibilité d'une tyrannie de l'opinion en période insurrectionnelle qui dépasse tout mécanisme juridique et qui n'est esquivée que par une surreprésentation du rôle du gouvernement dans la réalisation de l'opinion publique. Cette réalisation, en période normale, passe par des voies juridiques, ce qui n'est pas le cas en période anormale, où elle se passe de toute limite puisque le gouvernement, même insurrectionnel, est *de jure* à

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 228 *sqq.*

¹⁰⁹⁵ G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 370 *sqq.*

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 234.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 379.

¹⁰⁹⁸ Il a déjà été fait retour sur cette conception réductrice et politique de l'anarchie et la crainte qu'elle engendre : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 224 n. 897.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 103 *sqq.* et p. 401 *sqq.* V. également G. LIET-VEAUX, « La “fraude à la constitution” », *loc. cit.*, p. 116 *sqq.*

¹¹⁰⁰ G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 403-404.

ses yeux. Ainsi, le gouvernement ne peut être que le seul interprète de l'opinion du peuple, opinion qui lui octroie un blanc-seing pour agir.

Cette doctrine demeure tributaire de son contexte. Liet-Veaux écrit sous l'Occupation, période au cours de laquelle croît une théorie autoritaire de l'assentiment. En effet, sous couvert d'une plus large représentation de l'opinion, les écrits de certains auteurs partisans du régime conduisent à une abdication du rôle du peuple dans la vie politique de l'État. Ainsi peut-on lire chez Roger Bonnard que « la participation du peuple ne comporte ni détention, ni exercice du pouvoir. Elle se borne à aider le chef qui, seul, détient et exerce le pouvoir »¹¹⁰¹. Bonnard esquisse alors, dans son *Précis de droit public*, les traits d'une théorie du gouvernement autoritaire. Pour avoir la force de fonctionner, celui-ci doit s'appuyer sur la confiance des gouvernés. Toutefois, « cette adhésion confiante des gouvernés ne vient pas limiter le pouvoir personnel du chef, mais seulement lui donner sa pleine efficacité »¹¹⁰². Selon l'état des lieux que dresse Joseph Barthélemy dans l'édition 1944 de son *Cours de droit comparé*, la notion de souveraineté de la nation apparaîtrait désuète¹¹⁰³. Le peuple est alors envisagé exclusivement dans un rôle de soutien du chef, devant lui accorder une confiance *a priori*¹¹⁰⁴. Il n'est pas à l'initiative du pouvoir, il en est la finalité en ce sens qu'il n'est pensé et appréhendé que dans l'unique objectif d'étayer le pouvoir et de le justifier. Clairement exprimée chez Bonnard et Barthélemy, cette idée est plus diffuse et moins radicale dans les écrits de Liet-Veaux. Elle tient essentiellement à ce que, dans un régime autoritaire, l'opinion publique passe avant tout par un mode de réalisation qu'il qualifie d'*indirect* et qui consiste, pour les citoyens, à accorder leur confiance au chef, seul « apte à discerner les meilleurs éléments de l'opinion »¹¹⁰⁵. Dans un objectif inverse, des juristes vont s'efforcer d'esquisser un assentiment spécifique au gouvernement de fait tout en introduisant une part de volontarisme juridique absente des écrits précédemment examinés.

C. Une appréciation juridique et volontariste de l'assentiment comme frontière entre le gouvernement de fait et l'usurpation

Les auteurs qui prennent le contrepied des appréciations politiques de l'assentiment, démocratiques ou autoritaires, en esquissent une approche juridique. Parmi eux, on retiendra Gaston Jèze, René Capitant et Georges Vedel. Ces trois juristes gravitent à des degrés divers autour de l'institutionnalisme et ont une pensée critique envers le normativisme et prenant en compte des données sociologiques et politiques dans sa méthode. Jèze se réclame du « positivisme sociologique ». Un positivisme en partie inspiré de son maître, Léon Duguit, qui refuse une frontière rigide entre le droit et ses

¹¹⁰¹ R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *loc. cit.*, p. 308.

¹¹⁰² R. BONNARD, *Précis de droit public*, Paris, Sirey, 1944, p. 22.

¹¹⁰³ J. BARTHÉLEMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 82.

¹¹⁰⁴ En ce sens : L. TERRACOL, « La doctrine de Vichy. Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité », *loc. cit.*, p. 74 *sqq.*

¹¹⁰⁵ G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 297.

fondements politiques qui excluait ces derniers du champ de l'étude juridique¹¹⁰⁶. Capitant propose de concilier la doctrine positiviste avec la coutume constitutionnelle, le droit non-écrit et les processus d'institutionnalisation du droit¹¹⁰⁷. Il va donc s'intéresser aux phénomènes d'obéissance et de sanction. Vedel, enfin, disciple émancipé¹¹⁰⁸ d'Hauriou, a une vision extensive du droit constitutionnel¹¹⁰⁹, mais il ne s'interdit pas l'excursion dans le champ du droit politique et du droit comparé¹¹¹⁰. Ces auteurs qui se sont essayés à une théorisation juridique de la dialectique entre gouvernants et gouvernés l'ont fait tant pour réintroduire une part de volontarisme juridique dans le processus de reconnaissance *de facto* que pour mieux distinguer le gouvernement de fait de l'usurpateur.

La théorie de l'investiture plausible du gouvernement de fait, développée par Jèze dans un article à la *RDP* en 1914, puis précisée dans ses *Principes généraux du droit administratif*¹¹¹¹, mobilise les données inhérentes aux manifestations publiques d'adhésion mises en avant par Hauriou, en cherchant à leur accorder une place plus importante dans l'étude du droit. À ce titre, son objectif est de minorer leur caractère politique pour, justement, éviter que la part nécessaire de sentiments qu'elles mettent en jeu ne devienne préminente ; d'où une application stricte au gouvernement de fait, contrairement à la doctrine de Liet-Veaux. Jèze a donc essayé de résoudre juridiquement le problème du titre provisoire du gouvernement de fait, en réunissant effectivité et nécessité autour de l'assentiment :

¹¹⁰⁶ D. MALSARSKI, « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, t. 3, 2009 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>]. Consulté le : 15/08/2022], *passim*. V. aussi : M. MILET, « Jèze (Gaston) », *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècles*, éd. P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, Paris PUF, 2015, p. 554-557. Olivier Beaud est plus critique sur le rattachement de la doctrine de Jèze à celle de Duguit : pour lui, l'œuvre de Jèze constitue davantage un « repli de la doctrine sur la technique juridique », par une distinction entre les points de vue technique et politique sur le plan méthodologique : O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, t. 11, 2013 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html>]. Consulté le : 17/08/2022], *passim*, notamment le II du développement.

¹¹⁰⁷ V. pour davantage de détails : O. BEAUD, « Capitant (René) », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 206-207. V. aussi : Y. HIGUCHI, « La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant », *Jus Politicum*, t. 26, 2021 [en ligne : <http://www.juspoliticum.com/article/La-theorie-constitutionnelle-du-professeur-Rene-Capitant-1404.html>]. Consulté le : 15/08/2022], *passim*.

¹¹⁰⁸ Sur les relations doctrinales entre Hauriou et ses disciples, dont Vedel : É. MILLARD, « Les disciples administrativistes d'Hauriou », *Revista Opinião jurídica*, t. 3/6, 2005, p. 373-392.

¹¹⁰⁹ On peut retenir à titre probant le célèbre article : G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, t. 8, 1954, p. 21-53.

¹¹¹⁰ V. pour plus de détails : J.-J. CLÈRE, « Vedel (Georges) », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 997-1000.

¹¹¹¹ G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP*, 1914, p. 48-144, v. notamment p. 103 *sqq.* Sa théorie est longuement développée dans la troisième édition de son manuel, datant de 1930 (G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, Paris, Marcel Girard, 1930, p. 342 *sqq.*). Elle est, en revanche, absente de la première édition de 1904 (v. en ce sens G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1904, *passim*). O

« En France, c'est un principe de droit public, consacré par de nombreux précédents, que les individus qui, à la suite d'une révolution, s'emparent du pouvoir et assument le gouvernement du pays, trouvent, dans l'assentiment à peu près général ou dans la passivité générale ainsi que dans l'exercice paisible et public de la fonction, l'*investiture plausible* nécessaire à la validité de leurs actes »¹¹¹².

Pour qu'une autorité sans titre puisse être considérée comme un véritable gouvernement de fait et non un usurpateur, il est nécessaire qu'elle ait une investiture qui ne sera certes pas régulière, mais plausible. Fondée sur « l'acceptation générale du fait accompli, donnée d'ordinaire sous la forme passive de non protestation [...] », elle comporte donc deux impératifs : l'effectivité (le fait accompli) et l'assentiment (l'acceptation au moins passive du pouvoir). Jèze pose cet édifice sur le troisième critère des gouvernements de fait : la nécessité. Plus précisément, il s'agit d'une « nécessité sociale » qui se traduit par un impératif de continuité de l'État et du service public, ce désir, chez la plupart des gouvernés, « d'empêcher l'anarchie, de maintenir dans le pays, le plus possible, l'ordre et la paix publique »¹¹¹³. Nécessité et effectivité du gouvernement de fait prennent donc sens grâce à l'assentiment, les trois arguments fonctionnant de concert (la crainte de « l'anarchie » entendue comme désordre n'étant pas l'argument unique sur lequel repose une légitimité totale du gouvernement comme chez Liet-Veaux¹¹¹⁴). L'assentiment est donc une condition *sine qua non* du gouvernement de fait qui permet de le distinguer de l'usurpateur. Le premier bénéficie d'une investiture plausible qui lui permet d'édicter des actes juridiques, tandis que le second, ne pouvant s'en prévaloir, entache ses actes d'irrégularité¹¹¹⁵.

L'auteur renforce sa théorie d'une dimension diachronique, en dépeignant un drame en trois actes : d'abord, vient le *coup de force*. Lui succède le gouvernement de fait, qui émerge par « l'acceptation générale du fait accompli ». Enfin, en découle le « gouvernement régulier » par le biais d'élections ou d'un plébiscite¹¹¹⁶. Le dernier acte fait le pont avec les auteurs évoqués plus haut, selon lesquels pour qu'il y ait un gouvernement de droit, il faut que le pays ait été consulté régulièrement, dans la « forme constitutionnelle »¹¹¹⁷. En ce qui concerne les deux premiers actes, Jèze tente de

¹¹¹² G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 343.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 343-344.

¹¹¹⁴ *Cf. supra*, p. 261. L'investiture plausible de Jèze a toutefois probablement influencé Liet-Veaux, bien que ce dernier rejette la notion de gouvernement de fait.

¹¹¹⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 351-352. Cette théorie se rapproche de l'idée d'apparence.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 346.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 346, n. 2 : Jèze cite ici Larnaude, mais cherche à en préciser les assertions. Pour Larnaude, il faut que le pays soit consulté dans la forme constitutionnelle, mais on peut se demander ce qu'il entend sous ce vocable, puisque du fait du renversement du gouvernement précédent et de la transition du pouvoir, savoir ce que recouvre une « forme constitutionnelle » demeure incertain. Jèze considère alors qu'il y doit y avoir une consultation populaire constitutionnellement régulière, mais cette régularité ne peut être que définie par la conformité à des règles posées par le gouvernement de fait lui-même. Ce codicille à la doctrine de Larnaude

démontrer la pertinence de l'investiture plausible par le recours au cas du gouvernement de la Défense nationale. Après avoir dépeint le *coup de force* du 4 septembre 1870¹¹¹⁸, il met en avant l'absence de solution constitutionnelle qui se présente à l'annonce de la capitulation de Sedan. Il insiste également sur l'effort entrepris, par ceux qui ont formé le gouvernement de fait, pour disposer d'une investiture plausible. Crémieux et Gambetta ont d'abord cherché un titre à gouverner qui puisse avoir l'air régulier, par le biais d'une investiture par les élus du pays – le Corps législatif –, mais la foule envahissant la Chambre empêche que cela n'advienne. De même, lorsque le gouvernement de la Défense nationale est finalement formé à l'Hôtel-de-Ville, l'assentiment populaire est mis en avant. Jèze précise que « le titre invoqué, c'est *la volonté du peuple* et *l'acceptation du fait accompli* » comme il ressort de la proclamation au peuple français du 4 septembre 1870. À ce moment-là, juridiquement, les hommes du Quatre septembre ne sont encore que des « usurpateurs » ; l'investiture plausible, c'est-à-dire la transformation en gouvernement de fait, ne se fait vraiment que « lorsque la population française a accepté ou subi le fait accompli »¹¹¹⁹. Si l'auteur précise que cette acceptation est établie par le Corps législatif, il se borne à relever qu'elle est aussi le fait de la population parisienne, mais sans vraiment expliquer ou préciser, sous-entendant probablement qu'elle tient en l'absence de protestations¹¹²⁰.

Cette théorie s'accommode donc d'une utilisation juridique, autant que faire se peut, de l'assentiment et de l'effectivité pour déceler la légitimité du gouvernement de fait. On peut lui reprocher un certain flou dans la détermination de ce qui constitue l'investiture plausible, comme ne se prive pas de le faire Ferdinand Larnaude¹¹²¹. Un grief pourrait lui être opposé : sa théorie consacrant uniquement le passage du gouvernement de fait au gouvernement de droit sur un mode électif, qu'il s'agisse d'une élection, d'un référendum ou d'un plébiscite¹¹²².

Accorder une place centrale – et juridique – au peuple dans la détermination de la légitimité du gouvernement, sans pour autant faire d'une souveraineté issue de l'élection un principe immuable et indispensable, tel est le projet de René Capitant. Bien avant la guerre et son engagement aux côtés de la France libre, il cherchait déjà à rendre compte juridiquement du rôle de l'assentiment populaire dans la légitimité du pouvoir par le biais de la coutume constitutionnelle. Bien que sa théorie soit plus ambiguë que celle de Jèze, il considère que la « reconnaissance générale, [l']acceptation active et résignée des sujets »

tempère, selon lui, l'importance que prend chez ce dernier le principe de souveraineté nationale, puisqu'un gouvernement de fait n'aurait pas nécessairement les mains liées pour définir les formes de la consultation.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 347.

¹¹¹⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 348, les termes en italique sont ceux utilisés par Gaston Jèze.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 349-350.

¹¹²¹ Larnaude considère que le « criterium de *plausabilité* (qu'on nous pardonne ce néologisme) nous paraît tout à fait vague et inacceptable » : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 495, n. 1 (souligné par l'auteur).

¹¹²² C'est d'ailleurs la critique principale que lui adresse Georges Liet-Veaux : G. LIET-VEAUX, *La continuité...*, *op. cit.*, p. 375.

suffit à conférer un droit positif au gouvernement, peu importe qu'il n'y ait pas encore de règle de droit « exprimée sous forme écrite, dans un document constitutionnel promulgué ». Il en va avant tout de la continuité de l'État¹¹²³. Capitant conteste les termes de pouvoir *de fait* et *de droit*, lorsque le premier est entendu comme excluant toute compétence juridique à l'autorité qui l'exerce durant une révolution¹¹²⁴. Contrairement à Liet-Veaux – qu'il a pourtant manifestement influencé –, il ne fait pas de l'assentiment un principe propre à justifier en droit tout changement de gouvernement de droit et encore moins un motif de liberté absolue pour le chef. La subtilité tient à ce que son objectif est de reconnaître la nation comme un « constituant permanent, de qui émanent toutes les constitutions écrites, maître de les abroger... », c'est-à-dire de lui octroyer un rôle *a priori* dans la légitimité du pouvoir (l'inverse d'une théorie autoritaire de l'assentiment donc). Il emploie le vocable de « pouvoir national constituant » pour spécifier qu'il n'entend pas là un principe politique de souveraineté nationale, exprimant une aspiration à la démocratie, mais bien un « principe d'interprétation juridique rigoureusement fidèle à la définition du droit positif¹¹²⁵. Capitant poussera ses thèses plus loin après la guerre, dans un article de 1954¹¹²⁶. Critique du régime parlementaire et de la souveraineté représentative, il analyse au prisme de la lutte entre *souveraineté populaire* et *souveraineté parlementaire* la période de Vichy. Il considère que le gouvernement de Pétain était une continuation, « dans ses conséquences les plus extrêmes et les plus abusives » de la souveraineté parlementaire, tandis que « la Résistance et la France libre étaient l'expression de la révolte spontanée du peuple contre ce régime »¹¹²⁷. Certes subjectif et engagé, le propos de Capitant réintroduit cependant du volontarisme juridique là où la doctrine autoritaire cherche à l'annihiler. Surtout, il inscrit dans les gènes du gouvernement provisoire l'assentiment populaire, nécessaire et indissociable de sa légitimité.

Les gouvernements de Vichy et de la France libre constituent un terrain particulièrement propice à une théorie de l'assentiment du gouvernement de fait. En étudiant cette période dès 1949 dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Georges Vedel tente une synthèse de l'appréciation juridique de l'assentiment comme frontière entre le gouvernement de fait et l'usurpation¹¹²⁸. Il s'intéresse à la nature juridique du gouvernement de Vichy et des organismes de la France libre de Londres puis d'Alger. Appréciant le bien-fondé de l'ordonnance du 9 août 1944, il se pose la question de la

¹¹²³ R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non-écrit », *Recueil d'études sur les sources du droit. En l'honneur de François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 4.

¹¹²⁴ Ce qui n'est pas le cas dans cette étude.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹¹²⁶ R. CAPITANT, « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la libération », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, t. 4/14, 1954, p. 153-169.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 153-155. Il va d'ailleurs jusqu'à affirmer que Pétain, « bien plutôt que l'*usurpateur*, [...] était le dépositaire du régime *représentatif* », car il a cherché à convoquer l'Assemblée nationale lorsqu'il a senti le régime se dérober sous ses pieds.

¹¹²⁸ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 272-285.

nature du gouvernement de Vichy : usurpe-t-il le pouvoir ou s'agit-il d'un gouvernement de fait ? Il cherche donc à définir ce qui constitue la légitimité du gouvernement de fait, contrairement à l'usurpation manifestement illégitime¹¹²⁹. Reprenant les prémices de Jèze¹¹³⁰, il reconnaît qu'une investiture plausible est nécessaire au gouvernement illégal sans quoi il ne serait qu'une usurpation qui, dans un tel cas, mériterait un traitement similaire à celui du régime juridique prévu par l'ordonnance de 1944, c'est-à-dire la nullité¹¹³¹. En guise de préambule, le doyen Vedel affirme partager « ce sentiment qu'il ne suffit pas qu'un gouvernement soit installé et exerce son pouvoir dans les *formes* légales ; il faut encore que son existence soit en accord avec le principe qui, pour le pays et le temps considéré, fonde l'autorité »¹¹³². Le principe qui irrigue le droit constitutionnel de son siècle est celui de l'adhésion des gouvernés, qu'il amalgame indistinctement au principe démocratique ou à la souveraineté nationale. Il dresse donc la frontière entre l'autorité de fait et l'usurpation en ce que l'une est « généralement reconnue et acceptée », tandis que l'autre est « contestée et combattue » par le peuple¹¹³³. Sur ces prémices, Vedel conteste le système retenu par l'ordonnance du 9 août 1944 – l'usurpation de principe – et préconise successivement une analyse de la légalité, puis de la légitimité du gouvernement. Considérant qu'il tombe dans l'illégalité après le 10 juillet 1940¹¹³⁴, son investiture conserve tout de même une « apparence suffisante », de plus « l'autorité effective est assez réelle et l'opposition assez limitée » pour qu'il constitue un gouvernement de fait¹¹³⁵. De même, appliquant son système au gouvernement du général de Gaulle, il décrit un cheminement similairement inverse. Si, dans un premier temps, la France libre ne bénéficie pas à proprement parler d'un statut de gouvernement de fait puisqu'il lui manque l'effectivité territoriale – Vedel évoque un « gouvernement de fait partiel » mais on pourrait parler de gouvernement en exil¹¹³⁶ –, c'est le ralliement progressif des territoires qui lui permet d'acquérir « l'effectivité de l'autorité et son acceptation par ceux sur qui elle s'exerce »¹¹³⁷. En somme, la France libre, sous ses diverses acceptions successives, devient un gouvernement de fait, qui se régularisera définitivement, selon lui, lors de l'élection de l'assemblée constituante le 21 octobre 1945. Vedel reconnaît qu'il n'est pas évident de fixer le moment exact où se traduit

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 275.

¹¹³⁰ Il ne le cite toutefois que très indirectement, puisqu'il se réfère au manuel de Marcel Waline (M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1946, p. 350-352) qui, lui-même, s'appuie quasi exclusivement sur les écrits de Jèze.

¹¹³¹ On peut toutefois noter en marge de ce propos que l'ordonnance du 9 août 1944 est pourtant plus ambiguë dans son régime juridique : sur celui-ci et ses conséquences pour le régime du gouvernement de fait, cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 320 *sqq.*

¹¹³² G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 279 (souligné par l'auteur).

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ Sans fixer précisément de date, il évalue cela à la mi-juillet 1940, puisque formellement, il devient clair que les actes constitutionnels du 11 juillet ne prévoient ni n'organiseront de ratification par le peuple quand bien même cela est explicitement prévu par la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 octroyant le pouvoir au Chef du gouvernement : *ibid.*, p. 280-281.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 281.

¹¹³⁶ Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 211 *sqq.*

¹¹³⁷ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 281.

l'assentiment. Il ne serait pourtant guère plus satisfaisant de bannir ces données pour ne retenir que le passage du gouvernement légal au gouvernement légal qui lui succède. La recherche de l'assentiment est systématiquement entreprise, par la doctrine, pour faire état du processus inhérent au gouvernement de fait et réintroduire une vision dynamique du droit constitutionnel dans la théorie de l'État.

Les évolutions doctrinales viennent parachever un mouvement intériorisé par les gouvernements de fait qui se répercutait déjà dans la jurisprudence depuis la fin du XIX^e siècle. Plus largement, en dépit de la disparité des opinions et des pratiques, qui suivent de près les mutations de la notion de gouvernement de fait, se dégage l'idée qu'une approche juridique d'un assentiment spécifique au gouvernement de fait permet de tracer une frontière avec l'usurpateur comme avec le gouvernement de droit. En ce sens, les théories qui tentent de faire une place au peuple dans l'étude juridique et qui laissent transparaitre un certain volontarisme semblent plus pertinentes pour appréhender le gouvernement de fait. Elles permettent de minorer une tension palpable entre la théorie et les faits : la pratique des autorités publiques a penché vers une minoration de la place du peuple, relégué à un argument de preuve dans l'enquête du pouvoir, mais non en tant qu'acteur à part entière. Pour contrebalancer ce constat, des théories comme celles de Jèze, Capitant ou Vedel permettent de remettre l'assentiment à la place qui lui convient (là où les doctrines autoritaires accentuent, au contraire, son effacement). Ainsi, l'obéissance n'est pas due au gouvernement de fait par sa seule existence, mais le gouvernement de fait existe justement parce qu'il est obéi. Quand bien même il n'y a pas de loi positive pour contraindre le citoyen à l'obéissance, celui-ci décide volontairement de s'y astreindre. Toutefois, à la différence de la doctrine autoritaire, qui dénature l'acte de volonté de l'obéissance pour le présupposer et en faire un devoir, non un choix – elle prêche donc consciemment un dogme de la servitude volontaire¹¹³⁸ –, ici ce n'est pas tant une aliénation qu'une coopération avec le gouvernement de fait, toujours révocable par le corps politique, comme ce fut le cas pour Vichy selon Vedel. Cette libre faculté d'adhérer est le principal témoin de l'assentiment du gouvernement de fait, car, dans le cas où ce dernier imposerait son autorité par la seule force, il ne pourrait y avoir d'adhésion librement consentie, seulement une usurpation. En définitive, même si la notion de peuple – s'il en existe une – demeure indéterminée, il apparaît plus utile d'étudier le rôle du peuple plutôt que de le rejeter. Le discours mobilisé en dit souvent long sur les intentions du gouvernement.

¹¹³⁸ Pour reprendre le syntagme forgé par Étienne de la Boétie au XVI^e siècle pour condamner le phénomène d'obéissance à la tyrannie qui en constitue le soubassement : E. DE LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Flammarion, 2016, p. 107 *sqq.* Contrairement au discours de La Boétie, qui se veut une virulente diatribe contre les abus de l'autorité et contre l'abandon de la volonté, la rhétorique de l'autoritarisme renverse la logique pour faire l'apologie de la servitude.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Il demeure certain qu'une étude du gouvernement de fait ne peut pas se passer des données inhérentes aux comportements collectifs des membres du corps politique. L'assentiment, en ce sens, représente le critère le plus à même d'appréhender l'effectivité du droit des gouvernements de fait. En partant du principe que les organes étatiques produisent du droit politique, il est possible de considérer, avec Carlos-Miguel Pimentel, que « ce qui constitue le droit, c'est le fait qu'il soit reconnu par les sujets qu'il régit »¹¹³⁹. Sans quoi, il n'y a pas de règle de droit à proprement parler, seulement une prétention qui se voudrait normative. Le droit politique n'est donc pas envisagé uniquement comme un commandement assorti d'une sanction – le pistolet des gendarmes selon l'expression ironique de Michel Villey¹¹⁴⁰ – puisqu'il fait la part belle au rapport entre commandement et obéissance¹¹⁴¹. La reconnaissance du droit des gouvernements de fait par les citoyens permet de tracer la ligne de démarcation entre la simple domination et l'obéissance. Ce sentiment d'obligation qui se dégage d'un corps politique, s'il ne résout pas toutes les questions laissées en suspens par l'exercice *de facto* du pouvoir, permet de dégager une présomption d'effectivité et d'assentiment, donc de juridicité reconnue au pouvoir¹¹⁴². Accorder une importance à l'assentiment vise à ne pas reléguer les transitions constitutionnelles à des périodes d'extinction de l'État ou d'hibernation du droit.

Au-delà de la relation État-individu, il est donc utile de prendre en compte les interrelations inhérentes au corps politique en tant qu'entité collective, c'est-à-dire les rapports entre les organes et la réception, par les sujets, des normes produites. Il est tout à fait possible d'obéir au gouvernement sans pour autant se reconnaître dans les valeurs qu'il prône ou le considérer formellement comme légitime (certains royalistes ne sont ainsi pas entrés en opposition frontale avec le Premier Empire, de même que des bonapartistes ont continué à vivre normalement sous la Restauration), tout comme l'on peut désobéir sans condamner le gouvernement. Carlos-Miguel Pimentel souligne à ce propos que, « [n]égligeables à l'échelle de l'individu, ces phénomènes de désaveu revêtent la plus haute importance au niveau politique : car ce qui est en jeu est alors la reconnaissance de la majorité par la minorité, c'est-à-dire l'existence même d'une

¹¹³⁹ C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, t. 1, 2008, § 1, [en ligne : <http://juspolicum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-contribution-a-une-theorie-du-droit-politique-9.html>]. Consulté le : 20/07/2020]. L'auteur précise : « [u]ne règle, par elle-même, n'est qu'une suite de mots, un simple énoncé : elle n'acquiert une valeur sociale, une portée collective, que lorsqu'il est reconnu qu'elle vaut pour l'ensemble des sujets de l'État. Le législateur, les tribunaux, ou tout organe politique habilité à le faire peut certes conférer formellement valeur juridique à une décision. Mais cet acte n'a lui-même de valeur que dans la mesure où les organes politiques sont collectivement reconnus par les sujets. Si cette reconnaissance fait défaut pour une portion significative d'entre eux, la règle ou le commandement ne seront pas pleinement du droit, mais plutôt une simple *prétention* » (souligné par l'auteur).

¹¹⁴⁰ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁴¹ C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *loc. cit.*, § 2. Le terme de *rapport* étant capital ici, puisque c'est de ce rapport qu'émerge le lien social selon l'auteur.

¹¹⁴² *Ibid.*, l'auteur insiste sur le fait que « [l]a reconnaissance n'est donc pas seulement une condition nécessaire à la valeur juridique : elle est cette valeur juridique même, elle est ce par quoi le droit est du droit ».

communauté politique »¹¹⁴³. Ces phénomènes sont accentués sous un gouvernement de fait et l'enjeu est de taille pour la communauté politique. Le risque, encouru et récurrent, de justifier la transgression des normes étatiques par le refus de reconnaître le gouvernement de fait¹¹⁴⁴ débouche sur un schisme entre individu et communauté politique difficilement soluble par une opposition entre droit positif et droit naturel. C'est le cas lorsqu'une partie de la population ne se sent pas liée par les lois produites par le régime de Vichy, ni par le droit pénal de la Troisième République mobilisé par les autorités pétainistes. Cela plaçait pourtant ces personnes hors-la-loi par rapport au gouvernement effectif en métropole alors qu'eux-mêmes jugeaient leur attitude conforme au droit¹¹⁴⁵. C'est pourquoi le gouvernant de fait croît lui-même à la valeur performative des manifestations d'adhésion à son pouvoir, avec d'autant plus d'intérêt que les autorités qui lui succèdent vont avoir tendance à s'y référer.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ Le gouvernement de fait ne peut être envisagé par le prisme de l'ineffectivité totale des normes, au sens où, s'il y a un gouvernement, il sera au moins partiellement obéi. Sur la question des cas d'ineffectivité totale (impuissance et désuétude) ou partielle (statistique et individuelle) des lois : J. CARBONNIER : « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *loc. cit.*, p. 137 *sqq.*

¹¹⁴⁵ Un exemple particulièrement célèbre se trouve dans la brochure de René Cassin évoquée ci-avant et dans laquelle il dénie tout assentiment aux hommes de Vichy : *cf. supra*, p. 251.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Nécessité, effectivité, assentiment, ces trois critères permettent de surmonter l'illégalité constitutionnelle du gouvernement de fait pour justifier sa possession du pouvoir. À mesure du développement du positivisme juridique et de l'évolution des rapports entre légalité et légitimité, il devient nécessaire de considérer le gouvernement de fait pour ce qu'il est : un organe illégal qui prétend régir l'État et agir en son nom. Le bouillon intellectuel dans lequel émerge cette idée, entre 1830 et 1870, et dans lequel elle se renforce, jusqu'au milieu du XX^e siècle, fait donc ressortir deux visions du gouvernement de fait : politique, dans la bouche de celui qui l'emploie pour désigner le gouvernement illégitime, donc illégal, c'est-à-dire l'usurpation ; institutionnelle pour celui qui identifie une autorité illégale, mais légitime. Or, cette légitimité recomposée n'a plus rien à voir avec celle qui régissait les rapports gouvernementaux dans la première moitié du XIX^e siècle, puisqu'elle consiste en une approche juridique du bien-fondé du pouvoir¹¹⁴⁶. Les trois critères qui affleurent de la vie politique et juridique française, c'est-à-dire les débats parlementaires, ceux du prétoire et les décisions qui en découlent, ainsi que les écrits doctrinaux, sont alors autant de moyens de recomposer la continuité de l'État après une rupture du droit constitutionnel.

Le gouvernement de fait sert donc de moyen pour assurer la permanence de l'institution étatique, autrement dit la survie d'une dialectique entre gouvernants et gouvernés. Si les tensions entre fait accompli et légitimité qui existaient durant la Révolution et sous la Restauration ressurgissent au milieu du XX^e siècle lors de l'Occupation et à la Libération, elles n'entament pourtant pas le processus de captation par le droit du concept de gouvernement de fait. Au contraire, ces périodes accentuent sa distinction avec l'usurpation. Elles marquent l'échec du « "simulacre" d'idée révolutionnaire » entrepris par Vichy¹¹⁴⁷. Le discours s'infléchit et le GPRF, pourtant formellement révolutionnaire¹¹⁴⁸, s'emploie à étayer son pouvoir sur la préservation des institutions. Il n'est guère contesté qu'il dispose d'une capacité juridique pour agir au nom et pour le compte de l'État réunifié. En opérant ce syncrétisme, il montre que le concept de gouvernement de fait est fermement ancré juridiquement.

Ainsi, pour déceler un concept juridiquement viable de gouvernement de fait, il importait de rendre compte de ce dialogue entre le fait accompli et une certaine *croissance* en l'État qui s'opère chez les interprètes du droit entre la Révolution et la Libération.

¹¹⁴⁶ Sur la légitimité juridique et la légitimité politique : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 52 *sqq.* et p. 97 *sqq.*

¹¹⁴⁷ Selon le mot du philosophe Alexandre Kojève, qui met bien en avant l'échec des prétentions révolutionnaires du gouvernement de Vichy : A. KOJÈVE, *La notion de l'Autorité, op. cit.*, p. 199. Il est à noter que l'auteur est un contemporain des événements, puisqu'il écrit en 1942.

¹¹⁴⁸ Comme le reconnaît Boris Mirkine-Guetzévitch : « Le Gouvernement Provisoire est un gouvernement "révolutionnaire". Il l'est non seulement par ses origines extra-parlementaires, mais aussi du point de vue juridique : il crée un droit *nouveau* » (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, J.-E. CALLON, *La république française (décembre 1943-décembre 1946)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2019, p. 118). En tant que gouvernement de restauration (de la « restauration républicaine »), il a en effet un discours révolutionnaire. Il le minore pourtant pour se dissocier des méthodes de Vichy.

Cette démarche impliquait de partir de l'expédient qu'il constituait, pour le disséquer de manière diachronique et rendre compte d'un processus historique qui, loin d'être linéaire, condensait les différentes approches de l'institution étatique. Entre la Révolution et la Libération, le gouvernement de fait a donc connu une évolution à mesure qu'il était saisi par le droit. De l'argument invalidant qu'il constituait initialement pour jeter hors du droit toute prétention jugée illégitime à gouverner par celui qui l'emploie, il finit par devenir un succédané pour éviter l'embarras d'approcher de trop près les révolutions ou les coups d'État. En ce sens, le concept institutionnel de gouvernement de fait est au confluent de l'histoire des idées politiques et de celle des institutions. Mais il emporte aussi des répercussions concrètes qui peuvent s'apprécier à l'aune du droit, puisqu'il se voit assorti de différents régimes juridiques, à mesure que le droit s'en empare. Leur étude met en évidence une tension entre un régime de l'usurpation et le développement de mesures propres au gouvernement de fait.

PARTIE II

LE RÉGIME JURIDIQUE DES GOUVERNEMENTS DE FAIT

À mesure que se renforce la notion d'État, les règles qui sont mises en œuvre durant les changements informels de gouvernement se précisent. Cela se ressent particulièrement dans l'analyse des différents régimes juridiques appliqués aux gouvernements de fait qui se sont succédés entre la Révolution et la Libération. L'histoire des transitions constitutionnelles met alors en exergue la tendance du droit à se saisir de cet objet fuyant que constitue le gouvernement de fait, pour le modeler et en faire un concept juridique. Néanmoins, puisqu'il constitue un expédient avec lequel les interprètes du droit ne sont pas toujours à l'aise, les règles qui prétendent régir ses comportements sont parfois déterminées de manière fluctuante et pas toujours cohérente, mais elles contribuent progressivement à son rattachement à l'État. En dépit de la diversité des régimes juridiques, il est possible de discerner les rouages de la mécanique qui agite l'État lors des transitions constitutionnelles. Surgit alors une tension entre deux finalités qui peuvent être conflictuelles, mais pas nécessairement opposées : protéger l'État et préserver les droits des citoyens.

La première relève d'un impératif d'ordre public¹¹⁴⁹ qui s'impose aux autorités légales lors de l'établissement de la situation constitutionnelle. Il traduit cette idée d'assurer « dans et par le droit, la défense et la promotion des valeurs et des intérêts qui structurent et conservent l'organisation sociale »¹¹⁵⁰. Dans le but de gommer les aspérités et de faire oublier les soubresauts normatifs de la transition, le régime juridique du gouvernement de fait est appréhendé avec circonspection dans le discours des acteurs. Si le gouvernement est assimilé à une usurpation, il faut en effacer, dans la mesure du possible, toutes traces dans le droit ; s'il est légitimé par l'autorité légale, il faut incorporer dans le droit positif des mesures privées par nature d'une assise juridique stable. La seconde finalité consiste en une aspiration à la sécurité juridique des citoyens¹¹⁵¹. Ce principe relève de la sûreté, consacrée parmi les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » dont l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen entend assurer la

¹¹⁴⁹ Si l'ordre public est une notion relativement récente, elle est déjà dans la bouche de Portalis lorsqu'il énonce que « [l]e maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême » (cité par : P. DEUMIER, T. REVET, « Ordre public », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1119).

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ S'il n'est pas reconnu en tant que principe juridique dans le droit administratif français avant 2006 et l'arrêt *KPMG* du Conseil d'État (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG, Rec. CE* 2006, p. 154), le souci d'assurer les droits acquis des citoyens et de les préserver des atteintes à leur situation juridique lorsque l'État connaît des mutations profondes est ancien. V. en ce sens : F. GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *RFDC*, t. 102, 2015, p. 405-428.

conservation. Cette sûreté s'étend aux personnes et aux biens, mais aussi aux droits¹¹⁵². L'un des soucis de l'État consiste à éviter qu'après un grand trouble politique ne survienne une onde de choc juridique trop importante portant préjudice aux droits acquis. Tout l'enjeu de reconstruction de la légitimité étatique qui se met en branle à l'issue d'une transition constitutionnelle tourne autour de ce délicat équilibre entre protéger les institutions, au nom d'une continuité souvent fictive, et éviter les préjudices qui peuvent en résulter pour les individus.

Ainsi, à mesure que le gouvernement de fait opère sa mue conceptuelle, il est impensable qu'il échappât au droit, du fait des conséquences juridiques qu'il emporte sur la société et les individus. Il est donc nécessaire d'étudier les régimes juridiques successivement imputés aux gouvernements de fait tant vis-à-vis de leurs compétences que de leurs responsabilités pour comprendre les enjeux des autorités publiques à s'en saisir juridiquement. Ces champs d'investigations – compétences et responsabilités – amènent à envisager tour à tour la valeur des actes du gouvernement de fait, l'étendue de ses pouvoirs, la responsabilité individuelle de ses affidés et celle de l'État. L'emprise du droit qui s'opère permet de réunir cet ensemble composite autour d'une question bien précise : comment réussir à entrer dans le temps long ? En somme, comment stabiliser un régime politique et faire perdurer l'État en dépit des transitions constitutionnelles ?

L'histoire française du gouvernement de fait propose une réponse à cette question. Par ses hésitations, ses détours et ses choix, elle montre que c'est par une captation juridique des incertitudes politiques que l'État s'affermi. Pour le comprendre, il est nécessaire d'étudier comment ont été déterminées les compétences du gouvernement de fait, c'est-à-dire de quelle manière les acteurs se sont efforcés de faire un sort à ses actes et, conséquemment, quelle pouvait être la nature de ses pouvoirs (**Titre 1**). Les prérogatives indéfinies et extensives dont est doté le gouvernement de fait ne s'entendent cependant pas sans contrepartie. Les pouvoirs qu'il exerce inclinent justement à penser qu'il doit, à un moment donné, rendre des comptes. Pourtant, il n'est guère possible de prévoir un régime de responsabilité stable, dans la mesure où le gouvernement de fait accompagne une période d'instabilités juridiques et de changements constitutionnels. Là encore, c'est à l'aune de la pratique qu'il convient de définir ce que recouvre juridiquement la responsabilité du gouvernement de fait. Au reste, il sied mieux de parler de responsabilités, le pluriel permettant davantage de saisir la diversité des solutions retenues, leurs évolutions et les intentions qui les ont sous-tendues (**Titre 2**).

¹¹⁵² F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, t. 11, 2001, p. 67. François Luchaire note ainsi que l'art. 8 *DDHC* interdit la rétroactivité législative en matière répressive (*ibid.*, p. 69). Une précaution que n'a pas toujours pris l'autorité légale lorsqu'il s'agissait d'apprécier les actes normatifs des gouvernements de fait ou de juger ses membres.

Titre I COMPÉTENCES

En prétendant agir au nom et pour le compte de l'État, le gouvernement de fait est amené à tout mettre en œuvre pour avoir l'air qualifié pour le faire. Dès lors, il se comporte comme s'il pouvait en assumer les compétences. En droit, une compétence désigne normalement une capacité à agir, la plupart du temps établie par un cadre légal, mais pas nécessairement¹¹⁵³. Elle relève d'une aptitude, qui s'exerce selon un canevas déterminé. Cette définition met en évidence la tension qui s'exerce sur le gouvernement de fait : les autorités qui lui succèdent cherchent à limiter l'étendue des pouvoirs dont il a bénéficié, tandis que lui-même, formellement, s'était affranchi de tout cadre légal pour avoir la plus grande latitude dans l'action. Il ne devrait donc, en théorie, bénéficier d'aucune compétence, puisque son absence de titre impliquerait une absence de cadre défini d'action. Or, il agit tout de même.

Pour surmonter ce paradoxe, le réflexe logique a été d'appliquer un régime juridique inspiré du droit privé et propre aux situations de fait, auquel pourrait justement correspondre le gouvernement de fait : la nullité. Pourtant, il apparaît que l'inspiration du droit privé n'est que très imparfaitement transposable à la sphère étatique pour ce qui relève du droit politique. Ainsi, l'usucapion¹¹⁵⁴ ne saurait, explique Scipione Gemma, fonder une théorie de l'acquisition de la souveraineté du moment que la conception patrimoniale de l'État est rejetée, puisqu'elle s'acquiert avec un titre constitutionnel et non sur la base d'une longue domination¹¹⁵⁵. Il en va de même, plus largement, pour la possession en droit privé : il est d'usage de considérer qu'elle constitue le pouvoir de fait sur un bien tandis que la propriété serait le pouvoir de droit¹¹⁵⁶. Dès lors que l'apparence du droit est respectée, la possession peut être requalifiée en propriété ou en produire les effets. Or, il est impossible de transposer telle quelle la possession de droit privé au droit politique, pour au moins deux raisons. D'une part, en pratique, il arrive souvent que possession et propriété se superposent, le propriétaire étant aussi le possesseur¹¹⁵⁷ ; or, le gouvernement de fait – entendu comme concept juridique – ne peut être à la fois *possesseur* et *propriétaire*, sans quoi il serait simplement un gouvernement de droit. En outre, si la théorie de l'apparence a son utilité pour le gouvernement de fait, afin de lui permettre de prouver qu'il ne constitue pas une usurpation, elle ne fait pas de lui un gouvernement

¹¹⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Compétence, p.213.

¹¹⁵⁴ C'est-à-dire le procédé de la prescription acquisitive qui, en droit privé, constitue un moyen d'acquérir la chose par la possession prolongée : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Prescription acquisitive p. 794 et v° Usucapion, p. 1056.

¹¹⁵⁵ S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 311. De même, la coutume fondée sur l'usage ininterrompue paraît inadéquate tant le gouvernement de fait a besoin d'une légitimité rapide et une transmission de la souveraineté fondée sur la renonciation de droit privé ne correspond pas à la réalité de la situation en droit public, dans la mesure où la formation d'un nouvel ordre juridique ne coïncide pas toujours avec l'abdication ou la démission des anciens gouvernants.

¹¹⁵⁶ En ce sens : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, p. 5 et p. 194 *sqq.*

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 6. Pour une vue critique de la dimension historique qui a présidé à ce choix : L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *RGD*, t. 38/2, 2008, p. 303-338.

de droit¹¹⁵⁸. L'analogie s'arrête donc à cette idée d'apparence, mais ne peut aller plus loin¹¹⁵⁹.

De même, les théories privatistes relatives aux situations de fait¹¹⁶⁰ – société de fait ou gestion de fait notamment – aussi séduisantes soient les assimilations qu'elles permettent, ne peuvent s'appliquer complètement au gouvernement de fait. Il s'agit de situations qui « ne sont pas établies conformément aux règles de droit », mais qui sont « prises en considération par le droit »¹¹⁶¹. Si la ressemblance est manifeste, elle ne vaut pas équivalence. D'abord, concernant le cas de la gestion de fait, on se heurterait à une difficulté pour déterminer le maître d'affaire au nom duquel le gouvernement de fait prétend entreprendre spontanément la gestion. Il ne peut s'agir du gouvernement légal renversé. Ce pourrait être l'État, mais l'analogie reste difficile à établir et plutôt hasardeuse. En outre, on en reviendrait au problème d'assimiler l'État à un particulier¹¹⁶². Ensuite, la solution retenue par le droit en ce qui concerne les sociétés de fait est la nullité propre au droit privé¹¹⁶³. Or, c'est justement ce régime de nullité qui pose le plus souvent problème à la doctrine. S'il a pu être – imparfaitement – appliqué au gouvernement de fait, cela n'a pu que faire ressortir la spécificité du droit public, admettant mal un tel ersatz de solution juridique. La logique qui sous-tend la nullité du gouvernement de fait repose, selon Ferdinand Larnaude, sur un « paradoxe funeste » qui consiste à assimiler l'État à un particulier¹¹⁶⁴. Or, l'internationaliste exhorte à éviter cette erreur, en s'appuyant sur l'autorité de Montesquieu. Ce dernier considère en effet qu'il est « ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers, d'un droit pour une gouttière »¹¹⁶⁵. L'évolution historique du gouvernement de fait confirme ce constat, en montrant bien qu'il est apparu nécessaire d'arrimer le gouvernement de fait au droit public afin qu'il ne puisse échapper à la sphère étatique.

¹¹⁵⁸ Cf. *infra*, p. 344 *sqq.* On constate tout de même une influence latente du droit privé, dans la conception d'un pouvoir de fait qui peut devenir créateur de droit.

¹¹⁵⁹ V. également sur ce point : S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 311. Au surplus, Gemma explique que la possession de fait vaut présomption de conformité des actes. Or, pour le gouvernement de fait, on ne peut pas avoir présomption de conformité dans l'absolu, puisque celui-ci se place toujours, au moins initialement, en rupture avec l'ordre juridique qui le précède. La présomption de conformité procède alors d'une intervention rétroactive.

¹¹⁶⁰ V. ici la thèse de Laurent Leveneur sur la question : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, *passim*.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 3-4.

¹¹⁶² S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 312.

¹¹⁶³ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, p. 194 *sqq.* On peut d'ailleurs constater que la nullité en droit privé, dès qu'elle doit s'appliquer à un groupement de personnes, pose problème quant à sa rétroactivité. Si bien que le plus souvent, c'est la solution pragmatique d'une nullité sans rétroactivité qui est privilégiée (*ibid.*).

¹¹⁶⁴ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 484 ; v. aussi : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, *op. cit.*, p. 579.

¹¹⁶⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. II, Paris, Garnier-Flammarion, 1979 [livre XXVI, Chap. XVI], p. 195-196. Ce bon mot de Montesquieu s'insère dans un chapitre qui s'intitule justement : « Qu'il ne faut point décider par les règles du droit civil, quand il s'agit de décider par celles du droit politique » (*ibid.*, p. 194).

Si l'imitation d'une situation issue du droit privé n'a jamais satisfait ni la doctrine ni les praticiens, sans doute cela tient-il au double visage du gouvernement de fait : soit qu'il désigne une usurpation, soit qu'il désigne un organe de l'État. Il ne pouvait pas y avoir de transposition pure et simple d'un régime issu du droit privé face à l'incompatibilité autant juridique que politique d'une telle situation. Il fallait donc trouver des remèdes spécifiquement adaptés. Puisque le concept de gouvernement de fait est bâti et employé comme un expédient, avoué ou non, pour donner du sens et de la cohérence aux transitions, les solutions retenues en ce qui concerne son ou ses régimes juridiques évoluent à mesure que sa définition se précise et qu'il se dissocie de l'usurpation. S'il en découle un ensemble de solutions *ad hoc*, il n'est toutefois pas exclu d'y déceler une certaine cohérence. Les praticiens, qu'il s'agisse des parlementaires, des juges, des avocats ou des gouvernants eux-mêmes, ont eu à résoudre de nombreux problèmes découlant de l'exercice du pouvoir par les différents gouvernements de fait qui se sont succédés, à commencer par celui de la valeur des actes du gouvernement de fait (**Chapitre 1**). Cette question en a amené nécessairement une autre. Se prononcer rétroactivement sur des mesures juridiques impliquait d'entretenir un discours sur la nature des pouvoirs exercés par ces gouvernements qui paraissaient pourtant insaisissables par le droit. Ces discours constituent les alluvions sur lesquels il est possible d'étayer des propositions quant à l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Valeur des actes

Les relations entre la définition d'une notion juridique et l'ensemble des règles de droit qui lui sont applicables semblent aller de soi : l'équation selon laquelle toute différence de nature implique une différence de régime (et son postulat inverse : l'identité de nature équivaut à une identité de régime) apparaît comme un axiome bien connu des juristes¹¹⁶⁶. En ce sens, la nature juridique, permettant la qualification des faits, commanderait l'application du régime adéquat¹¹⁶⁷. Pourtant, lorsqu'il est question de gouvernement de fait, cette règle implicite du droit paraît incertaine. Le problème tient à l'hétérogénéité des régimes qui lui sont appliqués, ainsi qu'au flottement sur sa nature, sa définition variant au gré des périodes et du contexte entre le détenteur provisoire du pouvoir dénué de titre en l'absence d'autorité légale d'une part et l'usurpation d'autre part. Cette dualité est lourde d'implications sur le régime imputé aux actes du gouvernement de fait, si bien que de nombreuses solutions ont été envisagées au fil de l'histoire.

Parmi elles, on rencontre la nullité totale des actes, la nullité subordonnée à un constat exprès du gouvernement de droit, la validité provisoire jusqu'à leur abrogation, la validité dotée d'effets rétroactifs mais conditionnée à une ratification par le gouvernement de droit ou encore la validité de principe. Les réponses n'ont pour limite que l'imagination des acteurs. Une chose demeure : les actes du gouvernement de fait ne peuvent bénéficier de la même appréciation que ceux de l'autorité légale. Le besoin d'asseoir cette distinction explique sans doute l'âpreté et l'abondance des débats, ainsi que l'inventivité de ceux qui suggèrent des solutions, toutes les fois que la question s'est posée. Si les différents régimes juridiques imputés aux gouvernements de fait s'affinent ou se complexifient selon les tensions politiques inhérentes au contexte, ils n'en sont pas moins le produit d'un va-et-vient continu entre le fait et le droit, entre le concret et l'abstrait¹¹⁶⁸. Ce jeu de vases communicants entre nature et régime traduit souvent le besoin de l'autorité publique de légitimer une transition constitutionnelle par la réception de son droit ou, au contraire, de la reléguer aux confins de la mémoire collective par le rejet de ses actes.

Trois périodes de l'histoire constitutionnelle française peuvent être mises en relief pour approfondir ce constat. Les débats parlementaires en 1831 mettent en exergue les tensions entre régime de l'usurpation et nécessités de reconnaître des actes ayant produit des effets sous la Restauration. Malgré les ruptures proclamées, les solutions qui s'en dégagent et leurs prolongements devant la justice traduisent, en dépit des changements

¹¹⁶⁶ En ce sens, v. l'étude que lui consacre Frédéric Rouvière, ainsi que les écrits de Jean-Louis Bergel sur lesquels elle est basée : F. ROUVIÈRE, « Les revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 415 *sqq.* ; J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, t. 83, 1984, p. 255 *sqq.*

¹¹⁶⁷ F. ROUVIÈRE, « Les revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *loc. cit.*, p. 417.

¹¹⁶⁸ Ce « va-et-vient constitue, selon Jean-Louis Bergel, le fondement de la pensée juridique : J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *loc. cit.*, p. 256.

apparents, une certaine continuité (**Section 1**). Au contraire, en 1871, les commissions d'enquête relatives aux gouvernements de la Défense nationale et de la Commune de Paris parsèment des éléments de rupture dans une continuité affichée de l'État. Ces tensions se ressentent aussi bien dans la législation que dans les décisions de justice. Il en ressort une nette distinction entre le régime juridique imputé au gouvernement de fait et le traitement des actes issus d'une usurpation. (**Section 2**). Enfin, après les bouleversements politiques et juridiques de 1940-1944, les autorités de restauration de la légalité républicaine s'efforcent d'opérer une synthèse des décisions antérieures relatives aux gouvernements de fait, qui n'a pas toujours été reçue comme telle dans les interprétations successives (**Section 3**).

Section 1 Continuités dans la rupture : nullité et validité des actes sous les monarchies censitaires

L'année 1831 constitue un tournant dans le régime juridique imputable au gouvernement de fait. Puisqu'il était assimilé à une usurpation auparavant¹¹⁶⁹, il semblait être condamné à voir ses actes marqués au fer rouge de la nullité. On en trouve une illustration dans l'ordonnance du 13 novembre 1816 par laquelle Louis XVIII amnistie les militaires qui l'ont suivi à Gand. Elle ne vient pas valider *a posteriori* les actions des militaires ayant déserté ou quitté leurs corps pour rejoindre le Roi en exil ; au contraire, elle « répute *nulles et non avenues* toutes les poursuites judiciaires faites pendant les trois mois de l'usurpation »¹¹⁷⁰. Mais le plus souvent, un tel régime, critiquable, est difficile à appliquer¹¹⁷¹, si bien que la pratique judiciaire a parfois tendance à venir l'adoucir (§1). Mais c'est surtout en 1831, dès les débuts de la Monarchie de Juillet, qu'une affaire concernant des actes émis par Napoléon Bonaparte au cours des Cent-Jours, puis annulés par Louis XVIII lors de la Restauration, est l'occasion de soulever la possibilité d'une validité des actes du gouvernement de fait et, par conséquent, dissocier son régime juridique de celui de l'usurpation (§2).

¹¹⁶⁹ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 53 *sqq.*

¹¹⁷⁰ *Bulletin des lois*, 1817, 7^e série, t. 4, n° 1531, p. 37 (souligné par nous).

¹¹⁷¹ D'ailleurs, si le pouvoir politique juge les actes juridiques émis sous l'usurpation de manière intransigeante, il est parfois obligé de faire preuve de plus de souplesse en ce qui concerne les Hommes. C'est pourquoi Louis XVIII est contraint, afin notamment de limiter le contentieux et d'asseoir sa souveraineté, de promulguer une ordonnance d'amnistie envers « ceux qui, directement ou indirectement, ont pris part à la rébellion et à l'usurpation de Napoléon Bonaparte » (art. 1^{er} de l'ordonnance du 12 janvier 1816, *Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 17).

§1. *L'inapplicable régime de l'usurpation : une nullité substantielle modulée par les cours de justice sous la Restauration*

Pour les royalistes, l'assimilation du gouvernement de fait à l'usurpation emporte des conséquences en droit. À une nature spécifique équivaut un régime juridique particulier : la nullité substantielle des actes. Affirmé avec force tant dans leurs discours politique que dans sa suite législative, ce principe implique l'inexistence pure et simple des actes et de leurs effets. Certaines décisions de justice vont dans ce sens. En 1816 toujours, dans un arrêt *Bourdois c. Cacatte*¹¹⁷², la Cour d'appel de Paris affirme à propos du gouvernement de Joseph Bonaparte, roi d'Espagne de 1808 à 1813, que « [s]a domination violente [...] ne peut pas mériter même le nom de *gouvernement usurpateur*, et [...] ses actes ne peuvent obtenir cette espèce de légalité que les publicistes attribuent, en abstraction, aux actes d'un pareil gouvernement, puisqu'il n'a jamais été en possession du royaume »¹¹⁷³. La définition de la Cour semble bien celle d'une usurpation, mais particulièrement inique et dont les actes, n'ayant jamais existé, ne peuvent être reconnus par le gouvernement de droit¹¹⁷⁴. En réalité, les cours de justice apparaissent le plus souvent bien plus nuancées. On peut d'ailleurs le déduire du caractère fluctuant de la terminologie dans l'arrêt *Bourdois c. Cacatte* : la Cour se réserve le droit de reconnaître une « espèce de légalité » attribuée par les publicistes aux actes de certains gouvernements usurpateurs¹¹⁷⁵. L'ambiguïté des termes employés traduit le pragmatisme des tribunaux : il n'y a pas de véritable tentative de fonder un système, mais plutôt de renforcer la portée de la décision, en soulignant la nécessité de la nullité. Il existe toutefois une nette distinction dans les décisions entre le cas, apprécié de manière sévère, où l'individu a contracté directement avec un gouvernement de fait (A) et la situation qui met en jeu des relations juridiques entre individus durant la période d'exercice du gouvernement de fait (B).

A. *La réprobation des relations juridiques volontaires engagées directement avec le gouvernement de fait*

Sous la Restauration, les cours de justice ne manquent pas d'insister sur le droit supérieur dont peut se prévaloir le gouvernement légitime (*i.e.* royal) sur l'usurpateur dont les actes sont réputés nuls. Le principe semble tellement admis que même en

¹¹⁷² Cour d'appel de Paris, 31 mai 1816 *Bourdois c. Cacatte* (*S. refondu*, 1, 5, 2, 153). Cet arrêt de la Cour royale est détaillé en amont de ce propos pour ses considérations relatives à l'effectivité du gouvernement de fait : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 171.

¹¹⁷³ *Ibid.* (souligné par le recueil).

¹¹⁷⁴ Un point mérite toutefois quelques éclaircissements : la formulation de la Cour apparaît particulièrement ambiguë. Elle semble évoquer une gradation entre une usurpation dont certains actes pourraient, par nécessité, être reconnus et une usurpation encore plus grave (« qui ne peut pas mériter même le nom de *gouvernement usurpateur* ») dont le sens n'est pas très clair et en rien étayé par la jurisprudence antérieure. La confusion disparaît toutefois si l'on se borne à considérer que cette assertion est essentiellement politique et qu'elle vise surtout à pointer du doigt l'usurpation particulièrement grave, aux yeux du juge, de Joseph Bonaparte.

¹¹⁷⁵ *S. refondu*, 1, 5, 2, 153. Il s'agit là sans aucun doute d'une référence à la doctrine de l'École du droit naturel moderne, qui revient parfois dans les affaires de ce type. Sur ce point : cf. *infra*, p. 290 *sqq.*

supposant qu'il existât une distinction entre le gouvernement de fait et l'usurpation sur le plan des institutions, la nullité des actes resterait le régime applicable par la seule décision de l'autorité publique. C'est ce qu'expose Jean-Baptiste Sirey dans un avis émis dans son recueil, à propos des affaires portées en cassation à la suite de l'occupation de certaines colonies par l'Angleterre¹¹⁷⁶. L'auteur tient fermement pour nuls les jugements rendus au nom du roi d'Angleterre et selon ses lois dans les colonies françaises lorsqu'elles étaient occupées. Il fait face à un argument qui consiste à comparer lesdits jugements à ceux rendus par les tribunaux français durant les Cent-Jours, c'est-à-dire leur appliquer la théorie du gouvernement de fait et de ses « effets nécessaires »¹¹⁷⁷. Or, selon Sirey, sans même qu'il soit besoin de discuter cette théorie, la justification ne tient pas. D'abord, parce que le gouvernement d'occupation anglaise dans les colonies et celui des Cent-Jours – qui sont bien deux usurpations à ses yeux – ne sont pas comparables, le second, contrairement au premier, reposant sur une apparence de conformité, sur la « bonne foi » des magistrats, sur « *l'erreur commune* »¹¹⁷⁸. Surtout, quand bien même ces deux gouvernements d'usurpation eussent été assimilables l'un à l'autre, cela ne changerait rien à la nullité intrinsèque de leurs actes. En effet, les jugements des tribunaux rendus durant les Cent-Jours ne sont considérés comme valides que parce qu'ils ont été ratifiés par l'autorité légitime, c'est-à-dire intégrés à l'ordre juridique monarchique et expurgés de leur vice intrinsèque. Les jugements que le Roi n'a pas daigné rendre effectifs sont demeurés « nuls et non avenue »¹¹⁷⁹.

Plusieurs arrêts consacrent ce principe dès 1815¹¹⁸⁰, le plus clair sur ce point étant celui de la Cour d'appel de Paris du 8 février 1817, *Liste civile c. Barandon et compagnie*. Le gouvernement de fait y est explicitement défini comme « illégitime dans le droit » et, plus encore, celui qui traite volontairement est discrédité devant le juge¹¹⁸¹. Les conséquences d'une telle doctrine sont considérables : l'inexistence juridique. Il arrive que certains actes soient, par dérogation, incorporés *a posteriori* dans l'ordre juridique de l'autorité légitime, mais, même dans ce cas, il est en principe proscrit d'entrer en affaire avec le gouvernement de fait. Dans l'affaire *Liste civile c. Barandon et compagnie*, Napoléon Bonaparte aurait reçu des mains du trésorier général de sa liste civile, M. Peyrusse, une certaine somme d'argent (concernant des traites de coupes de bois) négociée avec le sieur Havais, banquier à Paris, pour le compte de la maison Barandon et compagnie, de Londres. Après le retour du Roi, l'intendant de la liste civile forme opposition au paiement de ces traites et intente une action en revendication, en arguant que la

¹¹⁷⁶ *S.* 1817, II, p. 138 *sqq.*

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 140-141.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 141 (souligné par l'auteur). On reconnaît toute la dimension politique de l'argument, qui n'est pas plus approfondi par l'auteur.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Ils concernent principalement le gouvernement des Cent-Jours, abordé sans concession comme une usurpation. V. par exemple : Cass. Crim., 14 septembre 1815, *Jean Lecos et autres* (*S. refondu*, 1, 5, 1, 99) et Cass. Crim., 27 octobre 1815 (*S. refondu*, 1, 5, 1, 104).

¹¹⁸¹ *S.* 1817, II, p. 385 *sqq.*

négociation aurait eu lieu après le 21 juin 1815. Selon l'intendant, Napoléon ayant abdiqué le 22, il aurait, « par l'effet de son abdication, perdu tout le pouvoir de fait dont il s'était emparé » et, par conséquent, « cette négociation n'avait pu dépouiller le roi d'une propriété que ne pouvait lui enlever aucun acte de l'usurpateur, même antérieur à son abdication »¹¹⁸². La maison Barandon intente alors une action devant le tribunal de commerce et demande la nullité des oppositions. La juridiction de première instance dénote avec le contexte politique : elle rend son jugement le 29 mai 1816 et semble se rattacher à la doctrine du gouvernement de fait puisqu'elle énonce sans détour que « Bonaparte, par suite de son usurpation, exerçait le pouvoir et l'autorité comme chef du gouvernement ». Sur ce fondement, elle donne raison aux demandeurs, les consorts Barandon¹¹⁸³. L'intendant interjette alors appel de cette décision et la Cour s'empresse de censurer le jugement en lui donnant gain de cause.

Tirillée entre des impératifs d'ordre public et l'application stricte d'une doctrine de la légitimité, la juridiction d'appel opère une distinction entre les actes conclus volontairement durant l'usurpation et ceux que la nécessité justifie. En effet, il est reconnu que l'usurpateur a exercé une « puissance de fait » et que les actes juridiques en question auraient pu être valables, eussent-ils été conclus durant la période d'usurpation du pouvoir¹¹⁸⁴. Toutefois, il ne s'agit là que des actes exercés sous la contrainte. Ceux qui ont été conclus volontairement avec le « gouvernement de fait de l'usurpateur » sont « substantiellement nuls »¹¹⁸⁵. La décision est motivée par une double considération. Le juge se demande, d'une part, si l'acte a été adopté pour le bien de l'État ou pour le profit personnel de l'usurpateur et, d'autre part, s'il a été effectué du plein gré de l'individu ou sous la contrainte. Par cette grille de lecture, il poursuit sans doute l'objectif de se tenir en marge des considérations politiques en se focalisant avant tout sur l'intérêt de l'État. Le message qui paraît se dégager de cette décision est le suivant : le gouvernement légitime est libre de se prononcer sur l'effectivité des actes conclus durant l'usurpation ; la justice, quant à elle, s'occupe avant tout de l'intérêt supérieur de l'État. À tout le moins, le juge n'entend statuer sur le gouvernement de fait qu'à l'aune de l'intérêt public et contre les intérêts privés.

Les conclusions de l'avocat général sur lesquelles se fonde en grande partie la décision de la Cour rendent compte de cette démarche. Les demandeurs allèguent, en vain, que « l'autorité publique est indispensable à toute société, quelle que soit la forme de son gouvernement, quels que soient les changements qu'il subisse » ; elle doit donc avoir les moyens d'agir – notamment la possibilité de conclure des contrats valides – sans quoi l'État serait contraint à une fatale inertie¹¹⁸⁶. L'avocat général répond à cet argument. S'il

¹¹⁸² *S.* 1817, II, p. 385.

¹¹⁸³ *Ibid.* p. 385-386.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 392 : « Considérant que Barandon et compagnie, obligés de faire la preuve de la validité de l'opération entre eux et les agens du trésor, pendant le temps de l'usurpation, reconnaissent que l'opération ne devra être jugée valide qu'autant qu'elle a été consommée dans la journée du 21 juin 1815, dernier jour de la puissance *de fait* de l'usurpateur » (souligné par le recueil).

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 393.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 388.

admet « qu'on puisse être forcé d'obéir, même sous peine de la vie, aux ordres, aux lois d'un tyran ou d'un usurpateur », il rétorque cependant que le fondement de cette contrainte ne peut pas être « son droit, qui est nul, mais [...] l'intérêt de la société, pour laquelle l'administration de la justice est une nécessité indispensable »¹¹⁸⁷. Dès lors, si l'individu a été contraint, il ne peut se voir reprocher un comportement fautif, il en va de l'intérêt de l'État. Pour l'avocat général, cela ne revient pas à admettre la légalité des actes d'un gouvernement illégitime. En effet, l'autorité usurpatrice peut user de la force pour promulguer des actes de *législation* et de *juridiction* (que l'avocat général nomme aussi des actes de souveraineté) qui, n'obligeant pas de plein droit, peuvent tout de même avoir « force d'obliger ». En revanche, se soumettre à lui volontairement est une turpitude dont l'individu ne peut se prévaloir pour lui-même. Ainsi, la forme contractuelle étant par essence volontariste, « celui qui contracte avec un usurpateur, dont le droit est nul, s'expose très volontairement à la nullité éventuelle de cette convention, si le souverain légitime rentre dans son autorité »¹¹⁸⁸. Dans cet arrêt, l'acte conclu par les consorts Barandon ayant été le fruit de leur volonté et, par ailleurs, celui-ci ayant servi le profit personnel de Napoléon¹¹⁸⁹, il ne fait aucun doute pour le ministère public qu'il est nul. La Cour abonde en ce sens ; l'affaire ne fait pas l'objet d'un pourvoi en cassation. Mais les consorts Barandon auraient-ils saisi la Cour de cassation que leur succès eût été très peu probable. Les quelques affaires portées devant la juridiction suprême en ce début de monarchie restaurée qui enjoignent la Cour à se prononcer sur la nature des gouvernements de fait se soldent toutes en faveur de l'État et démontrent que doctrine de la légitimité et pragmatisme judiciaire peuvent se conjuguer¹¹⁹⁰.

Ainsi, par principe pour les tribunaux, le gouvernement de fait n'a aucun droit à gouverner, il n'agit que par le biais de la force, de la contrainte ; son existence est nulle de plein droit. Pour autant, les juridictions ne vont pas toujours jusqu'au bout de la logique de nullité absolue des actes. Elles admettent deux tempéraments à la rigueur du régime de l'usurpation : lorsque l'autorité légitime a jugé nécessaire de reconnaître les effets de la puissance de fait¹¹⁹¹, mais aussi, parfois, dans le but d'éviter une situation de

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 390. Cette considération – éviter un vide institutionnel au sein de l'État sous peine de le voir « tomber dans les désordres de l'anarchie » selon les mots de l'avocat général – est l'un des fondements conduisant à accorder une importance capitale à un critère spécifique du gouvernement de fait : sa nécessité. Sur ce critère : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 103 *sqq.*

¹¹⁸⁸ *S.* 1817, II, p. 390.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 391 : « Ainsi, telle est l'absurdité où conduit le système des adversaires de la liste civile. Deux personnes dans celle de Bonaparte : le souverain *de fait*, qui use de sa puissance pour faire revêtir les traites d'un simulacre de titre translatif de propriété. L'homme privé, qui, sous le manteau de ce titre, dispose à son profit ! »

¹¹⁹⁰ Outre les deux affaires précitées Cass., Crim, 14 septembre 1815 (*S. refondu*, 1, 5, 1, 99) et 27 octobre 1815 (*S. refondu*, 1, 5, 1, 104), qui sont résolues au bénéfice de l'État (elles concernaient des attroupements en vue de résister à « l'usurpateur » durant les Cent-Jours), il est aussi possible de mentionner un arrêt de la Cour de Cassation du 27 février 1822 *Barbes c. Pasturin* (*S.* 1823, I, p. 96) dans lequel, malgré l'occupation d'un gouvernement de fait étranger, le droit français n'a pas cessé de s'appliquer en Guadeloupe en dépit de toutes conséquences effectives relatives au gouvernement de fait.

¹¹⁹¹ Cette condition est appréciée très largement par les juges, qui peuvent considérer que la reconnaissance des actes du gouvernement de fait a été tacite. La doctrine inverse aurait pour conséquence d'engendrer de trop grands bouleversements juridiques. Il eût été difficile, par exemple, de considérer que les codes

trop grande injustice face à la nullité d'un acte normatif. Cette seconde situation sert à justifier l'obéissance des individus envers l'usurpateur en soulevant le motif expiatoire de la contrainte violente (comme dans l'arrêt *Barandon*). Cela se manifeste particulièrement dans la jurisprudence relative aux contrats conclus entre individus durant l'usurpation.

B. L'assouplissement progressif de la jurisprudence dans les relations entre individus durant l'usurpation

Si contracter volontairement avec un gouvernement de fait apparaît comme une flétrissure, *quid* des relations juridiques entre les individus eux-mêmes durant l'usurpation ? Une poignée de décisions dans lesquelles un fait du prince bouleverse les relations contractuelles permet d'entrevoir une réponse. Le fait du prince constitue une théorie bien connue du droit administratif qui prévoit le cas où l'administration cocontractante, en exerçant ses prérogatives réglementaires, entraîne une modification substantielle à la situation contractuelle qui bouleverse l'équilibre du contrat¹¹⁹². Une indemnité peut alors être versée à la partie qui avait contracté avec l'autorité publique. Toutefois, dans les affaires dont il est question ci-après, il est toujours en cause un contrat entre deux individus, ce qui signifie qu'il s'agit d'un fait du prince en droit civil, qui se rapproche alors de la force majeure, et non en droit administratif¹¹⁹³. Dans les cas d'espèce, après le renversement d'un gouvernement de fait, le souverain légitime restauré sur son trône édicte une série de mesures dont certaines viennent causer un préjudice dans la vente opérée par un individu durant la période d'exercice du pouvoir par le gouvernement usurpateur. Un assouplissement de la jurisprudence s'opère en trois temps, permettant de constater que le juge vient progressivement protéger les relations contractuelles des tribulations du droit constitutionnel et de la sévérité du régime de l'usurpation. Il convient de revenir brièvement sur ces affaires pour en apprécier la portée.

Jusqu'à la veille de la révolution de 1830, on assiste à un glissement dans les décisions des tribunaux judiciaires. En 1816, dans l'arrêt *Bourdois c. Cacatte*, la Cour d'appel juge qu'en cas de vente, l'éviction de l'acquéreur causée par un fait du prince ne peut pas donner lieu à une action en garantie¹¹⁹⁴, avant de tempérer son jugement en 1818. Dans

napoléoniens ou l'intégralité des lois de la période révolutionnaire fussent inexistantes. V. en ce sens : N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 8-9.

¹¹⁹² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorant ès-sciences politiques*, Paris, LGDJ, 1921, p. 757-758, n. 2.

¹¹⁹³ Le droit privé, qui connaît également cette théorie, applique avant tout un principe de respect du contrat, là où en droit public, domine l'idée de bon fonctionnement du service public (A. FURTUNA, *Le fait du prince*, Paris, Jouve & C^{ie}, 1924, p. 18). La différence tient alors à ce qu'en droit administratif, le fait du prince n'est pas extérieur aux parties, puisqu'il résulte de l'une d'entre elles (l'administration) qui peut alors s'astreindre à une indemnisation, tandis qu'en droit civil, ce n'est pas le cas, ce en quoi ce cas de figure se rapproche de la force majeure (*Ibid.*, p. 47).

¹¹⁹⁴ *S. refondu*, 1, 5, 2, 152.

l'arrêt *Bourdois c. Cacatte*, il était question d'une vente conclue durant le règne espagnol de Joseph Bonaparte (1808-1813). Le sieur Cacatte, gouverneur de Madrid, adjudicataire d'un immeuble provenant d'une vente de biens du clergé opérée par Joseph, le revend au sieur Bourdois en prévoyant une clause formelle de garantie prémunissant l'acquéreur au cas où il serait inquiété. Lors de la restauration du pouvoir de Ferdinand VII (1813-1833), Bourdois est évincé de la vente de l'immeuble. Il refuse alors de payer le prix de la transaction à Cacatte et lui demande le remboursement des sommes déjà versées. Pour la Cour, la nature de l'usurpation de Joseph était tellement inique que ses actes ne pouvaient que se trouver nuls et dépourvus d'effets. Puisque les actes n'ont jamais existé, la vente des fonds confisqués aux cultes est nulle¹¹⁹⁵. En somme, le fait du prince ne constitue une protection – malgré une clause de garantie dans le contrat – ni pour le vendeur (qui voudrait se voir payer les sommes restantes), ni pour l'acheteur (qui voudrait se voir restituer les sommes versées). La décision imprévue de la puissance publique causée par le changement de régime aurait dû être anticipée par les parties, selon la Cour, car elle était patente¹¹⁹⁶. Décision fortement imprégnée du contexte politique, elle se révèle très peu protectrice des intérêts des particuliers et montre la radicalité du régime juridique de l'usurpation, dans ses conséquences les plus sévères et dangereuses vis-à-vis de la sécurité juridique des individus soumis aux aléas des transitions constitutionnelles.

Le 19 juin 1818, la Cour d'appel de Paris rend une solution différente pour des faits similaires¹¹⁹⁷. Dans cet arrêt *Andral c. Barbaia*, le sieur Andral, médecin de Joachim Murat alors roi de Naples, avait vendu une maison napolitaine au sieur Barbaia le 21 octobre 1813. Andral tenait lui-même cette maison d'un don de Murat depuis 1810. Mais lorsque Ferdinand IV remonte sur le trône de Naples, il révoque les aliénations à titre gratuit, sans indemnité, par une ordonnance du 19 août 1815. Barbaia aurait donc dû voir sa propriété saisie du fait de cette révocation, mais une clause lui permettait de maintenir son titre de propriété moyennant versement d'une somme qui équivaut au prix de vente à l'époque de la concession gratuite. Ayant agi de la sorte, il s'empresse de former une action en garantie contre Andral pour se voir rembourser le prix versé pour conserver sa propriété. La question se pose alors devant la Cour d'appel de savoir si « le fait du prince légitime qui annule les aliénations [...] faites à titre gratuit, par le souverain de fait durant son occupation » doit être considéré comme un cas de force majeure ou bien si

¹¹⁹⁵ Ce qui avait, de plus, été affirmé dans des actes du « gouvernement souverain légitime » de Ferdinand VII alors en exil. Notamment un décret du conseil du 11 août 1808, décret de la régence du 15 juin 1818 et une circulaire des 9 juin et 24 novembre 1812 (*Ibid.*).

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 153. L'arrêtiste – qui écrit bien plus tard puisqu'il s'agit d'une réédition du Sirey datant des années 1850 – est très critique à propos de la décision : « En considérant cette occupation du point de vue des Restaurations d'alors, comme une véritable usurpation, toujours est-il qu'elle n'en a pas moins constitué pendant un temps un gouvernement de fait, dont il n'appartenait alors à aucun particulier de contester les actes, dont les actes pouvaient alors être regardés comme appelés à une durée indéfinie, à une consécration définitive, aussi bien que les actes semblables de plusieurs autres gouvernements auxquels la volonté nationale ou la raison d'État, n'a pas permis qu'il fût portée atteinte » (*ibid.*, p. 152).

¹¹⁹⁷ Cour d'appel de Paris, 19 juin 1818, *Andral c. Barbaia* (*S. refondu*, 1, 5, 2, p. 395).

ces aliénations sont nulles, par l'effet d'un vice intrinsèque. Dans le premier cas, la théorie du fait du prince peut s'appliquer et le vendeur ne peut se voir contraint de verser une garantie pour un événement qu'il ne pouvait prévoir ; dans le second cas, la propriété était viciée dès l'origine dans les mains du vendeur et, puisque le fait du prince n'en est pas vraiment un, mais la proclamation d'un droit préexistant, alors le vendeur est passible de l'action en garantie. En première instance le 17 avril 1817, le Tribunal de la Seine se prononce pour la première solution : elle rejette l'action en garantie puisqu'il s'agissait d'un fait de force majeure et qu'en outre, Barbaia connaissait le risque d'éviction de la vente, puisqu'il avait contracté sous l'empire d'un gouvernement de fait. La Cour d'appel confirme ce jugement, mais en précisant bien qu'elle n'en suit pas le raisonnement¹¹⁹⁸. Rhétorique intéressante quoique laconique, la Cour estime que Barbaia a prévenu le risque d'éviction en faisant valoir les titres de son vendeur et en s'acquittant de la somme prévue par le décret. Elle rejette explicitement les arguments de première instance, mais ne développe pas davantage. Aucune explication claire n'est fournie et la note au recueil elle-même ne le précise aucunement¹¹⁹⁹. Il faut alors se référer à une troisième affaire pour y voir plus clair.

Plus clair que dans l'arrêt *Andral*, et moins attentatoire à la sécurité juridique des individus que dans l'arrêt *Bourdois*, l'arrêt du 14 avril 1830, *Furstenstein c. Boucheporn*, marque un profond changement dans l'appréciation du régime de l'usurpation¹²⁰⁰. Cette affaire est la prolongation d'un arrêt *Boucheporn*, rendu la Cour de cassation le 18 août 1828¹²⁰¹. Le comte de Furstenstein avait vendu au baron Boucheporn un bien qu'il tenait de l'allodification d'un fief¹²⁰² par Jérôme Bonaparte. Après le renversement de ce dernier en 1813, l'électeur de Hesse, Guillaume IX recouvre sa souveraineté et rend une ordonnance le 1^{er} janvier 1814 déclarant nulles toutes les aliénations faites par Jérôme, de sorte que le baron de Boucheporn se trouve dépossédé. Ses descendants forment alors une action en garantie d'éviction contre les héritiers du comte de Furstenstein, en arguant principalement que le droit du royaume de Westphalie ne permettait pas une telle allodification, si bien que le comte n'avait jamais été le propriétaire de la terre. Ainsi, ayant cédé des droits qui ne lui appartenaient pas, il était passible de toute garantie envers

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 396.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 395, n. 5.

¹²⁰⁰ *S.* 1830, I, p. 280.

¹²⁰¹ *S. refondu*, 1, 9, 1, 158. V. également : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 171 et n. 668.

¹²⁰² Le procédé de l'allodification, ou « allodification des fiefs » est une mesure consistant à supprimer de nombreuses dispositions féodales relatives aux fiefs. À l'issue d'un tel procédé, les terres détenues par les nobles ne sont plus considérées juridiquement comme fiefs mais comme alleux, c'est-à-dire comme des terres possédées en pleine propriété, donc libres de toute obligation féodale et cessibles sans droit résiduel des héritiers du précédent propriétaire féodal. L'allodification est, par exemple, mise en place par Frédéric-Guillaume I^{er}, Roi en Prusse (1713-1740) en 1717. Pour davantage de précisions à ce propos : C. CLARK, *Iron Kingdom*, trad. É. CHÉDAILLE, P. HERSANT, S. KLEIMAN-LAFON, *Histoire de la Prusse. 1600-1947*, Paris, Perrin, 2009, p. 102 *sqq.* ; M. S. F. SCHOELL, *Cours d'histoire des États européens. Depuis le bouleversement de l'Empire romain d'occident jusqu'en 1789, t. 41 : Histoire du XVIII^e siècle*, 9, Paris-Berlin, Gide-Duncker et Humblot, 1833, p. 385.

son acquéreur, c'est-à-dire qu'il leur devait le remboursement des sommes engagées à défaut de pouvoir leur assurer la possession du bien. Le Tribunal de la Seine donne raison aux héritiers Boucheporn le 27 janvier 1825. Toutefois, le 23 janvier 1826, la Cour d'appel de Paris infirme le jugement au motif que l'éviction était un fait de force majeure postérieur au contrat de vente (fait du prince), annihilant par la même occasion toute action en garantie. La Cour de cassation, cassant l'arrêt pour défaut de motivation le 18 août 1826¹²⁰³, renvoie l'affaire devant la Cour d'appel d'Orléans. Celle-ci décide, le 5 juin 1829, de faire droit à l'action en garantie des héritiers Boucheporn et ce, quand bien même l'éviction pourrait être assimilée à un fait du prince. Face au pourvoi des héritiers Furstenstein, la Cour de cassation met un terme à l'affaire le 14 avril 1830 et valide la solution retenue à Orléans. Elle considère que les héritiers Boucheporn étaient fondés dans leur action en garantie, qu'il y ait eu fait du prince ou non¹²⁰⁴.

Ainsi, là où le juge estimait d'abord (en 1815 comme 1817 ou en 1826) qu'en cas de vente, l'éviction de l'acquéreur pour cause d'un fait du prince ne pouvait pas donner lieu à une action en garantie, avec l'arrêt *Fursentstein c. Boucheporn* de 1830 il confirme, au contraire, qu'une action en garantie est possible par l'acquéreur en cas d'éviction même si elle a eu lieu par un fait du prince. La première solution jurisprudentielle faisait peser sur les cocontractants le risque que leurs relations juridiques soient pleinement tributaires de la situation politique : contracter sous l'égide d'un gouvernement de fait s'opère à leurs risques et périls. Tandis que dans le second cas, la décision les préserve davantage des tribulations constitutionnelles de l'État. Plus encore, l'arrêt de 1830 marque nettement une volonté de préserver l'ordre public et la continuité étatique. Le juge considère que l'ordonnance de dépossession émise par l'électeur Guillaume n'est que la « déclaration d'un droit préexistant ». La dépossession prenant sa source dans une législation qui précède la domination de Joseph Bonaparte et, conséquemment, ayant une cause antérieure au contrat de vente, elle ne constitue pas un fait du prince¹²⁰⁵. Ce faisant, la Cour rattache explicitement cette dépossession à un ordre juridique de restauration, écartant de l'espèce le fait du prince et ses conséquences sur la sécurité juridique. En somme, la décision vise autant à assurer la stabilité de la situation de l'acquéreur dépossédé (en préservant son action en garantie) qu'à consacrer la légitimité du droit du souverain restauré.

Ainsi, le pragmatisme des juges met en évidence le fossé entre le principe de l'usurpation et son application concrète. En 1831, les débats qui portent sur le régime imputable aux actes du gouvernement de fait et qui ouvrent la possibilité de leur validité sont alors une conséquence logique des évolutions du temps.

¹²⁰³ Ces deux décisions sont reproduites dans le premier arrêt de cassation et l'arrêt d'appel est cassé pour défaut de motivation en ce qu'il n'explique pas ce qui constitue la force majeure dans l'éviction (*ibid.*, p. 159).

¹²⁰⁴ *S.* 1830, I, p. 281. En l'espèce, la Cour de cassation estime qu'il n'y avait de toute façon pas eu de fait du prince.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

§2. *Le tournant de 1831 : débats et décisions autour de la validité des actes du gouvernement de fait*

Les transformations politiques qui découlent de la révolution de Juillet contribuent à l'essor de la doctrine du gouvernement de fait sur la scène politique¹²⁰⁶. Le régime juridique imputable aux actes fait l'objet d'un regain d'intérêt, à l'occasion d'une affaire source de riches débats à la Chambre des députés en 1831. Napoléon Bonaparte, entre le 1^{er} mars et le 22 juin 1815, c'est-à-dire de son débarquement au golfe Juan jusqu'à son abdication à la suite de la défaite de Waterloo, avait octroyé décorations et avancements militaires. Lors de la Seconde Restauration, Louis XVIII promulgue plusieurs ordonnances dans le but de les annuler, les 28 juillet et 1^{er} août 1815. La première vise à assainir les finances en régularisant des dépenses relatives à des traitements militaires effectuées par Napoléon, qui n'ont « aucun caractère légal, puisqu'elles ne sont autorisées par aucun acte émané de notre autorité ». Certaines de ces dépenses ayant déjà été acquittées, elles sont légitimées *a posteriori* par le gouvernement sur le fondement de la « clémence » et de la « justice » du Roi ; en revanche, les soldes et indemnités qui n'ont pas encore été versées aux officiers pour des grades ou emplois accordés par Napoléon ne seront pas réglées¹²⁰⁷. Les ordonnances du 1^{er} août déclarent purement et simplement « nulles de plein droit » les nominations, promotions et réintégrations dans l'armée prononcées « du temps de l'usurpation »¹²⁰⁸. Le 26 février 1831, deux pétitions d'officiers, en date des 7 novembre et 27 décembre 1830, sont remontées devant la Chambre basse. Elles ont pour objet l'abrogation des ordonnances de Louis XVIII, qui annulaient des décorations et avancements dont ils estimaient devoir bénéficier¹²⁰⁹. Le 26 août, elles débouchent sur une proposition de Boissy d'Anglas¹²¹⁰. Dans les débats, transparait une critique de la nullité substantielle, fondée notamment sur des arguments tirés de l'École du droit naturel moderne (A). Cette critique débouche sur deux propositions différentes quant au régime juridique des actes du gouvernement de fait : la validité de principe, qui n'est finalement pas retenue du fait de sa radicalité et la validité conditionnelle, qui cherche à respecter le volontarisme du gouvernement postérieur sans nier l'existence des actes du gouvernement de fait (B). Les prolongements de ces débats permettent de constater que la question de la reconnaissance des actes du gouvernement

¹²⁰⁶ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 67 *sqq.*

¹²⁰⁷ Ordonnance du 28 juillet 1815 portant régularisation de toutes les dépenses qui ont eu lieu par le département de la guerre, depuis le 20 mars 1815 (*Bulletin des lois*, 7^e série, t. 1, n° 48, p. 97).

¹²⁰⁸ Ordonnance du 1^{er} août 1815 qui annule les nominations et promotions à des grades militaires, et la réintégration sur le tableau d'activité, des officiers en retraite, qui ont eu lieu pendant le temps de l'usurpation (*Bulletin des lois*, 7^e série, t. 1, n° 31, p. 74). Une seconde ordonnance du même jour vient préciser les modalités de traitement des officiers et employés de l'armée, ainsi que les droits qui leurs seront accordés ou refusés, selon qu'ils se sont joints, ou non, au « gouvernement illégal » (*Bulletin des lois*, 7^e série, t. 1, n° 32, p. 75).

¹²⁰⁹ Séance du 26 février 1831 (*Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417). Ces demandes ne sont pas un cas isolé. Comme le rapporteur le relève, quatre pétitions allant en ce sens ont déjà été renvoyées au ministre de la Guerre, trois durant les séances des 26 novembre et 18 décembre 1830 à la Chambre des députés et une autre durant la séance du 7 décembre 1830 devant la Chambre des pairs (*ibid.*).

¹²¹⁰ Séance du 26 août 1831 (*Moniteur universel*, 27 août 1831, p. 1464).

de fait s'inscrit, plus largement, dans un contexte juridique favorable à la continuité de l'État (C).

A. *La nullité substantielle critiquée*

En premier lieu, on assiste à une franche critique du régime juridique de l'usurpation. Les dangers de la nullité substantielle sont immédiatement pointés par le général Lamarque dès la séance du 26 février pour qui persister dans la nullité des actes en cause revient d'abord à nier le fait accompli d'un gouvernement qui fut effectif et accepté par la nation. Surtout, appliquer le régime de l'usurpation conduit à remettre en doute la souveraineté de fait exercée « légitimement » par Napoléon, c'est-à-dire un pouvoir « sans lequel la société tomberait en dissolution »¹²¹¹. Il est impossible de ne pas reconnaître les actes du gouvernement des Cent-Jours insiste Lamarque pour au moins trois raisons : le droit de conquête qui assure leur effectivité, la volonté de la nation qui les légitime et l'obéissance due au gouvernement de fait qui rend la reconnaissance nécessaire¹²¹². L'argument de la légitimité monarchique, c'est-à-dire d'une nation « s'arrachant au sol » avec un gouvernement en exil prétendument légitime, rendant nulle et inapplicable toute mesure prise par le gouvernement de fait, lui paraît donc « absurde et ridicule ». Les ordonnances de Louis XVIII de 1815 ne reposent sur aucun motif juridique, mais seulement, martèle-t-il, sur la « haine et la vengeance » grimée en « justice »¹²¹³. Six mois plus tard le 26 août 1831, lorsque Boissy d'Anglas justifie sa proposition visant à l'abrogation des ordonnances, il ajoute une critique plus pragmatique. La décision de ne pas donner d'effets aux actes de Napoléon serait, dit-on, fondée avant tout sur des motifs pécuniaires : le trop grand nombre de promotions militaires qu'elle implique serait préjudiciable pour les finances de l'État. Or, pour le parlementaire, un tel motif est à rejeter, car la mesure ne concernerait qu'environ mille cinq cents officiers, ce qui serait loin d'être une charge financière. De plus, ces promotions et décorations ayant été émises par un gouvernement de fait, qui gouvernait effectivement, rien ne s'oppose à leur reconnaissance ; bien au contraire, elle est nécessaire. Maintenir les ordonnances de 1815 apparaît alors inexplicable, d'autant plus qu'elles sont manifestement « frappées à la fois d'injustice et d'arbitraire », renchérit Lamarque¹²¹⁴.

L'argument revenant le plus souvent est sans conteste la nécessité¹²¹⁵ : nécessité de reconnaître le fait accompli et la volonté de la nation pour Lamarque ou Boissy d'Anglas,

¹²¹¹ *Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417.

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ *Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417 : « Quels motifs allèguent ces ordonnances ? Sur quelles raisons s'appuient-elles ? Sur aucune ! On y lit les noms d'usurpateur ; d'usurpation, et la haine et la vengeance frappent au nom de la justice ! ».

¹²¹⁴ Selon les termes qu'il emploie lors de la séance du 26 août 1831 (*Moniteur universel*, 27 août 1831, p. 1465).

¹²¹⁵ Sur la rhétorique de la nécessité des gouvernements de fait : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 103 *sqq.*

« nécessité d'être justes » pour le général Bugeaud¹²¹⁶. Elle est mobilisée pour écorner le régime de l'usurpation, en ce qu'elle le rendrait caduc en démontrant les risques que la nullité fait peser sur l'ordre juridique. Il est ainsi nécessaire, selon Lamarque, de reconnaître les actes promulgués durant l'usurpation, pour éviter de plus grands troubles ; il en va du maintien même de la société. À l'appui d'un tel raisonnement, il mobilise des jusnaturalistes modernes, tels Pufendorf, Grotius ou Vattel, qui ont déjà reconnu à l'usurpateur la possibilité d'émettre des actes à caractère obligatoire sur le fondement de la nécessité¹²¹⁷.

La référence à ces auteurs est récurrente lorsqu'il est question de gouvernement de fait¹²¹⁸. Issus de traditions doctrinales et de courants de pensée assez proches, ceux-ci s'intéressent aux actes d'un gouvernement usurpateur. Parmi eux, Grotius et Pufendorf sont les plus volontiers mobilisés. Ils ont exposé clairement la possibilité d'une obéissance aux actes d'un usurpateur en dépit de son illégitimité, en faisant peser dans la balance de la Raison l'impératif de paix publique. Ainsi, Grotius constate que, dans certaines conditions, les « actes de souveraineté qu'exerce un [...] usurpateur¹²¹⁹, tant que le pouvoir est entre ses mains, peuvent certainement avoir force obligatoire... ». Il ne s'agit toutefois pas, pour lui, de légitimer le tyran, car cette validité provisoire (« tant que le pouvoir est entre ses mains ») n'est pas fondée sur un droit propre de l'usurpateur, « qui n'existe point ». Elle n'est justifiée que par la paix publique : l'obéissance à un usurpateur est préférable « à voir l'État plongé dans une confusion extrême par l'effet de l'anéantissement des droits et de la suppression des tribunaux »¹²²⁰. En revanche, en ce qui concerne les actes du pouvoir qui ne sont pas essentiels « et qui n'ont d'autres résultats que de fortifier l'usurpateur dans sa possession inique », il est permis de leur

¹²¹⁶ *Moniteur universel*, 27 août 1831, p. 1465.

¹²¹⁷ Cet argument arrive très tôt dans les débats, puisque Lamarque s'en sert dès le début, le 26 février 1831 : *Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417. Les noms de ces auteurs sont orthographiés ainsi au *Moniteur* : « Pusffendorf » et « Watel », mais il est assez probable qu'il s'agisse bien de Samuel von Pufendorf et Emer de Vattel.

¹²¹⁸ On le retrouve au prétoire sous la plume de certains rapporteurs ou dans les mémoires des parties. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1841, *Péraldi c. Ponte*, le rapporteur mobilise notamment Grotius et Pufendorf à l'appui d'un raisonnement visant à faire état des différentes solutions retenues pour les actes émis sous l'usurpation, selon ces auteurs : soit que tout ou presque ait été maintenu (il cite ici Grotius et Pufendorf), soit que tout ait été aboli, ou bien que certains droits persistent, mais donnent lieu à des indemnités (*J.* 1841, I, p. 509). Un raisonnement assez proche se retrouve dans le pourvoi du Crédit foncier de France dans l'arrêt du 27 novembre 1872 *Crédit foncier de France c. Enregistrement* : fondant un argument sur les écrits de l'École du droit naturel moderne, il affirme la nécessité d'accorder une valeur juridique aux actes de la Commune de Paris (*J.* 1873, I, p. 260 ; v. aussi Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 207). Le Crédit se justifie en s'appuyant sur les opinions de Grotius et de Barbeyrac, qui soutiennent qu'en pareille situation, pour « ne pas exposer sans nécessité sa vie et ses biens » et au nom de la « tranquillité publique », il est préférable d'obéir à l'usurpateur (*ibid.*).

¹²¹⁹ *De jure belli ac pacis*, Livre I, Chapitre IV, §XV (H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. P. PRADIER-FODÉRÉ, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1867 [rééd. D. ALLAND, S. GOYARD-FABRE, Paris, PUF, 1999], p. 151). L'usurpateur est celui qui n'aurait pas acquis une légitimité par usucapion, c'est-à-dire un long exercice et une volonté tacite (comme il l'explique plus loin, Livre II, Chapitre IV, §14 : *ibid.*, p. 219-220), ou par transaction. Il cite à l'appui de son propos Vitoria, Suarez ou encore Lessius, voulant montrer ainsi qu'il s'agit d'un principe affermi.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 151.

désobéir, « sans s'exposer à de graves dangers ». Pufendorf se pose la question dans les mêmes termes : les ordres d'un usurpateur peuvent-ils obliger ceux qu'il tient sous sa domination ? Si les sujets ne doivent obéir qu'au prince légitime, il concède que celui qui prendrait le pouvoir par la force mais gouvernerait en « bon Souverain » peut être tenu, « malgré le vice de la possession » comme prince légitime, tant qu'il n'existe aucun autre prétendant plus légitime à l'exercice du pouvoir¹²²¹. En s'appuyant sur la Raison et à l'instar de Grotius, il reconnaît que, tant que l'usurpateur gouverne dans le sens de l'intérêt commun, il est plus profitable de lui obéir. Ces principes ont, à plus forte raison, des répercussions sur les actes conclus avec l'usurpateur, qui peuvent être provisoirement valides¹²²². En revanche, ils « ne s'étendent pas plus loin, & ne sont pas tant fondés sur un motif de conscience, que sur la nécessité de se délivrer du danger présent »¹²²³. Dès lors, on peut en conclure qu'une fois la restauration ou l'instauration du pouvoir légitime, le souverain *de jure* a les mains libres pour établir l'inventaire des actes bons à conserver et de ceux, mauvais, qui doivent être abolis¹²²⁴. En somme, pour Pufendorf, « une tête malade ne laisse pas d'être une tête », ce qui signifie que ce qui a été fait par un chef d'État, tyran ou non, est censé être fait « par tout le Corps de l'État »¹²²⁵. En définitive, si ces auteurs s'intéressent au maintien des actes durant le déroulement de l'usurpation, ils ne traitent guère du sort à leur réserver une fois l'autorité légitime instaurée ou restaurée. Cela tient sans doute à ce que, selon leurs vues, le souverain a les mains libres pour opérer le tri dans la législation qui le précède, en se laissant toutefois guider dans son action par la Raison et en respectant les impératifs de bien commun et de Justice qui s'imposent à lui¹²²⁶.

Le recours à de tels auteurs par les parlementaires est particulièrement percutant dans les débats de 1831, puisqu'au renfort de ces références, le régime de la nullité substantielle n'en apparaît que plus condamnable, la doctrine elle-même n'y prêtant pas foi. Ainsi, dans le mouvement d'une dissociation progressive entre les régimes de l'usurpation et du gouvernement de fait, des parlementaires vont proposer de reconnaître la validité des actes émis par les seconds. La question tourne autour du fait de savoir si les actes sont légaux par eux-mêmes ou alors s'ils ne sont valides que provisoirement, acquérant une

¹²²¹ *De jure naturae et gentium*, Livre VII, Chapitre VII, §9 et 10 : S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, trad. J. BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens...*, op. cit., t. II, p. 334 *sqq.*

¹²²² Chez Pufendorf, la validité provisoire des actes de l'usurpateur résulte de l'impossibilité du souverain légitime à le renverser et a pour but la « conservation » des sujets pour les « délivrer du danger présent » : *Ibid.*, p. 335 *sqq.*

¹²²³ *Ibid.*, p. 336.

¹²²⁴ C'est tout du moins ce à quoi semblent conduire les propos de Pufendorf sur la souveraineté au Livre II, Chapitres VII et IX de son ouvrage : S. VON PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, trad. J. BARBEYRAC, *Les devoirs de l'Homme et du Citoyen. Tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. II, Londres, Chez Jean Nourse, 1741, p. 72 *sqq.* et p. 92 *sqq.* ; v. aussi en ce sens le Chapitre XI, p. 108 *sqq.*). Pufendorf fait tout de même état d'une distinction entre les Princes qui exercent un pouvoir *absolu* et ceux qui exercent un pouvoir *limité* (*ibid.*, p. 95 *sqq.*).

¹²²⁵ Livre VIII, Chapitre 12, §2 : *Ibid.*, p. 502.

¹²²⁶ Un point de vue qui paraît se confirmer, au XVIII^e siècle, dans les écrits de Vattel (v. en ce sens le Lib. III, Cap. XIII : E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des souverains*, t. II, Londres, s.n., 1758, p. 170 *sqq.*).

pleine légalité uniquement à la suite d'un acte exprès du gouvernement de droit postérieur.

B. Les alternatives proposées : quelle validité ?

Face à la proposition radicale d'une validité de principe des actes du gouvernement de fait soutenue à la Chambre (1), la solution d'une validité conditionnelle, plus nuancée, l'emporte finalement (2).

1. La proposition radicale d'une validité de principe

Lorsqu'il est avéré qu'un gouvernement a été *de facto*, certains députés plaident pour une validité de principe en leur faveur, c'est-à-dire la reconnaissance nécessaire des actes, comme dotés d'une pleine juridicité, leurs effets ne pouvant être niés en droit par le gouvernement successeur. Le général Lamarque, ancien révolutionnaire, bonapartiste et député républicain¹²²⁷, milite en ce sens. Le 26 février, il proclame que : « [l]es actes des Cent-Jours sont donc validés ; ils le sont par le droit de conquête, par la volonté souveraine de la nation, par l'obéissance due au gouvernement de fait... »¹²²⁸. Il insiste lors de la séance du 26 août : ne verrait-on dans les Cent-Jours qu'un gouvernement de fait, il serait tout de même nécessaire de « reconnaître comme légitime et obligatoire un pouvoir sans lequel l'État tomberait en dissolution ». Lamarque présente ce principe comme la conséquence logique de sa critique de l'usurpation, au renfort des arguments tirés de l'École du droit naturel moderne. Il en irait de la pérennité de l'État. De même, pour Boissy d'Anglas défendant sa proposition de loi, un gouvernement comme celui des Cent-Jours qui tient « sa puissance de la nation » et qui a la « plénitude du pouvoir exécutif et des lois » dispose de la capacité d'émettre des actes « légitimes »¹²²⁹. Ainsi, l'application de critères spécifiques d'identification du gouvernement de fait permet à l'orateur d'établir un lien de causalité : une fois la preuve administrée de l'existence d'un tel gouvernement, ses actes ne peuvent être que valides.

La radicalité de ces propositions a moins d'intérêt en théorie qu'en pratique : pour ses défenseurs, la validité de principe est une question de Justice – au sens le plus philosophique du terme – pour les militaires qui demandent le rétablissement de leurs droits, ce qui explique qu'ils fassent appel aux jusnaturalistes modernes qui font ressortir les injustices qui peuvent naître des rigueurs du régime de l'usurpation. D'ailleurs, lorsque Boissy d'Anglas est amené à défendre sa position quelques jours plus tard, le 15 septembre, il va jusqu'à rejeter la qualification de « gouvernement de fait » aux Cent-Jours, pour convaincre davantage de la validité de ses actes. Le flottement sémantique de l'orateur s'explique par la nature de son argument : les actes sont d'autant plus valides que le gouvernement bénéficiait d'un important appui populaire, comme en

¹²²⁷ Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 173, n. 672.

¹²²⁸ *Moniteur universel*, 28 février 1831, p. 417.

¹²²⁹ *Moniteur universel*, 27 août 1831, p. 1465.

témoignaient les « douze cent mille suffrages » qui « approuvèrent l'acte additionnel ». Dès lors, rejeter la validité des actes parce qu'il s'agirait d'un gouvernement de fait équivaldrait à « consacrer une douloureuse injustice »¹²³⁰. Lamarque, fidèle soutien de Boissy d'Anglas sur ce sujet, vient à son renfort. Nulle conciliation n'est possible, car les dispositions d'entre-deux « n'en blessent pas moins profondément la justice ». Réclamant un « acte de justice et de haute politique », il repousse la doctrine qui voudrait que les actes du gouvernement des Cent-Jours fussent être confirmés par un « autre pouvoir » pour être valides¹²³¹. Aucune autorité n'aurait eu cette compétence (pas plus le gouvernement de Louis XVIII que celui de Charles X). Dès lors, seule la validité de principe lui semble admissible. Le lendemain, il enfonce le clou. Le maréchal Soult¹²³², ministre de la Guerre, proposait de ne circonscrire la reconnaissance des actes qu'à ceux qui avaient été émis entre le 20 mars et le 22 juin 1815 et d'écarter ceux compris entre le 27 février et le 20 mars (la marche du golfe Juan à Paris) et entre le 22 juin et le 7 juillet (le gouvernement provisoire de la Chambre des représentants formé à la chute de l'Empire). Lamarque répond immédiatement : « M. le ministre veut également que l'on repousse les nominations du Gouvernement provisoire ; distinction futile, Messieurs ; c'était un gouvernement de fait dont les actes doivent être respectés... »¹²³³.

Toutefois, la solution d'une validité de principe apparaît trop radicale pour certains parlementaires, en ce qu'elle empêcherait toute modulation du gouvernement de droit succédant au gouvernement de fait et rendrait valides par elles-mêmes toutes dispositions émises par une telle autorité. La validité conditionnelle des actes du gouvernement de fait lui alors est préférée.

2. La solution retenue d'une validité conditionnelle

La validité conditionnelle consiste à considérer une possibilité de reconnaissance des actes non par principe, mais par acceptation de l'autorité de droit. En ce sens, les actes du gouvernement de fait seraient réputés provisoirement légaux, sous réserve d'abrogation, et n'entreraient dans le champ d'une législation définitive qu'après une validation par un acte exprès de l'autorité légale. Il s'agit à la fois de rejeter l'application du régime de l'usurpation au gouvernement de fait et, dans le même temps, d'octroyer une certaine marge de manœuvre à l'autorité légale pour moduler la validité.

¹²³⁰ *Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1588.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 1589.

¹²³² Jean-de-Dieu Soult (1769-1851) est un militaire et homme politique français. Il exerce ses fonctions martiales sous les différents régimes politiques qui se succèdent, particulièrement sous la Révolution et le I^{er} Empire. À partir de la Restauration et de son retour en grâce, il se consacre davantage à sa carrière politique. Il occupe notamment la fonction de ministre de la Guerre entre 1830 et 1834. Il ne se range clairement derrière aucune doctrine politique, mais l'on retient de sa politique au ministère de la Guerre une certaine rigueur à l'encontre des républicains (la répression de 1831) comme des légitimistes (l'affaire de l'arrestation de la duchesse de Berry). Pour plus de précisions : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. V, *op. cit.*, v^o Soult (Nicolas-Jean de Dieu), p. 336-338.

¹²³³ Séance du 16 septembre 1831 à la Chambre des députés (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605).

Lorsque la proposition de loi de Boissy d'Anglas passe devant une commission parlementaire, le rapport présenté à la Chambre des députés par le comte Jaubert le 12 septembre 1831 met en avant cette position. Initialement, il présente le « principe du gouvernement de fait » comme étant le même que « celui de la souveraineté nationale » et, dès lors qu'il est possible d'identifier un gouvernement de ce type, « les engagements qu'il a contractés, sous la garantie de la foi publique, doivent être respectés par le gouvernement qui le suit »¹²³⁴. Il semble se ranger derrière l'idée d'une validité de principe des actes, mais très vite, il apporte une nuance : « le tems pendant lequel ont duré les gouvernements nés des révolutions politiques, est la mesure à peu près exacte des droits qu'ils ont créés, comme du pouvoir qu'ils ont eu d'engager l'avenir »¹²³⁵. La validation ou l'annulation des actes du gouvernement doit toujours être subordonnée à un certain nombre de contingences qu'une longue durée affecte d'autant plus fortement. Par exemple, le gouvernement de la Restauration – que Jaubert juge pourtant illégitime – a commis un certain nombre d'injustices à l'encontre de ceux qui ont soutenu les Cent-Jours (des militaires, mais aussi des fonctionnaires ou de simples citoyens) ; mais puisqu'il s'est maintenu un long moment, ses actes ne peuvent qu'être reconnus, si bien que la question de la réparation desdites injustices demeure épineuse : « [à] moins de tomber dans l'absurde, on ne peut pas résoudre cette question d'une manière absolue dans le sens d'une reconnaissance pleine et entière de tous les actes du gouvernement des Cent-Jours ». Dès lors, les décisions de certains gouvernements de fait ne peuvent être automatiquement reconnues sans risquer de bouleverser l'ordre juridique. Du point de vue de la sécurité juridique, il faut prendre en compte les droits acquis des citoyens. Aussi, n'hésite-t-il pas à ajouter que « la reconnaissance des droits anciens [...] ne doit jamais préjudicier aux droits nouveaux actuellement existans »¹²³⁶. Le député insiste : il faut se prémunir du risque que, sous couvert de réparer une injustice commise sous l'usurpation, on n'en crée une encore plus grande. Pour renforcer son propos, il emprunte à Cicéron l'adage *summum jus, summa injuria*¹²³⁷. Ce précepte, qui veut que l'application excessive du droit conduise à l'injustice, justifie que ni la validité de principe, ni la nullité substantielle ne soient des régimes adéquats pour les actes du gouvernement de fait, car trop absolus. Il ne faut dès lors pas comprendre ces débats comme opposant d'un côté, les thuriféraires de la Justice fondée sur la validité de principe et, de l'autre, les partisans du pragmatisme qui prônent une validité conditionnelle. Des deux côtés les parlementaires ont à cœur de trouver la solution la plus juste et de la conjuguer avec la préservation des finances publiques. En outre, de part et d'autre, le régime de l'usurpation est condamné.

Ce qui les différencie tient donc davantage au rôle du gouvernement de droit et à la part de volontarisme juridique dont il peut se prévaloir. Pour Jaubert, la validité de

¹²³⁴ *Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559.

¹²³⁷ *Ibid.* : La citation vient de Cicéron, qui la reprend à Quintus Fabius Labeo : *De officiis*, Lib. I, Cap. X, 33 (CICÉRON, *De officiis*, trad. M. TESTARD, *Les devoirs*, Paris, Les Belles Lettres, 1965, p. 120).

principe est tellement absolue qu'elle dépouillerait le législateur de sa souveraineté. En effet, le régime juridique imputable aux actes ne vaut, dit-il, qu'en l'absence d'intervention du législateur qui jugerait une loi nécessaire pour modifier l'ordre des choses. En somme, la validité des actes du gouvernement de fait reste toujours tributaire des décisions de l'autorité légale. Dupin aîné corrobore ce constat en affirmant, le 15 septembre, que « ce qu'un gouvernement a fait, le gouvernement suivant a pu le faire avec une égale puissance »¹²³⁸. À l'instar de Jaubert, il conteste l'argument des parlementaires qui voient dans la validité de principe la décision la plus juste¹²³⁹. Dupin, en accord avec Jaubert, conclut ainsi au rejet de la proposition de loi, non pas pour son fondement auquel il se range tout à fait (reconnaître l'existence des gouvernements de fait et la possibilité de valider leurs actes), mais pour ses conséquences juridiques.

Ces débats se soldent par la promulgation d'une ordonnance le 28 novembre 1831, venant ratifier les décorations et avancements militaires octroyés entre le 20 mars et le 7 juillet 1815¹²⁴⁰. Il ne s'agit pas de la reconnaissance d'une application ininterrompue des décorations et grades, mais d'une *nomination*, pour « prendre rang à la date de ce jour, aux grades qui leur avaient été conférés »¹²⁴¹. La nuance est primordiale, puisque ces actes sont ainsi validés par une décision expresse du gouvernement de Louis-Philippe, ils ne sont pas validés en eux-mêmes. La part de volontarisme du gouvernement de droit est préservée et, dans le même temps, les actes émanant du gouvernement de fait sont réputés être demeurés provisoirement valides jusqu'à leur incorporation dans la législation positive de la Monarchie de Juillet. Le gouvernement entérine des mesures édictées lors de régimes précédents et, ce faisant, valide leur existence et module leurs effets dans le temps, pour les adapter au gouvernement présent. En ce sens, la teneur de ces débats ainsi que cette décision s'inscrivent dans un contexte particulier de recherche d'une pérennité du droit dans un siècle de révolutions.

C. *Un principe favorable à la continuité de l'État*

La position des partisans de la validité de principe des actes conduit à placer le gouvernement de fait sur le devant de la scène politique. On a ainsi vu que, dans les débats qui opposent Lamarque au ministre de la Guerre, l'impératif de circonscrire précisément le gouvernement en question est crucial : débute-t-il au 27 février ? Au 20 mars ? Qu'en est-il du gouvernement de la Chambre entre le 22 juin et le 7 juillet ?

¹²³⁸ *Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1589.

¹²³⁹ À son argument s'ajoute une considération de droit positif : la validité de principe attente aux règles de compétence des organes légaux. En effet, certaines mesures émises par un gouvernement de fait et dont la validité est contestée peuvent relever des actes d'administration, tandis que d'autres pourraient être perçus comme des actes de législation, selon Dupin. Dès lors, si l'appréciation des actes relève du pouvoir législatif, alors c'est au Parlement, titulaire de ce pouvoir, d'agir ; si, au contraire, il s'agit d'actes d'administration, la prérogative appartient au gouvernement. Il y a ainsi un risque pour chacun des organes d'empiéter sur le domaine de l'autre (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1559 : « Le débat est donc tout entier entre les actes administratifs qui ne vous appartiennent pas, et les actes législatifs qui sont de votre ressort »).

¹²⁴⁰ *Bulletin des lois*, 1831, 9^e série, t. 3/2, n° 3623, p. 622.

¹²⁴¹ *Ibid.*

Ces questions sont décisives pour les orateurs puisqu'elles exercent une influence directe sur les actes concernés ou non par la validité. Odilon Barrot l'a bien compris, lorsqu'il proclame :

« Nous ne faisons pas une disposition capricieuse ; ce n'est pas tel ou tel régime, tel ou tel système, telle ou telle personne que nous favorisons : c'est un principe que nous entendons proclamer, non-seulement pour nous, non-seulement pour cette époque, mais pour l'avenir encore, il s'agit de poser ce principe que les grades ont été conférés par un gouvernement *régulier, reconnu, établi*, un gouvernement de fait : *quand ils ont été conférés dans l'exercice de ce pouvoir de fait ils doivent être maintenus* »¹²⁴².

Leur insistance à affirmer que l'identification d'un gouvernement de fait implique le maintien de ses actes met bien en avant une différence de nature entre le gouvernement de fait et l'usurpation et, par conséquent, une différence de régime juridique. En ce sens, l'ordonnance royale du 28 novembre 1831 apporte une réponse sur ce qui doit relever de la nullité ou non : les bornes chronologiques des actes validés sont arrêtées à la période du 20 mars au 7 juillet 1815. Le législateur reconnaît ainsi comme gouvernement de fait celui de Napoléon à partir du moment où il siège à Paris et celui de Fouché entre la chute de l'Empire et la Seconde Restauration. Implicitement, cet acte confirme le principe de réciprocité entre la nature du gouvernement et le régime qui lui est imputable : si l'autorité qui édicte les actes possède les caractéristiques d'une usurpation (comme elle semble le consacrer pour Napoléon tant qu'il ne contrôle pas le siège du gouvernement, avant le 20 mars), alors le régime imputable est celui de la nullité. Au contraire, à partir du moment où un gouvernement de fait se dessine – et les débats sont riches autour de cette définition¹²⁴³ – alors il y aurait une présomption de validité des actes du gouvernement de fait. Cette présomption, qui n'est pas irréfragable puisque, comme le consacre l'ordonnance du 28 novembre 1831, le gouvernement conserve une part de liberté dans la reconnaissance des actes, est alors l'outil du gouvernement pour assurer la continuité de l'État.

Ces considérations à propos de la validité conditionnelle sont prolongées par certaines décisions de justice qui mettent, elles aussi, au premier plan l'impératif de continuité de l'État. Elles soulèvent la question de savoir ce qu'il advient si les mesures édictées par un gouvernement de fait disparaissent d'elles-mêmes à l'issue de son renversement. On en trouve des traces après la révolution de Février, dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1848, *Migaud c. Hardy*¹²⁴⁴. Il s'agissait de savoir si une garantie constitutionnellement accordée à un agent public avait été détruite par l'effet de la

¹²⁴² *Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1606 (soulignés par nous).

¹²⁴³ Cf. Partie I, 67 *sqq.*, p. 173 *sqq.* et p. 230 *sqq.*

¹²⁴⁴ S. 1848, I, p. 464.

révolution¹²⁴⁵. Le requérant affirmait que le renversement du pouvoir avait aboli toutes les constitutions antérieures. La juridiction rejette l'argumentation en affirmant « qu'aux termes du décret de la Convention nationale, d'ailleurs conforme au droit public de tous les temps, en date du 21 sept. 1792 [*sic*], les lois non abrogées doivent être exécutées provisoirement jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné »¹²⁴⁶. Aucun acte n'étant venu abroger explicitement les dispositions en cause, elles sont nécessairement maintenues. Cet arrêt enseigne que les dispositions des gouvernements précédents, de fait comme de droit, ne sont pas invalidées par le seul effet d'une révolution, sans un acte exprès du nouveau gouvernement¹²⁴⁷. Il s'inscrit donc parfaitement dans l'objectif de continuité de l'État. Cette décision n'est pas isolée, puisqu'elle vient confirmer l'arrêt de cassation du 16 mars 1841, *Péraldi c. Ponte*¹²⁴⁸ sur l'affaire de la révolution corse de 1794¹²⁴⁹, dans lequel la Cour reconnaît la validité de certains actes du gouvernement provisoire qui a régi l'île de Corse entre 1794 et 1796 (ceux que la Cour ne juge pas iniques, les autres « tombent de plein droit »)¹²⁵⁰. Elle affirme qu'un « pays ne change pas de législation civile, par cela seul qu'il change de souverain », tant que la législation antérieure n'est pas formellement et régulièrement abrogée¹²⁵¹. Cette tension inhérente au principe de continuité, entre la volonté du gouvernement de droit présent et les dispositions émises par le gouvernement de fait, est confirmée peu après le coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte du 2 décembre 1851, à propos du gouvernement provisoire qui en découle. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1855, *Turrel et autres*¹²⁵², se pose la question de savoir quelle est la valeur des décrets rendus entre le coup d'État et l'entrée en vigueur de la Constitution du 14 janvier 1852 (le 29 mars¹²⁵³). Le juge confirme bien qu'ils sont légaux et obligatoires. Il précise toutefois qu'ils ne le sont pas par eux-mêmes, mais parce qu'ils sont validés rétroactivement par le gouvernement de droit, sur le fondement de l'article 58 de la Constitution du Second Empire. Ici, juge et législateur constitutionnel reconnaissent, en harmonie, une validité conditionnelle aux actes du gouvernement de fait de Louis-Napoléon Bonaparte. Un tel

¹²⁴⁵ *Ibid.* : en l'espèce, il s'agit de la garantie pour un agent de ne pas être poursuivi pour des faits relatifs à ses fonctions, sans l'autorisation du Conseil d'État. Une telle garantie n'a pas disparu avec la révolution de 1848 selon la Cour.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ On pourrait avoir un doute en ce qui concerne les dispositions constitutionnelles, puisque la Cour de cassation évoque essentiellement « les lois » et « la garantie constitutionnelle ». Toutefois, il semble bien que dans cet arrêt, la Cour considère qu'une constitution n'est pas abrogée d'elle-même par le seul fait de la Révolution, sans proclamation ou disposition expresse.

¹²⁴⁸ *S.* 1841, I, p. 505.

¹²⁴⁹ *Cf.* sur cette affaire : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 203 *sqq.*

¹²⁵⁰ *S.* 1841, I, p. 509. La Cour s'appuie d'ailleurs expressément sur un passage du Code Théodosien (*CTh.*, XV, 14, 8) affirmant que les actes publics, notamment les actes de juridictions réalisés lorsque régnait l'usurpateur sont nuls, tandis que les pactes (non entachés de dol ou de crainte), donations, émancipations, manumissions sont valables. Sur ce point déjà évoqué : *cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 204, n. 818.

¹²⁵¹ *S.* 1841, I, p. 509.

¹²⁵² *S.* 1855, I, p. 465.

¹²⁵³ Elle entre en vigueur lors de l'inauguration de la première session législative par le Prince Président : L. DUGUIT, H. MONNIER, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, LGDJ, 1908, p. CIV.

arrêt, au confluent de préoccupations politiques et juridiques, emporte un certain nombre de conséquences dont, accessoirement, la légitimation du gouvernement de fait dont est issu l'actuel régime de droit. Plus largement, il permet – que ce soit fait consciemment ou non par le juge – de prévenir un éventuel contentieux à l'encontre de toutes les dispositions normatives émises par le gouvernement provisoire de Louis-Napoléon Bonaparte. Elles ont acquis « la puissance et le caractère » d'une loi, précise l'arrêt, qui fait donc le pont entre gouvernement de fait et de droit par le biais de la législation¹²⁵⁴. Reposant ici sur une fiction¹²⁵⁵, un tel régime juridique a pour but de combler le vide éventuel qui pourrait résulter de l'exercice *de facto* du pouvoir.

L'angle mort de la validité conditionnelle demeure toutefois l'étendue de liberté dont le gouvernement de droit bénéficie puisque, formellement, rien ne l'empêcherait de décider d'une nullité en bloc de tous les actes. Aucune disposition contraignante n'existe en la matière¹²⁵⁶. Les transitions constitutionnelles de 1870-1871 montrent une volonté de bien dissocier le gouvernement de fait, aux actes valides, de l'usurpation, frappée du sceau de la nullité. À ce titre, bien que s'inscrivant dans la continuité des principes de validité proclamés, elle est empreinte, en pratique, de nombreux éléments de ruptures.

Section 2 Ruptures dans la continuité : faire ses commissions d'enquête en 1871

L'année 1871 constitue un tournant pour le régime juridique du gouvernement de fait. Les bouleversements politiques qui se succèdent après la chute du Second Empire le 4 septembre 1870 fournissent une abondante matière. Quelques mois après que le gouvernement de la Défense nationale a posé sa démission devant l'Assemblée nationale (le 13 février 1871), la question du sort de ses actes ne tarde pas à se poser. Une autre interrogation parallèle surgit : *quid* de la Commune de Paris ? Gouvernement sans titre, à l'instar de la Défense nationale, il apparaît pourtant politiquement inconcevable aux parlementaires de lui accorder le même statut. Ce contexte est propice à la consécration nette de deux régimes juridiques. Une distinction se dégage alors entre gouvernement de fait et usurpation. Si le gouvernement dénué de titre à gouverner arrive à convaincre de son caractère d'administration provisoire, il se voit authentifié par l'autorité légale (§1). En revanche, le pouvoir insurrectionnel est immédiatement regardé comme suspect et ses actes réputés, par principe, nuls (§2).

¹²⁵⁴ J. 1855, I, p. 466.

¹²⁵⁵ Sur cette question de la fiction juridique, ses rapports avec le gouvernement de fait et son utilisation dans l'arrêt *Turrel* : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 2, p. 348.

¹²⁵⁶ Contrairement à ce qu'il a pu arriver dans d'autres États, notamment en Amérique latine, où certaines constitutions avaient pu prévoir des dispositions – souvent sans grande portée – pour déclarer nuls les actes d'un futur gouvernement de fait : v. en ce sens Ferdinand Larnaude qui en fournit quelques exemples : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *RGDIP*, t. 28, 1921, p. 500.

§1. *Le gouvernement provisoire authentifié : l'application d'une validité de principe pour les actes de la Défense nationale*

La réception des actes du gouvernement de la Défense nationale s'insère dans la continuité des évolutions du concept de gouvernement de fait vers un organe de l'État. Illégal mais légitime, ses actes peuvent être reconnus comme émanant de l'institution étatique. Un tel régime juridique est toutefois le fruit de nombreuses et parfois âpres discussions. Des commissions d'enquête ont été réunies pour étudier les actions et les normes émises entre le 4 septembre 1870 et le 13 février 1871. Il en résulte la reconnaissance d'une validité de principe des actes du gouvernement de la Défense nationale, décision qui tranche quelque peu avec la pratique antérieure (qui penchait plutôt en faveur de la validité conditionnelle). Elle est la conséquence d'un combat pour le rattachement à l'État du gouvernement de fait et, par conséquent, la légitimation de son action par l'autorité de droit (A). Cette légitimation est confirmée par le juge, qui se permet tout de même d'en moduler certaines conséquences, en dégageant une distinction entre les actes d'administration et les actes de souveraineté des gouvernements de fait (B).

A. *Les enquêtes parlementaires comme tentatives de rattacher le gouvernement de fait à l'État*

À l'été 1871, les soubresauts des mois écoulés débouchent sur pléthore de propositions de loi visant à réunir des commissions d'enquête sur diverses matières ; une fièvre inquisitrice qui fait dire à Jules Simon qu'à cette époque « [l]a moitié de la France était enquêteuse, la moitié enquêtée »¹²⁵⁷. Deux retiennent particulièrement l'attention en ce qui concerne la Défense nationale : la commission relative à l'examen des actes du gouvernement de la Défense nationale et celle chargée de réviser les décrets législatifs rendus dans des matières autres que la mission de défense du territoire qu'il s'était assigné. La réunion d'une commission d'enquête part d'une proposition de loi émise le 6 mai 1871 par le vicomte Hippolyte de Lorgeril et plusieurs autres députés, dans le but d'examiner les actes de la délégation de Tours et de Bordeaux¹²⁵⁸. Elle vient compléter une autre proposition du 26 avril, de Louis Blanc, tendant à l'examen des actes du gouvernement de la Défense nationale. Il s'agit donc, au sens large, de se pencher sur tous les actes pris et les actions effectuées par le gouvernement de fait – l'autorité centrale

¹²⁵⁷ L'anecdote est rapportée par Maurice Deslandres, qui ne manque pas de regretter une telle inflation de commissions d'enquête (M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, op. cit., p. 122) : des commissions sur le 4 septembre, sur les actes du gouvernement de la Défense nationale, de sa Délégation, sur les marchés passés par ce gouvernement, ses opérations militaires, sur l'insurrection du 18 mars, à propos de la révision des promotions militaires durant ces périodes ; tout cela « sans aboutir à aucun résultat pratique » selon lui (*ibid.*, p. 123).

¹²⁵⁸ *Moniteur universel*, 6 mai 1871, supplément p. 1.

comme sa délégation – entre le 4 septembre 1870 et le 13 février 1871¹²⁵⁹. Cette proposition est discutée et adoptée le 13 juin 1871 à l'Assemblée nationale¹²⁶⁰. Le 13 novembre 1872, la commission rend son rapport¹²⁶¹ et ses pièces complémentaires (auditions de témoins et rapports additionnels), réunis ensemble dans les tomes XX à XXVI en annexe des *Annales de l'Assemblée Nationale, Comptes rendus in extenso des séances* : « Enquêtes sur les actes du Gouvernement de la défense nationale ». En parallèle, la proposition de loi présentée à l'Assemblée par Amédée Lefèvre-Pontalis le 11 mars 1871¹²⁶² et discutée les 2 et 16 juin qui suivent¹²⁶³ prévoit la réunion d'une commission de révision des décrets législatifs rendus par le Gouvernement de la Défense nationale. Son adoption est votée lors de la séance du 23 juin¹²⁶⁴ et son rapport présenté le 24 février 1872¹²⁶⁵. Les deux commissions sont proches, quoique leurs domaines ne se recoupent pas¹²⁶⁶. Les débats qui entourent leur création et les rapports produits soulèvent donc des critiques et des questions complémentaires.

Loin d'une question strictement juridique, les propositions de clarification du régime des actes de la Défense nationale soulèvent des critiques politiques : leurs auteurs sont accusés d'être inspirés par une animosité partisane envers les hommes du Quatre septembre¹²⁶⁷. Jeter l'opprobre sur l'œuvre normative de ce gouvernement ou la réviser

¹²⁵⁹ Le rapport fait sur cette proposition de loi l'interprétait ainsi, invitant à la jonction des deux propositions et à n'envisager la Délégation que comme une émanation du gouvernement central (*JO*, 10 juin 1871, annexe à la séance du 8 juin à l'Assemblée nationale, rapport déposé le 24 mai par M. Peltreueu-Villeneuve, p. 1287). Il en a été ainsi puisque les différents rapports réalisés au nom de la commission d'enquête concernent, selon leur intitulé, *les actes du gouvernement de la Défense nationale* (v. en ce sens le rapport de son président, Saint-Marc-Girardin : Annexe n° 1416^A, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 20, 1874, p. 3).

¹²⁶⁰ *JO*, 14 juin 1871, p. 1347 *sqq.*

¹²⁶¹ Rapport de Saint-Marc-Girardin, Annexe n° 1416^A, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 20, 1874, p. 3.

¹²⁶² *JO du soir*, 16 mars 1871, p. 164.

¹²⁶³ *JO*, 3 juin 1871, p. 1204 *sqq.* et *JO*, 17 juin 1871, p. 1395 *sqq.*

¹²⁶⁴ *JO*, 24 juin 1871, p. 1545. Elle est composée de MM. Taillefert (qui la préside), Lefèvre-Pontalis (Amédée), Eymard-Duvernay, De Mahy, Michel, Lucet, Peltreueu-Villeneuve, d'Abonville, de Champvallier, Journu, Vidal, Humbert, Duportail, Voisin, de Belcastel.

¹²⁶⁵ *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 8, annexes, projets de lois, propositions et rapports, 1872, p. 312.

¹²⁶⁶ La première ne cherche qu'à opérer un examen des actes du gouvernement et, surtout, de la Délégation, et il ne semble pas que soient prévues de mesures ou d'injonctions spécifiques. D'ailleurs, les rapports produits par elle n'ont jamais été discutés par les députés, bien que cela fût initialement prévu. La seconde vise explicitement à faire le tri entre ceux des décrets touchant aux matières législatives qui dépassent le seul cadre de la défense nationale. Elle peut donc emporter des conséquences sur le droit positif (qui restent toutefois marginales puisqu'elle n'émet qu'un avis consultatif).

¹²⁶⁷ En ce qui concerne la proposition de commission d'examen, le vicomte de Lorgeril, son auteur, se défend de telles accusations. Pour autant, il ne manque pas de condamner les actes du gouvernement, fustigeant « un coup d'État largement et complètement exploité par les hommes de la délégation de Tours, qui jusqu'alors, avaient toujours flétri les coups d'État », regrettant « les coffres de[s] finances [de l'État] épuisés avec une désinvolture sans égale, sans contrôle et sans gêne... » et dressant le portrait d'une France « trompée par des promesses fatales » et « corrompue par des doctrines pernicieuses » (*JO*, 14 juin 1871, p. 1348). De même, dans les débats qui concernent la proposition de réunir une commission de révision, l'argument revient fréquemment et des orateurs se défendent souvent de ne pas se placer sur le terrain politique (par exemple, Félix Voisin lorsqu'il justifie son rapport sur la proposition, le 2 juin, ou Alfred Bertauld lorsqu'il lui répond :

serait un moyen détourné d'utiliser le régime juridique des actes du gouvernement de fait pour les cibler politiquement ; au contraire, en consacrer la validité de principe conduirait à le légitimer, rattachant son action à l'État. Toujours est-il que l'image d'un gouvernement provisoire victime des circonstances et assurant la vacance du pouvoir durant une guerre que ses membres n'avaient pas souhaitée, mais dont ils assumaient la responsabilité¹²⁶⁸ ne s'impose pas d'elle-même. Initialement, la Défense nationale est regardée avec toute la suspicion qui entoure un gouvernement sans titre. Les rapports sont critiques, notamment celui de M. de Rainneville¹²⁶⁹. Non content d'établir un lien direct entre les insurgés de la Commune et les hommes du Quatre septembre, il dépeint « la faiblesse même de ces gouvernants qui n'avaient aucune autorité morale, et dont les actes manquaient de sanction, parce qu'ils ne se trouvaient appuyés sur aucune base légale »¹²⁷⁰. De même, le rapport du comte Daru, ancien ministre de Napoléon III¹²⁷¹, est peu conciliant, quoique plus mesuré¹²⁷². D'ailleurs, le général Trochu – chef du gouvernement du 4 septembre 1870 – avait récusé Daru en tant que membre de la commission et avait même publié, en 1873, deux pétitions en réponse à l'enquête et aux rapports parlementaires, dans lesquelles il entendait à la fois affirmer la nécessité de son œuvre et repousser les attaques partisans à son encontre¹²⁷³.

Plus qu'un simple combat politique, la question de la continuité de l'État apparaît centrale à ces débats relatifs au régime juridique des actes du gouvernement de fait. Il paraît important de déterminer les contours et les buts de la Défense nationale, car l'ériger en gouvernement de circonstances, guidé par la nécessité, semble être le prérequis nécessaire à la validité de ses actes. C'est pourquoi, dans l'hémicycle, les discussions sont si vives. Le 13 juin, les échanges à propos de la proposition de Lorgeril entre la droite et la gauche de l'Assemblée sont tendus au sujet de la Délégation et, surtout, de son chef. L'ombre de Gambetta plane ainsi sur les discours, « celui qu'on se plaît à appeler le dictateur de Tours et de Bordeaux », selon le mot de Charles Lepère¹²⁷⁴ protestant contre

JO, 3 juin 1871, p. 1208 et p. 1209), tandis que d'autres affirment qu'il s'agit bien là d'un débat politique (par exemple, Louis-Numa Baragnon le 16 juin : *JO*, 17 juin 1871, p. 1397).

¹²⁶⁸ C'est l'image que les hommes du Quatre septembre essaient de donner de leur action, celle d'un gouvernement provisoire et non révolutionnaire : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 143 *sqq.*

¹²⁶⁹ Rapport de M. de Rainneville annexé à la séance du 13 novembre 1872, Annexe n° 1416^C, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 20, *op. cit.*, p. 71 *sqq.*

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p. 116.

¹²⁷¹ *Dictionnaire des parlementaires français*, t. II, *op. cit.*, v° Daru (Napoléon, comte), p. 263-264.

¹²⁷² Rapport du comte Daru annexé à la séance du 13 novembre 1872 (Annexe n° 1416^B, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 21, *op. cit.*, p. 3-214).

¹²⁷³ J.-L. TROCHU, *Pour la Vérité et la Justice. Pétition à l'Assemblée nationale et réponse aux rapports de Saint-Marc Girardin, Chaper et de Rainneville, membres de la Commission d'enquête*, Paris, J. Hetzel et C^{ie}, 1873, *passim*, notamment p. 2 *sqq.* et p. 149 *sqq.* ; ID., *La politique et le siège de Paris. Deuxième pétition à l'Assemblée nationale. Pour la Vérité et la Justice. Réponse à M. le comte Daru, vice-président de la Commission d'Enquête*, Paris, J. Hetzel et C^{ie}, 1873, *passim*, notamment p. 1 *sqq.* et p. 164 *sqq.*

¹²⁷⁴ Avocat et journaliste, Lepère a été aussi député de l'Yonne à l'Assemblée nationale de 1871. Il appartient au groupe de l'Union républicaine, groupe parlementaire informel qui rassemble, en 1871, l'aile gauche des républicains. Pour plus de détails, v. *Dictionnaire des parlementaires français*, t. IV, *op. cit.*, v° Lepère (Edme-Charles-Philippe), p. 104 *sqq.*

les accusations plus ou moins dissimulées portées à son encontre¹²⁷⁵. Les députés opposent deux visions de la Délégation : la droite condamnant « la dictature et la terreur », la gauche vantant le « réveil du patriotisme »¹²⁷⁶. Dès lors, réunir dans un même ensemble les actes de la Délégation et du gouvernement central est le moyen de dénier le caractère insurrectionnel de la seconde, en liant intrinsèquement ces deux gouvernements. N'existe alors qu'une seule œuvre juridique, ce qui permet de préserver l'unité de l'État et de son droit¹²⁷⁷. L'intérêt de cette démarche parlementaire n'est pas négligeable pour la pratique du gouvernement, puisqu'elle permet de valider des actes en rompant avec une origine souillée, celle d'un gouvernement insurgé ou d'usurpation. Ils émanent donc, selon cette fiction, de l'État¹²⁷⁸.

Cette idée d'un régime juridique du gouvernement de fait au service de la continuité de l'État se dégage encore plus fortement de la commission de révision. Le cheminement de la proposition de loi visant à sa création est l'occasion de débats sur l'éventuel régime juridique imputable au gouvernement de fait. Le but assigné à la commission, dans le projet d'Amédée Lefèvre-Pontalis, était de « réviser tous les décrets ayant un caractère législatif rendus par le Gouvernement de la défense nationale sur des objets étrangers à ladite défense »¹²⁷⁹. L'intention initiale des auteurs était de consacrer une validité conditionnelle des actes. En effet, en ce qui concernait les décrets législatifs ayant trait à des matières autres que la défense, ils devaient être soit validés rétroactivement soit abrogés par l'autorité légale¹²⁸⁰ ; et pour tous les autres actes – les décrets du gouvernement de fait ne portant pas sur une matière législative, ainsi que des décrets législatifs en rapport avec la défense nationale – la proposition visait implicitement une validation expresse et générale par le législateur pour leur conférer « une autorité et un caractère de stabilité qu'ils ne sauraient avoir sans cette haute sanction »¹²⁸¹. Félix Voisin, rapporteur de la proposition, ne l'entend pourtant pas ainsi. Selon lui, dans l'esprit des auteurs de la proposition, tous les décrets législatifs rendus dans un domaine autre que

¹²⁷⁵ *JO*, 14 juin 1871, p. 1348.

¹²⁷⁶ *JO*, 14 juin 1871, p. 1349.

¹²⁷⁷ C'est ce qui se dégageait déjà du rapport précité de Peltreue-Villeneuve à propos de la proposition de loi sur une commission d'examen : *JO*, 10 juin 1871, annexe à la séance du 8 juin à l'Assemblée nationale, rapport déposé le 24 mai par M. Peltreue-Villeneuve, p. 1287.

¹²⁷⁸ Et ce, en dépit de l'opposition effective entre le gouvernement central du général Trochu et la Délégation alors aux mains de Gambetta (*cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 147 *sqq.*).

¹²⁷⁹ Le projet de loi initial est rappelé au début du rapport fait au nom de la Commission chargée de rechercher, parmi les décrets législatifs du Gouvernement de la défense nationale, ceux qui ont un caractère temporaire, et de signaler ceux des décrets définitifs du même Gouvernement, qu'il serait urgent de rapporter ou de modifier, par M. Taillefert lors de la séance du 24 février 1872 (*Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 8, annexes, projets de lois, propositions et rapports, 1872, p. 312).

¹²⁸⁰ Lefèvre-Pontalis le rappelle lors de la première discussion sur le projet, le 2 juin 1871 (*JO*, 3 juin 1871, p. 1204). En outre, il précise bien que des trois choix qui s'offraient à l'Assemblée – valider tous les décrets législatifs en bloc, les abroger tous, ou en laisser le tri au soin d'une commission – les deux premiers n'offraient que trop d'inconvénients et seul le troisième paraissait la voie à suivre (*ibid.*, p. 1205).

¹²⁸¹ Selon les termes du rapport de M. Taillefert lors de la séance du 24 février 1872 (*Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 8, annexes, projets de lois, propositions et rapports, 1872, p. 312).

la défense nationale sont nuls¹²⁸². Il considère, plus largement, que la proposition présente trop d'inconvénients pour être recevable, en ce qu'elle autoriserait à annuler tous les actes du gouvernement de fait : « il faudrait aller jusqu'à dire que, n'ayant reçu aucun pouvoir de la nation, tous ses actes législatifs sont nuls »¹²⁸³. Il craint donc qu'elle ne débouche sur un régime de nullité substantielle de tous les actes. Or, selon lui, le gouvernement et sa délégation ont fonctionné, ont légiféré et ont été « tolérés » par la nation. Ainsi, il conviendrait davantage de leur reconnaître une validité de principe et de s'abstenir de rouvrir les plaies mal cicatrisées d'une période échue¹²⁸⁴. Amédée Lefèvre-Pontalis critique cette position, « fatale tendance de soumission aux faits accomplis, d'adoration de la force et du succès »¹²⁸⁵. La volonté de réunir une commission de révision est guidée par un désir, cher à certains députés et exprimé par Alfred Bertauld¹²⁸⁶ lors du débat du 16 juin 1871 :

« Une dictature même excusable, même légitimée par le besoin ou le succès, ne sera jamais assimilée à un gouvernement parlementaire, républicain ou monarchique »¹²⁸⁷.

Il s'agit d'établir une nette distinction, à la fois de nature et de régime, entre le gouvernement de fait et de droit. En ce sens, la nécessité d'une commission apparaît aux parlementaires, puisqu'ils donnent suite à la proposition.

Un dernier point d'accroche se présente lors du débat du 16 juin : les décrets législatifs émis par le gouvernement de fait et qui seraient maintenus seraient-ils dotés d'une autorité en raison de la validation par l'autorité légale ou seulement compte tenu de leur existence même ? Deux des auteurs de la proposition, initialement en accord, finissent par s'opposer sur ce point. Amédée Lefèvre-Pontalis penche pour la première doctrine, qui correspond à une validation conditionnelle, tandis que Bertauld se prononce en faveur de la seconde, équivalant à une validité de principe¹²⁸⁸. Un orateur, Baragnon, affiche son soutien à la vision de Lefèvre-Pontalis. Il ne conteste pas la portée des décrets législatifs émis par le gouvernement de fait, mais soutient qu'ils « existent avec leur caractère provisoire ». Ainsi, pour les transposer valablement dans le droit positif, ils doivent bénéficier d'une sanction de la part du gouvernement de droit, c'est-à-dire une

¹²⁸² Il l'affirme nettement durant la séance du 2 juin 1871 (*JO*, 3 juin 1871, p. 1208).

¹²⁸³ V. en ce sens le Rapport de Félix Voisin, séance du 11 mai 1871, annexé à la séance du 16 juin (*JO*, 17 juin 1871, p. 1413).

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 1414. Il s'appuie d'ailleurs sur un précédent en 1848, la proposition ayant été émise devant l'Assemblée constituante pour la révision des décrets législatifs du gouvernement provisoire de février 1848 ; elle a été rejetée.

¹²⁸⁵ *JO*, 3 juin 1871, p. 1205.

¹²⁸⁶ Alfred Bertauld est l'un des auteurs de la proposition de loi avec Lefèvre-Pontalis. Élu député du Calvados en 1871, cet avocat et professeur de droit civil à Caen siège au centre gauche de l'Assemblée. Cette inclination politique s'affermi durant son mandat, puisqu'il rejoint la gauche républicaine au Sénat à son élection en tant que sénateur inamovible. Il est également nommé procureur général près la Cour de cassation en 1879. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, *op. cit.*, v^o Bertauld (Charles-Alfred), p. 287-288.

¹²⁸⁷ *JO*, 17 juin 1871, p. 1395.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 1395-1396.

validation expresse de l'Assemblée¹²⁸⁹. La mise aux voix de la proposition vient trancher le débat que résume le président de séance, Jules Grévy :

« L'amendement de M. Lefèvre-Pontalis a pour objet [...] d'invalider dès à présent tous les décrets et de ne leur donner de valeur qu'autant qu'ils auront été sanctionnés par l'Assemblée, tandis que l'amendement de M. Bertauld les tient dès à présent pour valables, réservant seulement à l'Assemblée le droit de les réviser »¹²⁹⁰.

La vision de Bertauld l'emporte : les députés consacrent donc une validité de principe aux actes de la Défense nationale, sous réserve de révision.

Le 23 juin, la proposition finale est adoptée. Elle arrête la réunion d'une commission chargée de « rechercher quels sont, parmi les décrets du Gouvernement de la défense nationale, ceux qui ont un caractère législatif, et qui ne sont pas encore abrogés, ceux dont le caractère est temporaire et dont l'empire a cessé » ainsi que de signaler à l'Assemblée « ceux des décrets législatifs ayant un caractère définitif qu'il serait urgent de rapporter ou de modifier »¹²⁹¹. La résolution ainsi votée réduit drastiquement la portée de la commission (elle n'est plus que consultative) tout en élargissant son champ d'expertise, puisqu'elle doit analyser une grande partie des actes de la Défense nationale. Le 24 février 1872, par la voix d'Alcide Taillefert¹²⁹², elle présente son rapport à l'Assemblée. En pratique, les travaux de la commission débouchent sur un état des lieux des actes ainsi que, son avis n'étant pas contraignant, des propositions de révisions, d'abrogations ou de validations d'actes. Sur les décrets du gouvernement de la Défense nationale analysés, la commission en relève 98 déjà abrogés (la plupart du temps par une loi ou un décret postérieur), 58 qui étaient provisoires ou temporaires dont les effets ont cessé, 43 devant être rapportés ou modifiés et 85 qui peuvent être maintenus, ainsi que des décrets d'importance secondaire ou d'intérêt local qui n'entrent pas dans le décompte¹²⁹³. Toutefois, bien que la commission ait entendu préciser qu'elle réalisait une œuvre « bien plus juridique que politique », elle ne manque pas de souligner que nombre des actes du gouvernement de fait « ont été inspirés, non par les nécessités du moment,

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 1397.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 1399.

¹²⁹¹ La résolution arrêtée à la séance du 23 juin 1871 (*JO*, 24 juin 1871, p. 1545) est formulée ainsi, *in extenso* : « Art. 1^{er} : Une commission de quinze membres sera nommée par les bureaux pour rechercher quels sont, parmi les décrets du Gouvernement de la défense nationale, qui ont un caractère législatif, et qui ne sont pas encore abrogés, ceux dont le caractère est temporaire et dont l'empire a cessé avec les circonstances qui en ont été la cause ou l'occasion. »

« Art. 2 : Cette commission sera chargée de signaler à l'Assemblée et au Gouvernement ceux des décrets législatifs ayant un caractère définitif qu'il serait urgent de rapporter ou de modifier ».

¹²⁹² Magistrat sous la Monarchie de Juillet, Alcide Taillefert entame une carrière politique en tant que conseiller général des Deux-Sèvres de 1848 à 1877 ; il est élu député de ce département à l'Assemblée nationale en 1871. Politiquement, il penche plutôt vers le centre droit et finit sénateur en 1876, siégeant avec la droite bonapartiste. Pour plus de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. V, *op. cit.*, v^o Taillefert (Alcide-Pierre-François), p. 354.

¹²⁹³ Rapport de M. Taillefert lors de la séance du 24 février 1872 (*Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 8, annexes, projets de lois, propositions et rapports, 1872, p. 314 *sqq.*).

mais par le désir de faire prévaloir des doctrines chères à une fraction seulement du pays »¹²⁹⁴. Quoiqu'en dise le rapporteur, l'œuvre juridique de la commission se teinte de jugements politiques dont l'autorité légale ne semble pouvoir se passer. Pourtant, ce qui la guide n'est pas tant une condamnation qu'une prescription : la commission prévient qu'en période de trouble, un gouvernement de fait a le devoir de faire abstraction de l'esprit de parti et de se comporter comme un administrateur provisoire guidé par les circonstances, s'il veut bénéficier de la magnanimité du législateur *a posteriori*. Le passage suivant expose clairement la logique qui triomphe à la fin du XIX^e siècle en matière de gouvernements de fait chez les parlementaires et les juristes :

« Le gouvernement qui avait pris sans délégation régulière la direction et la responsabilité des affaires publiques, ne comprit pas assez que la prudence lui commandait de laisser en suspens toutes les questions qui pouvaient nous diviser, jusqu'au jour où la France aurait reconstitué, par ses votes, une assemblée souveraine, et qu'en anticipant sur les droits de cette assemblée, il créait des causes de préoccupations nouvelles et de dissentiments, quand il était de son devoir de concentrer toutes les forces vives de la nation sur un seul objet, la défense de la patrie. Aussi reprocherons-nous à beaucoup de décrets, même parmi ceux dont nous désirons la conservation, d'avoir manqué d'opportunité au moment de leur apparition »¹²⁹⁵.

La commission entend condamner tout gouvernement révolutionnaire, vantant l'autorité provisoire s'appuyant sur une nécessité de préservation de l'État, seule à même de bénéficier d'un régime juridique de validité de ses actes.

En ce sens, la législation est en accord parfait avec les conclusions de la commission. En témoigne la loi du 6 janvier 1872 relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements depuis le 4 septembre 1870, qui précède de peu le rapport et qui valide lesdits actes. Son premier article prévoit qu'ils « ne pourront être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçues, pourvu que ces personnes aient eu, à ce moment, l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier d'état civil à quelque titre et sous quelque nom que ce soit »¹²⁹⁶. Par ailleurs, l'article 2 prévoit explicitement une exception d'inapplicabilité de ces dispositions en ce qui

¹²⁹⁴ Rapport de M. Taillefert (*ibid.*, p. 347).

¹²⁹⁵ *Ibid.* À ce titre, il se rapproche de la volonté des auteurs de la proposition de loi initiale : Amédée Lefèvre-Pontalis disait déjà, lors de la discussion du 2 juin 1871 à l'Assemblée, que « si une révolution, même nécessaire, peut créer des droits au profit de ses auteurs, il faut proclamer bien haut qu'elle ne leur en confère jamais que deux : faire immédiatement un appel au pays, et statuer, dans l'intervalle, sur quoi ? Sur les intérêts urgents, et uniquement sur ceux-là » (*JO*, 3 juin 1871, p. 1205). De même, durant la discussion, Louis-Numa Baragnon se range derrière la proposition et s'en justifie au motif que « si, par hasard, il se faisait que de nouveaux gouvernements d'aventure eussent quelques instants de vie sur le sol de notre pays, il faut qu'il soit entendu que, quoi qu'ils fassent, [...] ils ne peuvent bâtir que sur du sable », jusqu'à ce que la « volonté souveraine de la nation » ne vienne réviser leurs actes (*JO*, 17 juin 1871, p. 1397).

¹²⁹⁶ *Bulletin des lois*, 1872, 12^e série, t. 4, n^o 817, p. 4.

concerne la Commune de Paris¹²⁹⁷. Ce traitement accordé aux actes de la Défense nationale trouve son prolongement dans les décisions de justice.

B. Le gouvernement de fait devant le juge : actes d'administration et actes de souveraineté des gouvernements de fait

L'appréciation prétorienne des actes du gouvernement de la Défense nationale apparaît conforme avec les conclusions qui se dégagent de l'hémicycle. Les tribunaux n'hésitent pas à prendre en compte sa législation (comme celle de la Délégation, considérée comme son émanation). À l'occasion d'une affaire *Lautal c. Asile d'Anduze* qui arrive en cassation le 8 avril 1874, il y est fait explicitement référence¹²⁹⁸. Le testament du défunt, le sieur Rollin décédé en 1868, contenait une disposition relative à la création ou la continuation d'un asile de secours aux nécessiteux par son légataire. Ce dernier, son petit neveu le sieur Louis Lautal, obtient, par application postérieure du testament, la reconnaissance de l'existence légale et la déclaration d'utilité publique de l'asile par un décret du 19 décembre 1870 rendu et signé par tous les membres de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale. Or, la mère du légataire, la dame Lautal, fait assigner devant le Tribunal de Marseille son fils pour bénéficier de l'héritage en demandant la nullité du testament. Elle obtient gain de cause le 1^{er} mars 1871, mais le comité représentant l'asile s'estime lésé par le jugement et forme tierce-opposition devant le même tribunal le 22 décembre. La dame Lautal, en contestant la tierce-opposition, incite le Tribunal de Marseille à se demander, parmi les questions soulevées, « quelle est la valeur légale des actes du gouvernement de la défense nationale »¹²⁹⁹ ? En effet, si les actes de la Délégation étaient nuls, alors l'asile serait privé d'existence légale.

Dans son jugement du 29 juin 1872, le Tribunal, donnant raison à l'asile, rétracte celui du 1^{er} mars 1871 en reconnaissant la valeur légale du testament. Accessoirement, il proclame la légalité des formalités accomplies par la Délégation, attendu « que les membres de la Délégation du Gouvernement de la Défense nationale avaient, vu l'urgence et la nécessité de la situation, pouvoir suffisant à cet égard »¹³⁰⁰. En outre, il couvre les irrégularités de forme : la légalité du décret du 19 décembre 1870 était contestée en ce qu'il aurait été rendu sans avis du Conseil d'État. Or, le Tribunal admet qu'eu égard à la situation – la commission provisoire ayant remplacé le Conseil d'État se trouvant dans Paris assiégé – et en raison de l'urgence et de la nécessité, l'absence de cette formalité n'est pas un motif de nullité. C'est reconnaître la nécessité des actes d'un gouvernement de fait dans les périodes de troubles. Tout du moins, de ses actes

¹²⁹⁷ *Ibid.* Le régime juridique imputé à la Commune fait l'objet d'approfondissements *infra*, p. 311 *sqq.*

¹²⁹⁸ *S.* 1874, I, p. 258.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 259.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

d'administration, car le tribunal ne manque pas d'ajouter : « [a]ttendu d'ailleurs, qu'il ne s'agit point, dans l'espèce, d'un acte législatif, mais de l'exercice du Pouvoir exécutif [...] ; d'où il suit que, lors même que la puissance législative du Gouvernement de la défense nationale et de la délégation de Tours et de Bordeaux serait contestée pour toute matière ne rentrant point dans la défense du pays, tous autres actes d'administration ou de juridiction exécutive nécessaire pour l'expédition des affaires doivent être respectés »¹³⁰¹. Il est clairement établi par le jugement que les actes d'administration d'un gouvernement de fait sont valides en eux-mêmes et emportent l'obéissance des sujets de droit. D'autant plus qu'il est ajouté, pour conclure la démonstration, que les actes du gouvernement de la Défense nationale ont fait l'objet d'une révision par l'Assemblée et que le décret qui est en cause dans l'espèce n'a pas été annulé. Ainsi, le tribunal amarre son raisonnement à l'expression souveraine du législateur : s'il a décidé d'une validité de principe des actes du gouvernement de fait, sous réserve d'une abrogation expresse, alors l'autorité judiciaire est liée par ce choix. Par la suite, les Lantal mère et fils – malgré leurs intérêts opposés – interjettent appel du jugement, mais sont déboutés de leur demande par la Cour d'Aix le 13 mars 1873¹³⁰². En ce qui concerne la valeur des actes du gouvernement de la Défense nationale, la Cour souscrit pleinement aux conclusions du jugement. Il en va de même pour la Cour de cassation qui, sur le pourvoi formé par la famille Lantal, confirme les décisions des juges du fond le 8 avril 1874, se rangeant à la plupart de leurs conclusions¹³⁰³.

Par ailleurs, les magistrats semblent opérer une distinction entre deux types de décisions des gouvernements de fait : les actes d'administration et ceux de souveraineté. Dans l'arrêt *Lantal c. Asile d'Anduze* déjà, on distingue les actes qui concernent l'administration de ceux qui semblent empiéter sur le domaine législatif. Les requérants arguaient d'ailleurs que le défaut de publication au *Moniteur universel* du décret en cause (imposé par deux actes de la Défense nationale des 5 et 11 novembre 1870) le rendait caduc. La formalité était impérative – cela avait été reconnu par un arrêt de cassation le 23 janvier 1872 : dès lors que le décret de la Délégation du 5 novembre 1870 prévoyait que l'instrument unique de promulgation serait le *Moniteur universel*, alors « doit être réputé dépourvu de force obligatoire tout décret, ayant un caractère législatif, qui n'a pas été textuellement inséré, mais seulement énoncé par extrait dans le *Moniteur* »¹³⁰⁴. Pour autant, la même Cour, dans l'arrêt *Lantal c. Asile d'Anduze*, estime que la seule insertion au *Bulletin des lois* peut suffire à remplir cette formalité « sinon des actes ayant le caractère de loi, au moins des actes d'administration publique »¹³⁰⁵. Ainsi, pour les actes

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 260 : « Attendu que, par suite des mêmes circonstances, le Conseil d'État n'a pu être amené à donner son avis sur l'acceptation des legs, mais que le décret d'autorisation déclare que, vu l'impossibilité de consulter le Conseil, il y a lieu de passer outre, et couvre ainsi cette irrégularité de forme par un acte de sa pleine autorité, que la Délégation exerce comme représentant le Gouvernement de la Défense nationale ».

¹³⁰² *Ibid.*, p. 260.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 263.

¹³⁰⁴ Cass., Req., 23 janvier 1872, *Guillemon c. Ducarre* (S. 1872, I, p. 80).

¹³⁰⁵ S. 1874, I, p. 263.

d'administration, l'autorité judiciaire semble admettre une reconnaissance de principe et un régime de validité souple¹³⁰⁶.

En revanche, les actes de souveraineté d'une administration provisoire font l'objet d'une attention particulière de la part des juges. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1874, *Bouscarle et autres*¹³⁰⁷, précise ce régime. Des prévenus devaient comparaître pour actes de rébellion envers les gendarmes de Tarascon. La compétence était revendiquée par l'autorité militaire en vertu de l'état de siège qui avait été décrété le 9 août 1870, sous l'Empire. Or, la Cour d'appel d'Aix déclare compétente la juridiction ordinaire, niant ainsi la légalité ou l'existence de l'état de siège. L'inexistence supposée de l'état de siège repose sur plusieurs arguments¹³⁰⁸ dont deux actes qui en proclameraient la levée : un arrêté du conseil municipal de Marseille du 5 septembre 1870 et un arrêté d'Alphonse Esquiros, administrateur provisoire des Bouches-du-Rhône nommé par la Délégation, du 8 septembre 1870. Les juges sont donc portés à s'interroger sur la légalité de ces actes. Sur ce point, la Cour de cassation est très claire : la nomination d'Esquiros en tant qu'administrateur par la Délégation lui « donne sans doute [...] le droit d'administrer le département confié à ces soins, mais non celui d'y établir ou d'y lever l'état de siège, parce que l'établissement, comme la levée de l'état de siège, est un acte de souveraineté et non d'administration » ; de même, l'arrêté du conseil municipal de Marseille du 5 septembre 1870 « s'il a jamais été pris, ne serait qu'une usurpation flagrante du pouvoir souverain et serait dès lors dénué de toute autorité »¹³⁰⁹. Ainsi, pour les juges, si la période d'exercice des pouvoirs d'un gouvernement de fait peut constituer un moment particulier de concentration des pouvoirs pour les gouvernants, cela ne signifie pas que tous les membres de son administration puissent légiférer en tant que plénipotentiaires. Les actes d'un administrateur provisoire, en l'occurrence, seront sévèrement mesurés par les tribunaux et, la plupart du temps, considérés comme nuls, surtout s'ils estiment qu'il y a eu empiètement sur des prérogatives qui débordent de la seule administration provisoire.

La Cour de cassation avait déjà considéré dans plusieurs arrêts que, pour des actes tels que la levée de l'état de siège, il fallait un décret du pouvoir législatif rendu en bonne et due forme. Peu importe, donc, qu'une levée de l'état de siège ait été prononcée par un administrateur provisoire¹³¹⁰. Elle confirme cette jurisprudence par un arrêt du 7 février 1876 *Enregistrement c. Société du comptoir communal de Marseille*¹³¹¹. Une société créée le 23 septembre 1870 est dispensée de droits de timbre et de transmissions par

¹³⁰⁶ Cette décision est confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1874, *Bouscarle et autres*, dont il est question ci-après, ainsi que par un arrêt de la Cour de cassation, chambres réunies, du 22 juin 1874, *Bouscarle et autres* (la même affaire que dans l'arrêt du 6 février qui revient devant la juridiction suprême) : *S.* 1874, I, p. 281 et p. 336.

¹³⁰⁷ *S.* 1874, I, p. 281.

¹³⁰⁸ La validité du décret du 9 août proclamant l'état de siège était également contestée pour plusieurs autres raisons, notamment le défaut de publication de l'acte. V. en ce sens la note sous l'arrêt de Paul Cauwès, *ibid.*, p. 281 *sqq.*

¹³⁰⁹ *S.* 1874, I, p. 285.

¹³¹⁰ Cass. 11 mai 1871 (*S.* 1871, I, p. 110) et Cass. 12 octobre 1871 (*S.* 1871, I, p. 252).

¹³¹¹ *S.* 1876, I, p. 227.

l'administrateur provisoire des Bouches-du-Rhône¹³¹². L'administration des enregistrements conteste cette dispense en ce que l'administrateur aurait dépassé la limite des compétences qui lui avaient été octroyées par le gouvernement de la Défense nationale. De prime abord, le jugement dévoile une interprétation audacieuse des pouvoirs du gouvernement de fait ou de ses administrateurs : dans les moments de crise, « où l'intérêt public concentre nécessairement pour un certain temps aux mains d'un gouvernement de fait la double puissance exécutive et législative », le domaine du pouvoir exécutif peut s'étendre au domaine législatif. En outre, ajoute le tribunal, « la jurisprudence de la Cour de cassation a toujours sanctionné la légalité des actes d'un tel gouvernement, pourvu que ce gouvernement ait été consacré par l'acceptation au moins tacite du pays, et qu'il ne puisse être considéré comme un pouvoir insurrectionnel en révolte contre une autorité régulière encore en fonctionnement »¹³¹³. Sans grande surprise, la Cour de cassation s'empresse de minorer cette audace. Elle limite une telle doctrine en reprenant un point soulevé par le pourvoi : la question n'est pas de savoir, dans l'espèce, si les pouvoirs législatif et exécutif ont été confondus dans les mains du gouvernement de fait, car le demandeur reconnaît qu'ils l'ont été ; mais de déterminer si une telle puissance a été déléguée au fonctionnaire envoyé administrer les Bouches-du-Rhône et, par conséquent, si les « actes de souveraineté » – selon les juges – qu'il a pris sont valides¹³¹⁴. La logique du jugement conduit à répondre par l'affirmative, ce que souligne le requérant¹³¹⁵. La Cour juge que l'administrateur « n'avait reçu du gouvernement de la Défense nationale que des pouvoirs limités à l'administration du département » ; il était par conséquent dans l'impossibilité d'octroyer la dispense d'impôt en cause dans l'arrêt, un tel acte relevant « essentiellement de la compétence du pouvoir législatif ». Ainsi, elle reconnaît l'illégalité de la mesure attaquée¹³¹⁶.

Globalement, les juges n'ont pas de difficultés à reconnaître la production normative des gouvernements de fait, surtout lorsque l'autorité légale en a consacré la validité¹³¹⁷.

¹³¹² Il s'agit là-encore d'Alphonse Esquiros.

¹³¹³ *S.* 1876, I, p. 227. De plus, les arrêts du gouvernement de fait « conservent force obligatoire tant qu'ils n'ont pas été rapportés par le gouvernement qui lui a succédé » (*ibid.*, p. 228). Le jugement est rendu par le Tribunal de Marseille le 9 février 1874 et il est reproduit dans l'arrêt de cassation.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 228.

¹³¹⁵ *Ibid.* : « Pourrait-on dire que pendant le temps qui s'est écoulé entre sa nomination et l'investissement à Paris, [l'administrateur des Bouches-du-Rhône] était indépendant du pouvoir central et pouvait tout faire à Marseille sans l'approbation de ses mandants ? Non évidemment ». Cet administrateur n'était donc pas investi d'un pouvoir souverain pour la Cour, simplement d'un pouvoir d'administrer. Preuve en est, pour le pourvoi, qu'il a voulu décréter la levée de l'état de siège qui a été contestée plus tard, la Cour de cassation déclarant qu'il avait outrepassé ses pouvoirs (*ibid.*, p. 229). Le requérant s'appuie alors sur l'arrêt du 6 février 1874, *Bouscarle et autres* (*S.* 1874, I, p. 281) vu ci-avant.

¹³¹⁶ *S.* 1876, I, p. 229.

¹³¹⁷ Un jugement du Tribunal civil de Mascara du 6 février 1895, *Ministère public c. Guerbaoui*, énonce clairement ce principe : « [L]es actes législatifs, émanés de pouvoirs de fait qui ont régi la France pendant les périodes de troubles politiques, et spécialement les décrets rendus par le gouvernement provisoire de 1848, ont force de loi, lorsqu'ils ont été ultérieurement sanctionnés par l'autorité législative régulière » (*D.* 1895, II, p. 481). Il consacre plutôt une validité conditionnelle qu'une validité de principe, mais l'évidence de la normativité des actes du gouvernement de fait demeure présente.

En revanche, ils encadrent soigneusement les normes émises par les administrateurs provisoires nommés par un gouvernement de fait et refusent de les considérer, par principe, comme des agents plénipotentiaires. Si l'acte incriminé peut être dit d'administration, il bénéficie d'un régime plus souple et peut être apprécié comme valide, nonobstant des irrégularités de forme. Au contraire, un acte de souveraineté, selon ses conséquences et l'atteinte à la séparation des pouvoirs qu'il emporte, a plus de risques d'être considéré comme nul. La Commune de Paris ne peut pas prétendre à l'application d'un régime juridique aussi souple.

§2. *Le gouvernement révolutionnaire suspect : la nullité des actes de la Commune*

Jugée à l'aune d'une insurrection par le gouvernement qui en a triomphé, la Commune de Paris est considérée comme une usurpation. Pourtant, il lui est parfois concédé le fait qu'elle a constitué pendant trois mois un gouvernement local, concurrent du pouvoir central¹³¹⁸. Rien ne s'opposerait donc à ce que soit reconnue, même avec rigueur, une validité conditionnelle à ses actes, au moins ceux qui ne comportent pas un caractère politique. Pourtant, ce n'est pas le choix qui est fait : ses actes se voient appliquer un régime de nullité substantielle. La Commune rend compte de cette tension entre droit et politique propre à l'usurpation. Elle pose un problème global à l'autorité de droit qui recouvre l'entièreté du pouvoir le 28 mai 1871 à l'issue de la semaine sanglante : que faire des actes promulgués, conventions conclues et actes civils émis durant cette période dans Paris qui sont, depuis, effectifs ? Une commission d'enquête est mandatée très rapidement par l'Assemblée nationale et, si elle ne dit rien sur le régime juridique imputable aux actes de l'usurpation, elle constitue pourtant les prémices indispensables pour en comprendre les ramifications qui se déploient dans la législation par une loi du 19 juillet 1871. Ainsi, l'enquête relative à la Commune et la loi qui concerne ses actes, constituent une tentative de refermer les plaies de l'insurrection qui se solde davantage par une affirmation de la puissance de l'État (A). La démarche dialectique opérée par le gouvernement de droit entre reconnaissance pudique d'un gouvernement dans l'usurpation et retour du régime juridique de la nullité substantielle se ressent plus fortement devant la justice (B).

¹³¹⁸ Bien que souvent, au nom de la fiction d'une unité de la souveraineté, cette reconnaissance du fait accompli soit minorée ou ignorée. Cf. en ce sens les développements qui précèdent : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 206 *sqq.*

A. *L'enquête parlementaire et la loi du 19 juillet 1871 : tentative de refermer les plaies ou affirmation de la puissance de l'État ?*

Dès le 26 mai 1871 (deux jours avant la fin de la semaine sanglante), une proposition de loi visant à réunir une commission de trente membres à propos de l'insurrection communarde est soumise par un ensemble d'élus mené par le député conservateur de la Sarthe Alphonse-Alfred Haentjens¹³¹⁹. Par un rapport du 8 juin, cette proposition est acceptée¹³²⁰. Elle est discutée et adoptée le 16 juin¹³²¹ et présidée par le comte Daru¹³²². Il faut souligner que ce dernier se trouvait déjà à la vice-présidence de la commission d'enquête relative à l'examen des actes de ce gouvernement. Cela traduit sans doute une certaine préoccupation pour la nature et le régime imputables aux actes des gouvernements illégaux. Par ailleurs, la présence dans la commission d'enquête sur la Commune d'une bonne partie des membres ayant rédigé le rapport du 8 juin sur la proposition de loi – au premier chef desquels Daru et Delpit¹³²³ – donne le ton : il y est établi explicitement « une sorte de filiation sinistre » entre la Commune de Paris et les journées de juin 1848¹³²⁴, opposant les partisans de l'ordre aux criminels socialistes insurgés¹³²⁵. Dans le rapport sur la proposition de loi, un rapprochement est fait avec l'enquête menée par l'Assemblée nationale en 1848. Loin d'être anodine, la comparaison fournit des renseignements plus précis sur les objectifs poursuivis par les parlementaires. En 1848, la commission entendait faire une « œuvre politique et parlementaire » sans forcément s'aventurer dans « le domaine de la justice »¹³²⁶. De même, pour la Commune

¹³¹⁹ JO, 27 mai 1871, p. 1133. Haentjens est un industriel et homme de presse, fervent bonapartiste. Député de la Sarthe jusqu'en 1883, il fait montre d'une hostilité certaine envers les doctrines républicaines : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. III, *op. cit.*, v° Haentjens (Alphonse-Alfred), p. 303-304.

¹³²⁰ H. AMELINE, *Déposition des témoins de l'enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars. Classées et résumées*, Paris, E. Dentu, 1872, p. 2. Le rapport est présenté par Martial Delpit au nom d'une commission présidée par Napoléon Daru. V. aussi la séance du 8 juin 1871 (JO, 9 juin 1871, p. 1266).

¹³²¹ Séance du 16 juin 1871 (JO, 17 juin 1871, p. 1395 *sqq.*). Le rapport est reproduit dans au JO, 17 juin 1871, p. 1439. Les membres de la commission sont nommés lors de la séance des 19 et 20 juin ; elle est composée de MM. Méplain, Boreau-Lajanadie, Piou, de Rainneville, le marquis de Quinsonas, de Colombet, Bourgeois, le comte de la Rochethulon, le comte de Melun, de la Bassetière, de Champvaillier, de la Chamaillard, Flotard, le comte Daru (qui la préside), Robert de Massy, Margaine, le comte Desbassyns de Richemont, le duc de la Rochefoucauld-Bisaccia, Vacherot, Cochery, Delille, Buisson (Aude), Gannivet, Ducarre, le vicomte A. de Cumont, le marquis de Mornay, Delpit, de Saint-Pierre (Louis) (Manche), le vicomte de Gontaut-Biron et le vicomte de Meaux (JO, 20 juin 1871, p. 1476).

¹³²² JO, 21 juin 1871, p. 1499.

¹³²³ On y trouve aussi MM. Rainneville, de Rainneville, le marquis de Quinsonas, Bourgeois, de Champvaillier, Ducarre et le vicomte de Gontaut Biron (H. AMELINE, *Déposition des témoins...*, *op. cit.*, p. 2).

¹³²⁴ Les journées insurrectionnelles qui se déroulent du 22 au 26 juin 1848 ont pour fondement le mécontentement causé par la fermeture des ateliers nationaux. Pour davantage de détails : Q. DELUERMOZ, *Le crépuscule des révolutions. 1848-1871*, *op. cit.*, p. 51 *sqq.*

¹³²⁵ Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi visant à réunir une commission d'enquête sur les causes de l'insurrection, par M. Delpit, séance du 8 juin 1871 (JO, 18 juin 1871, p. 1439). V. aussi H. AMELINE, *Déposition des témoins...*, *op. cit.*, p. 4-5.

¹³²⁶ Selon le rapport de cette commission présenté à la séance du 3 août 1848 à l'Assemblée nationale par Quentin Bauchart (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de la commission d'enquête sur l'insurrection qui a éclaté dans la journée du 23 juin et sur les événements du 15 mai*, t. I, *op. cit.*, p. 5).

de 1871, il est certain que les députés souhaitent faire une « œuvre politique »¹³²⁷ avec l'examen de la Commune (contrairement à ce qu'ils prétendent réaliser, au même moment, pour le gouvernement de la Défense nationale). De la même manière que la commission de 1848 enquêtait sur des émeutes – spécifiquement les journées du 15 mai et du 23 juin –, celle de 1871 n'appréhende la Commune que comme une insurrection – celle du 18 mars –, la jugeant avant tout par son volet social et minorant les institutions et le droit qu'elle a produits. Le discours se situe donc sur le registre de l'usurpation. Pour autant, la commission d'enquête reste ambiguë à propos de la nature du pouvoir de la Commune. Delpit, son rapporteur, affirme qu'elle a dépassé le cadre de l'insurrection, pour constituer une « guerre sociale ». En ce sens, elle aurait fait naître un gouvernement de fait local qui n'aurait pas réussi à renverser le pouvoir central. En effet, il ne manque pas de préciser que, « pour la première fois, Paris a créé un gouvernement qu'il n'a pu imposer à la France »¹³²⁸. Plus qu'un simple mouvement insurrectionnel, la Commune est reconnue comme un gouvernement local face à l'Assemblée nationale, même si Delpit n'ose l'affirmer aussi explicitement.

Cette timide reconnaissance d'une autorité exercée, de fait, par la Commune dans Paris n'empêche pas qu'en ce qui concerne son régime juridique, l'exécutif privilégie incontestablement celui de l'usurpation, comme l'illustre le projet de loi présenté par Thiers et Dufaure¹³²⁹ voté le 19 juillet 1871. Le processus législatif de cette loi *relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la seine depuis le 28 mars 1871*¹³³⁰ témoigne de la volonté d'effacer juridiquement la période communarde et, tout à la fois, démontre une certaine modération apportée au régime de l'usurpation. En effet, dans un premier temps, le projet de loi est clair sur les intentions du gouvernement. Dans l'exposé des motifs, Thiers et Dufaure font état de nombreux actes civils constatés par des agents qui « tenaient leur pouvoir, soit d'eux-mêmes, soit de cette autorité monstrueuse qui s'appelait “la Commune” » (mariages ou décès par exemple). Et de conclure, puisqu'il « est impossible d'attribuer à ces actes aucune autorité », qu'il est nécessaire d'en reconnaître promptement la nullité¹³³¹. Il s'agit bien d'une nullité substantielle, car, atteints d'un vice originel du fait de l'incompétence de leurs auteurs, ils sont inexistantes juridiquement, comme le montre la rédaction initiale de l'article 1^{er} du projet : « [L]es actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars [...] sont déclarés nuls. Ils seront bâtonnés et mention de la nullité sera faite en marge ». Pour autant, la commission parlementaire

¹³²⁷ Selon les mots mêmes du rapport de la commission d'enquête concernant la Commune (*ibid.*, p. 3).

¹³²⁸ V. en ce sens le *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée aux termes de la loi du 17 juin 1871 de rechercher les causes de l'insurrection du 18 mars et de constater les faits qui s'y attachent*, par Martial Delpit (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, t. I, *op. cit.*), p. 2.

¹³²⁹ Le premier, Adolphe Thiers, est alors Chef de l'État et président du Conseil et le second, Jules Dufaure, Garde des Sceaux et vice-président du Conseil.

¹³³⁰ *Bulletin des lois*, 1871, 12^e série, t. 3, n^o 423, p. 16.

¹³³¹ PRÉFECTURE DU DÉPARTEMENT DE LA SEINE, VILLE DE PARIS, DIRECTION DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE, *Recueil des documents officiels relatifs à la reconstruction des actes de l'état civil (lois du 10 juillet 1871, des 19 juillet et 23 août 1871, et du 12 février 1872)*, Paris, Charles de Mourgues frères, 1872, p. 8.

chargée d'analyser le projet ambitionne d'adoucir l'application de ce principe que le gouvernement entendait mettre à exécution avec dureté, en opérant quelques modifications au projet. Dans son rapport, présenté par Henri Wallon¹³³², il est fait état d'un régime plus souple, qui se rapprocherait de celui du gouvernement de fait tel que retenu à l'issue des débats de 1831¹³³³. Le constat reste identique : il y a eu des actes civils accomplis durant la Commune qui relèvent, pour certains, d'un fait accompli (constats de décès et de naissances) et d'autres accomplis volontairement par une libre déclaration (mariages ou reconnaissances d'enfants par exemple). Mais il serait tout aussi dangereux de reconnaître par principe ces actes que de les annuler purement et simplement¹³³⁴. Si le gouvernement s'est essayé, selon la commission, à une délicate alchimie entre affirmation de la puissance de l'État et cicatrization des plaies laissées par l'insurrection – « [f]rapper les usurpateurs et sauver la cité » –, les députés se proposent de parfaire cet objectif en supprimant le terme de nullité dans le premier article du projet¹³³⁵. Ils s'appuient sur des présupposés qui rappellent ceux de l'École du droit naturel¹³³⁶ : c'est en vertu d'un principe de Justice et de bon gouvernement que le souverain légitime maintient les actes émis durant l'usurpation qui ont pu « favoriser l'intérêt de la société [...] parce qu'il importe d'éviter un bouleversement dont les conséquences seraient plus funestes que le mal qu'il s'agirait de réparer... »¹³³⁷.

L'article 1^{er} de la loi du 19 juillet est ainsi rédigé : « [L]es actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars [...] par tous autres que les officiers publics compétents, seront bâtonnés »¹³³⁸. Concrètement, cette loi est à double sens. Si la mention de nullité a disparu des articles, elle perdure toutefois dans le titre de la loi ; de plus, le bâtonnage, qui consiste à rayer d'un trait de plume un acte ou certains passages d'une pièce dans un dossier, évoque la procédure qui se cache derrière le régime de l'usurpation : effacer, en droit, les actes du gouvernement illégitime. D'un autre côté, la loi prévoit, d'une façon particulièrement

¹³³² Député du Nord sous l'Assemblée nationale législative entre 1849 et 1851, Henri Wallon revient au Parlement en 1871 après un retrait de la vie politique durant le Second Empire. Demeuré célèbre parmi les juristes en raison de l'amendement qui porte son nom, introduisant le terme de République dans la loi constitutionnelle qui sera votée le 25 février 1875 (*Dictionnaire des parlementaires français*, t. IV, *op. cit.*, v° Wallon (Henri), p. 555-556).

¹³³³ Cf. les développements sur le sujet *supra*, p. 294 *sqq.*

¹³³⁴ PRÉFECTURE DU DÉPARTEMENT DE LA SEINE, VILLE DE PARIS, DIRECTION DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE, *Recueil des documents officiels relatifs à la reconstruction des actes de l'état civil...*, *op. cit.*, p. 37-38. Pour le rapporteur, reconnaître les premiers actes (les décès et naissances) comme des faits accomplis ne serait pas satisfaisant en raison des conséquences que ces faits emportent en droit ; et annuler les seconds (les mariages et les reconnaissances d'enfants) serait tout aussi dangereux, car ils ont créé d'indéniables relations en droit.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 38. D'autant plus que le projet de loi ne conduit pas, dans les faits, à une nullité réelle, puisque pour le renouvellement des actes, il n'est pas prévu de procédure remettant en œuvre les fondements de l'acte. Par exemple, un mariage va être réputé annulé, mais le renouvellement de l'acte dans le délai prévu ne prévoit pas de nouvel échange des consentements (le consentement étant l'essence du mariage en droit). Ainsi, la révision du projet de loi serait à la fois plus juste et plus précise juridiquement (*ibid.*, p. 39).

¹³³⁶ Cf. *supra*, p. 291 *sqq.*

¹³³⁷ PRÉFECTURE DU DÉPARTEMENT DE LA SEINE, VILLE DE PARIS, DIRECTION DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE, *Recueil des documents officiels relatifs à la reconstruction des actes de l'état civil...*, *op. cit.*, p. 39-40. Le rapporteur s'appuie ici sur un arrêt de la Cour de Bastia sans donner aucune référence permettant de l'identifier.

¹³³⁸ *Bulletin des lois*, 1871, 12^e série, t. 3, n° 423, p. 16.

incitative, la possibilité pour les individus concernés de se présenter devant un officier d'état civil pour demander la transcription des actes¹³³⁹. De plus, le régime est relativement souple : si les actes sont réputés nuls, car ils appartiennent à un ordre juridique illégitime, ils peuvent toutefois faire l'objet d'une incorporation à l'ordre juridique légitime, au sens où ils sont ingérés et assimilés par le gouvernement de droit. Il n'est certes pas question de valider, en tant que tel, les actes de la Commune, mais plutôt de les incorporer. La suppression par les députés de la mention d'annulation pour ne conserver que le bâtonnage conduit à ce que la loi du 19 juillet consacre moins une nullité absolue qu'un processus de remplacement des actes. Elle jongle donc entre trois impératifs : affirmer la puissance de l'État par une répression juridique de la Commune (ce que le délai extrêmement court de 30 jours prévu pour la transcription des actes annulés tend à prouver) ; chercher à régulariser une situation juridique tendue en préjudicant le moins possible les droits acquis par les citoyens ; et réduire, pour l'État, les contestations qui risquent de naître des annulations. Ces deux derniers points sont d'ailleurs à l'origine de la loi du 23 août 1871¹³⁴⁰ qui prolonge de trente jours le délai de transcription. Lors de son vote, il est bien mis en avant que le délai est trop court et doit être étendu afin de permettre aux individus qui n'auraient pas eu connaissance de la procédure ou le temps d'y recourir de procéder à la transcription. Consécutivement, le but est de réduire par anticipation le nombre de cas susceptibles de se présenter en justice¹³⁴¹.

En définitive, il est clair que, dans les sources relatives à la commission d'enquête sur la Commune, la question de l'avenir des actes brille par son absence. Néanmoins, il semble utile de ne pas en faire l'économie car les conclusions qui s'en dégagent sont d'un profit certain pour mieux comprendre les discussions qui entourent la loi du 19 juillet 1871. Marginalisée par les autorités publiques du fait de sa dimension sociale et de sa prétention anti-étatiste, la Commune est qualifiée d'usurpation, tout en se voyant reconnaître des éléments propres aux gouvernements de fait locaux. Dès lors, le régime juridique qui lui est imputé traduit ce double enjeu qui s'impose à l'autorité publique : nier tout caractère de gouvernement de fait à la Commune – le traitement de ses actes étant distinct d'un gouvernement comme celui de la Défense nationale – tout en assurant une certaine réception des actes de droit commun dans l'ordre juridique pour porter le moins possible atteinte aux droits nés sous la Commune. Si le législateur est contraint de faire preuve de délicatesse, le juge n'hésite pas, quant à lui, à appliquer le régime de l'usurpation aux actes de la Commune.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 16-17 : La loi du 19 juillet 1871 prévoit un délai de trente jours pour renouveler les déclarations de naissance (art. 2), les reconnaissances d'enfant (art. 3), les décès (art. 4) et les actes de mariage (art. 5) sous peine de sanctions.

¹³⁴⁰ *Bulletin des lois*, 1871, 12^e série, t. 3, n^o 481, p. 87.

¹³⁴¹ Séance du 23 août 1871 (*JO*, 24 août 1871, p. 2928).

B. L'insurrection devant le juge : résurgence du régime juridique de l'usurpation

Sous la Restauration, les tribunaux étaient venus apporter une certaine pondération à un paysage juridique qui manquait de souplesse législative ; il n'en est pas de même pour la Commune. Sa répression fait naître un contentieux relativement important autour de faits similaires : des entreprises, sous contrat avec l'État et ayant déjà versé aux agents de la Commune un paiement, s'en voient à nouveau réclamer le montant par l'autorité publique, une fois l'insurrection matée. Il en découle plusieurs affaires qui arrivent devant la Cour de cassation le 27 novembre 1872, réunies en trois espèces : *Crédit foncier de France c. Enregistrement* ; *Compagnie du chemin de fer d'Orléans c. Contribution indirecte* et *Chemin de fer du Sud de l'Autriche et de l'Italie centrale c. Enregistrement*¹³⁴². Les solutions retenues sont confirmées par trois autres arrêts du 31 décembre 1872¹³⁴³. La résolution de ces affaires s'opère en faveur de l'État, déboutant les compagnies privées de leurs prétentions. Les fondements sur lesquels reposent ces décisions mettent en lumière deux séries d'arguments en faveur de la nullité des actes de la Commune : la nature du gouvernement et la volonté du législateur.

L'affaire *Crédit foncier c. Enregistrement* est la plus explicite. Le Crédit avait versé des droits de timbre et de transmission de ses actions – sommes qu'il devait à l'État – aux agents de la Commune de Paris. À l'issue de l'insurrection et de la chute du gouvernement de la Commune, l'administration de l'enregistrement, chargée du recouvrement des impôts et droits de timbre, lui réclame de nouveau ces sommes. Le Crédit estimait son premier paiement libératoire de la créance, arguant s'être acquitté des sommes auprès de l'autorité qui avait les apparences de la légitimité¹³⁴⁴. Il forme donc opposition à la contrainte de paiement devant le Tribunal de la Seine, qui rend son jugement le 23 décembre 1871¹³⁴⁵. Estimant que le paiement des impôts est un « attribut de la puissance publique » et que « les agents de la Commune étaient sans droit et sans qualité » pour le recevoir, le juge considère le paiement nul et sans effet. Il est vrai, précise-t-il, que ce paiement aurait pu être libératoire si, bien qu'illégal, la Commune avait pu apparaître comme le créancier légitime, mais tel n'était pas le cas. Dès lors, la créance est réputée n'avoir pas été versée, la compagnie ne peut donc se soustraire au paiement auprès de l'administration de l'enregistrement¹³⁴⁶. En somme, c'est en raison de la nature d'usurpation que les actes conclus avec la Commune sont entachés de nullité.

La Cour de cassation, saisie de cette affaire¹³⁴⁷, en profite pour clarifier sa ligne jurisprudentielle sur toutes les affaires concernant les versements de contributions auprès de la Commune et, plus largement, se prononcer sur le régime imputable aux actes. La

¹³⁴² *S.* 1873, I, p. 259 *sqq.*

¹³⁴³ *Affaire Compagnie des mines de la Loire ; Compagnie Des Forges de la Méditerranée ; Compagnie Services maritimes de messageries nationales (ibid., p. 262 et p. 264).*

¹³⁴⁴ En ce sens, *cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 88 *sqq.*

¹³⁴⁵ *S.* 1872, II, p. 82.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ *S.* 1873, I, p. 259 *sqq.*

Cour reprend en grande partie le canevas du jugement du 23 décembre 1871, mais va un peu plus loin, affirmant, « en droit, que le gouvernement légal, qui triomphe d'une insurrection, est seul investi du droit de reconnaître ou d'annuler, autant qu'il le juge utile pour le bien public, les actes accomplis par les insurgés »¹³⁴⁸. Ainsi, la seule déclaration par laquelle l'Assemblée nationale, « seul pouvoir légal » en 1871, a proclamé que la Commune était une « révolte ouverte contre la souveraineté nationale » et, par conséquent, que « les préposés de la Commune ne pouvaient donner aucune quittance qui fût susceptible de produire un effet civil quelconque » suffirait à constater la nullité des actes. Mais plus encore, puisqu'après la défaite de l'insurrection « le gouvernement légal a considéré comme nuls les actes émanés des agents de la Commune », spécialement ceux ayant trait au recouvrement de l'impôt, leur nullité est incontestable¹³⁴⁹. La seule volonté du gouvernement légal écarte le pouvoir judiciaire de tout jugement sur la question, selon la décision de la Cour qui, sur ce double fondement de la nature insurrectionnelle de la Commune et de la législation en nullité, confirme le jugement de première instance.

Ainsi, la Cour reconnaît le primat de la volonté du législateur qui a proclamé nuls les actes de la Commune et s'estime contrainte par lui. Dès lors, elle attribue à ces actes un régime similaire à celui qui est consacré par la législation. La Cour aurait pu en arriver au même résultat en se bornant à reprendre l'argumentation du jugement et en ne se fondant que sur la nature imputable à la Commune, envisagée comme une usurpation. L'ajout, en cassation, de l'argument fondé sur la volonté du gouvernement de droit répond directement au pourvoi. La société demanderesse (le Crédit foncier) justifiait son obéissance envers la Commune et les sommes qu'elle lui avait versées en lieu et place de l'État, par des arguments inspirés des jusnaturalistes modernes. Il y aurait alors une nécessité, fondée sur la justice et la prudence, à reconnaître la validité des actes de l'usurpateur et l'obéissance à ses ordres lorsqu'ils sont motivés par la contrainte, comme l'affirmait, pour son cas, le Crédit foncier de France. Il ajoute que cela « aurait même été l'accomplissement d'un devoir » de sa part, car étant dépositaire d'une portion considérable de la fortune publique, il achetait son salut en payant l'impôt et en évitant ainsi le pillage. La société argue que, dans ce cas, les publicistes « n'ont jamais hésité à reconnaître à l'usurpateur le pouvoir de faire des lois obligatoires pour les citoyens »¹³⁵⁰. Elle ajoute, pour enfoncer le clou, que l'État ne pouvant subsister sans gouvernement, il convient de reconnaître les actes conclus avec la Commune comme nécessaires. Au renfort de cette logique, le pourvoi cite l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1841 *Péraldi c. Ponte*¹³⁵¹, dans lequel la juridiction reconnaît qu'il peut y avoir une nécessité à valider « les actes émanés de l'autorité publique ennemie, sans lesquels le salut public et

¹³⁴⁸ *Ibid.*, p. 262.

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ *S.* 1873, I, p. 260.

¹³⁵¹ *S.* 1841, I, p. 505.

l'existence sociale elle-même seraient compromis»¹³⁵². L'argument est classique en matière de gouvernements de fait, mais la Cour entend justement éviter ce terrain-là.

Le conseiller rapporteur Dumon, s'efforce, dans ses conclusions, de combattre la doctrine énoncée par le pourvoi. Il se borne à réfuter les arguments fondés sur l'École du droit naturel moderne en ce que les auteurs mobilisés n'envisagent l'obéissance à l'usurpateur que lorsqu'il a supplanté le pouvoir légitime. Or, il est catégorique sur ce point, la coexistence de deux gouvernements dont l'un exerce légitimement l'autorité depuis Versailles, s'oppose à ce que l'on puisse voir dans l'insurrection parisienne autre chose qu'une usurpation. De surcroît, quand bien même la Commune aurait été le seul pouvoir en place, il souligne que les actes de l'usurpateur, dont Grotius ou Barbeyrac admettent la possible reconnaissance, ne concernent pas ceux ayant trait à l'impôt, ce dont il est question dans l'espèce¹³⁵³. Plus encore, Dumon entend contester le fond des arguments du pourvoi. Il est impossible d'octroyer une quelconque valeur en droit aux actes ou aux actions des agents de la Commune car deux raisons s'y opposent. D'une part, l'Assemblée nationale a proclamé à de multiples reprises, durant les émeutes, que tout acte émané des insurgés est nul. Il s'appuie notamment sur un avis inséré dans le *Journal officiel* du 11 avril qui précise que « les préposés installés par la Commune, n'ayant aucun mandat de l'autorité compétente, ni serment en justice, ne peuvent valablement donner aux actes ou aux déclarations une formalité qui, viciée dans son principe, ne saurait produire aucun effet civil... »¹³⁵⁴. D'autre part, une fois l'insurrection réprimée, « tombent tous les actes que “la force hostile avait enfantés” »¹³⁵⁵ et rien ne saurait permettre de les valider puisque l'autorité publique elle-même s'est employée à en consacrer la nullité, par la répression pénale des agents de la Commune et par la loi du 19 juillet 1871¹³⁵⁶.

Dans sa thèse de 1913, Raymond Gaudu interprète cette série de décisions relatives aux actes de la Commune comme un rejet, par le pouvoir judiciaire, d'une idée de liberté entendue comme une indépendance absolue à l'égard de la société et du gouvernement¹³⁵⁷. Selon lui, le régime juridique imputable aux actes du gouvernement insurrectionnel est une sanction contre la volonté des Parisiens d'avoir voulu se dissocier du reste de la France. Ainsi, le retour du régime de l'usurpation marqué par la Commune de Paris s'insère historiquement dans un rejet d'une lecture révolutionnaire de la souveraineté nationale¹³⁵⁸. Pour la Cour, au nom de la volonté du souverain réputé

¹³⁵² *Ibid.*, p. 509. Il est à noter que dans cet arrêt de 1841, la Cour ne fait pas application de cette doctrine puisqu'elle annule rétroactivement les actes dont il est question, en dépit des risques que cela fait peser sur les droits des citoyens. Pour davantage de précisions sur l'arrêt : cf. Partie I – Titre II, Chapitre 1, p. 203 *sqq.*

¹³⁵³ *S.* 1873, I, p. 260.

¹³⁵⁴ *JO*, 11 avril 1871, p. 505 ; v. aussi : *S.* 1873, I, p. 260. Partant, les agents de la Commune ne peuvent avoir eu « une part, si minime qu'elle soit, de la souveraineté » assène M. Dumon.

¹³⁵⁵ *Ibid.* : Dumon cite ici un extrait de l'arrêt du 16 mars 1841, en réponse au pourvoi qui mobilisait cet arrêt à l'appui de ses prétentions.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 260-261.

¹³⁵⁷ R. GAUDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements...*, *op. cit.*, p. 696.

¹³⁵⁸ Sur ce point : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 247 *sqq.*

légitime, rien n'excuse la collaboration avec l'usurpateur, même sous la contrainte. Une telle attitude constitue un risque que le particulier doit assumer.

Cette doctrine n'est pas l'apanage de la Cour de cassation, puisque le Conseil d'État la formule également en ces termes. Une série de décisions rendues par l'autorité administrative entre 1873 et 1877 s'insère dans le sillon tracé par le juge civil. Par des arrêts du 19 février 1873, *Cibille*¹³⁵⁹, du 30 janvier 1874, *Bruneau*¹³⁶⁰, du 6 février 1874, *Association générale des ouvriers tailleurs de Paris*¹³⁶¹ et du 25 mai 1877, *Thimel, Foucard et autres*¹³⁶², la haute juridiction administrative juge, sur le fondement de l'illégitimité de la Commune, que les conventions passées avec ce pouvoir insurrectionnel sont nulles. Les cas d'espèce sont assez proches : des particuliers ayant assuré une fourniture de biens ou de services pour le compte de la Commune en lieu et place de l'autorité publique légale, demandent le remboursement à l'État de sommes engagées par eux pour l'exécution de leur mission¹³⁶³. Dans toutes les affaires, le juge estime que les ordres émis par les agents de la Commune insurrectionnelle, sans mandats, sont nécessairement nuls. Dès lors, l'exécution d'une convention pour leur compte (même de bonne foi) ne peut engager l'État, les entrepreneurs ayant agi « à leurs risques et périls »¹³⁶⁴. L'arrêt *Thimel, Foucard et autres* de 1877 vient parfaire cette logique et distinguer clairement le régime du gouvernement de fait et celui de l'usurpation : il concerne un contrat de livraison de pain passé entre le gouvernement et des boulangers dont l'une des clauses est la résiliation de fait en cas de force majeure. La spécificité est que le contrat a été conclu en août 1870, soit avant la chute du Second Empire. Dès lors, la chute de l'Empire et l'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait (la Défense nationale) non seulement ne constituent pas une force majeure susceptible de résiliation, mais, de surcroît, continuent d'engager les cocontractants. En revanche, « [e]n continuant leur fabrication, conformément aux ordres qu'ils recevaient des agents de ladite Commune, ils agissaient à leurs risques et périls »¹³⁶⁵.

¹³⁵⁹ *Rec. CE* 1873, p. 169.

¹³⁶⁰ *Rec. CE* 1874, p. 100.

¹³⁶¹ *Rec. CE* 1874, p. 139.

¹³⁶² *Rec. CE* 1877, p. 500.

¹³⁶³ Un particulier ayant assumé la fourniture de denrées alimentaires dans les établissements pénitentiaires de Paris alors qu'il n'était pas chargé de cette mission avant le 18 mars dans l'arrêt *Cibille* ; un particulier ayant assumé la fourniture de denrées alimentaires dans les établissements hospitaliers de Paris alors qu'il n'était pas chargé de cette mission avant le 18 mars dans l'arrêt *Bruneau* ; un entrepreneur ayant reçu l'ordre de la Commune de poursuivre l'exécution d'un marché passé antérieurement avec le gouvernement de la Défense nationale pour la confection d'habillements militaires à l'usage de la garde nationale dans l'arrêt *Association générale des ouvriers tailleurs de Paris* ; enfin, des boulangers avec lesquels le gouvernement avait conclu un marché pour la fabrication du pain et dont l'État demande, après l'insurrection, le remboursement des matières livrées par la Commune de Paris, dans l'arrêt *Thimel, Foucard et autres*.

¹³⁶⁴ *Rec. CE* 1873, p. 169 ; *Rec. CE* 1874, p. 100 et p. 139 ; *Rec. CE* 1877, p. 500.

¹³⁶⁵ *Rec. CE* 1877, p. 500. Ce qui s'avère un élément de preuve à charge contre les boulangers, c'est qu'il leur a été notifié par le gouvernement de Versailles que leur contrat était résilié. En ce cas, ils n'ont aucune voie de recours possible. C'est bien, semble-t-il, la nature du gouvernement de la Commune, une insurrection, qui implique la force majeure et la nullité de la convention.

Finalement, l'élan de 1831 favorable à une reconnaissance au moins par principe de tout acte émané d'un gouvernement de fait est freiné en 1871. Ou plutôt, ce système fait l'objet d'une application à géométrie variable : les actes du gouvernement qui se présente comme le *negotiorum gestor* de l'État chargé d'en préserver l'intégrité, comme la Défense nationale, bénéficient largement d'un régime de validité ; tandis que ceux du gouvernement ouvertement révolutionnaire, particulièrement s'il s'oppose à un gouvernement central déjà en place telle la Commune, sont annulés, quand bien même il aurait constitué un gouvernement effectif. Le constat est assez logique si l'on adopte le point de vue du gouvernement légal, qui cherche forcément à condamner toute tentative de rébellion contre sa souveraineté. Toujours est-il que la Commune marque le retour du régime juridique de l'usurpation pour un gouvernement illégal mais effectif et assenti. Cette situation permet de confirmer, sur le plan de la théorie juridique, qu'il existe une distinction – clairement établie par la différence d'appréciation entre la Défense nationale et la Commune – entre le régime juridique des actes du gouvernement de fait et ceux de l'usurpation, équivalant à une différence de nature entre ces deux notions. Une telle distinction courrait le risque de déboucher sur des frictions, ce que le rétablissement de la légalité républicaine ne manque pas de mettre en exergue.

Section 3 Antithèse ou synthèse ? La nature hybride du rétablissement de la légalité républicaine

À mesure que le gouvernement de restauration républicaine renforce sa reconquête du pouvoir au soir de la Seconde Guerre mondiale, un problème se fait jour : il doit décider ce qu'il entend faire des actes du régime de Vichy. Un gouvernement de fait prend donc à bras le corps la question de la législation d'un autre gouvernement de fait qui le précède. C'est l'objet de l'ordonnance du 9 août 1944 qui, au confluent des différentes traditions, emprunte autant ses traits au régime de l'usurpation et son cortège de nullités, qu'à celui du gouvernement de fait, prompt à reconnaître une validité aux actes, même timidement. Dans une certaine mesure, elle opère une synthèse de principes qui lui sont antérieurs (§1). Toutefois, elle suscite différentes interprétations de la part des autorités publiques qui oscillent entre continuité et rupture concernant le régime des actes du gouvernement de fait (§2).

§1. La synthèse de l'ordonnance du 9 août 1944

La substitution d'un gouvernement de fait à un autre entraîne un processus de transformation juridique de l'État, retenu sous le nom de « rétablissement de la légalité républicaine », selon la lettre de l'ordonnance du 9 août 1944¹³⁶⁶. La transition

¹³⁶⁶ S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585.

constitutionnelle qui s'ouvre¹³⁶⁷ constitue une étape importante pour cerner un régime juridique imputable aux actes des gouvernements de fait. De prime abord, le régime consacré par l'ordonnance semble clair, on ne pourrait guère y voir autre chose qu'une rupture par la consécration de l'usurpation de Vichy, à qui serait dénié tout statut de gouvernement de fait et, partant, l'application du régime juridique y afférant¹³⁶⁸. Pourtant, le résultat est bien plus ambigu qu'il n'y paraît. Le rétablissement de la légalité républicaine consacre plutôt un statut hybride, effort de synthèse entre le régime traditionnellement reconnu à l'usurpation et celui attaché au gouvernement de fait. En cherchant à consacrer un régime souple de nullité, qui permet de nier la légitimité de Vichy tout en n'annulant pas l'intégralité de sa production normative, il est autant empreint d'une démarche de transition (A) que de transaction (B), au confluent de plusieurs traditions juridiques.

A. *Un régime de transition*

Le renversement du régime de Vichy entraîne, dès la Libération, une transition qui passe par de nombreux bouleversements de l'ordonnancement juridique. L'existence d'un gouvernement de fait et l'incapacité de son chef, Pétain, à construire un régime politique stable en consacrant une constitution définitive entraîne la nécessité d'opérer un tri parmi de nombreux actes, dont l'avenir et, plus largement, le régime qui leur est imputé sont intégralement envisagés dans l'ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*. De prime abord, on retient de ce texte l'affirmation d'une nullité de Vichy et de ses actes, qui le placerait dans la continuité du régime de l'usurpation. Or, les dispositions qu'il contient sont équivoques. S'essayant à une synthèse, le législateur n'envisage pas moins de quatre types de solutions différentes, applicables aux actes tant d'un usurpateur que d'un gouvernement de fait.

L'usurpation et, partant, la nullité en est bien évidemment le point nodal. L'ordonnance est baignée d'une vision gaullienne de la légitimité qui en oriente les dispositions. L'article 1^{er} apparaît sans ambiguïté : « [l]a forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister »¹³⁶⁹. Cette ligne politique reste invariable pour de Gaulle, qui la rappelle le 25 août 1944 : « [l]a République n'a jamais cessé d'être. [...] Vichy fut toujours et demeure nul et non avenu. Moi-même suis le président du Gouvernement de la République. Pourquoi irais-je la

¹³⁶⁷ L'ordonnance du 9 août 1944 n'est pas le premier acte relatif au rétablissement de la légalité républicaine (par exemple l'ordonnance du 4 janvier 1943 relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine en Guyane, *JO (Alger)*, 6 janvier 1943, p. 18), mais il est certainement l'un des plus importants, en constitue le fondement et en cristallise les principes.

¹³⁶⁸ C'est ainsi que l'envisage Georges Vedel : après avoir démontré que la théorie constitutionnelle consacre bien deux voies différentes en fonction du gouvernement illégal, celle de l'usurpation et celle du gouvernement de fait, il constate que le rétablissement de la légalité républicaine se range en faveur de la première en ce qui concerne le gouvernement de Vichy (G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 277).

¹³⁶⁹ S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585.

proclamer ? »¹³⁷⁰. Cette réponse à Georges Bidault, qui l'avait justement enjoint à proclamer la République dans le bureau du préfet de la Seine, devant les membres du Conseil national de la Résistance (dont Bidault est alors le président) et du Comité parisien de la libération, confirme que le rétablissement de la légalité républicaine va de pair avec un rétablissement de la légitimité¹³⁷¹. Les rédacteurs de l'ordonnance de 1944 n'hésitent pas, dans l'article 2, à en tirer des conséquences pratiques :

« Sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française »¹³⁷².

Est clairement affirmée dans cet article l'application du régime juridique de l'usurpation au gouvernement de Vichy. L'ambition du gouvernement de restauration républicaine serait donc, par l'affirmation de la fiction d'une ininteruption de la République, de consacrer un régime de nullité substantielle aux actes du gouvernement usurpateur. Pour autant, comme le notait déjà Marcel Waline en 1944 dans une étude consacrée à l'ordonnance, cette nullité, largement théorique, consiste davantage en un « geste symbolique »¹³⁷³.

En effet, l'annulation doit avoir été expressément constatée, c'est-à-dire prononcée par l'autorité publique, pour être effective, tel que le dispose le premier alinéa de l'article 2. Les précisions viennent en suivant. L'article 3 prévoit l'annulation des actes à la portée politique et symbolique émis par le gouvernement, à commencer par la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et les actes constitutionnels promulgués le lendemain¹³⁷⁴. L'article 4 annule un certain nombre d'actes répertoriés dans deux tableaux annexés à l'ordonnance auxquels il renvoie. Ils concernent, dans l'ensemble, des

¹³⁷⁰ C. DE GAULLE, *Mémoires de Guerre*, t. II, *op. cit.*, p. 308.

¹³⁷¹ Le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, dans un discours d'introduction au colloque organisé le 27 octobre 2014 à propos de l'ordonnance du 9 août, voit d'ailleurs dans ces propos et ce premier article de l'ordonnance la manifestation de « l'illégalité et l'illégitimité de l'autorité de fait, dont les soi-disant lois et décrets ne peuvent faire l'objet de sélection ou de réformation, mais sont radicalement frappés d'inexistence » : J.-M. SAUVÉ, « Rétablir la légalité républicaine », *Introduction du colloque organisé, le 27 octobre 2014, à l'occasion du 70^{ème} anniversaire de l'ordonnance du 9 août 1944 par la fondation Charles de Gaulle et le Conseil d'État* [en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/retablir-la-legalite-republicaine>]. Consulté le 26/05/2022].

¹³⁷² S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585.

¹³⁷³ M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP-G*, I, 1945, p. 441.

¹³⁷⁴ S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585 : les actes en question sont : « [l]'acte dit "loi constitutionnelle du 10 juillet 1940", Tous les actes dits : "actes constitutionnels", Tous les actes qui ont institué des juridictions d'exception, [t]ous les actes qui ont imposé le travail forcé pour le compte de l'ennemi, [t]ous les actes relatifs aux associations dites secrètes, [t]ous ceux qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif. L'acte dit "décret du 16 juillet 1940" relatif à la formule exécutoire. Toutefois, les porteurs de grosses et expéditions d'actes revêtus de la formule exécutoire prescrite par l'acte dit "décret du 16 juillet 1940" pourront les faire mettre à exécution sans faire ajouter la formule exécutoire rétablie ».

dispositions de droit commun. Une première distinction est donc établie entre des actes dotés d'une portée symbolique (article 3 : les mesures marquantes du gouvernement, constitutionnelles, politiques et antisémites) et les actes de droit commun (article 4). Par ailleurs, l'article 4 établit une seconde dichotomie : les actes indexés au tableau I voient leurs effets antérieurs à la publication de l'ordonnance annulés, tandis que les effets des actes répertoriés dans le tableau II sont reconnus jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Dans le premier cas, il s'agit d'une annulation réelle, dont la rétroactivité s'applique jusque dans les conséquences qui découlent des mesures édictées sous l'usurpation ; dans le second cas, il n'est question que d'une abrogation.

En outre, le législateur s'intéresse au régime juridique des actes édictés par les instances de la Résistance, sous quelque dénomination que ce soit. Sont reconnus valides par les articles 5 et 6 de l'ordonnance les actes de la France libre, de la France combattante, du commandement en chef français civil et militaire du général Giraud, depuis le 18 mars 1943, et du Comité français de Libération nationale¹³⁷⁵. L'article 5 déclare immédiatement exécutoire ces actes sur le territoire continental, sans nouvelle publication prévue à l'exception de ceux mentionnés dans le tableau III annexé au texte. Pour les autres textes, l'article 6 prévoit une introduction progressive, par de futures ordonnances¹³⁷⁶. Ainsi le régime des actes des différentes instances de la Résistance se rapproche d'une validation conditionnelle : la déclaration se différenciant du constat, ils doivent leur validité à un acte de volonté de l'autorité légale et leur force normative est subordonnée à leur introduction par une ordonnance. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, semblent aller dans ce sens lorsqu'ils évoquent une ratification des actes par l'autorité publique qui se les approprierait alors¹³⁷⁷.

Enfin, les actes qui n'ont pas été répertoriés par l'ordonnance « continueront à recevoir provisoirement une application », précise l'article 7, jusqu'à ce que leur nullité soit expressément constatée dans l'avenir. Toutefois, le préambule de l'ordonnance informe que certains actes pourront être validés ; disposition étonnante après la proclamation de la nullité, mais dont la motivation réelle consiste à entériner « des textes législatifs ou réglementaires [...] qui n'eussent pas été désavoués par le régime républicain et des actes administratifs individuels [...] qui n'ont été inspirés que par l'intérêt bien compris de la bonne marche des services »¹³⁷⁸. Conséquemment, les articles 8 et 9 de l'ordonnance valident « rétroactivement » les décisions des juridictions d'exception – à l'exclusion de celles visées par l'ordonnance du 6 juillet 1943¹³⁷⁹ –, ainsi

¹³⁷⁵ S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585 et p. 1587 *sqq.* pour le tableau III qui répertorie certains de ces actes.

¹³⁷⁶ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 175-176.

¹³⁷⁷ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *loc. cit.*, p. 825-826) ; v. aussi : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 176.

¹³⁷⁸ S. 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585

¹³⁷⁹ Une ordonnance relative à la légitimité des actes accomplis pour la cause de la libération, ainsi qu'à la révision des condamnations intervenues pour ces faits (*JO (Alger)*, 10 juillet 1943, p. 23). En déclarant légitimes les actes de résistance, elle prévoyait un abandon des poursuites par les tribunaux ainsi qu'une révision des condamnations prononcées par les juridictions de Vichy.

que les actes administratifs du gouvernement. Ces derniers ne sont maintenus que provisoirement, selon l'article 9. Néanmoins, à l'instar des actes non répertoriés, ce statut provisoire est susceptible de se muer, dans le temps, en une ratification implicite¹³⁸⁰. Ainsi, le régime consacré par l'ordonnance apparaît aussi protéiforme que pragmatique. Malgré une affirmation de principe nécessaire au début – l'illégitimité du gouvernement usurpateur – la mise en pratique répond à des besoins inhérents aux transitions, comme cela a toujours été le cas dans l'histoire constitutionnelle française. Le pragmatisme seul n'explique cependant pas la nature composite du régime consacré par l'ordonnance ; cette dernière formant aussi un texte de transaction.

B. Un régime de transaction

La lecture de l'ordonnance du 9 août écorne le mythe de la « table rase »¹³⁸¹ ; elle donne à voir un enchevêtrement complexe de dispositions par lequel le législateur tente de ménager la continuité d'un État qui se reconstruit tout en proclamant la rupture avec un gouvernement qui s'effondre¹³⁸². Loin d'un unique régime de nullité substantielle, l'ordonnance prévoit quatre grands ensembles de mesures : une nullité des actes qui repose sur un constat exprès de l'autorité publique ; une abrogation de certaines dispositions, dont les effets sont validés jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 août 1944 ; une validité conditionnelle de certains actes du gouvernement de Vichy et de ceux émis par les instances de la Résistance ; et, enfin, un maintien provisoire de certaines dispositions du gouvernement de Vichy, jusqu'à ce qu'il soit défensivement statué sur leur sort ou qu'elles soient implicitement validées.

Ce caractère composite s'impose comme le résultat d'une transaction entre plusieurs points de vue. L'ordonnance est mûrement réfléchi par les instances de la France libre, entre le Commissariat à la Justice, le Comité juridique et la Commission du débarquement¹³⁸³. De nombreux débats opposent les partisans d'une nullité absolue des actes fondée sur l'illégitimité du gouvernement de Vichy et ceux qui préconisent une solution plus en accord avec les principes du gouvernement de fait. Par exemple, Henri Queuille et François de Menthon, respectivement vice-président et commissaire à la Justice auprès du Comité français de Libération nationale, s'opposent sur ce point. Le

¹³⁸⁰ Ainsi que le reconnaissent Marcel Waline et Georges Berlia dans leurs commentaires de la loi : M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *loc. cit.*, p. 441-442 ; G. BERLIA, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *RDP*, t. 60, 1944, p. 321.

¹³⁸¹ Robert Paxton, dans son ouvrage sur Vichy, établissait déjà le constat selon lequel : « [L]a Libération ne fait pas table rase » (R. PAXTON, *Vichy France, Old Guard and New Order*, trad. J.-P. BARDOS, *La France de Vichy. 1940-1944*, Paris, Éditions du Seuil, 1997 (*L'univers historique*), p. 388).

¹³⁸² La thèse de Louis Accolas, dont l'auteur est pourtant acquis à la doctrine gaullienne de l'illégitimité de Vichy, montre bien la complexité des mécanismes de l'ordonnance qui ne consiste pas en une simple annulation en bloc des actes d'un gouvernement jugé usurpateur, mais en une « hiérarchisation pratique, allant de la nullité complète à la validation intégrale, des actes de Vichy » : L. ACCOLAS, *Le rétablissement de la légalité républicaine*, [th. droit, Strasbourg], 1946, p. 510.

¹³⁸³ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 109.

premier était favorable à une validité sauf abrogation expresse des actes du gouvernement de Vichy plutôt qu'au principe inverse d'une nullité de principe sauf constat de validité¹³⁸⁴. Le Comité général d'études¹³⁸⁵ se prononce en faveur de l'avis de Queuille, notamment en raison de la théorie des gouvernements de fait¹³⁸⁶. La nécessité d'affirmer l'illégitimité du gouvernement de Vichy est aussi soulignée, sans considération concernant le régime des actes. Il ne faudrait pas que puisse peser le moindre doute à ce sujet. Emmanuel Cartier reconnaît ainsi que « [l]e texte final réussit cette conciliation difficile, assurant la prise en compte d'impératifs politiques et la nécessité de mesures juridiques adaptées aux circonstances »¹³⁸⁷.

La présentation du projet d'ordonnance de rétablissement de la légalité républicaine devant l'Assemblée consultative provisoire le 26 juin 1944 illustre encore ce caractère transactionnel et justifie que le texte se place au croisement des régimes juridiques de l'usurpation et du gouvernement de fait. Le rapporteur, André Hauriou¹³⁸⁸, constate que le « coup d'État du 10 juillet » a fait basculer la France « sous un régime juridique de fait ». Dès lors, le retour à la légalité républicaine doit se faire avec ménagements et en tenant compte « des nécessités de fait » qui s'imposent au gouvernement¹³⁸⁹. En l'occurrence, il insiste sur le joug que subit la France métropolitaine depuis quatre ans, distinguant bien la situation de la métropole et celle des colonies. Il souligne l'impossibilité de nier cet état de fait. La législation de restauration doit donc rappeler que la continuité du régime républicain a été assurée par la France libre à partir du 16 juin 1940, sans toutefois bouleverser la « structure juridique de l'État »¹³⁹⁰. De là découle une proposition d'ordonnance qui insiste sur une nullité en principe, mais entend opérer un tri en maintenant au moins provisoirement certains textes qui ne seraient pas reconnus expressément comme nuls. La mesure se veut porteuse de la charge symbolique accolée au régime de l'usurpation, mais manifeste aussi un certain pragmatisme. Elle se place,

¹³⁸⁴ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 109 *sqq.*

¹³⁸⁵ Organe d'étude qui s'appelle initialement le Comité des experts en 1942 avant de devenir le Comité général d'études au début de l'année 1943. Ses attributions s'accroissent au milieu de l'année 1943 : il participe à la nomination des préfets et des secrétaires généraux provisoires, traite de certaines questions politiques, économiques et financières. Ses membres principaux sont initialement François de Menthon, Paul Bastid, Robert Lacoste, Alexandre Parodi, puis Pierre-Henri Teitgen et René Courtin. Ils seront rejoints successivement par Michel Debré, le bâtonnier Jacques Charpentier et Pierre Lefauchaux. Pour davantage de précisions : D. DE BELLESCIZE, « Le Comité général d'études de la résistance », *Revue d'Histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, t. 99, 1975, p. 1-24 ; J. MORIN, « La préparation du Comité général d'études », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, *op. cit.*, p. 215-222.

¹³⁸⁶ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹³⁸⁸ Professeur de droit à la faculté de Paris et fils de Maurice Hauriou, André est également engagé dans la résistance et siège, à la Libération, dans l'Assemblée consultative provisoire, dont il devient vice-président. V. pour plus de précisions : *Dictionnaire des parlementaires français, 1940-1958*, t. 4, Paris, La Documentation française, 2001, v° Hauriou (André), p. 311.

¹³⁸⁹ Séance du 26 juin 1944, *JO*, débats de l'Assemblée consultative provisoire, reproduit dans : *Débats de l'Assemblée consultative provisoire (Alger). Du 3 novembre 1943 au 25 juillet 1944*, Paris, Imprimerie des journaux officiels, 1946, p. 95.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 96. Le rapporteur de constater, en effet, qu'on « ne peut pas, sans risquer d'aboutir à des situations inextricables, changer brutalement du jour au lendemain un ensemble de lois et de décrets qui, dès maintenant, forment quatre gros volumes de près de mille pages chacun ».

sur ce point, dans la continuité du régime du gouvernement de fait. En jouant sur ces deux tableaux, le projet semble convaincre, puisque François de Menthon, bien qu'il rappelle qu'il ne fait aucun doute que les actes du gouvernement de Vichy sont nuls, prend soin de souligner qu'il ne faut pas pousser ce principe dans ses derniers retranchements. Ce serait, en effet, créer de nombreuses complications pour les autorités publiques et une grande insécurité juridique pour les citoyens¹³⁹¹. De même, René Cassin souligne l'importance du texte qui doit être promulgué, « loi-cadre, destinée à être la source et la génératrice d'un grand nombre de documents d'application ». Mais, plus qu'une norme, Cassin érige en véritable symbole cette ordonnance, proclamant qu'elle a « pour l'avenir, pour la psychologie, l'état d'esprit de notre peuple, une particulière signification »¹³⁹². Ainsi, la nature duale du texte final conduit à en faire le réceptacle d'interprétations diverses.

§2. Les prolongements de l'ordonnance du 9 août 1944 et leurs conséquences sur la théorie du gouvernement de fait

La nature composite de l'ordonnance n'est pas la seule grille interprétative qu'il faut avoir à l'esprit pour en comprendre la structure interne. Il convient également de souligner que ce texte est élaboré et promulgué au cœur même des événements dont il prétend régler le régime juridique. Contrairement, par exemple, à l'ordonnance royale du 28 novembre 1831, ou aux lois du 19 juillet 1871 et du 6 janvier 1872¹³⁹³, qui interviennent plus de quinze ans après les faits pour la première et plusieurs mois pour les deux autres, l'ordonnance de 1944 prend vie au cœur de la bataille. En outre, son importance au sein de la transition conduit à ce qu'elle suscite des interprétations qui entraînent nécessairement des répercussions sur la conception du gouvernement de fait et du régime de ses actes, montrant à la fois toute la richesse et toute l'ambiguïté de ce texte. Immédiatement après la Libération, les autorités publiques en font une lecture en grande continuité avec la doctrine du gouvernement de fait (A). En revanche, dès 1952, le Conseil d'État rompt avec cette lecture et opère un retour à la doctrine de l'usurpation (B).

A. Continuités

L'interprétation directe de la législation de restauration républicaine apparaît pragmatique et en accord avec la théorie du gouvernement de fait. Qu'il s'agisse de la doctrine ou des autorités publiques, il n'y a aucune difficulté à considérer comme tel le gouvernement de Vichy et à admettre qu'un tri puisse être opéré entre ses actes. Dès

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 96-97.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 97.

¹³⁹³ Sur ces différentes lois qui concernent le gouvernement des Cent-Jours pour la première, la Commune de Paris pour la deuxième et la Défense nationale pour la troisième : *cf. supra*, p. 306 et p. 312 *sqq.*

L'automne 1944, la doctrine interprète l'ordonnance du 9 août comme une transaction entre régime du gouvernement de fait et régime de l'usurpation. En témoignent les deux commentaires de Georges Berlia et de Marcel Waline qui paraissent cette année-là, respectivement à la *RDP* et au *Jurisclasseur*. Pour Berlia, il ne fait aucun doute que la solution devant être retenue pour la restauration de la légalité républicaine allait être « commandée par la qualification juridique donnée au régime installé en juin 1940 »¹³⁹⁴. Puisqu'il s'agit d'un gouvernement de fait¹³⁹⁵, il importe aux autorités de droit qui lui succèdent d'assurer la conciliation entre les impératifs d'ordre public et la sécurité juridique. En ce sens, l'auteur considère que le rétablissement de la légalité républicaine y pourvoit, dans la mesure où il entraîne une application nuancée des principes du gouvernement de fait. Les actes sont seulement annulables et non frappés d'une nullité intrinsèque. Ainsi, « l'homogénéité est [...] absolue entre la doctrine qui voit dans le gouvernement de Vichy un gouvernement de fait et les conséquences qui en découlent aux termes de l'ordonnance du 9 août 1944 »¹³⁹⁶. Waline, plus ambigu, fait état de toutes les aspérités contenues dans le texte du GPRF. Il écrit que deux solutions se présentent aux instances de la France libre, dans leur volonté d'opérer une « épuration législative » pour rétablir la légalité républicaine¹³⁹⁷. La première consiste à « trier le bon grain de l'ivraie », en analysant les actes un à un. La seconde vise à appliquer le régime de l'usurpation, c'est-à-dire, sur la base d'une déclaration de l'illégitimité du gouvernement de Vichy, juger que « toute son œuvre était nulle et non avenue ». Pour Waline, cette dernière solution semble retenue, bien qu'elle n'ait que la valeur d'un « geste symbolique » car, eu égard aux conséquences potentiellement dangereuses d'un tel procédé, tout se passe comme si la première solution était en réalité appliquée¹³⁹⁸. En définitive, le tri opéré par le gouvernement de restauration entre les actes validés et les actes annulés ne semble pas poser de problèmes à la doctrine, ni sur le principe, ni en pratique.

Les autorités publiques confirment ce constat. Il a déjà été vu que les cours de justice ne soulevaient initialement aucune difficulté pour considérer l'autorité installée à Vichy comme un gouvernement de fait et à rattacher ses actes à l'État, malgré sa condamnation morale¹³⁹⁹. De même, le législateur vient compléter l'opération de sélection dans les actes

¹³⁹⁴ G. BERLIA, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *loc. cit.*, p. 319.

¹³⁹⁵ Il l'affirme dans son article consacré à l'ordonnance du 9 août (*ibid.*), mais il s'est également employé à le démontrer dans un précédent article issu du même numéro de la revue : G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *loc. cit.*, p. 45 *sqq.* et particulièrement p. 56-57.

¹³⁹⁶ G. BERLIA, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *loc. cit.*, p. 320-321.

¹³⁹⁷ M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *loc. cit.*, p. 441.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ Notamment dans les décisions suivantes : CE, 27 avril 1945, *Colonel Josué* (S. 1945, III, p. 58) ; CE, 5 avril 1946, *Sieur Rouy* (Rec. CE 1946 p. 107) ; CE, Ass., 30 janvier 1948, *Sieur Toproner* (Rec. CE 1948, p. 48) ; CE, 4

de Vichy initié le 9 août 1944 par une série d'ordonnances¹⁴⁰⁰. De plus, l'œuvre législative produite par le gouvernement de Vichy ayant été abondante, des commissions sont mises en place pour continuer ce tri. La conformité avec les principes républicains (ces actes « qui n'eussent pas été désavoués par le régime républicain »¹⁴⁰¹) demeure le critère de distinction entre abrogation et validation. Ainsi, cette législation confirme un point déjà établi relativement au gouvernement de fait : ce sont avant tout les actes dénués de caractère politique, les actes de droit commun, qui bénéficient des faveurs du gouvernement de droit¹⁴⁰². Sur ce plan, s'articule le double discours de la restauration républicaine : considérer Vichy comme « l'ennemi », illégitime et nul sur le plan institutionnel, mais intégrer une partie de son droit à l'ordre juridique républicain pour préserver le droit et la cohérence de l'État. La sélection effectuée entre les actes politiques du gouvernement de fait et ses actes de droit commun permet ainsi une plus large appréciation de la part de l'autorité et lui laisse les mains relativement libres dans la reconstruction du paysage juridique. Surtout, elle permet d'articuler cette affirmation de l'illégitimité de Vichy, présente dans de nombreuses ordonnances de la France libre¹⁴⁰³, avec le régime juridique du gouvernement de fait.

B. Rupture

Comme en 1871, à deux types de pouvoirs distincts répondent deux régimes juridiques : celui du gouvernement de fait et celui de l'usurpation. Toutefois, au contraire de cette période, le rétablissement de la légalité républicaine procède d'une fusion des

février 1948, *Gauthier* (Rec. CE 1948, p. 56) ; CE, Sect., 22 février 1950, *Dame Duez* (Rec. CE 1950, p. 118) ; CE, 22 décembre 1950, *Terrol* (Rec. CE 1950, p. 637).

¹⁴⁰⁰ Dont la plupart valident les actes de la France libre et trient dans ceux de Vichy lesquels doivent être annulés. Parmi ces ordonnances, v. par exemple celle du 11 octobre 1944 (*JO (Alger)*, 12 octobre 1944, p. 915), celle du 8 décembre 1944 (*JO*, 9 décembre 1944, p. 1772), celle du 31 mars 1945 (*JO*, 4 avril 1945, p. 1843), ou encore celle du 6 juin 1945 (*JO*, 7 juin 1945, p. 3298).

¹⁴⁰¹ Selon le préambule de l'ordonnance du 9 août 1944 : *S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585, *précit.*

¹⁴⁰² En ce sens, Delphine Gibaud-Croset relève que le *criterium* retenu le plus souvent dans le toilettage des textes de Vichy est son caractère politique ou non (D. GIBAUD-CROSET, « Le rétablissement de la légalité pénale républicaine à la Libération. Entre ruptures et continuité », *Cahiers Jean Moulin*, t. 1, 2015 [en ligne : <https://journals.openedition.org/cjm/119#bodyftn8>. Consulté le 24/05/2022], §21). L'exemple qu'elle retient est particulièrement évocateur : l'ordonnance du 30 décembre 1944 valide les dispositions concernant la monte des taureaux (*JO*, 31 décembre 1944, p. 2199), tandis que les dispositions antisémites sont annulées par l'ordonnance du 9 août 1944 (*S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585). De même, elle relève nombre d'annulations en droit pénal, matière particulièrement propice à indiquer la température politique d'un gouvernement (D. GIBAUD-CROSET, « Le rétablissement de la légalité pénale républicaine à la Libération. Entre ruptures et continuité », *loc. cit.*, §22-34).

¹⁴⁰³ On retrouve notamment cette affirmation dans les ordonnances constitutives des instances de la France libre : ainsi dans celle du 27 octobre 1940 *organisant les pouvoirs publics durant la guerre et instituant le Conseil de défense de l'Empire* (*JOFL*, 20 janvier 1941, p. 3), dans l'ordonnance du 24 septembre 1941 *portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre et créant le Comité national français* (*JOFL*, 14 octobre 1941, p. 41), ou encore dans l'ordonnance du 3 juin 1943 *portant institution du Comité français de la Libération nationale* (*JO (Alger)*, 10 juin 1943, p. 1). V. en ce sens : H. RASSAFI-GUIBAL, « Une histoire de France par le Conseil d'État... » *loc. cit.* [en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29576. Consulté le 4 octobre 2021].

régimes et d'une confusion des pouvoirs qui finit par conduire à une rupture¹⁴⁰⁴. Elle ne découle pas directement de l'ordonnance de 1944 ou de ses interprétations immédiates, mais apparaît en réalité un peu plus tard, à partir de 1952. Cette rupture est consommée avec les décisions *Époux Giraud* du 4 janvier 1952¹⁴⁰⁵, et *Demoiselle Remise* du 25 juillet 1952¹⁴⁰⁶, qui consacrent l'irresponsabilité de l'État du fait des agissements du régime de Vichy, sur le fondement de son inexistence en droit¹⁴⁰⁷. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence qui met bien en avant toute la tension inhérente au devenir des actes d'un gouvernement de fait, entre la technique juridique et les principes qui la sous-tendent.

L'exemple de l'arrêt *Époux Giraud* permet de s'en rendre compte. Sur le plan du droit strict, la décision n'est pas dénuée de logique. Le juge constate que les arrêtés préfectoraux incriminés, des 10 décembre 1942 et 23 juillet 1943, ont été privés de base légale puisque la loi du 15 octobre 1941 qui leur servait de fondement a été annulée par l'ordonnance du GPRF du 31 mars 1945. Il en tire la conséquence que cette annulation, rétroactive par essence, « vaut pour les effets découlant de l'application qui a été faite de ladite loi » antérieurement à l'ordonnance de 1945. Dès lors, puisque l'assignation des époux Giraud est « dépourvue de base juridique », le ministre est fondé à rejeter la demande d'indemnité dans la mesure où aucun texte de loi ne prévoit cette possibilité ni n'impute la responsabilité des faits à l'État¹⁴⁰⁸. Il s'agit là d'une interprétation du régime juridique des actes du gouvernement de Vichy particulièrement restrictive, le Conseil d'État refusant d'y voir toute possibilité de souplesse dans son application. Décidant de prendre au sérieux la rhétorique contenue dans les deux premiers articles de l'ordonnance du 9 août, les conseillers en déduisent une rupture formelle avec la légalité de Vichy et, conséquemment, une consécration de deux ordres juridiques distincts et imperméables : celui de la République, interrompu en métropole le 16 juin 1940 et prolongé à Londres puis à Alger, et celui du régime autoritaire illégitime de Vichy. À la question de savoir si l'ordonnance, en elle-même, contient la possibilité d'une telle interprétation, il est possible de répondre par l'affirmative, mais avec des réserves. Il a été vu que malgré la prononciation, par principe, de la nullité des actes du gouvernement de Pétain, l'ordonnance du 9 août prévoyait un régime à géométrie variable qui comportait un tri, avec la réception de certaines dispositions dans le nouvel ordre juridique dit « républicain ». Selon Emmanuel Cartier, cette solution retenue s'inscrit dans une démarche de continuité de l'État à plusieurs niveaux. Le GPRF avait entendu consacrer une solution provisoire, laissant les mains relativement libres à l'autorité de droit devant lui succéder pour approfondir le tri de la production normative de Vichy¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁴ V. en ce sens : B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *loc. cit.*, p. 821-822.

¹⁴⁰⁵ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud* (Rec. CE 1952, p. 14).

¹⁴⁰⁶ CE, Sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise* (Rec. CE 1952, p. 401).

¹⁴⁰⁷ Sur les conséquences institutionnelles de ces décisions sur la théorie du gouvernement de fait : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 92 *sqq.*

¹⁴⁰⁸ Rec. CE 1952, p. 14.

¹⁴⁰⁹ Cela transparait bien dans le rapport d'André Hauriou du 26 juin 1944 : Séance du 26 juin 1944, JO, débats de l'Assemblée consultative provisoire, reproduit dans : *Débats de l'Assemblée consultative provisoire (Alger)*. Du

Dès lors, Emmanuel Cartier souligne qu'il ne s'agit pas seulement d'une considération de réalisme politique, mais que cette démarche repose sur une convergence entre les buts assignés à l'État, notamment la permanence du service public, et les moyens dont il dispose ; ces moyens pouvant se traduire, selon l'ordonnance, dans les normes édictées par le gouvernement de Vichy « qui n'eussent pas été désavoués par le régime républicain »¹⁴¹⁰. Cette convergence des buts et des moyens justifiait que des actes d'un régime illégitime pussent perdurer dans un ordre juridique qui en rejette les bases. Cette appropriation conduit pourtant bien, selon Emmanuel Cartier, à une discontinuité formelle de l'ordre juridique passé¹⁴¹¹. Une redéfinition de la structure et du contenu de l'ordre juridique du régime de Vichy – une période dont le GPRF définit l'étendue du 16 juin 1940 au 9 août 1944 – courait le risque de consacrer, en théorie au moins, une vacance du droit. À ce titre, l'ordonnance de restauration de la légalité républicaine est une norme entérinant à la fois l'anéantissement du fondement de validité des normes passées et la réception de celles-ci dans l'ordre juridique nouveau ; un acte à la fois déconstituant et reconstituant en quelque sorte¹⁴¹². Il y a, formellement, une rupture avec le droit émis par Vichy et le rattachement à la continuité de l'État ne se fait que par le fondement de l'illégitimité du gouvernement : Vichy étant une usurpation, le vrai droit de la Troisième République aurait perduré à Londres puis à Alger avant de revenir sur le territoire. Toutefois, l'ordonnance consacre aussi, en substance, une certaine continuité dans la production normative de droit commun, dans le but de bouleverser au minimum les modifications juridiques inhérentes à la restauration républicaine. Or, le Conseil d'État décide d'ignorer la synthèse tentée entre régimes du gouvernement de fait et de l'usurpation. Il y voit même plutôt une contradiction et décide de lire l'ordonnance comme un antithèse, en se rattachant de manière univoque à la théorie de l'usurpation.

Le soubassement idéologique du régime alors imputé aux actes est le suivant : puisque la France libre incarne la continuité de la légalité républicaine, il est logique, au fond, que son ordre juridique apparaisse comme valide tandis que l'ordre du gouvernement révolutionnaire qui a prétendu abolir la République apparaisse, lui, comme illégal et dénué de fondements. Cette rhétorique met en exergue une contradiction entre deux visions du principe de continuité de l'État, étayée sur deux conceptions antinomiques : l'État confondu avec la forme du gouvernement – la continuité se faisant alors avec les institutions républicaines impliquerait de nier, purement et simplement, ce qui n'émane pas d'elle¹⁴¹³ – et l'État envisagé comme une manifestation d'une réalité sociologique et institutionnelle – la continuité impliquant la reconnaissance du fait accompli pour éviter les passages à vide. Relativement au régime des actes de Vichy et de la France libre, la seconde interprétation prédomine jusqu'en 1952 avant que la première ne finisse par

3 novembre 1943 au 25 juillet 1944, Paris, Imprimerie des journaux officiels, 1946, p. 95 ; v. également : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁴¹⁰ S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585, *précit.*

¹⁴¹¹ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 227 *sqq.*

¹⁴¹² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 223 *sqq.*

¹⁴¹³ V. en ce sens : F. MELLERAY, « Où était l'État français entre 1940 et 1944 », *loc. cit.*, p. 771.

l'emporter. Si la lecture que fait le Conseil d'État de l'ordonnance n'est pas invalide, elle apparaît tout de même susceptible d'incertitudes juridiques pour les citoyens et consiste essentiellement en une affirmation de la puissance de l'État, assimilé substantiellement à la République¹⁴¹⁴.

Certains auteurs ont pu émettre des hypothèses relatives au gouvernement de Pétain propres à justifier un régime juridique hybride. La principale est celle d'une triple nature : gouvernement de droit, il devient *de facto* après le 10 juillet 1940, puis aurait muté, à partir 1942, pour tomber dans l'usurpation. Avant le revirement du Conseil d'État, Georges Vedel écrit déjà en ce sens dans le but de critiquer l'ordonnance du 9 août – voyant dans ce texte la consécration d'un régime d'usurpation – et d'alerter sur ses risques¹⁴¹⁵. Il propose un système alternatif, en envisageant un tournant dans l'exercice du pouvoir de Pétain, dans le courant de l'année 1942 au moment « où il apparaît que l'investiture n'est plus plausible » c'est-à-dire lorsque le gouvernement ne bénéficie plus de l'assentiment de la population¹⁴¹⁶. Cette vision d'un gouvernement de Vichy *de facto*, puis tombant dans l'usurpation à partir de ce moment-là se retrouve également chez d'autres auteurs, dont l'historien Robert Paxton, qui traite également d'une opinion publique favorable à Vichy entre 1940 et 1942, avant un tournant cette année-là¹⁴¹⁷. Pour autant, cette lecture des événements demeure impropre à fonder un régime imputable aux actes de Vichy : comme le reconnaît Vedel lui-même, le moment où le gouvernement de Pétain tombe dans l'usurpation (donc où les actes deviennent nuls) est difficile à apprécier¹⁴¹⁸. Sans doute par pragmatisme, le Conseil d'État a choisi de ne pas s'engager sur cette voie et, suivant l'ordonnance du 9 août 1944 à la lettre, il fait remonter l'illégitimité du gouvernement de Vichy au 16 juin 1940¹⁴¹⁹.

L'ordonnance constitue un texte volontairement malléable dont les concrétisations par ses interprètes ont pu répondre à des besoins contextuels¹⁴²⁰. En ce sens, la lecture qui a été faite entre 1944 et 1952 répond à une volonté d'union de la part des autorités publiques : il faut reconstruire dans la concorde, quitte à gommer les aspérités de la restauration du pouvoir. Une telle démarche peut tolérer un régime juridique modulable avec une proclamation de l'inexistence en droit du gouvernement à l'origine des actes.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 772.

¹⁴¹⁵ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 275-278.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 281. Ce moment prendrait place environ entre les mois d'avril et novembre 1942, c'est-à-dire dans l'intervalle qui connaît le retour de Pierre Laval aux affaires, l'invasion de la Zone Libre par les Allemands et de la résistance qui s'accroît envers Vichy, tant à l'intérieur du territoire métropolitain que dans les colonies (*ibid.* p. 280).

¹⁴¹⁷ M. MARRUS, R. PAXTON, *Vichy France and the Jews*, trad. M. DELMOTTE, *Vichy et les Juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 2015 (*Diaspora*), p. 261 *sqq.*, 311 *sqq.* et 388 *sqq.*

¹⁴¹⁸ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 281.

¹⁴¹⁹ *S.* 1944, *lois, décrets, avis du Conseil d'État*, p. 1585.

¹⁴²⁰ À ce titre, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux se demandent « si ce texte vise à rétablir dans les faits une certaine légalité qualifiée de républicaine, ou plutôt à habiller du manteau de la légalité les événements politiques et militaires en “bricolant” une construction juridique susceptible de convenir à une situation originale » (B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *loc. cit.*, p. 805).

Par la suite, l'interprétation du texte par les autorités publiques va dans le sens d'une répression : il faut tourner la page et, si possible, l'arracher. Il apparaît aussi nécessaire au juge de limiter le contentieux qui risquerait de naître de la réparation des dommages causés sous l'usurpation. Le gouvernement de Vichy ne doit plus être rattachable à l'État français, en principe comme en pratique. Enfin, avec le discours de Jacques Chirac au vélodrome d'Hiver le 16 juillet 1995 et les arrêts *Pelletier* en 2001 et *Papon* en 2002¹⁴²¹ s'ouvre progressivement une période de réparation. Encore timide¹⁴²², elle permet d'entrevoir la possibilité d'un débat plus mesuré dans l'étude du régime juridique imputable à un gouvernement de fait, même jugé politiquement illégitime.

¹⁴²¹ CE, 6 avril 2001, *Pelletier et autres* (Rec. CE 2001, p. 173) ; CE, 12 avril 2002, *Papon* (Rec. CE 2002, p. 139) : pour davantage de détails à propos de ces arrêts : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 94 *sqq.*

¹⁴²² En effet, l'arrêt CE, 13 avril 2018, *Association du musée des lettres et manuscrits et autres* (Rec. CE 2018, p. 131), en revient à une lecture du gouvernement de Vichy équivalente à celle présente dans la jurisprudence de 1952 (bien qu'il ne soit pas question du régime juridique imputable aux actes).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'observation des différents régimes imputables au gouvernement de fait amène à souligner que, dans le discours des institutions, on ne se situe jamais pleinement dans la continuité pure ou dans la rupture nette. Nourri de l'un et de l'autre dans des proportions variables, ce discours sur la valeur des actes oscille ainsi au gré des rapports de force politique et des besoins de la société au moment où il est déterminé. Il n'est pourtant ni chaotique ni imprévisible, car on y retrouve une certaine logique. Hector, le héros de Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, voit dans le droit « la plus puissante des écoles de l'imagination » et affirme que « [j]amais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹⁴²³. S'il est indéniable qu'en matière de régime du gouvernement de fait, il y a une part – parfois vaste – de libre interprétation et d'empirisme, il n'est pas exclu de discerner des systèmes auxquels les acteurs se réfèrent. Chaque période qui connaît l'émergence d'un gouvernement de fait est suivie, assez naturellement, par un ou plusieurs nettoyages des dispositions normatives qui entraînent d'abondantes discussions. Dans ces dernières, il est permis de constater que les juristes et hommes politiques ne raisonnent pas en vase clos : leur discours est nourri de références aux périodes passées, aux décisions antérieures et à celles, hypothétiques, à venir.

En ce sens, on assiste bien à un va-et-vient entre pratique et théorie qui, par touches, permet d'esquisser des modèles. Les débats de 1831 à propos des actes de Napoléon en 1815, s'ils laissent entrevoir une certaine continuité dans la pratique, consacrent une rupture dans le discours. Dans tous les cas, les acteurs prenaient position par rapport au régime de l'usurpation qui était promu durant la Restauration. De même, en 1871, la part de rupture dans le discours des institutions ne suffit pas à effacer les éléments de continuité, qui permettent de distinguer les prémices d'un système : les régimes du gouvernement de fait et de l'usurpation sont distingués, le premier se voyant reconnaître une validité conditionnelle tandis que le second est condamné à la nullité substantielle. Enfin, bien que les résultats aient été différents, la situation en 1940 fait écho à celle de la Commune de Paris¹⁴²⁴. Dans les deux cas, l'État se trouvait mis face à ses contradictions : rejeter hors du droit comme un usurpateur une autorité qui, pourtant, a constitué un gouvernement – local ou général –, tout en devant incorporer certains de

¹⁴²³ J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu* [acte II, scène 5], Paris, Gallimard, 2015 (*Folio théâtre*), p. 149-150. Le professeur de droit privé Jean-Louis Bergel, pour démentir cet aphorisme, explique qu'il faut lutter contre l'idée reçue que le droit reposerait sur ce qu'il appelle un « empirisme anarchique », c'est-à-dire un empirisme sans conceptualisation des objets juridiques. Il entend défendre l'idée de « système » propre à l'analyse juridique qui ne fait pas du droit un élément purement concret ou exclusivement abstrait, mais le résultat d'un va-et-vient entre les deux (J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *loc. cit.*, p. 255-256).

¹⁴²⁴ Marcel Waline établit lui-même une comparaison, très brève, entre ces deux situations, dans son article sur l'ordonnance de 1944 : M. WALINE, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *loc. cit.*, p. 441.

ses actes à l'ordre juridique du nouveau gouvernement¹⁴²⁵. La tentative de synthèse opérée par le gouvernement de restauration républicaine traduit peut-être une logique sous-jacente au pragmatisme des acteurs que l'on retrouve à chaque période. Baignés de références antérieures, les hommes politiques et les juristes s'efforcent de donner du sens et de la cohérence aux transitions constitutionnelles tout en essayant de préserver la continuité de l'État. De cette tentative dialectique, se dégage alors plusieurs tendances : d'un côté, réserver au gouvernement de fait une validité conditionnelle (par une ratification expresse de l'autorité de droit) ou de principe (les actes ont toujours été réputés valides) et, de l'autre côté, considérer tous les actes émis sous l'usurpation comme nuls. Le jeu de vases communicants qui se met en place entre nature et régime traduit alors le besoin de l'autorité publique de légitimer une transition constitutionnelle par la réception de son droit ou, au contraire, de la reléguer aux confins de la mémoire collective par le rejet de ses actes. *In fine*, plus le gouvernement sans titre a pu justifier d'une légitimité juridique¹⁴²⁶ plus ses chances de voir ses actes reconnus comme valides sont importantes. Un tel constat déborde du seul cadre de la validité des actes, puisqu'à chaque fois que la question se pose, elle se répercute sur celle de l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait.

¹⁴²⁵ Georges Berlia établit lui aussi une comparaison entre les actes de Vichy et la période passée, mais il pousse cette logique comparative encore plus loin, en expliquant que soit Vichy est une usurpation et, par conséquent, ses actes sont nuls comme pour la Commune de Paris, soit c'est un gouvernement de fait et, dans ce cas, ils sont valides comme ceux de la Défense nationale (G. BERLIA, « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *loc. cit.*, p. 320).

¹⁴²⁶ Sur cette notion : cf. Partie I – Titre 1 – Chapitre 1, p. 97 *sqq.*

Chapitre 2 Étendue des pouvoirs

Les compétences reconnues au gouvernement de fait soulèvent un certain nombre d'interrogations suscitées par la notion même de pouvoir. Difficilement accessible¹⁴²⁷, souvent cryptique, ce terme de « pouvoir » en droit est employé diversement et, à l'instar de celui d'autorité ou de puissance, peut désigner à la fois l'organe qui agit, mais aussi la fonction elle-même¹⁴²⁸. Le pouvoir désigne ici au sens large la compétence principale du gouvernement, celle d'exercer la puissance de l'État. Il s'agit donc d'une capacité à émettre des commandements assortis d'une obéissance de la part de ceux qui les reçoivent. Le pouvoir relève donc d'une faculté d'agir participant de la volonté et dont l'exercice est susceptible de produire des effets de droit¹⁴²⁹. Il se distingue toutefois de la force pure, puisqu'en tant qu'il est exercé au nom de l'État, il est perçu comme légitime par ceux qui le reçoivent¹⁴³⁰. Ainsi, dans un cadre constitué il est souvent assimilé à l'idée de pouvoir d'État, c'est-à-dire la souveraineté. Dans ce cas, le pouvoir apparaît le plus souvent borné et plus ou moins défini. Or, pour les gouvernements de fait, justement en raison de l'absence de cadre constitué, la nature et la délimitation des attributions dont peut se prévaloir le gouvernement font l'objet d'une incertitude fondamentale.

Ce qui peut sembler étonnant à l'issue d'une transition constitutionnelle, c'est que les acteurs se posent avant toute chose la question de la valeur des actes, avant de se demander quelle pouvait être l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait. Cela tient à ce que le gouvernement de droit fait systématiquement preuve de pragmatisme, en décidant s'il doit valider ou annuler la production normative de l'autorité sans titre et sous quelles conditions. La question des pouvoirs n'est jamais réglée clairement et vient toujours dans un second temps. Du reste, en tracer les frontières pose problème, dans la mesure où lui reconnaître un pouvoir illimité parce qu'aucune loi de compétence ne l'encadre apparaît dangereux politiquement et insatisfaisant juridiquement. Il faut pourtant concéder qu'en l'absence de délimitation claire de leurs compétences, les

¹⁴²⁷ Kelsen, par exemple, demeure dubitatif envers la notion de pouvoir, que son système implique de renvoyer au fait (la domination) pour se concentrer plutôt sur le devoir. Il envisage le « pouvoir d'État » avant tout dans sa subordination au droit au sein de l'ordre juridique (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 284). Il ne le nie pas, mais, comme le dit Carlos-Miguel Herrera, le pouvoir chez Kelsen « est dissous dans le droit » pour réapparaître « dans la technicité » (C.-M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p. 226-267). Sur ce point et, de manière générale, sur la notion de pouvoir, son utilité en droit constitutionnel et les difficultés qu'elle peut poser v. : R. VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V^e République*, [th. droit, Paris] 2021 [à paraître : Paris, IRJS Éditions, 2023], p. 474 sqq. et p. 477 sqq.

¹⁴²⁸ Burdeau fait état de cette dualité : « [L]e Pouvoir est, en effet, le siège d'une ambiguïté fondamentale qui résulte de ce que l'on ne peut séparer les deux plans sur lesquels il se présente à nous : le plan de l'histoire et le plan conceptuel [...]. Désignant à la fois l'autorité et celui qui en use, il respecte l'ambiguïté qui est l'essence même du phénomène » (G. BURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, Paris, PUF, 1979 (*La Politique éclatée*), p. 92. V. aussi, sur la notion de puissance chez Burdeau : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, op. cit., p. 104-105.

¹⁴²⁹ Maurice Hauriou le définit ainsi comme « une libre énergie de la volonté qui assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création de l'ordre et du droit » (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 14).

¹⁴³⁰ V. en ce sens M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 125 ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 9.

gouvernements de fait, ont recours au pouvoir constituant tout autant qu'à des actes de droit commun, que l'on peut qualifier de pouvoir instituant selon la notion théorisée par Arnaud Le Pillouer¹⁴³¹. Il n'en demeure pas moins que, souvent, ils font un effort pour distinguer les compétences qu'ils exercent d'un pouvoir de droit et ne légifèrent presque jamais, du moins formellement. Dès la Révolution, la certitude que le gouvernement sans titre exerce un pouvoir de fait se dégage. Il n'en demeure pas moins imprécis et difficilement déterminable par la suite. Les hommes politiques s'y sont essayés sous la Monarchie de Juillet, tout comme la doctrine à partir de la fin du XIX^e siècle. Le pouvoir instituant du gouvernement de fait demeure donc équivoque (**Section 1**). Au contraire, le pouvoir constituant fait l'objet d'un usage audacieux qui permet de mieux en cerner les contours : le gouvernement de fait y a recours tant pour se donner un cadre provisoire que pour préparer son entrée dans le droit (**Section 2**).

Section 1 Équivoques du pouvoir instituant

Le regard *a posteriori* jeté sur le gouvernement de fait comporte le plus souvent une certaine dose de suspicion, comme si une telle autorité n'avait pu émettre que des propositions normatives dont la performativité et la portée juridique dussent toujours être soumises au doute. Cette appréhension tient à ce qu'il est nécessaire au gouvernement de droit d'avoir une maîtrise sur les événements et sur le temps, en raison de l'absoluité de sa souveraineté ; ce qui peut alors s'apparenter à un réflexe de survie des autorités légales est récurrent à chaque période qui succède à un gouvernement de fait. En 1871, lorsque le député Amédée Lefèvre-Pontalis traite de la nécessité de déterminer le régime juridique des actes du gouvernement de la Défense nationale¹⁴³², il insiste sur le fait qu'il y a « un intérêt pratique à bien distinguer ce qui est permis et ce qui n'est pas permis à un gouvernement de fait... »¹⁴³³. Cet intérêt consiste à ne pas donner de blanc-seing à des autorités illégales, passées comme celles qui pourraient advenir. Toutefois, récurrence n'est pas synonyme de systématisation et Lefèvre-Pontalis met le doigt sur un problème aussi consubstantiel au gouvernement de fait qu'insoluble : quelles sont la nature et les limites des compétences qu'il exerce ?

Le propos du député montre qu'en 1871, malgré la longue expérience française des transitions constitutionnelles, il n'existait aucune de systématisation convaincante de l'utilisation, par les gouvernements de fait, de leurs compétences normatives. Au contraire, une tension perdue – récurrente depuis 1789 – entre le besoin du gouvernement de fait d'agir et la nécessité du gouvernement de droit qui lui succède d'établir des limites. Elle engendre nombre de questions pour la doctrine. Ferdinand Larnaude, lorsqu'il s'interroge sur la forme des actes du gouvernement de fait, examine

¹⁴³¹ A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes, op. cit., passim*, notamment p. 44 *sqq.*

¹⁴³² Cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 85.

¹⁴³³ JO, 16 juin 1871, p. 1387 (*précit.*).

aussi la nature et l'étendue de ses compétences : doit-il exercer son autorité conformément à la Constitution de l'État en dépit de l'illégalité de sa condition ou, du fait de cette illégalité, doit-il créer lui-même des conditions spécifiques à son action¹⁴³⁴ ? La pratique des gouvernements de fait comme les appréciations *a posteriori* dont ils font l'objet, attestent tant la nature incertaine de leur pouvoir instituant et des actes qui en résultent (§1), que les limites introuvables à l'étendue de leur champ d'action (§2).

§1. *Une nature incertaine*

Dès la Révolution, les gouvernements de fait prennent beaucoup de précautions dans l'exercice de leur pouvoir. Ils s'efforcent presque toujours de montrer qu'ils ont recours à un pouvoir anormal, exorbitant. Dans un premier temps, un tel constat permet de discerner une différence entre un pouvoir de fait, exercé dans la situation anormale et sans habilitation, et un pouvoir de droit, dont la compétence législative constitue le privilège exclusif (A). Dans un second temps, malgré cette prudence, le constat selon lequel le gouvernement se comporte en plénipotentiaire s'impose. Il en découle, à partir de la Monarchie de Juillet, des tentatives de réponses à une double inquiétude de la part des parlementaires et des cours de justice : pourquoi le gouvernement de fait exerce-t-il tous les pouvoirs et comment le justifier juridiquement sans attenter au pouvoir législatif ? (B).

A. *Le temps des distinctions : un pouvoir de fait identifiable dès la Révolution française*

Le phénomène légicentriste cristallise des interrogations autour de la dialectique entre nature des actes et compétence de l'organe qui les édicte. Devant l'abondante œuvre normative des révolutionnaires, il devient essentiel de catégoriser les attributions de chacun des organes de l'État. C'est pourquoi l'Assemblée nationale décide, dès le 9 juillet 1789, de différencier la législation constitutionnelle de la législation ordinaire, tout en s'octroyant la possibilité de recourir aux deux¹⁴³⁵. Émerge en parallèle une distinction entre les lois et les décrets, soit respectivement entre des compétences exercées au nom de la volonté générale et de la volonté particulière d'un organe constitué¹⁴³⁶. Les textes

¹⁴³⁴ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 477.

¹⁴³⁵ Cela est particulièrement net dans le discours de Jean-Joseph Mounier du 9 juillet 1789 : « Nous distinguerons, Messieurs, parmi les objets qui nous sont recommandés, ce qui appartient à la constitution, et ce qui n'est propre qu'à former des lois. Cette distinction est facile ; car il est impossible de confondre l'organisation des pouvoirs de l'État avec les règles émanées de la législation. Il est évident que nous devons nous considérer sous deux points de vue différents, en nous occupant du soin de fixer cette organisation sur des bases solides. Nous agissons comme constituants, en vertu des pouvoirs que nous avons reçus : en nous occupant des lois, nous agissons simplement comme constitués » (Rapport préparatoire à l'élaboration de la Constitution présenté par Jean-Joseph Mounier, *A.P.*, 8, 215).

¹⁴³⁶ Pour davantage de précisions sur la distinction lois-décrets, on peut se référer à M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, Paris, PUF, 1991 (*Les Grandes thèses du droit français*), p. 164 *sqq.* ; É. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Paris, Dalloz, 2021, p. 22 *sqq.*

constitutionnels de cette période apportent quelques précisions. La Constitution de 1791 précise ainsi à l'article 6 du chapitre consacré à l'exercice du pouvoir législatif que les décrets émanent du Corps législatif et ne deviennent des lois qu'une fois reçue la sanction royale¹⁴³⁷, à l'exception de certains décrets¹⁴³⁸. La différence tient au critère formel de l'origine de l'acte, c'est-à-dire selon que l'organe l'ait édicté dans les formes prévues : le Corps législatif seul (hors les formes prévues pour son organisation et pour les contributions) ou en réunion avec le Roi, capable d'exprimer la volonté générale¹⁴³⁹. La Constitution de l'an I (1793) établit elle-aussi une distinction entre loi et décrets, dont elle délimite plus précisément les domaines aux articles 53, 54 et 55¹⁴⁴⁰. C'est dorénavant la matière concernée qui détermine la nature de l'acte, non plus la qualité de l'organe qui l'édicte¹⁴⁴¹. La Constitution de l'an III (1795) semble de son côté en revenir à une distinction fondée sur l'auteur de l'acte : les lois sont les « résolutions du Conseil des Cinq-Cents, adoptées par le Conseil des Anciens » (article 92), tandis que sont appelés décrets des actes seulement émis par l'une ou l'autre chambre dans le texte¹⁴⁴². Ces classifications ne sont pas dénuées d'intérêt ici, dans la mesure où certains auteurs considèrent que la distinction organique de la loi et du décret s'applique également au gouvernement de fait¹⁴⁴³. Par sa nature même d'organe incapable d'exprimer la volonté générale, mais tout de même apte à agir au nom de l'État, il serait doté uniquement de la capacité d'édicter des décrets durant l'exercice de son pouvoir, non d'adopter des lois.

De telles catégorisations peuvent apparaître utiles pour ce qu'elles disent du gouvernement de fait d'un point de vue épistémologique. Elles permettent d'identifier les spécificités du pouvoir exercé dans des conditions normales – par des organes constitués, bornés juridiquement – et celui qui s'exerce anormalement, échappant à ces catégories. La dissociation entre un domaine de la loi qui serait inaccessible par nature

¹⁴³⁷ *Contra* : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Paris, Sirey, 1922, p. 399-400. Pour Carré de Malberg, le Roi ne prend aucune part effective à la puissance législative. Michel Troper réfute toutefois cette thèse : M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, p. 31.

¹⁴³⁸ Constitution des 3-4 septembre 1791, Titre III Chapitre III, Section III, articles 6, 7 et 8 (J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 53-54). Il s'agit des décrets émis sur les matières qui concernent l'organisation interne de l'Assemblée comme précisé à l'article 7 de la même Section, qui sont « exécutés comme lois », et des décrets relatifs au domaine des contributions qui portent l'intitulé de loi, en l'absence de sanction royale, selon l'article 8.

¹⁴³⁹ Une conception elle-même héritée de l'article 6 de la *DDHC* qui énonce que « [l]a loi est l'expression de la volonté générale ». Selon la Constitution de 1791, Titre III Chapitre III, Section III, articles 6, seuls « [l]es décrets sanctionnés par le roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures consécutives, ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de lois ».

¹⁴⁴⁰ Constitution du 6 messidor an I (24 juin 1793), articles 53 à 55 (J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 86-87).

¹⁴⁴¹ En ce sens : M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, *op. cit.*, p. 166 *sqq.* et p. 216 *sqq.*

¹⁴⁴² Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), art. 92 (J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 113). V. également R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 24. En pratique, la Constitution de 1795 n'est pourtant pas exempte d'ambiguïtés quant à la nature de la fonction législative : M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, *op. cit.*, p. 201 *sqq.*

¹⁴⁴³ Il est question de cette interprétation et de son appréciation contestable en aval : *cf. infra*, p. 352 *sqq.*

au gouvernement de fait – au sens où la compétence législative désigne une capacité d’incarner la volonté générale – et un domaine qui lui serait propre offre alors les outils pour dessiner une frontière entre un pouvoir exercé de droit et un pouvoir exercé de fait¹⁴⁴⁴. Cette dichotomie entre ce qui relève du cadre constitutionnel normal et le pouvoir *de facto* se manifeste tout particulièrement dans l’œuvre normative du gouvernement révolutionnaire de 1793.

Par le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), la Convention opère une distinction entre deux types de lois : les révolutionnaires et les autres¹⁴⁴⁵. Cette typologie n’est pas seulement lexicale, puisque des procédures différentes de surveillance et d’exécution sont prévues¹⁴⁴⁶. Promulgué alors que la Constitution de l’an I a été suspendue le 10 octobre 1793, ce décret est une manifestation normative de la théorie du gouvernement révolutionnaire¹⁴⁴⁷. S’il ne définit pas la loi révolutionnaire, il démontre tout de même une volonté de différencier les compétences normatives propres au gouvernement constitutionnel – qui connaît une répartition relativement claire entre lois et décrets¹⁴⁴⁸ – et la législation spécifique du gouvernement de fait¹⁴⁴⁹. La loi révolutionnaire, propre au pouvoir de fait, apparaît toutefois une catégorie d’acte indéfinie et vague¹⁴⁵⁰. Elle semble seulement guidée par les circonstances et la volonté nue de l’autorité habilitée à l’édicter. De plus, le propre de cette habilitation repose sur une auto qualification, puisque l’autorité est dénuée de titre et s’arroge elle-même le pouvoir (particulièrement lorsqu’il s’agit d’un gouvernement révolutionnaire comme dans le cas du comité de Salut public). Faut-il en conclure que le gouvernement révolutionnaire est nécessairement la mesure même de sa propre puissance ? *A minima*, on peut constater que la législation révolutionnaire s’impose comme l’outil de ce

¹⁴⁴⁴ Dans le sens dégagé en introduction de ce propos : cf. Introduction, p. 44 et n. 123.

¹⁴⁴⁵ Décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), section II, article 1 (*A.P.*, 1, 80, 630, 2). Plus largement, v. pour une étude complète de la loi révolutionnaire : S. MARLOT, *Les lois révolutionnaires. 11 août 1792 – 22 prairial an II. La codification du salut public*, [th. droit, Paris] 2009, *passim*.

¹⁴⁴⁶ En ce sens : P. MAUTOUCHET, *Le gouvernement révolutionnaire (10 août 1792-4 brumaire an IV)*, Paris, Edouard Cornély, 1912, p. 51-56 ; v. également : A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 18 *sqq.*

¹⁴⁴⁷ Sur la théorie du gouvernement révolutionnaire et les événements mentionnés : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 109 *sqq.*

¹⁴⁴⁸ Le décret du 14 frimaire an II distingue bien entre les lois et les décrets : *A.P.*, 1, 80, 630, 2.

¹⁴⁴⁹ La réflexion inhérente autour du pouvoir de fait n’est pas le propre de la Révolution ou de la Convention, mais elle y occupe une place importante. Il convient toutefois de noter que certains auteurs comme Beccaria, dissocient le « pouvoir de fait » du « pouvoir de droit » en les répartissant de part et d’autre de la frontière constituée par l’état de société, pour simplifier : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Chez Martin et Veuve Gauthier, 1794, p. 7.

¹⁴⁵⁰ Jean d’Andlau précise dans sa thèse que c’est avant tout l’application rapide de la volonté de la Convention qui préside la logique de la loi révolutionnaire, « dans un contexte où les mesures, aussi fortes que peu précises, se multiplient au risque d’être mal ou peu mises en application » : J. D’ANDLAU, *Fonder la République par la loi : Le Comité de législation de la Convention nationale. 1792-1795*, [th. droit, Lille] 2021, p. 276 *sqq.* et p. 282 pour la citation. Cela n’empêche pas Samuel Marlot d’en entreprendre une typologie, bien qu’il conçoive que les lois révolutionnaires sont difficilement interprétables en droit. Il demeure néanmoins qu’elles permettent, pour l’auteur, d’élaborer une définition juridique de la Terreur : S. MARLOT, « Les lois révolutionnaires. La systématisation de la Terreur (1793-1794) », *Jus Politicum*, t. 26, 2021 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Les-lois-revolutionnaires-La-systematisation-de-la-Terreur-1793-1794-1419.html>]. Consulté le 20/09/2022], n.p., *passim*.

gouvernement pour transformer la société et le droit. Cela transparait bien dans le discours de ses thuriféraires en 1792-1793, qui font de ce type d'actes normatifs une nécessité pour faire advenir le gouvernement de droit.

Chaque gouvernement révolutionnaire peut ainsi trouver dans ce procédé un moyen efficace d'exercer son pouvoir. Toutefois, son utilisation est plus ou moins assumée, si bien que tous les gouvernements de fait ne prétendent pas recourir à la loi révolutionnaire. Si le gouvernement de fait exerce tout à la fois des prérogatives législatives et réglementaires, il s'emploie à ne pas promulguer formellement de « lois », se cantonnant à des actes qui n'en portent pas l'intitulé. La plupart du temps toutefois, car certains gouvernements de fait, tel le Consulat provisoire sous l'égide de Napoléon Bonaparte en 1799, n'ont pas pris cette peine. En effet, les Consuls provisoires ont promulgué quelques lois, à commencer par celle du 19 brumaire an VIII qui abolit l'exécutif et les Chambres pour les remplacer par des organes provisoires¹⁴⁵¹. Le Consulat provisoire constitue cependant l'un des rares gouvernements de fait français à procéder ainsi et cantonne les actes formellement intitulés « loi » à ceux qui associent les Chambres à la prise de décision, pour conserver l'apparence délibérative de la loi. Pour le reste, il a édicté essentiellement des « arrêtés ».

Il est néanmoins des gouvernements de fait qui refusent de considérer qu'ils n'exercent qu'un pouvoir de fait. En 1815, les gouvernements de restauration de Napoléon lorsqu'il conquiert Paris durant les Cent-Jours ou de Louis XVIII en exil à Gand à la même époque affirment tous deux exercer un pouvoir qui leur revient de droit, c'est-à-dire ici légitimement. Napoléon, dès le 1^{er} mars 1815 dans sa proclamation aux Français, énonce qu'il vient « reprendre [s]es droits »¹⁴⁵², de même que, depuis Gand, Louis XVIII prétend bien « exercer dans toute leur étendue les droits de [sa] puissance royale », lorsqu'il défend à ses sujets d'obéir à l'usurpateur dans une ordonnance du 23 mars 1815¹⁴⁵³. Le cas du gouvernement de Louis XVIII apparaît plus singulier. Gouvernement de droit pour les royalistes qui l'ont suivi à Gand, il n'en demeure pas moins un gouvernement en exil, sans assise territoriale et produisant un ersatz de droit promulgué dans le *Journal universel* publié à Gand¹⁴⁵⁴. De fait, bien qu'il légifère par ordonnances, il est contraint de concéder que ses sujets se trouvent « sous la domination de Napoléon Buonaparte »¹⁴⁵⁵. Le droit qu'il a produit ne devient vraiment effectif qu'après la chute de l'Empereur et le retour du Roi en France. Les ordonnances promulguées à Gand sont dès lors considérées rétroactivement comme le droit qui aurait dû être appliqué¹⁴⁵⁶. Ainsi, apprécier le pouvoir du gouvernement en exil ne peut se faire

¹⁴⁵¹ Duvergier, 1, 12, 1.

¹⁴⁵² Duvergier, 1, 19, 445.

¹⁴⁵³ Duvergier, 1, 19, 442.

¹⁴⁵⁴ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 125 *sqq.*

¹⁴⁵⁵ Ordonnance du 23 mars 1815 (*Ibid.*).

¹⁴⁵⁶ Pour une application concrète en droit pénal : cf. Partie II – Titre II – Chapitre 1, p. 391 *sqq.*

qu'*ex post*, puisque s'il ne restaure ou n'instaure jamais son pouvoir, sa production normative n'aura jamais eu une effectivité sérieuse.

Dans le même temps, Napoléon est plus prudent. Il se garde bien de légiférer formellement et semble avoir à cœur de respecter les catégories normatives en n'émettant que des *décrets* et ce, jusqu'à ce qu'il soit renversé, donc même après la promulgation de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire¹⁴⁵⁷. Le fait que Napoléon ne promulgue pas formellement de lois paraît confirmer un principe qui s'affermi : le pouvoir législatif est réservé à la situation normale, c'est-à-dire exercé par les organes constitués selon les formes prévues par la Constitution. L'Acte additionnel prévoit, en effet, que « [l]e pouvoir législatif est exercé par l'empereur et par deux Chambres » (article 2)¹⁴⁵⁸. Ainsi, tant que les Chambres ne sont pas réunies, Napoléon s'abstient de promulguer des lois. Ressort donc, en définitive, la spécificité d'un pouvoir de fait, qui n'est pas de la même nature et ne peut s'exercer dans les mêmes conditions que le pouvoir de droit. L'autorité sans titre essaie de convaincre qu'en dépit d'un pouvoir différent, elle exerce tout de même des compétences qui ressemblent à celles du gouvernement de droit, lui permettant, par conséquent, d'édicter des normes, certes provisoires, mais obligatoires.

Passée cette période, les gouvernements de fait qui se succèdent évitent de recourir formellement à la loi. En 1815, la Commission provisoire de la Chambre des députés présidée par le duc d'Otrante qui succède aux Cent-Jours n'a recours qu'à des « arrêtés ». En 1830, les députés organisent le gouvernement provisoire par un « acte »¹⁴⁵⁹ et les mesures de la Commission municipale sont libellées sous les termes d'actes ou d'arrêtés. Même un gouvernement comme celui de 1848, révolutionnaire s'il en est, indexe sa rhétorique sur l'idée qu'il exerce un pouvoir provisoire sans usurper les prérogatives législatives, sans même recourir au terme de loi révolutionnaire. Dans une déclaration de février 1848 qui a vocation à traiter de l'impôt, le gouvernement de fait exprime l'un des fondements de sa conception du pouvoir, en partant du principe que « tout système nouveau de politique doit se résumer dans un nouveau système de crédit et d'impôt »¹⁴⁶⁰. Cependant, prudent du point de vue normatif, il précise :

« Mais il croît de son devoir le plus rigoureux de rappeler aux citoyens que tout système d'impôt ne saurait être décidé par un gouvernement provisoire ; qu'il appartient aux délégués de la nation tout entière de juger souverainement à cet égard ; que toute autre conduite impliquerait de sa part la plus téméraire usurpation »¹⁴⁶¹.

Le gouvernement entend bien se placer sur le champ du provisoire et ne pas exercer des prérogatives qui relèvent normalement du gouvernement de droit. La distinction repose

¹⁴⁵⁷ L'Acte additionnel, rédigé en grande partie par Benjamin Constant, est adopté par Napoléon le 22 avril 1815, publié le lendemain et promulgué le 1^{er} juin à l'issue des résultats du plébiscite.

¹⁴⁵⁸ *Duvergier*, 1, 19, 482.

¹⁴⁵⁹ Acte du 29 juillet 1830 (*Duvergier*, 2, 30, 82).

¹⁴⁶⁰ *Moniteur universel*, 1^{er} mars 1848, p. 519.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

avant tout sur une argumentation de la justification – et certains auteurs ne manquent d'ailleurs pas de souligner que le gouvernement oublia en grande partie les règles qu'il avait lui-même posées¹⁴⁶². Pour autant, le Gouvernement provisoire de février 1848 fonctionne formellement par décrets, arrêtés ou déclarations mais, même lorsqu'il empiète manifestement sur le domaine législatif, il ne promulgue jamais de lois. De même, Louis-Napoléon Bonaparte est plus prudent que son oncle. Entre son coup d'État et l'entrée en vigueur de la Constitution décennale, il n'émet que des décrets. Le gouvernement de la Défense nationale entre septembre 1870 et février 1871 procède de même, tout comme le gouvernement révolutionnaire de la Commune de Paris, qui exerce son pouvoir *via* des décrets ou des arrêtés¹⁴⁶³. Dans le même esprit, les autorités provisoires de la France libre manifestent un important souci de formalisme eu égard à leurs actes. L'ordonnance du 12 novembre 1940 dissocie formellement entre les actes qui ont « force de loi » qui sont nommés « ordonnances » et les dispositions qui ont « force d'actes réglementaires ou d'exécution », appelés décrets¹⁴⁶⁴. De plus, la production normative de la France libre connaît une différenciation procédurale, entre les ordonnances ayant force de loi et les décrets qui ont force réglementaire, consacrée par l'ordonnance du 24 septembre 1941 créant le Comité national français¹⁴⁶⁵. On peut aussi noter que l'ordonnance du 2 octobre 1943 détermine un champ d'application spécifique aux ordonnances, différent de celui des décrets. Émilien Quinart voit dans ces mesures une volonté de formalisme qui traverse la France libre, par l'entremise de différenciations nominale, procédurale, hiérarchique et matérielle de ses actes¹⁴⁶⁶. Il évoque même l'ébauche d'une différenciation « quasi-organique » dans l'exercice des fonctions de législation¹⁴⁶⁷. Le GPRF continue de recourir à des ordonnances et non des

¹⁴⁶² M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 86 : « Sans doute, dans la suite, il oubliera quelque peu les règles essentielles qu'il avait si bien définies : aussi, à la séance de l'Assemblée du 8 mai 1848, le député de gauche Barbès éleva-t-il une protestation vigoureuse "au nom du peuple, contre une foule d'actes qui ont été faits par ce gouvernement" ».

¹⁴⁶³ Force est de constater que ces deux gouvernements de fait ne s'interdisent absolument pas, matériellement, de légiférer, bien qu'ils ne promulguent pas de lois. M. Taillefer, le rapporteur de la commission d'examen des actes du gouvernement de la Défense nationale ne manque d'ailleurs pas de remarquer à quel point il est difficile, sinon impossible, de faire le tri entre les décrets qui ont une nature législative et les autres : *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances. Annexes*, t. 8, annexes, projets de lois, propositions et rapports, 1872, p. 313.

¹⁴⁶⁴ Art. 1^{er} de l'Ordonnance du 12 novembre 1940 *précisant les conditions dans lesquelles seront prises les décisions du Chef des Français libres* (JOFL, 10 février 1941, p. 7).

¹⁴⁶⁵ JOFL, 14 octobre 1941, p. 41. L'ordonnance prévoit une procédure différente pour les ordonnances : elles sont bien des « dispositions de nature législatives », mais doivent être délibérées en Comité Nationale, signées et promulguées par le chef des Français libres et « certifiées conformes » par un ou plusieurs des Commissaires nationaux. En outre, elles seront « dès que possible, soumises à la ratification de la représentation nationale. V. pour davantage de détails : E. CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *loc. cit.*, p. 524-525. On peut noter, en outre, le soin de la France libre de ne pas recourir à la notion de loi pour légiférer matériellement est encore plus manifeste (et tranche avec le régime de Vichy qui ne prend pas cette peine).

¹⁴⁶⁶ É. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, *op. cit.*, p. 168-171.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 172-173. Cette distinction presque organique tient à ce qu'il existe une Assemblée consultative provisoire dont les avis ne s'imposent pas juridiquement au gouvernement, mais doivent obligatoirement être recueillis pour l'élaboration de certaines ordonnances d'importance. Ainsi, « [l]es ordonnances les plus

lois, ce qui n'est pas anodin pour Maurice Duverger, car la différence des termes traduit une déférence envers la doctrine selon laquelle la « loi est l'expression de la volonté générale »¹⁴⁶⁸. Pour l'auteur, derrière cette déférence, se cache aussi l'idée que les ordonnances auraient un caractère provisoire et que le GPRF en aurait pleinement conscience¹⁴⁶⁹. Le fait que seules les Assemblées constituantes promulguent des lois (hors cadre constitutionnel s'entend) tend à prouver que le terme formel est réservé à l'édition de normes générales dans une situation constitutionnelle normale et délibérative. Le gouvernement de fait aurait alors, la plupart du temps, conscience d'exercer un pouvoir provisoire.

Par exception, depuis 1815, seul le gouvernement de Vichy a allégrement légiféré sans aucune précaution sémantique, formelle ou matérielle. Cela tient à ce que les gouvernants considéraient leur pouvoir autant légal que légitime ; leur aptitude à en user ne faisait donc que peu de doutes pour eux. La progressive captation du pouvoir législatif dans les mains mêmes du gouvernement contribue à la confusion normative sous Vichy. Elle atteint son paroxysme avec l'Acte Constitutionnel n° 12 du 16 novembre 1942 qui prévoit : « [h]ors les lois constitutionnelles, le chef du gouvernement pourra, sous sa seule signature, promulguer les lois ainsi que les décrets »¹⁴⁷⁰. Cela n'est sans doute pas étranger au fait que beaucoup d'institutions le considèrent encore comme une usurpation¹⁴⁷¹, ni au fait que la France libre ait cherché à prendre le contrepied de Vichy en manifestant un souci de formalisme¹⁴⁷². Ainsi, outre quelques exceptions, la précaution prise par les gouvernements de fait traduit une dichotomie assumée par eux entre un pouvoir de fait et un pouvoir de droit, exercés respectivement par les gouvernements éponymes.

La séparation des pouvoirs peut donc s'entendre aussi comme une séparation entre pouvoir de fait et de droit. Cette distinction demeure tributaire des relations entre légalité et légitimité. Tant que prime la légitimité, le pouvoir de droit est le mètre étalon du gouvernement légitime, tandis que le pouvoir de fait incombe nécessairement à l'usurpateur. Comme le rappelle Simone Goyard-Fabre, « pour que le Pouvoir corresponde au *droit* de gouverner, il faut qu'il se distingue, à raison de sa *légitimité*, du simple fait du gouvernement »¹⁴⁷³. Or, ces représentations du couple légalité-légitimités

importantes sont soumises à une délibération quasi-parlementaire, laquelle s'impose politiquement au Gouvernement ».

¹⁴⁶⁸ V. en ce sens : M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 97.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ *JO*, 19 novembre 1942, p. 3833.

¹⁴⁷¹ L'Acte constitutionnel n° 1 est sans ambiguïté à ce sujet : « Le chef de l'État français a la plénitude du pouvoir gouvernemental » et, à ce titre, « exerce le pouvoir législatif, en conseil des ministres » jusqu'à « la formation de nouvelles Assemblées » (*JO*, 12 juillet 1940, p. 4517). L'exemple le plus fameux d'une utilisation du pouvoir législatif par le gouvernement de fait demeure la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs (*JO*, 18 octobre 1940, p. 5323).

¹⁴⁷² É. QUINART, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, *op. cit.*, p. 172-173.

¹⁴⁷³ S. GOYARD-FABRE, *Philosophie politique. XVII^e-XX^e siècle : modernité et humanisme*, Paris, PUF, 1987, p. 217.

en droit politique évoluent durant le XIX^e siècle et du moment que le gouvernement de fait n'est plus assimilé à l'usurpateur, pouvoirs de fait et de droit se placent non plus de part et d'autre de la légitimité, mais découlent de l'existence d'une attribution constitutionnelle. En conséquence, le pouvoir de fait qui incombe au gouvernement éponyme n'est plus uniquement réduit à l'exercice illégitime de la force mais, comme le démontre l'idée même de législation révolutionnaire, il se pare des apparences de la légalité. Reste à savoir si cette apparence de légalité dont cherche à se prévaloir le gouvernement de fait suffit à faire de lui un miroir – déformé – du gouvernement de droit et si cette fiction peut résoudre l'épineux problème de la confusion des pouvoirs dans les mains du gouvernement.

B. Le temps des confusions : fiction et captation des pouvoirs

Il paraît clair que si le gouvernement de fait ne bénéficie pas de pouvoirs identiques à celui d'un gouvernement de droit – tout du moins il cherche systématiquement à s'en dissocier –, la nature propre de ses attributions demeure obscure. Du point de vue sémantique, la capacité à édicter des actes légaux semble lui échapper (Ferdinand Larnaude emploie le terme « extra-légaux »¹⁴⁷⁴), mais on peut se demander s'il a la capacité d'émettre des actes qui en ont l'apparence. Et, si tel est le cas, la classification et la hiérarchie perdurent-elles ? Ces questions, la doctrine, mais aussi les acteurs, se les posent. D'abord, dans les débats parlementaires de 1831, le gouvernement de fait est comparé au gouvernement de droit, en ce que, dès lors qu'il revêtirait une apparence de légalité, cela lui conférerait la compétence d'édicter des lois. Une telle théorie extensive des pouvoirs, poussée dans ses retranchements, conduit parfois à faire du concept de gouvernement de fait une fiction juridique, ce qui semble pourtant inadapté (1). Toutefois, face à la pratique des gouvernements qui ne se privent pas d'empiéter sur le domaine de la loi, la confusion des pouvoirs législatif et exécutif n'apparaît tolérable que par un « trucage » juridique, particulièrement visible dans certaines décisions de justice de la fin du XIX^e siècle (2).

1. Apparence de légalité et compétence normative : l'avis des parlementaires sous la Monarchie de Juillet

Les années 1830 sont charnières pour le concept de gouvernement de fait : la légitimité politique est écornée, l'usurpation regardée avec davantage de suspicion et la question se pose de savoir si les actes du gouvernement sans titre ne doivent pas faire l'objet d'une validation, eu égard à sa nature même d'organe de l'État. Sur ce dernier point, les débats de 1831 concernant la nature des actes du gouvernement des Cent-Jours touchent aussi à l'étendue des compétences dont il peut se prévaloir. Le député François

¹⁴⁷⁴ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 477. Larnaude considère également que les gouvernements de fait réunissent dans leurs mains les pouvoirs législatif et exécutif (*ibid.*, p. 478).

Mauguin, pour qui la légitimité politique conditionne l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait, n'hésite pas ainsi à sous-entendre qu'un gouvernement qui repose sur le « vœu national », qu'il soit de fait ou de droit, dispose de prérogatives équivalentes¹⁴⁷⁵. Bien sûr, l'argument n'est pas neutre, car l'enjeu de son discours consiste à rapprocher les Cent-Jours de la Monarchie de Juillet pour promouvoir le principe de souveraineté nationale et discréditer le droit divin¹⁴⁷⁶. Sans passer par la légitimité, Dupin aîné en arrive à des conclusions similaires. Dès le 15 septembre, il affirme dans l'hémicycle que « ce qu'un gouvernement a fait, le gouvernement suivant a pu le faire avec une égale puissance »¹⁴⁷⁷. Il entend convaincre, comme il le répète le lendemain, que le gouvernement, fût-il de fait ou de droit, bénéficie de prérogatives relativement similaires du moment que son effectivité ne fasse aucun doute et qu'il soit étayé par « l'assentiment général »¹⁴⁷⁸. Il est ainsi absurde, ajoute-t-il, que les Bourbons aient prétendu régner de l'étranger : ce serait méconnaître de manière flagrante la « puissance des faits accomplis »¹⁴⁷⁹. Légitimité politique d'un côté, effectivité de l'autre, Mauguin et Dupin se retrouvent sur leur manière d'envisager les pouvoirs du gouvernement de fait. Du moment qu'il semble doté d'une apparence de légalité – une quasi-légalité pourrait-on dire¹⁴⁸⁰ –, ses compétences sont proches de celle d'un gouvernement légitime. Odilon Barrot partage cet avis, évoquant un « gouvernement régulier, reconnu, établi » bref, « un gouvernement de fait »¹⁴⁸¹. S'il remplit tous les critères, un tel gouvernement est considéré comme *régulier* ; cette régularité conduisant, pour l'orateur, à une performativité nécessaire des actes et, par conséquent, à des pouvoirs similaires à ceux d'un gouvernement légitime. L'apparence de légalité suffirait donc au gouvernement pour se prévaloir de larges prérogatives juridiques.

La radicalité apparente de ces avis – un gouvernement de fait plénipotentiaire pour la seule raison qu'il aurait l'apparence du pouvoir légal – est cependant à minorer. Tout d'abord, elle s'explique par le contexte, car les tenants de la doctrine du gouvernement de fait ont la volonté de combattre les opinions royalistes et le primat de la légitimité monarchique sur la puissance potentielle du gouvernement. Ensuite, une telle doctrine n'est pas affirmée aussi clairement : l'objectif des auteurs qui ont une conception extensive des prérogatives du gouvernement de fait est avant tout d'insister sur la validité de ses actes¹⁴⁸². Enfin, les débats dont il est question ont lieu plus de quinze ans après les faits (ils concernent les Cent-Jours). Ce laps de temps permet aux hommes politiques d'accepter plus facilement l'étendue des pouvoirs exercés par le gouvernement. Pour

¹⁴⁷⁵ *Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1590.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.* : « Quelle différence cependant entre le gouvernement de droit de Gand et le gouvernement de fait des Cent Jours ; et sous Louis-Philippe on reconnaît ce qui a été fait par le droit divin, et on annule ce que le gouvernement national de fait des Cent Jours a exécuté. On ne s'aperçoit pas que l'on s'aperçoive ainsi le principe de notre Gouvernement ».

¹⁴⁷⁷ *Moniteur universel*, 16 septembre 1831, p. 1589.

¹⁴⁷⁸ *Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1605.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ Sur ce terme : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 67 *sqq.*

¹⁴⁸¹ Lors de la séance du 16 septembre (*Moniteur universel*, 17 septembre 1831, p. 1606, *précit.*).

¹⁴⁸² Cf. les développements : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 290 *sqq.*

autant, au-delà des débats de 1831, lorsque le gouvernement de fait est appelé le « gouvernement légal », comme le fait Adolphe Thiers devant la Chambre des députés le 1^{er} juin 1836¹⁴⁸³, cela signifie qu'il est le gouvernement effectif et nécessaire. Certes, un tel usage est avant tout politique dans la bouche du président du Conseil, puisque Thiers l'emploie alors pour défendre le gouvernement contesté d'Isabelle en Espagne¹⁴⁸⁴. Toutefois, ce discours comporte des conséquences juridiques très fortes, car l'assimilation du gouvernement de fait au gouvernement légal sous-entend que le premier se voit doté de prérogatives équivalentes à celles du second. C'est d'ailleurs pourquoi ces propos ont pu choquer, montrant donc qu'une telle équivalence n'allait pas forcément de soi¹⁴⁸⁵.

Une telle doctrine du gouvernement de fait inspire sans doute Ferdinand Larnaude qui énonce, dans son étude de 1921, que « [l]es actes fait par les gouvernements de fait généraux, présentant les caractères que nous allons déterminer, sont aussi valablement accomplis que ceux qui émanent des pouvoirs réguliers »¹⁴⁸⁶. Cet argument d'un quasi-statut *de jure* du gouvernement illégal fondé sur l'analogie avec le gouvernement légal rappelle la théorie de l'apparence propre au droit privé. Elle signifie que « la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité »¹⁴⁸⁷. L'application de certains critères de similarité entre les gouvernements de fait et de droit conduirait alors à une production d'effets sur le réel : la possession du pouvoir, en ce sens, vaudrait apparence de légalité qui, elle-même, induirait une pleine compétence législative. De ce constat, tout semble porter à croire que le gouvernement de fait est employé comme une fiction juridique¹⁴⁸⁸. Pour rappel,

¹⁴⁸³ *Moniteur universel*, 2 juin 1836, p. 1284.

¹⁴⁸⁴ Thiers cherche à justifier le droit au trône d'Isabelle dans les bouleversements gouvernementaux que connaît l'Espagne durant la Première Guerre carliste (*cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 233).

¹⁴⁸⁵ Lors de la séance à la Chambre des pairs du 9 janvier 1837, soit six mois environ après les propos de Thiers, le marquis Scipion de Dreux-Brézé s'exprime en ces termes : « Le gouvernement de fait, dit-on aujourd'hui, est le gouvernement légal ; vous serez donc, si vous êtes conséquent, l'allié de la république dans le cas où elle viendrait à être proclamée ? À ce mot, je le sais, MM. Les ministres ne manqueront pas de réclamer qu'ils réprouvent, qu'ils repoussent la république. Mais l'Angleterre, dont la politique est moins scrupuleuse, aura fondé d'avance son influence et son crédit sur le nouveau gouvernement de fait, quel qu'il soit, qui pourrait s'établir » (*Moniteur universel*, 10 janvier 1837, p. 52).

¹⁴⁸⁶ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 474.

¹⁴⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v^o Apparence, p. 71. Sur la théorie de l'apparence en droit privé, v. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, p. 9 *sqq.*

¹⁴⁸⁸ Sur les fictions, v. notamment deux colloques consacrés à la question : *Les fictions en droit : actes du colloque intitulé « Les artifices du droit : les fictions »*, éd. A.-B. CAIRE, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2015, *passim* et *Les présomptions et les fictions en droit*, éd. C. PERELMAN, P. FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1974, *passim*. V. aussi, de manière non exhaustive : Y. THOMAS, *Les opérations en droit*, Paris, 2011, p. 133 *sqq.* ; M. XIFARAS, « Fictions juridiques : remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Zinbun*, t. 43, 2011, p. 87-146 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code Civil de 1804*, Leiden, Brill, 2008, p. 359-373 ; J. BART, « *Fictio juris* », *Littératures classiques*, t. 40, 2000, p. 25-33 ; F. ROUMY, *L'adoption dans le droit savant du XII^e siècle au XVI^e siècle*, Paris, LGDJ, 1998, p. 120 *sqq.*, particulièrement p. 120-121 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997 (*Bibliothèque de droit privé*), *passim* ; Y. THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, t. 21, 1995, p. 17-63.

la fiction consiste à « faire comme si », c'est-à-dire « à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit »¹⁴⁸⁹. En niant la vérité, tout en se présentant comme telle, la fiction entretient des rapports consubstantiels avec l'apparence¹⁴⁹⁰. Les deux consistent à tenir consciemment le mensonge pour vrai. Si les parlementaires précédemment cités semblent faire usage du procédé de la fiction, ce mensonge reposant sur une « vérité fausse » qui heurte la réalité juridique¹⁴⁹¹, cela n'a rien d'étonnant. La notion de gouvernement de fait à cette époque balance entre assimilation à l'usurpation d'un côté et à un organe de l'État de l'autre, deux définitions radicalement différentes. Ainsi, voir en lui quelque chose qui ressemble à un gouvernement de droit pouvait clairement apparaître comme une fausse vérité, juridiquement nécessaire.

L'ambiguïté qui en résulte concerne justement les conséquences sur ses pouvoirs, puisque le propre du gouvernement de droit est d'être limité par des normes constitutionnelles supérieures, ce que ne connaît pas le gouvernement de fait qui se comporte, la plupart du temps, avec le sentiment de bénéficier de larges pouvoirs. Par exemple, le 4 mai 1848, lorsque Dupont de l'Eure vient remettre à l'Assemblée nationale constituante le pouvoir qu'exerçait, *de facto*, le gouvernement issu de la révolution de février, il n'hésite pas à affirmer : « le moment est arrivé pour le gouvernement provisoire de déposer entre vos mains le *pouvoir illimité* dont la révolution l'avait investi »¹⁴⁹². Quelles seraient alors les normes limitant le gouvernement de fait, si tant est qu'elles existent ? Face à cette fissure dans la logique juridique, toute application absolue d'une fiction de légalité paraît contre-intuitive. En effet, la pérennité du système juridique ne pourrait tolérer que le concept de gouvernement de fait soit employé comme une fiction juridique. La fiction n'est rien d'autre qu'une métaphore qui vise à interpréter tant bien que mal le réel pour plier une situation juridique dans un sens souhaité. En somme, comme le dit Frédéric Rouvière, « une greffe sur le terreau des concepts juridiques » dont elle perturbe la compréhension. L'économie intellectuelle qu'elle permet en amont, ajoute le professeur de droit, « se paye en aval par la nécessité d'en circonscrire la portée », sous peine de conséquences absurdes ou de dérives¹⁴⁹³. À ce titre, la dérive consisterait alors à faire tenir le faux pour vrai, c'est-à-dire à abattre la barrière et considérer que le gouvernement de fait est, par nature, un gouvernement de droit. Or, c'est une conséquence qu'aucun juriste ne souhaitait. Elle a d'ailleurs été soutenue sans emporter l'adhésion du juge dans un arrêt du Conseil d'État du 25 janvier 1832, *Méaulle*.

¹⁴⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Fiction, p. 458. Frédéric Rouvière définit la fiction comme « un procédé dérogatoire de mise en œuvre extensive des qualifications par postulation des éléments de fait nécessaires à leur application » : F. ROUVIÈRE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *Les fictions en droit...*, *op. cit.*, p. 88 (souligné par l'auteur).

¹⁴⁹⁰ D. COSTA, « Apparence, fiction et présomption juridique », *Juge et apparence(s). Acte du colloque des 4 et 5 mai 2009*, Toulouse, PUT, 2010, p. 133-149, notamment p. 137 *sqq.* Pour une critique de la fiction comme discours du faux : S. GOLTZBERG, « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? », *Les fictions en droit...*, *op. cit.*, p. 103-118.

¹⁴⁹¹ D. COSTA, « Apparence, fiction et présomption juridique », *loc. cit.*, p. 135.

¹⁴⁹² *Moniteur universel*, 5 mai 1848, p. 946.

¹⁴⁹³ F. ROUVIÈRE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *loc. cit.*, p. 88. Plus largement, pour une critique du recours à la fiction juridique, v. l'article intégral : *ibid.*, p. 83-101.

Le maître des requêtes Athanase Germain, remplissant les fonctions de « ministère public » qui correspondent aux attributions de l'actuel rapporteur public¹⁴⁹⁴, considère que le gouvernement des Cent-Jours « a pu faire des lois et des décrets », car le gouvernement de fait peut agir « tout aussi valablement » qu'un gouvernement de droit¹⁴⁹⁵. Le Conseil d'État ne revient malheureusement pas sur ce point dans la décision, mais il rejette les conclusions et la solution préconisée par Germain. Par ailleurs, les décisions qui suivent sont bien plus mesurées. En usant d'une fiction, le juge assimile toujours de manière très restrictive le gouvernement de fait au gouvernement de droit, c'est-à-dire sans en pousser la logique jusqu'au bout, puisqu'elle n'emporte pas de conséquences sur l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait.

Le plus simple pour faciliter le travail du juge reste que le constituant ait recours à la fiction à sa place. Louis-Napoléon Bonaparte procède ainsi, si bien que la Constitution du 14 janvier 1852 prévoit que « [l]es décrets rendus par le président de la République, à partir du 2 décembre jusqu'à cette époque, auront force de loi »¹⁴⁹⁶. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1855, *Turrel et autres*¹⁴⁹⁷, le juge civil n'a plus qu'à reprendre la fiction au constituant et à reconnaître « légaux et obligatoires *comme loi*, les décrets rendus par le président de la République, à partir du 2 décembre 1851, jusqu'au jour de la mise en vigueur de la Constitution de 1852 »¹⁴⁹⁸. Dans tous les cas, que le législateur ou le constituant se prononce ou que ce soit le juge qui ait directement recours à la fiction, on ne peut guère en tirer de conclusion sur les compétences réelles dont disposait le gouvernement de fait. La fiction s'applique tout au plus à propos de la valeur de ses actes, envisagés *comme si* leur nature était législative. Il paraît dès lors impropre de considérer que le terme de gouvernement de fait puisse être usité comme une fiction juridique, dans la mesure où cela serait loin de résoudre la question de l'étendue de ses pouvoirs. D'ailleurs, face au constat de la captation des pouvoirs législatif et exécutif, réunis dans les mains de l'autorité, la jurisprudence a recours à une autre fiction pour préserver la sphère législative des mains du gouvernement de fait tout en prenant en compte qu'en pratique, il ne se prive pas d'émettre des actes à portée générale.

2. *Confusion des pouvoirs et intangibilité du domaine législatif : une doctrine jurisprudentielle à la fin du XIX^e siècle ?*

Selon le constat qui a été posé, le gouvernement de fait ne se préoccupe guère de séparer ses actes législatifs de ses actes réglementaires, bien qu'il s'emploie généralement

¹⁴⁹⁴ Sur ce point, cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 70, n. 223.

¹⁴⁹⁵ *Rec. CE* 1832, p. 27 : « C'est en vertu d'un décret des Cent Jours que la pension a été accordée au sieur Méaulle. Ces décrets, comme tous les actes des Cent Jours, sont et doivent être reconnus. Ce gouvernement est un gouvernement de fait ; il avait sa force, sa puissance, son pouvoir ; il avait son corps-législatif ; il a pu faire des lois, des décrets. En point de droit, ce que chaque gouvernement a fait, a été tout aussi valablement fait que tous les actes du gouvernement précédent ou suivant ».

¹⁴⁹⁶ J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁹⁷ *S.* 1855, I, p. 465.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.* (souligné par nous). Cf. également sur cet arrêt : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 298.

à ne pas promulguer de « lois ». Ainsi, s'il essaie, le plus souvent, de distinguer formellement ses pouvoirs du domaine législatif, il semble tout de même que le gouvernement de fait réunisse « entre ses mains tous les pouvoirs, l'exécutif, le législatif et même le judiciaire » comme l'énonce Louis Lécharny¹⁴⁹⁹. Pour autant, dans un souci de continuité de l'État et de cohérence juridique, il apparaît délicat pour les autorités légales de reconnaître un quelconque pouvoir législatif au gouvernement de fait. Dans le même temps, il est parfois impossible de nier le fait accompli. Pour résoudre ce paradoxe, les cours de justice se prêtent à un exercice d'équilibriste.

L'explicitation jurisprudentielle la plus claire – mais aussi la plus insatisfaisante dans une perspective théorique – de cette impossibilité à dissocier compétences législative et réglementaire dans l'exercice du pouvoir d'un gouvernement de fait est fournie le 9 février 1874 dans un jugement du Tribunal de Marseille. L'affaire concerne l'exercice, par un fonctionnaire nommé par la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, de pouvoirs exorbitants contestés par l'administration chargée de percevoir les droits d'enregistrement et de timbre¹⁵⁰⁰. L'administration de l'enregistrement, pour contester la légalité de l'acte édicté par le fonctionnaire de fait, soutient que « sa mission a toujours été forcément limitée aux attributions du domaine du *pouvoir exécutif*, et n'a jamais pu s'étendre à celle du *pouvoir législatif*; car le droit public français, en prenant depuis 1789 pour base de toutes ses institutions politiques le principe de la séparation des pouvoirs, ne permet pas le cumul dans les mêmes mains de ces deux pouvoirs ». Or, pour le juge de première instance, cette théorie « doit fatalement fléchir » lorsque survient une crise qui voit l'autorité de droit disparaître et durant laquelle « l'intérêt public concentre nécessairement pour un certain temps aux mains d'un gouvernement de fait la double puissance exécutive et législative »¹⁵⁰¹. Ainsi, pour le juge, dans la situation normale il apparaît inconcevable que les compétences ne soient pas dissociées et les pouvoirs de chacun des organes clarifiés. À l'inverse, lorsque survient l'exception, il deviendrait presque normal qu'un gouvernement de fait capte l'intégralité des attributions normatives. Ce jugement, souligne l'impossibilité de départir les pouvoirs exercés par le gouvernement de fait, dans la mesure où ceux-ci font l'objet d'une confusion entre ses mains.

Le 7 février 1876, le juge de cassation vient tempérer l'audacieux raisonnement des juges du fond, mais ne remet pas en question ses conséquences sur la confusion des pouvoirs du gouvernement de fait. En effet, l'administrateur dont il est question, Alphonse Esquiros, « n'avait reçu du gouvernement de la Défense nationale que des

¹⁴⁹⁹ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 19. V. aussi L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. IV, *op. cit.*, p. 745 : « Les gouvernements qui se constituent dans des circonstances exceptionnelles, après que le gouvernement légal a été renversé, détiennent de fait tous les pouvoirs ; il faut bien leur reconnaître le pouvoir de légiférer en toute matière ; et si leurs décrets ne portent atteinte à aucun des principes généraux du droit supérieur, ils s'imposent forcément à l'obéissance et entrent dans la législation du pays ».

¹⁵⁰⁰ Pour davantage de détails sur l'affaire, cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 86 *sqq.*

¹⁵⁰¹ *S.* 1876, I, p. 227. Ce jugement est reproduit dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1876 *Enregistr. C. société du comptoir communal de Marseille*.

pouvoirs limités à l'administration du département » ce qui signifie « [q]u'il n'en avait pas reçu le pouvoir législatif ni la souveraineté ». Par conséquent, il avait excédé le cadre de ses compétences en octroyant une dispense de droit de timbre¹⁵⁰². Pour la Cour de cassation, le fonctionnaire de fait avait un pouvoir limité par la délégation que lui avait octroyée le gouvernement de fait ; en revanche, elle ne dit rien concernant les compétences qui appartiennent au gouvernement et il est tout à fait possible de comprendre qu'il capte à la fois les pouvoirs législatif et exécutif. Le juge de cassation s'emploie essentiellement à endiguer le risque d'un déploiement du pouvoir de fait en l'empêchant de déborder sur tous les agents du gouvernement¹⁵⁰³.

De nombreuses décisions de justice qui refusent au gouvernement de fait le droit de promulguer des lois sont ainsi à comprendre comme refusant, sur le plan théorique, que la compétence législative puisse relever du pouvoir de fait. Que les tribunaux considèrent les actes émanés des gouvernements de fait que comme des actes réglementaires, ou qu'ils reconnaissent que certains peuvent avoir force de loi, ils ne les assimilent jamais à des actes législatifs par nature. Par une jurisprudence constante, la juridiction civile considère que le gouvernement de fait n'a pas le pouvoir de promulguer des lois, mais ses actes peuvent en revêtir, à terme, le caractère¹⁵⁰⁴. On trouve là une source de la différence de nature entre les actes émanés d'un pouvoir de fait et ceux qui résultent de l'exercice d'un pouvoir de droit.

Il est possible de discerner une certaine cohérence théorique dans la jurisprudence. D'une part, il y est systématiquement reconnu que le gouvernement de fait n'avait pas la capacité d'exercer le pouvoir législatif lorsqu'il gouvernait – cette compétence lui serait hors d'atteinte du fait de son illégalité qui entacherait ses actes d'un « vice originel »¹⁵⁰⁵ – mais aussi, souvent de manière implicite, qu'il exerçait indistinctement toutes les compétences gouvernementales au nom de l'État. D'autre part, on a vu qu'assez tôt, pouvoir de fait et pouvoir de droit sont dissociés et que le premier, qui relève de l'exception, opère dans un cadre différent du second¹⁵⁰⁶. De là, il apparaît que le pouvoir exercé par le gouvernement de fait est de telle nature qu'il confine à la confusion, mais

¹⁵⁰² *S.* 1876, I, p. 229.

¹⁵⁰³ C'est ce qu'expose le pourvoi de la régie, reproduit par le Recueil, qui précise : « [a]vec une théorie pareille d'ailleurs [celle du jugement], ce n'est pas seulement cet arrêté qu'il faudrait maintenir. Il y aurait encore à reconnaître tous les arrêtés que M. Esquiros a rendus pendant la durée de son administration, en vertu de son droit prétendu de souveraineté ». Or, ajoute-t-il, la Cour s'est déjà abstenue de le faire pour ce même fonctionnaire par le passé (*ibid.* ; cf. également sur le refus de reconnaître le décret de levée de l'état de siège : Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 309 *sqq.*).

¹⁵⁰⁴ V. par exemple les arrêts de la Cour de cassation du 8 avril 1874, *Lautal c. Asile d'Anduze* (*S.* 1874, I, p. 258) ou du 23 janvier 1875, *Ministère public c. Costa* (*D.* 1876, I, p. 331), ou encore le jugement du Tribunal civil de Mascara du 6 février 1895, *Ministère public c. Guerbaoni* (*D.* 1895, II, p. 481) et l'arrêt d'appel de la Cour d'Alger du 19 janvier 1898 *El Guerbaoni Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public* (*S.* 1903, II, p. 97).

¹⁵⁰⁵ Cour d'Alger du 19 janvier 1898 *El Guerbaoni Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public* (*S.* 1903, II, p. 97) : « Les actes émanant d'un gouvernement de fait sans mandat régulier, qui a assumé la charge de régir provisoirement la France, sont atteints d'un vice originel, mais peuvent acquérir l'autorité de la loi, sans le cas où le gouvernement régulier les reconnaît et leur confère ainsi en quelque sorte la légitimité ».

¹⁵⁰⁶ Cf. *supra*, p. 337 *sqq.*

ne peut pas empiéter sur le domaine législatif qui, lui, ne relève que d'un pouvoir de droit où la séparation est non seulement possible, mais surtout pensable. L'édifice bâti par les autorités publiques et la doctrine paraît alors se tenir logiquement. Il emporte deux conséquences. En premier lieu, il est impossible d'établir une catégorie pérenne pour les actes du gouvernement de fait, puisque chaque pouvoir de ce type a recours au vocabulaire qui lui est propre (bien que les notions de décret, d'ordonnance et d'arrêté reviennent souvent)¹⁵⁰⁷. Ensuite, il permet de résoudre un problème normatif de taille : la qualification d'un acte du gouvernement de fait peut avoir une influence sur l'acte de l'autorité légale qui doit le réformer ou l'abroger. En effet, si le gouvernement de fait émet formellement des lois, en vertu du parallélisme des formes, seule une autre loi peut la modifier ou la supprimer¹⁵⁰⁸. Or, cette conception qui refuse que le gouvernement de fait puisse exercer formellement le pouvoir législatif, permet de moduler ses actes sans avoir nécessairement recours à la loi. Ainsi, chercher à définir la nature des pouvoirs du gouvernement de fait revient également à poursuivre un objectif plus pragmatique : identifier ses limites, si elles existent.

§2. *Des limites introuvables ?*

Une fois dressé le constat que le gouvernement de fait exerce un pouvoir spécifique, de fait, qui ne distingue pas entre les domaines législatif et exécutif, une question revient : quelle est la portée de l'action du gouvernement¹⁵⁰⁹ ? Ainsi, déterminer les compétences du gouvernement de fait consiste, en parallèle, à en tracer les frontières. Ponctuellement, les juges, les parlementaires ou encore la doctrine, s'essayant à une géométrie dans l'espace et dans le temps, s'efforcent de le faire. Ces interrogations s'insèrent dans de plus vastes débats portant sur les limitations du pouvoir. Dès les débuts de l'usage de la notion, on se demande si, et comment, le gouvernement de fait dispose de prérogatives limitées. Dès 1817, dans un avis qu'il expose au sein de son recueil à propos de l'occupation de colonies françaises par les forces britanniques, Jean-Baptiste Sirey s'y emploie¹⁵¹⁰. Le cadre dans lequel raisonne l'auteur constitue un point de jonction entre

¹⁵⁰⁷ Il y a eu des tentatives, mais elles ne portent pas sur l'intégralité des actes des gouvernements de fait. Par exemple, Paul Martin, dans sa thèse, s'intéresse avant tout aux actes des gouvernements révolutionnaires. Selon lui, ils rendent des « décrets-lois », dont il distingue quatre types : les décrets impériaux du Premier Empire, ceux du gouvernement provisoire de 1848 entre le 2 février et le 4 mai 1848 et au-delà, les décrets-lois du Prince-Président Louis-Napoléon Bonaparte et ceux du gouvernement de la Défense nationale entre 1870 et 1871 (P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, [th. droit, Montpellier] 1938, p. 205). Finalement, il ne s'agit pas tant d'une typification que d'une liste dans laquelle chaque forme de décret qu'il identifie correspond à une période spécifique et non à une caractéristique.

¹⁵⁰⁸ V. sur ce point : P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 210. Martin note justement qu'une « loi ne sera pas toujours nécessaire pour abroger un décret-loi, car malgré la confusion qui règne entre les pouvoirs au moment d'une crise révolutionnaire, la distinction entre l'acte législatif et réglementaire n'est pas abolie ». Il veut dire que les actes des gouvernements de fait qui n'ont l'apparence que de décrets pourront être abolis autrement que par un acte législatif de l'autorité légale (*ibid.*, p. 210 *sqq.*).

¹⁵⁰⁹ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 480.

¹⁵¹⁰ *S.* 1817, II, p. 139.

deux autres doctrines limitatives des pouvoirs, héritées du droit des gens : l'occupation d'un territoire et l'usurpation. En ce sens, il mobilise des auteurs issus de l'École du droit naturel moderne (Grotius, Pufendorf, Vattel), qui considèrent que la puissance occupante, selon le droit de conquête, voit ses pouvoirs limités aux choses strictement nécessaires à sa conservation¹⁵¹¹. Par ailleurs, ces mêmes auteurs estiment que, durant une usurpation, la puissance illégitime doit se restreindre non seulement aux actes lui permettant d'assurer son maintien, mais, de manière plus spécifique, au respect de l'intérêt commun des sujets. En citant ces auteurs, Sirey laisse entendre que les pouvoirs reconnus au gouvernement de fait se réduiraient à ces deux impératifs liés : assurer son maintien sans porter préjudice à l'intérêt commun. En aucun cas l'occupation du territoire par une telle autorité illégitime ne saurait autoriser la « destruction des lois », porter « atteinte aux droits civils », ou encore modifier ou entraver « la marche régulière de la justice »¹⁵¹². Cet avis de Sirey, qu'il n'approfondit pas, est symptomatique des craintes qui traversent ceux qui se retrouvent à juger l'action d'un gouvernement de fait : peut-on passer du descriptif au prescriptif et fixer des règles qui s'appliquent à celui qui a exercé le pouvoir sans titre constitutionnel ? Sur ce point, différentes tendances émergent de l'histoire des gouvernements sans titre. Face à la reconnaissance de prérogatives étendues le faisant plénipotentiaire, certaines théories considèrent qu'il est, au contraire, limité par sa nature même (l'urgence et le provisoire) ou que ses frontières sont tracées par son objet, sa raison d'être. Trois périodes permettent de faire ressortir les enjeux de ces différentes doctrines. En 1841, un arrêt de la Cour de cassation nourrit la théorie de la limitation du gouvernement aux actes d'administration provisoire (A). Trois décennies plus tard, la théorie d'un gouvernement nécessairement subordonné à son seul objet se développe face à l'idée d'un pouvoir plénipotentiaire (B). Il est alors possible de s'essayer à une synthèse, à partir de la doctrine et des gouvernements de fait du XX^e siècle (C).

A. 1841 : Le gouvernement de fait cantonné à des actes d'administration provisoire

L'arrêt du 16 mars 1841, *Péraldi c. Ponte*¹⁵¹³ aborde frontalement la question de l'étendue des pouvoirs dont dispose un gouvernement de fait lorsqu'il a renversé le pouvoir. Plus spécifiquement, il porte sur un gouvernement local qui a pris le pouvoir sur l'île de Corse et proclamé son indépendance, avec le soutien de l'Angleterre, entre 5 mai 1794 et le 19 octobre 1796. La législation qu'élabore le Conseil général de Corse, qui n'a pas manqué d'être source d'insécurité juridique, donne lieu, plus de quarante ans

¹⁵¹¹ V. par exemple : PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Lib. VII, Cap. VIII (S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, trad. J. BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens...*, op. cit., t. II, p. 335-336) ; GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis*, Lib. III, Cap. XV (H. GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis*, trad. J. BARBEYRAC, *Le droit de la Guerre et de la Paix par Hugues Grotius*, t. II, op. cit., p. 909 sqq.) ; VATTEL, *Le droit des gens*, Lib. III, Cap. XIII (E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle...*, t. II, op. cit., p. 170 sqq.).

¹⁵¹² J. 1817, II, p. 139.

¹⁵¹³ J. 1841, I, p. 505.

après, à un contentieux. Le sieur Muselli avait fait, le 20 novembre 1794, une donation d'immeuble au sieur Péraldi qui épousait une de ses filles. En 1837, les époux Ponte, représentants de la famille Muselli, réclament contre les héritiers Péraldi la nullité de cette donation en ce qu'elle contreviendrait à deux lois françaises de 1793¹⁵¹⁴. Or, un arrêté du Conseil général de Corse du 5 mai 1794 avait suspendu la législation française sur l'île. Par la suite, ce gouvernement de fait local avait abrogé rétroactivement la législation de l'État français, par un acte du 18 mai 1795. Le 16 août 1838, le Tribunal d'Ajaccio donne raison aux consorts Ponte et prononce la nullité de la donation sur le fondement des lois françaises des 7 mars 1793 et 6 janvier 1794 (17 nivôse an II). Si les consorts Péraldi arguent, en appel, que ces lois ne pouvaient pas s'appliquer puisqu'elles étaient suspendues par « un acte exprès du gouvernement révolutionnaire local », la Cour d'appel de Bastia confirme néanmoins, le 22 août 1839, le jugement. Elle refuse de reconnaître, en Corse, un gouvernement doté d'une capacité de légiférer durant cette période. Plus encore, elle lui dénie d'avoir pu accomplir de tels actes, en se fondant sur le motif « qu'il n'y avait encore aucun gouvernement régulier établi, et que c'est un principe de sagesse, de justice et de droit public que la révolte ne donne pas le droit de faire des lois, et que même le seul fait de la conquête ne détruit pas la législation existante, tant qu'elle n'a pas été formellement abrogée ». La Cour de cassation confirme cette position. Ici, aucune assimilation du gouvernement de fait à l'autorité légale. La Haute Juridiction essaie de conjuguer l'impératif de maintien de la législation du gouvernement de droit (elle proclame qu'une révolution n'abroge pas la législation sur le territoire qui la subit) avec la nécessité de reconnaître certains effets de l'usurpation (« sans lesquels le salut public et l'existence sociale [...] seraient compromis »). Dans le même temps, elle cherche à limiter le gouvernement de fait, en jugeant que certains de ses actes, par trop iniques, ne peuvent que tomber de plein droit « à l'instant même où s'évanouit la force hostile qui les a enfantés »¹⁵¹⁵. D'où une solution qui essaie de trouver un compromis : tout ce qui relève du pouvoir législatif est interdit au gouvernement insurrectionnel. Il se voit doté d'une capacité de n'édicter que le minimum nécessaire à sa conservation et à l'administration provisoire du territoire. Toute mesure qui sort de ce cadre, particulièrement si elle empiète sur le domaine législatif ou comporte de graves atteintes aux droits des sujets, est nulle.

Si cela n'est pas sans rappeler les considérations d'auteurs jusnaturalistes sur l'usurpation, c'est parce que le juge de cassation s'appuie sur les conclusions du rapporteur Barthélemy Lasagni¹⁵¹⁶ irriguées de leurs doctrines. Se référant autant à l'École moderne avec Grotius et Pufendorf qu'aux classiques en citant Cicéron ou

¹⁵¹⁴ Les lois des 7 mars 1793 et 17 nivôse an II (*J.* 1841, I, p. 506).

¹⁵¹⁵ *J.* 1841, I, p. 509.

¹⁵¹⁶ Originaire de Rome, Lasagni est nommé conseiller à la Cour de cassation par le gouvernement impérial lorsque la ville de Rome est prise par l'Empire français en 1809. Il en deviendra président en 1846. Pour davantage de détails : *Nouvelle biographie générale. Depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. Avec les renseignements bibliographiques et l'indication des sources à consulter*, t. 29, éd. F. HOEFER, Paris, Firmin Didot frères, 1855-1866, v° Lasagni (Barthélemy-Vincent-Joseph), p. 710 *sqq.*

encore l'historien romain du II^e siècle Florus, Lasagni fait état des différentes solutions reconnues à l'issue d'une usurpation¹⁵¹⁷. Son raisonnement est tourné vers la condamnation des « lois indignes de ce nom », celles qui sont « imposées par la domination de fait, non pour l'avantage mais pour le renversement de la société » et qui « tombent de plein droit » (la Cour reprend mot pour mot cette formule) sitôt l'autorité légitime restaurée¹⁵¹⁸. Cantonné aux actes provisoires, comme l'implique sa nature même, le pouvoir du gouvernement de fait est toujours tributaire des décisions de l'autorité légitime restaurée. Ce faisant, le rapporteur reconnaît implicitement l'incapacité à limiter son pouvoir à l'instant où il l'exerce. Toutefois, l'énoncé du jugement reste bien plus ambigu, car la Cour de cassation reprend la formule de la Cour d'appel et énonce que le Conseil général de Corse ne pouvait tout simplement pas être en mesure d'édicter des lois. Son pouvoir était nécessairement borné à la sphère administrative.

La faille dans ce raisonnement est de fonder les limites du gouvernement de fait sur une distinction claire et établie entre un pouvoir législatif qui lui serait inaccessible et un pouvoir réglementaire provisoire qu'il devrait nécessairement exercer ; distinction dont l'imparfaite transposition au gouvernement de fait et l'absence de garanties par le droit positif ont déjà pu être observées¹⁵¹⁹. De plus, il n'est pas question, dans cet arrêt, de refuser de reconnaître au gouvernement de fait une capacité à édicter *formellement* des actes législatifs qui, par la suite, peuvent tout de même acquérir force de loi. Plus encore c'est la possibilité même d'empiéter sur le domaine législatif qui lui est déniée. Il est réputé impossible au gouvernement de fait d'avoir pu exercer le pouvoir pour promulguer un acte législatif et, en conséquence, toute mesure de ce type serait substantiellement (donc rétroactivement) nulle. D'ailleurs, une décision de 1895 qui reprend cette doctrine vient la clarifier et la tempérer pour la rendre plus convaincante : les actes du gouvernement de fait n'ont force de loi que lorsqu'ils ont été sanctionnés par l'autorité législative régulière. En ce sens, la notion de pouvoir législatif est placée en dehors de la sphère du gouvernement de fait. Ce jugement du Tribunal civil de Mascara (Algérie actuelle) du 6 février 1895 *Ministère public c. Guerbaoni* synthétise, dans deux de ses attendus, cette doctrine :

« Attendu que ce décret [...] émane d'un gouvernement de fait sans mandat régulier ayant assumé la charge de régir provisoirement la France, mais ne réunissant aucune des conditions et garanties nécessaires, d'après le droit public moderne, pour faire des lois capables d'obliger la conscience des Français [...] ; Attendu que les dispositions édictées par les pouvoirs de fait, dans ces périodes où la vie politique normale est suspendue, sont atteintes d'un vice originel, mais peuvent acquérir l'autorité et la dignité de la loi dans le cas où

¹⁵¹⁷ Sur les jusnaturalistes modernes, cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 291 *sqq.*

¹⁵¹⁸ *J.* 1841, I, p. 509.

¹⁵¹⁹ Cf. *supra*, p. 337 *sqq.*

le gouvernement régulier les reconnaît et les légitime en quelque sorte »¹⁵²⁰.

Le jugement reprend l'idée de fiction, qui n'existe qu'à partir du moment où l'autorité régulière l'a reconnue. Le gouvernement de fait n'est pas *en soi*, une fiction de gouvernement légal (contrairement à ce que tendaient à faire valoir les parlementaires dans les débats de 1831). En appel, la Cour d'Alger confirme le jugement et se range derrière cette doctrine dans un arrêt du 19 janvier 1898, *El Guerbaoni Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public*¹⁵²¹. Toutefois, sur le point de la limitation des pouvoirs, le raisonnement souffre des mêmes apories que l'arrêt de 1841 : la frontière entre pouvoir d'administration provisoire et pouvoir législatif demeure tributaire de la validation par l'autorité légale. La limitation ne consiste alors qu'en un souhait prescriptif, mais sans mesure de contrôle, de la part du gouvernement de droit pour un pouvoir qui n'existe plus ou qui n'existe pas encore.

Finalement, impropre à dessiner les pouvoirs que revêt un gouvernement de fait, cette doctrine a eu davantage d'influence sur la valeur reconnue à ses actes par l'autorité de droit, montrant conséquemment que, malgré leur proximité, ces deux problèmes demeurent distincts. Cantonner le gouvernement de fait aux actes d'administration provisoire consiste, pour les cours de justice, à se réserver le droit de moduler le régime juridique des actes lors d'un jugement. Cela ne préjuge en rien des compétences qu'il a pu mettre à son profit, cette doctrine demeurant réaliste puisqu'elle ne cherche pas à réécrire le passé. Il n'en va pas de même de celle consistant à restreindre le gouvernement de fait à son objet, qui se développe à partir de 1871.

B. 1871 : Le gouvernement de fait restreint à son objet

En 1871, on s'interroge au sujet de l'étendue des pouvoirs du gouvernement de la Défense nationale. Les seuls actes d'administration provisoires ne semblent alors pas une limite acceptable, à la fois trop et trop peu contraignante. En effet, le contexte militaire lié à la guerre contre la Prusse n'a pu que forcer le gouvernement de fait à parer au plus pressé et à s'affranchir des catégories exécutif/législatif. Face à cet indéniable constat, une autre doctrine limitative se développe, à la fois pour prendre en compte le fait accompli, mais également pour combattre l'idée qui voulait que le gouvernement de fait ne connût aucune entrave juridique. Cette hypothèse, le comte Jaubert l'évoquait déjà lors des débats de 1831, mais demeurait alors minoritaire : la mission de « résistance contre l'étranger » et de préservation de « l'anarchie » qui incombait au gouvernement des Cent-Jours déterminait pour lui le caractère provisoire et nécessaire de ses

¹⁵²⁰ D. 1895, II, p. 481-482. On peut d'ailleurs noter, en marge, le relatif désaccord de l'arrêteste, pour qui les actes du gouvernement de fait ont une existence légale comme s'ils étaient émanés d'un gouvernement régulier (*ibid.*, p. 481).

¹⁵²¹ S. 1903, II, p. 97.

compétences¹⁵²². La théorie de la restriction à l'objet du gouvernement se formalise et se développe vraiment dans une affaire qui aboutit en cassation le 8 juin 1871¹⁵²³.

Le gouvernement de la Défense nationale avait promulgué un décret le 13 septembre 1870 dont l'objet prévoyait une amende en cas de non-respect de l'interdiction du droit de chasse momentanément suspendu. Or, la transgression des mesures donne naissance à un contentieux, dans lequel la Cour d'appel de Douai, le 5 avril 1871, refuse d'appliquer le décret, au motif que le gouvernement de la Défense nationale avait outrepassé ses compétences. Sans validité, il ne pourrait entraîner de sanction. L'arrêt confirme le constat posé plus tôt : la notion de pouvoir législatif relève du gouvernement de droit, elle est étrangère à celui de fait. En effet, la cour d'appel énonce que « l'établissement ou l'aggravation des peines dont l'application est confiée à la justice répressive ne peut résulter que de la loi, expression de la volonté nationale, promulguée par les pouvoirs publics régulièrement constitués [...] ». Le gouvernement de la Défense nationale, en assurant la mission de protéger le pays contre l'invasion étrangère, en l'absence de pouvoirs publics, était dans la nécessité de pourvoir au gouvernement, à l'administration de la chose publique [...] ». Elle reconnaît donc que le gouvernement de fait devait subvenir aux besoins de l'État en l'absence d'autorité constituée et qu'il se situait alors dans une autre perspective que celle de la séparation des pouvoirs constitués. Surtout, la Cour s'empresse d'ajouter : « [m]ais la police de la chasse et les pénalités qu'elle établit ne peuvent être regardées comme faisant partie des éléments ou moyens de la défense nationale »¹⁵²⁴. Elle affirme ainsi que le gouvernement de fait ne pouvait exercer que des pouvoirs cantonnés à la mission qu'il s'était attribué et qui est tout entière contenue dans son nom : la défense nationale. Cet arrêt a été cassé le 8 juin 1871 dans un arrêt *Delvallée*, la Cour de cassation considérant le décret comme valide en admettant que les mesures en question relevaient des nécessités de temps de guerre¹⁵²⁵. Pour certains auteurs, la décision de la Cour de cassation n'en est pas moins une confirmation de la doctrine limitative de compétences émise par les juges du fond¹⁵²⁶. La formulation de la Haute Juridiction demeure néanmoins plus ambiguë qu'il n'y paraît. Ainsi, elle reconnaît que le gouvernement, en se donnant pour objet la défense du pays, « s'engageait implicitement, comme moyen d'atteindre ce but, à prendre les mesures nécessaires pour protéger l'ordre intérieur », mais elle ne dit rien concernant une quelconque restriction à ce domaine exclusif. De plus, elle ajoute : « attendu que c'est également à tort [que l'arrêt attaqué] a prétendu que ce décret, en admettant qu'il fût légal, n'avait eu qu'une durée provisoire et bornée à celle de l'état de guerre ; Que rien, ni dans le texte, ni dans les circonstances,

¹⁵²² Il considérait que le gouvernement des Cent-Jours « avait mission de continuer la résistance contre l'étranger, de nous préserver de l'anarchie, en attendant qu'un pouvoir régulier fût constitué ; ses attributions avaient nécessairement le même caractère d'urgence et de provisoire ; tout ce qui était strictement indispensable aux besoins pressants du moment a bien été valablement ordonné par lui » (*Moniteur universel*, 13 septembre 1831, p. 1560).

¹⁵²³ *S.* 1871, I, p. 109.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 109.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵²⁶ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 86-87.

ne justifie cette prétention ; Attendu, d'ailleurs, en fait, que l'état de guerre existait encore, non-seulement au moment de la perpétration du délit poursuivi, mais même à la date de l'arrêt attaqué [...] »¹⁵²⁷. La formule, équivoque, pourrait être assimilée à une prise en compte extensive des circonstances de guerre, dont les frontières sont incertaines.

Cette doctrine repose très fortement sur une réinterprétation des faits à l'aune de la volonté de l'autorité publique, car force est de constater que le gouvernement de la Défense nationale s'est très librement écarté de la stricte application des actes relatifs à la guerre dans l'exercice de ses pouvoirs. C'est le cas lorsqu'il abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui protège les fonctionnaires publics contre les poursuites, ou encore lorsqu'il promulgue le décret du 10 septembre 1870 rendant libres les professions d'imprimeur et de libraire¹⁵²⁸. La volonté des hommes du Quatre septembre de prendre leurs distances vis-à-vis de l'Empire conduit également à l'édiction d'actes qui dépassent amplement le cadre de la guerre et des élections, ou dont on ne sait pas trop comment l'y rattacher. Ainsi en va-t-il de la suppression du Conseil d'État, la dissolution du corps législatif – et les mesures pour empêcher la réunion de ses membres – l'amnistie des condamnés pour crimes et délits politiques du 3 septembre 1851 au 8 septembre 1870. Ce à quoi s'ajoutent, à partir du 5 septembre 1871, les nominations de maires provisoires pour Paris par Gambetta et Arago, ainsi que le remplacement de nombreux préfets le lendemain, puis de procureurs généraux¹⁵²⁹. Le tour de force consiste en ce que les hommes du Quatre septembre eux-mêmes aient tenté, avec une certaine efficacité, de convaincre qu'ils n'avaient exercé leur pouvoir que dans les limites des attributions que l'objet même du gouvernement leur conférait. Ainsi, Jules Favre s'efforce de le démontrer dans ses mémoires, lorsqu'il écrit que « la préoccupation unique du gouvernement était si bien celle de la défense, qu'il s'est attaché avec un soin scrupuleux à ne donner à ses actes aucune couleur politique exclusive »¹⁵³⁰, et d'ajouter, après avoir évoqué le reproche qui a été fait au gouvernement de n'avoir pas été assez loin vers la République, que de telles mesures avaient été écartées car il entendait ne pas outrepasser sa mission de défense nationale. Favre insiste : le gouvernement « ne pensa pas pouvoir dépasser pour sa propre action les limites que ce devoir lui traçait pour celle de la nation [...] »¹⁵³¹. On retrouve une démarche similaire chez Jules Simon qui soutient : « [q]ue l'on compare le Bulletin des lois pendant le gouvernement de la Défense, avec le Bulletin des lois de 1814, de 1815, de 1830, de 1848 et de 1852, et, même avant de lire,

¹⁵²⁷ J. 1871, I, p. 110.

¹⁵²⁸ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 480.

¹⁵²⁹ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 5-6.

¹⁵³⁰ J. FAVRE, *Gouvernement de la Défense nationale. 1 : Du 30 juin au 31 octobre 1870*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵³¹ *Ibid.*, p. 243.

on comprendra quelle a été l'extrême réserve du 4 septembre. La plupart des mesures que je viens d'énumérer s'expliquent par la nécessité de la situation »¹⁵³².

Ce n'est pourtant pas la seule puissance performative de cette rhétorique qui indique la raison d'être de l'arrêt d'appel du 5 avril 1871 et, dans une certaine mesure, celle de l'arrêt de cassation du 8 juin. Ces décisions s'inscrivent dans un contexte propice à encadrer le gouvernement de fait et à éviter d'éventuels débordements. C'est d'ailleurs ce que précise la Cour d'appel elle-même. Comme dans l'arrêt de 1841, le juge refuse qu'un gouvernement de fait puisse exercer un pouvoir équivalant à celui de droit en empiétant sur le domaine de la loi. L'arrêt se rattache donc à l'idée de séparation des pouvoirs de fait et de droit, séparation d'autant plus nécessaire « que la doctrine contraire aurait pour effet de laisser sans aucune garantie, aux époques troublées, la propriété, la liberté et même la vie des citoyens, en les abandonnant à la discrétion d'un pouvoir éphémère »¹⁵³³. Cette doctrine limitative se veut donc un rempart contre l'arbitraire¹⁵³⁴. Le fait que de tels arrêts soient concomitants aux débats sur la valeur des actes des gouvernements de la Défense nationale et de la Commune (une note sous l'arrêt y fait d'ailleurs mention) corrobore ce constat¹⁵³⁵. À l'Assemblée, les partisans d'un gouvernement de fait aux pouvoirs limités, comme Amédée Lefèvre-Pontalis ou Louis-Numa Baragnon¹⁵³⁶, affrontent les tenants d'une autorité plénipotentiaire, tel Alfred Bertauld. Ce dernier semble cependant emporter l'approbation, puisqu'en définitive, le choix des députés de se ranger derrière une validation de principe des actes du gouvernement de la Défense nationale paraît accorder du crédit à sa thèse selon laquelle « [q]uand un pouvoir a existé, la présomption est qu'il a voulu bien faire et qu'il a bien fait. Sans doute, cette présomption est souvent démentie par la réalité ; mais le démenti est successif ; il résulte du temps, il résulte de l'expérience »¹⁵³⁷. Ainsi, à l'Assemblée, la thèse des pouvoirs extensifs du gouvernement de fait rencontre plutôt l'adhésion¹⁵³⁸.

In fine, le XIX^e siècle se clôt sans que soit résolue la question des limites aux pouvoirs du gouvernement de fait. En note sous la décision de la Cour d'appel d'Alger du 19 janvier 1898, *El Guerbaoui Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public*, un arrêviste du *recueil Sirey* émet une opinion audacieuse, mais qui n'a pas eu une grande portée. Là où la Cour

¹⁵³² J. SIMON, *Souvenirs du Quatre septembre. Le gouvernement de la défense nationale*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁵³³ *S.* 1871, I, p. 109.

¹⁵³⁴ Entendu dans une acception péjorative d'une faculté de décider imprévisible et incontrôlée. Sur les acceptions de l'arbitraire, v. : T. DESMOULINS, *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, [th. droit, Paris] 2018, p. 21 *sqq.*

¹⁵³⁵ Sur ce point : *cf.* Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 312 *sqq.*

¹⁵³⁶ V. par exemple l'intervention de Baragnon durant la séance du 16 septembre 1871. Il considère que, puisque « [l]e gouvernement de la Défense nationale a pris le pouvoir avec un programme, celui de défendre la patrie », son pouvoir était limité à cet objet. Il regrette alors que le gouvernement ait « légiféré à outrance ». « Et c'est parce qu'il a usurpé dans une foule de cas qui n'avaient rien d'urgent, c'est parce qu'il a usurpé l'autorité législative » qu'il faut réviser ses actes (*JO*, 17 juin 1871, p. 1396).

¹⁵³⁷ Selon la doctrine qu'il expose durant la séance du 16 septembre (*Ibid.*).

¹⁵³⁸ En ce sens : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 480.

d'appel et le Tribunal de première instance avaient une interprétation restrictive des pouvoirs du gouvernement, limité aux actes d'administration provisoire, le commentateur opère une distinction. Les pouvoirs d'un « gouvernement insurrectionnel » ne sont pas les mêmes, explique-t-il, que ceux d'un gouvernement de fait¹⁵³⁹. Le second a la capacité d'émettre des actes qui « ont force légale et obligatoire », tandis qu'une jurisprudence constante la dénie au premier. On ne sait toutefois pas si, ce faisant, il entend établir une différence entre gouvernement révolutionnaire et gouvernement provisoire¹⁵⁴⁰, ou au contraire s'il vise plutôt une séparation entre le régime de l'usurpateur et celui du gouvernement de fait comme la Cour de cassation semble de plus en plus encline à le reconnaître à partir de la fin du XIX^e siècle¹⁵⁴¹. Le manque d'approfondissement explique sans doute que son système n'ait pas connu une grande postérité devant la justice. C'est pourtant par le biais d'une distinction entre usurpation et gouvernement de fait que la doctrine se penche sur les pouvoirs de l'autorité sans titre. Pour Gaston Jèze, par exemple, le gouvernement de fait – celui qui bénéficie de l'investiture plausible – peut émettre des actes valides, à l'inverse du gouvernement d'usurpation¹⁵⁴². Le XX^e siècle est alors l'occasion d'une réflexion doctrinale sur les limitations, ou l'autolimitation, du gouvernement de fait.

C. Limitation ou autolimitation du gouvernement ? Les distinctions doctrinales du XX^e siècle

La question de la limitation des pouvoirs du gouvernement de fait connaît un regain d'intérêt avec les événements politiques et constitutionnels du milieu du XX^e siècle¹⁵⁴³. Sous l'Occupation, une partie de la doctrine de Vichy, notamment Roger Bonnard, le gouvernement de fait est cette autorité légitime quoique sans titre – donc pas une usurpation – qui, par conséquent, bénéficie de la capacité d'édicter des actes « ayant force de loi parce qu'il remplace légitimement le Parlement dispersé par l'action révolutionnaire »¹⁵⁴⁴. Georges Berlià, plus nuancé, considère au terme de son analyse de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 que « le gouvernement de fait, né de la nécessité,

¹⁵³⁹ *S.* 1903, II, p. 97, n. 1.

¹⁵⁴⁰ Qui ont été identifiés dans cette étude comme deux types de gouvernements de fait, caractérisés par leur utilisation spécifique de la nécessité. Limiter les compétences sur le fondement d'une telle typologie apparaît pourtant contre-intuitif, dans la mesure où une telle doctrine conduirait à consacrer un gouvernement révolutionnaire aux compétences limitées et un gouvernement provisoire aux compétences étendues, alors que leurs rhétoriques respectives conduisent à énoncer l'inverse : le gouvernement révolutionnaire conçoit ses attributions de manière extensive, tandis que le gouvernement provisoire clame s'autolimiter. En réalité, cela relève très largement de la rhétorique justificative.

¹⁵⁴¹ Ce qui expliquerait que l'arrêtiste s'appuie, pour étayer son propos, sur les arrêts de la Cour de cassation du 27 novembre 1872 et du 31 décembre 1871 (*S.* 1873, I, p. 259 *sqq.*) dont il est question en amont de ce propos relativement à la valeur des actes du gouvernement usurpateur (*cf.* Partie II – Titre I – Chapitre I, p. 307 *sqq.*).

¹⁵⁴² G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 343.

¹⁵⁴³ E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 53. L'auteur reconnaît que « [d]ans la doctrine, la question de la limitation des pouvoirs du gouvernement de fait a pris une grande actualité depuis le gouvernement de fait du maréchal Pétain ».

¹⁵⁴⁴ R. BONNARD, *Précis de droit public*, *op. cit.*, p. 102-103.

n'a que des pouvoirs réduits qui semblent exclure notamment les actes de disposition »¹⁵⁴⁵. Par la suite, la Libération donne l'occasion à certains auteurs d'éprouver leur doctrine. Maurice Duverger, se penchant au travers de l'étude du GPRF sur l'épineux problème de l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait, part du principe que, contrairement à l'usurpation, il dispose d'une capacité à agir légitimement qui demeure limitée. Il mélange les doctrines de 1841 et de 1871 : « [u]n gouvernement de fait démocratique doit être considéré comme légitime s'il borne son activité aux actes d'administration nécessités par les circonstances, sans empiéter sur les décisions futures de la souveraineté nationale en cherchant à les placer devant le fait accompli »¹⁵⁴⁶. La thèse de la limitation trouve donc quelques échos, à cela près qu'il ajoute une distinction, au sein de la catégorie des gouvernements de fait, entre ceux qui sont « autoritaires » et ceux qui sont « démocratiques »¹⁵⁴⁷. Seuls sont limités, par leur nature même, les seconds, que Duverger définit comme les gouvernements qui prévoient immédiatement la réunion d'une assemblée constituante, sitôt qu'ils se retrouvent au pouvoir. En particulier, puisque le gouvernement de la Défense nationale fonde sa légitimité sur la proclamation de la réunion d'une constituante, il prévoit de manière implicite qu'au-delà de la défense du territoire, il ne se cantonne qu'à des actes normatifs qui ont pour but d'organiser l'élection de cette assemblée. C'est ce qui fait dire à Maurice Duverger qu'un gouvernement de fait démocratique dispose de prérogatives plus limitées qu'un gouvernement de fait autoritaire. Il est pourtant contraint de reconnaître le caractère contingent de la limitation du gouvernement de fait démocratique. Appliquant sa théorie au GPRF de 1944, il ne peut que constater la liberté qu'a prise l'autorité dirigée par le général de Gaulle. Dès lors, il en tire la conséquence que la notion d'actes d'administration s'accroît, pour les gouvernements de fait, « sous l'empire des nécessités auxquelles ceux-ci doivent faire face »¹⁵⁴⁸. Ernst Wolf reconnaît, lui-aussi, qu'en pratique le GPRF ne s'est pas uniquement livré à des actes de pure gestion dans le sens de la théorie de Duverger. De plus, par l'ordonnance du 9 août 1944, ce gouvernement de fait n'a pas manqué de qualifier le gouvernement de Pétain d'usurpateur « pour des motifs politiques plutôt que juridiques »¹⁵⁴⁹. Pour étayer ses dires, il cite René Cassin qui affirme, dans un discours du 21 mars 1945 :

« Le fait de continuer la guerre était un acte de gestion qui comportait des conséquences tellement incalculables, à la fois pour la vie de la France et pour l'avenir de la France, qu'il est impossible de limiter,

¹⁵⁴⁵ G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *loc. cit.*, p. 57, n. 4.

¹⁵⁴⁶ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 85.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 82 *sqq.*

¹⁵⁴⁸ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 97 : « On n'oubliera point, en effet, que la notion étroite d'acte d'administration, qui définit la compétence légitime des gouvernements de fait démocratiques, s'élargit sous l'empire des nécessités auxquelles ceux-ci doivent faire face. Ils peuvent, d'une façon générale, prendre toutes les mesures indispensables au maintien et à la sauvegarde de la nation dont ils gèrent provisoirement les intérêts : dans un temps exceptionnel, ces mesures doivent être importantes et nombreuses ».

¹⁵⁴⁹ E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 54-55.

par les théories que je vous ai exposées, les pouvoirs du gouvernement provisoire et des autorités provisoires. Leur véritable limitation c'est dans le temps qu'on doit la trouver, en reconstituant, le plus vite possible, des institutions régulières qui soient l'émanation du pays »¹⁵⁵⁰.

Ce constat d'une incapacité à définir des bornes efficaces au gouvernement de fait est rejoint par Charles Gossens, pour qui la force de l'empirisme préside en la matière et vient souvent écorner les principes politiques ou juridiques. Faisant preuve de mesure, Gossens conclut qu'entre conceptions restrictives et extensives, « il semble que la pratique dominante s'oriente vers des solutions modérées »¹⁵⁵¹.

En définitive, la théorie de Duverger cerne un élément central de la question de l'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait. Cherchant à en trouver les limites en dehors du droit naturel, il va essayer de la fonder en droit positif. Il constate alors que chaque gouvernement de fait crée la plupart du temps les bases juridiques qui l'encadrent et se réclame de « principes juridiques, d'une certaine philosophie du droit, qu'il considère comme la base de son action présente, et qui formeront les fondements du régime régulier postérieurement organisé par une constitution ». Il faut aller chercher dans ces principes, qui possèdent « une valeur juridique incontestable », les frontières du gouvernement¹⁵⁵². Ainsi, la limitation consiste en une autolimitation. Pour autant, les conséquences qu'en tire Duverger sont discutables, puisqu'il considère qu'un gouvernement de fait qui proclame une doctrine démocratique dispose de moins de compétence qu'un gouvernement de fait qui professe une doctrine autoritaire, le premier étant soumis à la volonté nationale, tandis que le second conserverait toute liberté. Ce point pourrait être sujet à critique : l'autolimitation permettant à celui qui s'y soumet d'être, par définition, la mesure de sa propre puissance, un gouvernement de fait autoritaire comme démocratique serait tout autant capable de modifier les principes qu'il édicte¹⁵⁵³. Cette critique est écartée à partir d'une double considération institutionnaliste. D'abord, le recours au critère de l'assentiment enseigne que la réception du pouvoir par le corps social constitue bien souvent une limite hétérogène, laissant subsister – en théorie – l'irréductible possibilité à ce dernier de refuser au gouvernement de fait de lui

¹⁵⁵⁰ *Communication de M. René Cassin sur les problèmes juridiques posés au Comité français et au gouvernement provisoire par la poursuite de la guerre et la Libération, faite à l'Assemblée générale de la Société de Législation Comparée du 21 mars 1945, cité par : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », loc. cit., p. 55.*

¹⁵⁵¹ C. GOSENS, « Les gouvernements de fait en Belgique », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, *op. cit.*, p. 275.

¹⁵⁵² M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 77-78.

¹⁵⁵³ V. en ce sens : E. WOLF, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 63-64. Si Wolf souligne l'intérêt de la doctrine de Duverger et la pertinence de considérer ses limites du point de vue d'une autolimitation, d'une part, il condamne l'idée qu'un gouvernement autoritaire puisse jouir de compétences illimitées (ce qui lui paraît inadmissible), mais surtout, d'autre part, il constate qu'un gouvernement de fait qui établit ses principes directeurs peut aussi les modifier.

accorder son soutien¹⁵⁵⁴. Ensuite, de manière directement liée, le besoin de légitimité de l'autorité sans titre pour stabiliser son pouvoir et entrer dans le droit la conduit à avoir recours au pouvoir constituant pour émettre des normes de valeur constitutionnelle, tant pour régir provisoirement les institutions que pour préparer leur entrée dans le droit. Ces normes pourront alors servir à l'autorité de droit qui lui succède pour apprécier ses actions et ses actes¹⁵⁵⁵. Son encadrement est à rechercher dans ces principes à valeur constitutionnelle.

Section 2 Audaces du pouvoir constituant

Les gouvernements de fait ont recours au pouvoir constituant avec l'énergie du provisoire. Il s'agit d'un moyen dont ils usent à leur profit pour asseoir leur pouvoir de fait et préparer leur transition vers le droit. Dès lors, en dépit de toute habilitation, ils y ont systématiquement recours¹⁵⁵⁶. Cet état des choses trouve d'abord sa justification dans l'un des critères du gouvernement de fait, celui qui lui est le plus propre : la nécessité. L'idée est présente dès 1789, dans la rhétorique de l'Assemblée nationale qui reconnaît, dans la proclamation du 17 juin, un « devoir impérieux & pressant » à exercer ses droits¹⁵⁵⁷. S'ajoute à cela un argument fondé sur l'assentiment : le gouvernement peut faire usage du pouvoir constituant, car le corps politique est derrière lui. Dans l'esprit révolutionnaire, comme l'énonce Jean-Joseph Mounier moins d'un mois plus tard, la constitution doit être bâtie sur « le consentement libre et formel d'une nation ou de ceux qu'elle a choisis pour la représenter »¹⁵⁵⁸. Si l'on retrouve ces justifications dans la

¹⁵⁵⁴ Une considération qui, du point de vue juridique, peut jouer un rôle important dans l'appréciation *a posteriori* du gouvernement de fait. Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 223 sqq., notamment p. 269 sqq.

¹⁵⁵⁵ Ces deux considérations font écho de près aux écrits de René Capitant, pour qui déceler du droit en période révolutionnaire implique d'aller au-delà du seul texte ou de la norme constitutionnelle formellement écrite. Le mouvement révolutionnaire contient en lui-même, selon Capitant, les germes d'une « constitution » qui ne demande qu'à se stabiliser. Dès lors, la « reconnaissance générale » du pouvoir de fait devient vitale et qu'importe l'inexistence d'une règle écrite, « le texte n'est jamais la règle elle-même, et du moment que la règle existe, que la nation en connaît l'existence et le contenu et en accepte l'application, elle fait partie du droit positif ». Capitant en tire donc une conséquence radicale : « [o]r, ce point de vue permet seul de rétablir l'unité et la continuité juridiques malgré les ruptures constitutionnelles des révolutions, car, seul, il fait apparaître, en la nation, un constituant permanent, de qui émanent toutes les constitutions écrites, maître de les abroger et affranchir des procédures de révisions constitutionnelles prévues dans leurs dispositions » (R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non-écrit », *loc. cit.*, p. 299 sqq. et p. 301 pour la citation).

¹⁵⁵⁶ D'ailleurs, Paolo Alvazzi del Frate définit bien le pouvoir constituant, avec Alessandro Pace, comme « *un pouvoir de fait visant à l'instauration d'un nouvel ordre constitutionnel* » : P. ALVAZZI DEL FRATE, « Pouvoir constituant et responsabilité envers les générations futures. Considérations historico-juridiques », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours (1^{er}-4 juin 2017)*, éd. A. DEROCHE, Limoges, PULIM, 2019, p. 479 (souligné par l'auteur) ; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padoue, Cedam, 2002, p. VIII. Il n'est donc pas étonnant de constater que les gouvernements de fait y ont recours.

¹⁵⁵⁷ Baudouin, I, p. 13.

¹⁵⁵⁸ Discours du 9 juillet 1789, *A.P.*, 1, 8, 214 : « Nous avons pensé qu'une constitution n'est autre chose qu'un ordre fixe et établi dans la manière de gouverner ; que cet ordre ne peut exister, s'il n'est appuyé sur des règles fondamentales, créées par le consentement libre et formel d'une nation ou de ceux qu'elle a choisis

rhétorique des gouvernements révolutionnaire et de restauration – que ce soit en 1789, 1793, 1799 ou encore 1815 – elle est aussi l’apanage, de manière plus étonnante, de la plupart des gouvernements provisoires¹⁵⁵⁹. Ainsi, en va-t-il de la Commission municipale de 1830, qui cherche désespérément à gommer son origine révolutionnaire pour se fonder sur la seule préservation de l’État, ou encore du gouvernement de la Défense nationale de 1870. Le point commun entre tous se trouve dans la double utilisation qu’ils font du pouvoir constituant. Systématiquement, ils s’en servent comme germes provisoires de leur autorité, par l’édiction de normes d’encadrement à vocation constitutionnelle (§1) et pour opérer leur métamorphose en gouvernement de droit afin de s’ancrer dans le temps long du droit (§2).

§1. *Germination*

Aucune tentative, qu’elle soit doctrinale, politique ou judiciaire, n’a réussi à trouver avec certitude des limites juridiques extérieures au gouvernement de fait qui s’imposeraient à lui. Les gouvernements eux-mêmes ne se dotent pas de bornes claires, dans la mesure où ils justifient leur existence sur une nécessité provisoire, qu’il serait contre-intuitif d’entraver sous peine de porter préjudice à leur mission de doter l’État d’une constitution définitive. Pourtant, on ne saurait affirmer qu’ils ne délimitent pas un cadre d’action pour justifier leur pouvoir. En effet, comme le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) le laissait déjà entrevoir, les membres du gouvernement de fait ont tendance, lorsqu’ils arrivent au pouvoir, à prévoir un arsenal normatif qui pourrait relever du droit constitutionnel pour définir l’étendue de leurs attributions et les buts qu’ils se fixent¹⁵⁶⁰. En somme, ils élaborent une sorte de constitution provisoire, quoique ce terme paraisse paradoxal, voire oxymorique, du point de vue juridique¹⁵⁶¹. Il s’agit toujours d’une législation constitutionnelle empirique, dans laquelle il est difficile de déceler une trace de hiérarchie des normes. Pourtant, aussi tributaire des circonstances que soit cette pratique, il n’est pas interdit d’y discerner un schéma logique dans ses récurrences

pour la représenter ». Cette citation illustre la nécessité, pour l’Assemblée, d’exercer le pouvoir constituant, même sans titre formel pour le faire. Son mandat, elle le tient du peuple. Car sans constitution, ajoute Mounier peu après, il ne peut exister qu’un gouvernement de fait (ce qui signifie une usurpation dans sa rhétorique). Il faut donc pourvoir le plus rapidement possible à la vacance du droit.

¹⁵⁵⁹ Les gouvernements auxquels il est fait référence ici font l’objet de plus amples développements dans le chapitre consacré à l’argument de la nécessité auxquels ils ont recours : Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 103 *sqq.*

¹⁵⁶⁰ Par exemple, Arnaud Le Pillouer présente ce décret comme une « constitution provisoire » du gouvernement révolutionnaire : A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁶¹ Ferdinand Larnaude utilise même le terme de « Constitution au petit pied » (F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 479).

historiques (A). L'existence même de ces « petites constitutions »¹⁵⁶² conduit à s'interroger sur leur valeur en droit (B).

A. *La structuration provisoire du gouvernement de fait*

En raison de la concentration des pouvoirs qui les caractérise, l'organisation des gouvernements de fait se rapproche d'une forme dictatoriale. Pour autant, leur structuration a pu prendre des aspects aussi divers que le comité de Salut public en 1793, le Consulat provisoire en 1799, le gouvernement sénatorial en 1815, le Gouvernement provisoire de 1848, le gouvernement de Vichy en 1940 ou encore le GPRF de 1944, tant et si bien qu'il semble inconcevable d'en dresser un système structuré et cohérent. Peu d'auteurs ont d'ailleurs entrepris de faire l'état des lieux des organisations prises par les gouvernements de fait pour en tirer une synthèse convaincante. Bien que succinctes, on retiendra surtout les démarches de Ferdinand Larnaude et de Maurice Duverger. Le premier distingue l'exercice collégial et unitaire du pouvoir¹⁵⁶³. Bien qu'il ne détaille guère, il semble que ce qu'il range sous le vocable de pouvoir collégial recoupe les gouvernements démocratiques au sens où l'entend Maurice Duverger¹⁵⁶⁴, c'est-à-dire ceux qui prétendent exercer leurs fonctions au nom de la volonté du peuple en attendant la réunion d'une assemblée constituante. Il cite comme exemples inclinant en ce sens les gouvernements de fait de 1848 et de 1870. En conséquence, la forme unitaire correspond à un exercice personnel (terme qu'il emploie également) du pouvoir et peut être rapprochée, chez Duverger, de la forme autoritaire du gouvernement de fait¹⁵⁶⁵. Pour autant, cette distinction n'est pas retenue ici. Elle renferme une portée et un intérêt certains, mais de l'aveu même de Larnaude, qu'importe l'organisation du gouvernement, il s'agit toujours de « simplifier l'organisation et l'action des rouages gouvernementaux », afin d'apporter plus vite les décisions et les réformes pour lesquelles le gouvernement prétend tenir son pouvoir¹⁵⁶⁶. Par exemple, en se donnant pour but de mener à bien une guerre mal dirigée par le gouvernement de droit qui le précédait, comme le fait le gouvernement de la Défense nationale¹⁵⁶⁷. Cette considération explique, pour Larnaude, que les gouvernements de fait réunissent les pouvoirs législatif et exécutif.

En pratique, au regard de leur finalité, on pourrait multiplier les distinctions pour opérer un tri dans l'organisation des gouvernements de fait : ceux qui captent le pouvoir pour l'exercer seul aux fins de promulguer une constitution et ceux qui prévoient la

¹⁵⁶² Ce syntagme de « petites constitutions » fait notamment référence à un article d'Emmanuel Cartier, mobilisé à profit dans la sous-partie dont il est question : E. CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *loc. cit.*, p. 513-534.

¹⁵⁶³ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 477-478.

¹⁵⁶⁴ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 85.

¹⁵⁶⁵ Larnaude illustre son propos avec les gouvernements de 1848 et de 1870 ainsi que les gouvernements dictatoriaux des « Républiques Sud-américaines », sans préciser davantage : F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 478.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ L'un des fondements argumentatifs de son pouvoir réside dans la défense du territoire face à la Prusse : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 143 *sqq.*

réunion d'une autorité pour le faire à leur place ; ceux qui organisent eux-mêmes leurs attributions et ceux qui le font conjointement à un organe subsistant du régime déchu ; ceux qui sont dotés d'une structure formelle et concentrée et ceux qui, au contraire, s'organisent de manière diligente et sommaire. Souvent, ces impératifs gravitent ensemble selon le contexte et les exigences du moment. Au travers de deux exemples types d'organisation (1) – qui recoupent certaines des distinctions que l'on vient d'évoquer – il est possible de tenter d'élaborer une synthèse juridique des mesures de structuration provisoire des gouvernements de fait (2).

1. Deux exemples types : l'organisation formelle et concentrée (1799) et l'organisation sommaire et diligente (1830)

Le 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799), soit le lendemain du coup d'État marquant la fin du Directoire, le Consulat provisoire s'organise. À cet effet, les trois consuls, Napoléon Bonaparte, Sieyès et Roger Ducos, promulguent une loi *qui remplace le Directoire exécutif par une commission consulaire exécutive, et les Conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux commissions composées chacune de vingt-cinq membres*¹⁵⁶⁸. Acte d'auto-organisation, il contient en substance les principaux caractères du gouvernement de fait. Le régime politique qui le précède est aboli dès l'article 1^{er} qui énonce qu'il « n'y a plus de Directoire » et prononce la déchéance de nombreux représentants du peuple « pour les excès et les attentats auxquels ils se sont constamment portés ». De plus, le Corps législatif (le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq-Cents) « s'ajourne au 1^{er} ventôse prochain ». À la destruction succède la construction, puisque l'article 2 prévoit la création d'une « commission consulaire exécutive » provisoire, qui est « investie de la plénitude du pouvoir directorial, et spécialement chargée d'organiser l'ordre dans toutes les parties de l'administration, de rétablir la tranquillité intérieure et de procurer une paix honorable et solide » (article 3). L'article 8 organise le remplacement provisoire du Corps législatif qui est ajourné. Chaque Conseil a charge de nommer en son sein une commission de vingt-cinq membres, qui ont pour mission de statuer, sous l'encadrement de la commission consulaire exécutive, sur les objets urgents « de police, de législation et de finances » (article 9). En pratique donc, le pouvoir de décision appartient aux trois consuls provisoires¹⁵⁶⁹.

La loi du 19 brumaire précise ensuite les bornes de l'action des commissions : celle qui est issue des Cinq-Cents dispose de l'initiative tandis que celle qui est issue des Anciens détient l'approbation (article 10). Ces dispositions ne masquent tout de même pas l'élément central de la constitution provisoire de ce gouvernement de fait : l'initiative, la direction et la décision relèvent des consuls¹⁵⁷⁰. À preuve, le texte se dote d'une dimension programmatique qui illustre la volonté des gouvernants. L'article 11 prévoit

¹⁵⁶⁸ Loi du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799) (*Duvergier*, 1, 12, 1-2) pour les différentes mesures qui suivent.

¹⁵⁶⁹ A. AULARD, *Registre des délibérations du consulat provisoire...*, *op. cit.*, p. VI-VII.

¹⁵⁷⁰ En ce sens : *cf.* Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 121 *sqq.*

que les commissions sont « chargées de préparer [...] les changements à apporter aux dispositions organiques de la constitution dont l'expérience a fait sentir les vices et les inconvénients ». La loi, véritable constitution provisoire de ce gouvernement de fait, ne contribue pas uniquement à détruire et organiser provisoirement, elle prépare également les bases du régime de droit à venir. Le gouvernement énonce donc prendre en main le pouvoir constituant et définit, à l'article 12, le champ d'action constitutionnel qu'il se doit de respecter : « la souveraineté du peuple, la République une et indivisible, le système représentatif, la division des pouvoirs, la liberté, l'égalité et la propriété ». Les commissions sont enfin chargées de « préparer un Code civil » (article 13). On trouve ici la synthèse de l'action juridique la plus aboutie possible pour un gouvernement de fait : réformer le droit, de la sphère constitutionnelle au champ du droit privé.

À côté de cette organisation formelle et concentrée du pouvoir, des gouvernements de fait se distinguent plutôt par le caractère sommaire et diligent que prennent les actes qui les structurent. La Commission municipale provisoire issue de la révolution de Juillet en est la manifestation la plus flagrante. Émané de la Chambre des députés, ce gouvernement de fait veut apparaître provisoire, mais le moins possible révolutionnaire. Il se voit doté d'une organisation sommaire, d'autant plus que l'acte qui préside à son organisation n'émane pas, formellement, de lui. En effet, il s'agit d'un « acte des députés réunis à Paris », du 29 juillet 1830¹⁵⁷¹. Durant la révolution de Juillet, les actes qui peuvent apparaître comme des normes constitutionnelles provisoires sont libellés au nom des députés, sans doute pour bénéficier d'une plus grande légitimité fondée sur l'élection des députés et rattachable ainsi à l'idée de volonté nationale. Imprégné du caractère provisoire et exceptionnel de la situation, cet acte prévoit simplement qu'une « commission a été nommée pour veiller aux intérêts de tous dans l'absence de toute organisation régulière » et contient le nom de ses membres¹⁵⁷². En outre, une proclamation du 31 juillet 1830 prévoit quelques brèves mesures se voulant contraignantes, tant pour la Commission que pour la Lieutenance générale du duc d'Orléans qui doit lui succéder¹⁵⁷³. Les députés se cantonnent à quelques vœux généraux – « la liberté et l'ordre » – et proclament surtout qu'un « gouvernement qui, sans délai, nous garantisse ces biens est aujourd'hui le premier besoin de la patrie ». Ils sont en revanche prescriptifs sur le choix de ce gouvernement. En effet, la proclamation énonce qu'en attendant « l'intervention régulière des Chambres », certains députés ont « invité un Français qui n'a jamais combattu que pour la France, M. le duc d'Orléans, à exercer les fonctions de Lieutenant général du royaume ». Ils continuent, dans le but de le lier à ces principes : « [l]e duc d'Orléans est dévoué à la cause nationale et constitutionnelle, il en a toujours défendu les intérêts et professé les principes. *Il respectera nos droits, car il*

¹⁵⁷¹ Duvergier, 2, 30, 82.

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ Duvergier, 2, 30, 84.

tiendra de nous les siens »¹⁵⁷⁴. Suivent alors un ensemble de mesures qui, disent les députés signataires, seront respectées par le gouvernement. D'un point de vue purement juridique, ces mesures ne contraignent pas formellement le gouvernement qui succède, dans la mesure où l'autorité qui les édicte s'épuise dans le changement de régime. De plus, constitutionnellement, la Chambre des députés ne dispose pas vraiment de l'attribution nécessaire pour octroyer le pouvoir ni à la Commission, ni au Lieutenant général. Pourtant, force est de constater qu'en pratique, elles sont plutôt respectées par les gouvernements de fait. Tout du moins, ces derniers n'ont pas été ostensiblement à leur encontre¹⁵⁷⁵. Ce n'est pas tant un impératif de légalité constitutionnelle qui conduit au respect de ces dispositions, qu'un besoin de légitimité juridique.

2. Tentative de synthèse des mesures d'organisation provisoire

De ce qui précède, il est possible de synthétiser l'opération de structuration du gouvernement de fait. Trois caractéristiques apparaissent quant aux normes constitutionnelles provisoires par lesquelles un gouvernement de fait organise son pouvoir, qu'on retrouve à des degrés divers et parfois seulement de manière parcellaire selon les gouvernements de fait. L'autorité édicte des mesures qui comportent des dispositions de destruction de l'ordre ancien, de stabilisation de l'ordre provisoire *de facto* et, de manière programmatique, de construction de l'ordre *de jure* à venir.

En premier lieu, on trouve souvent des mesures visant à détruire l'ordre ancien. Comme les consuls provisoires ont déclaré la fin du Directoire, les députés et la Commission municipale en 1830 ne manquent pas de proclamer la déchéance de Charles X. Ces dispositions peuvent alors se ranger au nombre des actes qu'Olivier Beaud nomme « déconstituant[s] »¹⁵⁷⁶. Puisque la révolution, par elle-même, n'abroge pas l'ordre juridique ancien¹⁵⁷⁷, il est nécessaire au gouvernement de fait de marquer le profond changement qu'implique son pouvoir exorbitant. La pratique française des gouvernements de fait est riche en la matière. Ainsi, la proclamation du 24 février 1848 prend acte de ce qu'un « gouvernement rétrograde et oligarchique vient d'être renversé par l'héroïsme du peuple de Paris »¹⁵⁷⁸ et un arrêté du gouvernement du même jour dissout la Chambre des députés et interdit à la Chambre des Pairs de se réunir¹⁵⁷⁹. Louis-Napoléon Bonaparte procède de même à l'issue de son coup d'État et s'empresse de dissoudre l'Assemblée nationale et le Conseil d'État dans un décret du 2 décembre

¹⁵⁷⁴ Duvergier, 2, 30, 85 (souligné par nous).

¹⁵⁷⁵ La Commission municipale provisoire reste très laconique dans ses proclamations (v. la *Proclamation de la commission municipale de Paris aux habitants du 31 juillet 1830*, Duvergier, 2, 30, 83) et le duc d'Orléans demeure prudent, et se range bien derrière l'appel des députés pour arguer de son pouvoir (v. la *Proclamation du duc d'Orléans aux habitants de Paris, par laquelle il accepte les fonctions de Lieutenant-général du royaume*, Duvergier, 2, 30, 84).

¹⁵⁷⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 223 sqq. et p. 263 sqq.

¹⁵⁷⁷ En ce sens : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 297 sqq.

¹⁵⁷⁸ Duvergier, 1, 48, 49.

¹⁵⁷⁹ Duvergier, 1, 48, 57.

1851¹⁵⁸⁰. De la même manière que l'arrêté du 24 février 1848, en abolissant le régime déchu, prévoyait la réunion d'une Assemblée constituante, le décret du 2 décembre 1851 convoque le peuple. Ces deux actes sont donc proprement transitoires, dans la mesure où ils comportent à la fois une mesure déconstituante et reconstituante. En 1870, la chute du Second Empire n'emporte pas, *de facto*, la disparition des organes constitués. Là encore, des actes déconstituants œuvrent à ce projet. Ainsi, le décret du gouvernement de la Défense nationale du 4 septembre 1870 supprime le Conseil d'État, tandis qu'un second, du même jour, dissout le Corps législatif et abolit le Sénat¹⁵⁸¹. On peut toutefois noter qu'il y existe des gouvernements de fait qui n'émettent pas, en apparence, de mesure de destruction, ou bien celles-ci ne sont pas dirigées à l'encontre du gouvernement qui les précède. En France, la situation particulière de 1940 pose ces deux constats de manière concomitante. Le gouvernement de Vichy, formellement, n'abroge pas la Constitution de la Troisième République ni ne proclame la mort de ses institutions, ce qui ne l'empêche pas, en pratique, de consommer la rupture avec ce régime condamné par ses membres¹⁵⁸². En outre, l'Acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 fixant les pouvoirs du Chef de l'État est partiellement déconstituant, en ce qu'il abroge, dans son article 2, toutes les « dispositions des lois constitutionnelles des 24 février 1875, 25 février 1875 et 16 juillet 1875, incompatibles avec le présent acte »¹⁵⁸³. Dans le même temps, les différentes formations de la France libre refusent l'abolition du régime républicain, même de fait, dans la mesure où de Gaulle place sa légitimité dans la continuité de la République¹⁵⁸⁴. En revanche, ses actes déconstituants sont tournés vers le gouvernement de Vichy¹⁵⁸⁵, une démarche que le GPRF viendra parfaire avec l'ordonnance du 9 août 1944 qui en proclame l'illégitimité manifeste et l'inexistence institutionnelle¹⁵⁸⁶.

L'ordonnance du GPRF du 17 août 1945 fait figure de curiosité sur ce point. Elle est promulguée dans la continuité du processus de la Libération et de restauration de l'ordre républicain¹⁵⁸⁷. Elle s'inscrit dans le cadre de l'organisation provisoire des pouvoirs et prévoit un référendum qui laisse une alternative au corps électoral : restaurer l'ordre

¹⁵⁸⁰ Duvergier, 1, 51, 475.

¹⁵⁸¹ Duvergier, 1, 70, 320.

¹⁵⁸² La seule lecture de l'article de Roger Bonnard consacré aux actes constitutionnels de Philippe Pétain, véritable apologie du régime de Vichy, suffit à dresser le tableau de cette rupture : R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *loc. cit.*, *passim*.

¹⁵⁸³ JO, 12 juillet 1940, p. 4517-4518.

¹⁵⁸⁴ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 90 *sqq.*

¹⁵⁸⁵ Outre le manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940 du général de Gaulle (JOFL, 20 janvier 1941, p. 3) et l'article de René Cassin de janvier 1941 (R. CASSIN, « Un coup d'État : la soi-disant constitution de Vichy », *loc. cit.*, *passim*) qui condamnent la nullité du gouvernement de Vichy, plusieurs actes émanés des instances de la France libre visent à détruire l'édifice normatif et institutionnel que tente de mettre en place le gouvernement de Vichy. Par exemple, l'article 7 de l'ordonnance n° 1 du 27 octobre 1940, *organisant les pouvoirs publics durant la guerre et instituant le Conseil de défense de l'Empire* prévoit que « [t]outes dispositions contraires à la présente ordonnance sont abrogées » (JOFL, 20 janvier 1941, p. 3).

¹⁵⁸⁶ S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585. Pour davantage de détails sur ce point : *cf.* Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 320 *sqq.*

¹⁵⁸⁷ JO, 19 août 1945, p. 5154.

ancien (la Troisième République) ou le détruire pour en bâtir un nouveau. En effet, le processus constituant à double niveau est ainsi fait : le référendum que prévoit cette loi pose deux questions. La première, « [v]oulez-vous que l'Assemblée élue ce jour soit constituante ? » (article 2), porte sur la restauration ou non de la Troisième République. Si le corps électoral le refuse, cette assemblée devient alors automatiquement la Chambre des députés d'une Troisième République formellement rétablie (article 3). Dans ce cas de figure, l'acte n'est pas déconstituant mais seulement reconstituant, dans le sens d'une restauration pure et simple. Au contraire, si le corps électoral accepte, alors la seconde question lui est adressée : « approuvez-vous que les pouvoirs publics soient, jusqu'à la mise en œuvre de la nouvelle Constitution, organisés conformément au projet de loi ci-contre ? » (article 4). Dans ce cas, l'ordonnance est bien déconstituante, puisque la Troisième République est formellement abolie et le projet de loi annexé au référendum se substitue à toute organisation provisoire des pouvoirs (article 5)¹⁵⁸⁸. Il en résulte la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 qui constitue, pour certains auteurs, une « constitution provisoire » de la France¹⁵⁸⁹.

En second lieu, les normes constitutionnelles provisoires ont pour but de stabiliser le régime de fait, avant – ou en même temps que – de prévoir celui de droit. Elles peuvent prévoir une organisation assez sommaire, laissant les mains libres au gouvernement ou, au contraire, peuvent être assez complètes et exhaustives. On retrouve les premières en 1848 ou en 1870. La proclamation du 24 février 1848 fait mention de la constitution d'un gouvernement provisoire « investi momentanément du soin d'assurer et d'organiser la victoire nationale » et donne la liste de ses membres¹⁵⁹⁰. Ses attributions demeurent vagues, la proclamation se bornant à constater que « le mandat du gouvernement provisoire est dans le Salut public »¹⁵⁹¹. De la même manière, la proclamation du 4 septembre 1870 indique qu'un « gouvernement a été nommé d'acclamation »¹⁵⁹². Là encore, cet acte mentionne les membres qui le composent et se borne à octroyer les « pleins pouvoirs civils et militaires pour la défense de la patrie » à son chef, le général Trochu. Il précise toutefois : « [l]e gouvernement est avant tout un gouvernement de défense nationale »¹⁵⁹³, ce qu'une proclamation à l'armée, le lendemain, vient renforcer

¹⁵⁸⁸ *Ibid.* Ce procédé, pour original qu'il soit, n'en reprend pas moins une rhétorique qui avait déjà fait ses preuves : celle de Louis-Napoléon Bonaparte. Son coup d'État est ainsi effectué qu'il convoque le peuple dans les comices, dans le décret du 2 décembre 1851 afin qu'il tranche : souhaite-t-il continuer « cet état de malaise qui nous dégrade et compromet notre avenir » (c'est-à-dire conserver la Seconde République) ou veut-il, au contraire, donner « les moyens d'accomplir la grande mission » dont Bonaparte se considère investi ? C'est ainsi qu'il justifie ses pouvoirs dans la proclamation du même jour (*Duvergier*, 1, 51, 475). Pour davantage de détails sur le plébiscite de 1851, qu'il soit permis de renvoyer au colloque organisé par Frédéric BLUCHE : *Le Prince, le peuple et le droit. Atour des plébiscites de 1851 et de 1852, op. cit.*, passim.

¹⁵⁸⁹ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France, de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 393 ; E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 543.

¹⁵⁹⁰ *Duvergier*, 1, 48, 51-52.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*

¹⁵⁹² *Duvergier*, 1, 70, 320.

¹⁵⁹³ *Ibid.* On a pu voir que cette précision n'était pas dénuée d'importance : c'est sur ce fondement qu'une théorie limitative des compétences du gouvernement de fait à son objet a pu être forgée. *Cf. supra*, p. 355 *sqq.*

« [n]ous n'avons qu'un but, qu'une volonté : le salut de la patrie, par l'armée et par la nation... »¹⁵⁹⁴. Ces mesures-ci demeurent assez laconiques et laissent une large marge de manœuvre au gouvernement de fait pour agir. Au contraire, les différents mouvements issus de la France libre sont régis par de nombreux textes de structuration du pouvoir assez précis pour chacune de leurs formations. Ainsi, des textes comme l'ordonnance n° 1 du 27 octobre 1940 *organisant les pouvoirs publics durant la guerre et instituant le Conseil de Défense de l'Empire*¹⁵⁹⁵, l'ordonnance n° 16 du 24 septembre 1941 *portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre* qui crée le Comité national français¹⁵⁹⁶, l'ordonnance du 3 juin 1943 *portant institution du Comité français de la Libération nationale*¹⁵⁹⁷ ou, un an plus tard exactement, l'ordonnance du 3 juin 1944 *substituant au nom du Comité français de la Libération nationale celui de Gouvernement provisoire de la République française*¹⁵⁹⁸ ou encore la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 sont assez précis quant aux attributions des autorités qu'ils instituent. De plus, ces textes sont souvent suivis de décrets d'application qui en précisent davantage les attributions ou la composition¹⁵⁹⁹. Qu'elles soient succinctes ou précises, ces normes provisoires d'organisation du gouvernement de fait demeurent utiles, tant sur le plan de la technique juridique, car elles permettent de comprendre les objectifs que se donne le gouvernement de fait, que sur le plan du droit politique, en ce qu'elles peuvent apparaître comme une source de légitimation.

Enfin, il arrive souvent que ces normes comportent une dimension programmatique, en ce qu'elles préparent le terrain pour le gouvernement de droit à venir et qu'elles en dessinent les principes qui le guideront. On peut alors les rapprocher des normes « reconstituantes », pour reprendre le vocabulaire d'Olivier Beaud. De tels actes contribuent aux fonctions de structuration et de pérennisation du gouvernement de droit qui sont exercées par les gouvernements de fait et font l'objet de plus amples développements par la suite¹⁶⁰⁰. Avant de s'y intéresser, il convient de revenir sur la valeur de ces normes provisoires de structuration, que l'on peut nommer des « petites constitutions ».

B. La valeur des « petites constitutions »

Que l'on place la focale sur la science du droit ou sur le droit lui-même, se poser la question de la valeur des petites constitutions consiste à soulever le voile pour voir ce qui se cache derrière le droit positif, en espérant y découvrir autre chose que « la hideuse

¹⁵⁹⁴ Duvergier, 1, 70, 321.

¹⁵⁹⁵ JOFL, 20 janvier 1941, p. 2.

¹⁵⁹⁶ JOFL, 14 octobre 1941, p. 41.

¹⁵⁹⁷ JO (Alger), 10 juin 1943, p. 1.

¹⁵⁹⁸ JO (Alger), 8 juin 1944, p. 449.

¹⁵⁹⁹ Par exemple Décret du 3 juin 1943 *fixant l'organisation et le fonctionnement du Comité français de la Libération nationale* institué par l'ordonnance du même jour (JO (Alger), 10 juin 1943, p. 2).

¹⁶⁰⁰ Cf. *supra*, p. 374 *sqq.*

face de Gorgone du pouvoir qui [nous] fixe » promise par Kelsen¹⁶⁰¹. Il y a un profit certain à ce qu'une étude juridique s'intéresse à ces normes transitoires (1), dans la mesure où, dans une perspective de droit politique, elles ne sont pas dénuées d'effets juridiques (2).

1. Du point de vue de la science du droit

La valeur de ces petites constitutions du point de vue de la science du droit est controversée. En adoptant une perspective dualiste du pouvoir constituant (originaire et dérivé)¹⁶⁰², certains auteurs considèrent qu'elles n'ont juridiquement aucun intérêt. En effet, dans la mesure où ces actes se réduisent au pouvoir constituant originaire, une étude de ce phénomène « se ramène à une question de fait et cesse d'être une question de droit », comme le soutient Carré de Malberg. Pour le professeur strasbourgeois, l'hypothèse de la dévolution et de l'exercice du pouvoir constituant qui n'est pas régie par le droit – le pouvoir originaire – est à écarter et seule est permise l'étude juridique du pouvoir dérivé. Il en tire la conséquence suivante : « il n'y a point de place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'État ou des révolutions et de leurs effets ». Les actes constitutifs des gouvernements de fait ne peuvent être alors pour lui que des « procédés constitutifs d'ordre extra-juridique »¹⁶⁰³. Dans un ordre d'idées voisin, la perspective normativiste de Kelsen appréhende ce phénomène avant tout par le biais soit de la validité soit de la seule efficacité¹⁶⁰⁴. Rechercher la norme d'imputation adéquate pour fonder la validité de la norme constitutionnelle provisoire du gouvernement de fait serait rendu complexe par la rupture dans la chaîne de validité et, *in fine*, vain. Mais ne considérer la norme comme valable que parce qu'elle est effective consisterait à se priver de s'intéresser aux causes de l'effectivité et aux phénomènes d'acceptation ou de rejet de la norme. Ainsi, l'étude des normes constitutionnelles édictées par les gouvernements de fait n'apparaît pas pertinente dans une perspective kelsenienne, l'étude de l'origine étant évacuée au moyen de l'hypothèse logico-transcendantale. La dichotomie entre pouvoir constituant originaire et dérivé, lorsqu'elle se rapporte selon cette approche positiviste à une séparation stricte entre le fait et le droit, paraît incompatible pour appréhender les petites constitutions émises par les gouvernements de fait. Elle conduit à occulter toute leur

¹⁶⁰¹ Cité par : M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁶⁰² Cette théorie séparatiste entre un pouvoir constituant originaire d'un côté et un pouvoir constituant dérivé de l'autre est elle-même l'occasion de nombreux débats. Sur cette division du pouvoir constituant, v. : A. LE PILLOUER, « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », *RHFD*, t. 25-26, 2005-2006, p. 123-141, et la bibliographie que l'auteur mentionne. Dans l'article, Arnaud Le Pillouer plaide pour le retour sémantique aux termes de « pouvoir constituant » et « pouvoir de révision » en lieu et place de pouvoir constituant originaire et dérivé pour bien marquer leur différence de nature. V. aussi : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 210 *sqq.* et p. 314-315, ainsi que la thèse de Guy Heraud sur le pouvoir constituant : G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, *passim*.

¹⁶⁰³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 497, *précit.*

¹⁶⁰⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 209 *sqq.* et p. 271.

dimension juridique, préjugant que ce qui relève du pouvoir originaire n'appartient qu'à un fait naturellement extérieur à la sphère juridique. Pour résoudre ce problème, Emmanuel Cartier s'emploie à intégrer la notion de petite constitution dans celle de « Constitution historique », syntagme qu'il emprunte à Otto Pfersmann. La Constitution historique correspond à « l'acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n'est plus possible de retracer une continuité juridique » au sens d'un « ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique »¹⁶⁰⁵. Selon cette perspective, les petites constitutions s'inscrivent dans l'hypothèse de la Constitution historique, dans la mesure où elles ne relèvent pas à proprement parler du fait – comme l'estime Carré de Malberg –, mais d'une mise en forme du factuel en règle de droit. En somme, elles appartiennent à un « processus de formalisation de l'ordre juridique » qui atteint son aboutissement avec la promulgation de la constitution définitive du régime¹⁶⁰⁶. Puisque ces normes consacrent la destruction de l'ordre juridique renversé, elles ont pour effet de donner naissance à un nouvel ordre juridique en construction¹⁶⁰⁷. Ainsi, pour Emmanuel Cartier, les petites constitutions entrent dans le champ d'étude de la science du droit. Toutefois, la question de leur juridicité ne peut être établie autrement, dit l'auteur en s'appuyant sur Otto Pfersmann, que par un jugement *ex post facto* : « [t]out se passe comme si ces normes comportaient une condition résolutoire reposant sur la pérennité du système dont elles sont censées permettre l'initiation »¹⁶⁰⁸. Il place alors la focale davantage sur le rôle de désignation d'un organe titulaire du pouvoir constituant que sur l'utilité de ces normes dans le champ normatif à l'instant où elles sont édictées. Pour autant, appréhendé à partir du droit politique, ce droit constitutionnel transitoire conserve tout son intérêt dans la théorie du gouvernement de fait.

2. Du point de vue du droit politique

Ces constitutions provisoires fournissent un cadre d'action au gouvernement de fait, dans lequel il se permet d'agir. Dans le droit positif, si l'on reprend les critiques émises plus haut à l'encontre du phénomène constituant originaire, les petites constitutions sont condamnées à n'avoir aucune valeur juridique propre. Formellement non contraignantes, il apparaît difficile de fonder une théorie de l'opposabilité de ces mesures pour contraindre le gouvernement à les respecter ou pour le sanctionner s'il les a outrepassées. Que faire, en effet, si le gouvernement ne se sent pas lié par les normes qu'il s'impose ou qui lui sont imposées ? Le gouvernement de Vichy n'a pas respecté la contrainte d'exercer son pouvoir au nom du « gouvernement de la République »¹⁶⁰⁹ et a plusieurs

¹⁶⁰⁵ E. CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *loc. cit.*, p. 522.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 523 : Emmanuel Cartier parle d'ordre juridique de « relais », en ce qu'il prend place sur les ruines de l'ordre juridique déchu et qu'il préfigure celui à venir.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 533

¹⁶⁰⁹ Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (*JO*, 11 juillet 1940, p. 4515).

fois changé les règles du jeu constitutionnel dans l'édiction des normes. Il a ainsi modifié en 1942 le système d'élaboration des lois, initialement aux mains du Chef de l'État, pour permettre au Chef du gouvernement, sous sa seule signature, de promulguer des lois et des décrets¹⁶¹⁰. Aucune sanction, sinon rétroactivement au renversement du gouvernement, n'a pu lui être opposée. Ces petites constitutions traduisent donc davantage une autolimitation des pouvoirs du gouvernement de fait qu'une limitation qui lui serait extérieure. De plus, quand bien même les normes qui définissent son organisation lui seraient exogènes (comme la Commission municipale provisoire de 1830), elles ne fonctionnent que sur la base de son acceptation volontaire à les respecter, dans la mesure où aucun mécanisme juridique n'existe pour le sanctionner. Toutefois, deux considérations issues du droit politique permettent d'appréhender ces normes comme relevant d'une contrainte nécessaire quoiqu'informelle pour le gouvernement.

Tout d'abord, ces mesures relèvent d'un besoin de légitimité juridique. Elles se rattachent à une idée d'apparence de légalité dans le fonctionnement des institutions provisoires : parce que le gouvernement de fait a respecté les principes qu'il a lui-même posés, il entend bénéficier d'une appréciation plus conciliante par l'autorité légale lui succédant. En particulier, toute la rhétorique des membres du gouvernement de la Défense nationale fonctionne sur ce schéma. Ainsi, le phénomène des petites constitutions ne fonctionne pas sur une relation respect/sanction imputée traditionnellement à la norme juridique¹⁶¹¹ ou dans un cadre temporel classique dans lequel la rupture du pacte juridique entraîne une sanction qui découle de l'application d'une norme issue de ce même pacte. Au contraire, ces normes provisoires consistent, de la part du gouvernement de fait, en un pari sur l'avenir et en un espoir présent. Le pari sur l'avenir repose sur l'appréciation que subiront ses actes une fois arrivés entre les mains du gouvernement de droit¹⁶¹². L'espoir présent consiste, pour le gouvernement, à faire reposer sa légitimité sur le respect du cadre dont il se dote lui-même, selon un accord tacite avec le corps politique : tant qu'il paraît respecter les règles du jeu, il a moins de chance d'être perçu comme illégitime auprès du peuple. Ensuite, ces mesures relèvent d'un impératif de continuité de l'État. En édictant ce type de normes, le gouvernement de fait participe à la structuration de l'ordre juridique qui se met en place. Procédant ainsi, il constitue une brique dans l'édifice qui va bientôt conduire à la mise en place du gouvernement de droit. Cette considération explique qu'il prenne une part active aux

¹⁶¹⁰ Acte constitutionnel n° 12 du 17 novembre 1942 : « Hors les lois constitutionnelles, le chef du gouvernement pourra, sous sa seule signature, promulguer les lois ainsi que les décrets » et Acte constitutionnel n° 12 bis du 26 novembre 1942 : « L'article unique de l'acte constitutionnel n° 12 du 17 novembre 1942 est complété par la disposition suivante : "Le chef du gouvernement pourra exercer le pouvoir législatif en conseil de cabinet dans les conditions prévues par l'article premier (§ 2) de l'acte constitutionnel n° 2" ».

¹⁶¹¹ Sur ce rapport et sa critique, v. C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *loc. cit.*, *passim*, notamment § 5 ; v. aussi : ID., « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, t. 5, 2010, § 1 *sqq.* [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-en-droit-politique-I-l-avenement-de-ce-qui-est-dans-l-ordre-de-ce-qui-doit-etre-280.html>. Consulté le 22/03/2019].

¹⁶¹² On renvoie ici aux développements afférents : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 279 *sqq.*

métamorphoses juridiques dans l'État, exerçant le pouvoir constituant pour chercher à se transformer en gouvernement de droit.

§2. *Métamorphoses*

Tant qu'il n'a pas pérennisé ses institutions ni fourni une base constitutionnelle stable et permanente à l'État, le gouvernement de fait reste dans une position instable. Prêtre de Nemi¹⁶¹³, il est toujours à la merci de celui qui peut venir renverser son pouvoir. Comme l'Antistius de Renan, chaque gouvernement de fait essaie de purger le rituel sanglant du temple de Nemi auquel il a lui-même participé, pour sortir du cycle de violence engendré par la transition¹⁶¹⁴. Cela passe par la nécessaire utilisation du pouvoir constituant, auquel le gouvernement de fait a recours pour engendrer le gouvernement de droit, en proposant une constitution ou en réunissant l'autorité qui l'élabore. Il s'agit là de sa fonction de pérennisation (**B**). Seulement, il ne manque pas non plus d'essayer d'enraciner des principes politiques par l'édition d'actes normatifs tournés vers ce but. On peut y voir une fonction structurante (**A**).

A. Une fonction de structuration : enraciner des principes politiques

Ponctuellement, le gouvernement de fait tente d'exercer un rôle de pérennisation des institutions. En parallèle des textes provisoires à portée constitutionnelle qu'il promulgue – les petites constitutions –, il édicte des mesures qui ne sont pas toujours semblables à des normes constitutionnelles, mais qui n'ont pas non plus une vocation uniquement normative. Elles comportent une dimension politique assumée, dont les buts consistent à indiquer les principes qui irriguent le régime provisoire et à proposer de grandes lignes au régime de droit à venir. Il s'agit bien d'actes qui émanent des gouvernements de fait eux-mêmes, à l'inverse de ceux par lesquels une autorité légitime cherche à borner le gouvernement auquel elle va octroyer les pleins pouvoirs (comme la proclamation des députés du 31 juillet 1830 ou la loi du 10 juillet 1940).

Procédé fréquent des gouvernements de fait, particulièrement ceux qui prévoient la réunion d'une assemblée constituante, on en trouve la formalisation la plus complète avec le Gouvernement provisoire de 1848, qui entend réformer l'État jusque dans ces principes politiques fondamentaux, si bien qu'il n'hésite pas à avoir recours à de tels actes normatifs à prétention politique. Il proclame la République dès le 24 février et, bien que n'étant pas formellement contraignante pour la future Assemblée constituante, cette

¹⁶¹³ Le prêtre de Nemi est censé tenir le sacerdoce de Diane dans la Rome archaïque. La particularité de sa succession tient à ce qu'elle ne peut avoir lieu que par un duel, le titulaire du sacerdoce étant systématiquement celui qui a tué son prédécesseur (L. RÉTAT, « Mort, devenir ou résurrection du sacré : *Le Prêtre de Nemi* d'Ernest Renan », *Études Renaniennes*, t. 90, 1992, p. 4).

¹⁶¹⁴ E. RENAN, *Le prêtre de Nemi*, Paris, Calmann Levy, 1886, *passim*.

disposition n'en constitue pas moins un message fort¹⁶¹⁵. Non seulement le gouvernement de fait remet immédiatement au peuple le choix de la République¹⁶¹⁶, mais il ajoute comme une déclaration de volonté pour l'avenir : « [l]a liberté, l'égalité et la fraternité pour principes, le peuple pour devise et mot d'ordre, voilà le Gouvernement démocratique que la France se doit à elle-même et que nos efforts sauront lui assurer »¹⁶¹⁷. De même, le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848, par la généralité de son propos, sa vocation universelle et perpétuelle et sa référence au droit naturel peut être rangé dans cette catégorie d'actes¹⁶¹⁸. Cela est d'autant plus visible que l'article 5 prescrit directement à l'Assemblée nationale « la quotité de l'indemnité qui devra être accordée aux colons », actant dès lors que ces dispositions et leurs principes ont vocation à perdurer dans le régime de droit à venir¹⁶¹⁹. Enfin, il entend même réformer l'impôt, mais précise que, conscient de son caractère provisoire, il enjoint, directement cette fois-ci, la future Assemblée de le faire. Dans la déclaration du 1^{er} mars 1848, le Gouvernement provisoire prévoit « [q]u'une des premières lois qui sera présentée à l'Assemblée nationale sera un nouveau budget, où [il] donnera satisfaction à des vœux qu'il partage... »¹⁶²⁰. En ce sens, l'article 3 de l'arrêté qui suit la déclaration précise :

« Le Gouvernement provisoire s'engage à présenter à l'Assemblée nationale un budget dans lequel seront supprimées les taxes sur le timbre de la presse périodique, l'octroi, le sel et une loi qui modifiera profondément le système des contributions indirectes »¹⁶²¹.

Le gouvernement de fait joue donc à la fois sur un registre de l'ordre du prescriptif, adressant aux membres d'une Assemblée qui n'est encore qu'à l'état de projet de recevoir les principes qui accompagnent sa proposition comme les leurs, et sur le registre du vœu, restant mesuré sur le caractère obligatoire de leur volonté. Toutefois, tous les gouvernements de fait prévoyant la réunion d'une Assemblée constituante n'ont pas été aussi volontaristes et engagés que celui de 1848. Il en va ainsi du gouvernement de la Défense nationale en 1870 qui proclame lui aussi la République¹⁶²². Si le geste est fort et témoigne d'une volonté de rompre avec l'Empire et Bonaparte, une certaine prudence demeure toutefois et, contrairement à 1848, le gouvernement ne paraît pas enjoindre, même implicitement, la future Assemblée constituante à s'engager sur la voie qu'il trace

¹⁶¹⁵ Proclamation du Gouvernement provisoire du 24 février 1848 (*Moniteur universel*, 25 février, p. 499).

¹⁶¹⁶ « Le Gouvernement provisoire veut la *république*, sauf ratification par le peuple qui sera immédiatement consulté » (*ibid.*).

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ *Duvergier*, 1, 48, 194. L'énoncé des motifs est en effet rédigé ainsi : « Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; Qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; Qu'il est une violation flagrante du dogme républicain : "Liberté - Égalité - Fraternité" ; Considérant que si des mesures effectives ne suivaient pas de très près la proclamation déjà faite du principe de l'abolition, il en pourrait résulter dans les colonies les plus déplorables désordres ».

¹⁶¹⁹ Article 5 du décret du 27 avril 1848 (*ibid.*).

¹⁶²⁰ *Moniteur universel*, 1^{er} mars 1848, p. 519.

¹⁶²¹ *Ibid.*

¹⁶²² Proclamation du 4 septembre 1870 (*Moniteur universel*, 6 septembre 1870, p. 1287).

et à se ranger derrière la République. La convocation des collèges électoraux est limpide de sobriété à cet égard¹⁶²³. D'ailleurs, lors de la réunion de l'Assemblée nationale le 12 février 1871 la victoire des républicains n'était pas jouée ; elle a résulté d'un combat politique et juridique qui n'était pas gagné d'avance¹⁶²⁴. En somme, ces mesures imprégnées de volontarisme politique constituent davantage un témoignage de l'esprit du gouvernement de fait. Le double caractère d'autolimitation et de prescription qu'elles comportent demeure souvent tributaire de l'avenir de l'autorité qui les édicte. Si l'abolition de l'esclavage par le décret du 27 avril 1848 rend compte de l'objectif démocratique du gouvernement provisoire et perdue dans la législation du régime qui lui succède – la Seconde République –, il n'en va pas de même pour d'autres gouvernements de fait renversés. Le décret de séparation de l'Église et de l'État du 2 avril 1871 édicté par la Commune ne lui survit pas¹⁶²⁵. Pour autant, ce décret adopté à l'unanimité témoigne l'attachement du gouvernement de fait pour une certaine conception de la liberté de conscience tout autant que de l'anticléricalisme qui le caractérise¹⁶²⁶.

Ainsi, ces mesures normatives à portée politique connaissent un avenir aléatoire qui correspond bien à la nature provisoire du gouvernement qui les édicte. Leur degré de performativité n'est jamais joué d'avance, si bien que lorsque plusieurs gouvernements de fait s'affrontent, comme entre 1940 et 1944 avec Vichy et la France libre, l'avenir du gouvernement a une influence certaine sur la portée politique de tels actes. En effet, le régime de Vichy s'est montré friand de ces proclamations prescriptives permettant de laisser transparaître les principes politiques qui guident son action et qui doivent irriguer le gouvernement de droit en préparation. On en trouve l'illustration dans les lois du 3 octobre 1940¹⁶²⁷ et du 2 juin 1941¹⁶²⁸ portant statut des juifs (dites premier et second statut des juifs). Exemptes d'énoncés de dogmes, ces lois portent en elles une partie des principes du régime. Le même esprit se dégage de la loi du 16 février 1943 qui institue le Service du Travail Obligatoire (STO)¹⁶²⁹. Elle s'inscrit sans doute dans l'objectif de valorisation du travail promu par le régime, mais surtout dans celui d'une collaboration active avec l'Allemagne. L'esprit qui ressort de ces lois explique d'ailleurs pourquoi le Comité français de Libération nationale vise expressément ces actes à l'article 3 l'ordonnance du 9 août 1944, dont l'un des principaux buts est justement d'annuler les mesures les plus politiques du régime de Vichy¹⁶³⁰. Il est alors assez logique que de telles lois politiques, lorsqu'est renversé le gouvernement qui les a émises, ne lui survivent pas, contrairement à celles de la France libre.

¹⁶²³ Convocation des collèges électoraux du 8 septembre 1870 (*Moniteur universel*, 10 septembre 1870, p. 1303).

¹⁶²⁴ V. sur ce point : D. GROS, *Naissance de la Troisième République*, op. cit., passim, notamment p. 468.

¹⁶²⁵ Décret du 2 avril 1871 (*Journal officiel de la Commune de Paris*, 3 avril 1871, p. 217).

¹⁶²⁶ S. GACON, *La Commune de 1871*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2021 (*coll. Essais*), p. 36-38.

¹⁶²⁷ JO, 18 octobre 1940, p. 5323.

¹⁶²⁸ JO, 14 juin 1941, p. 2475. Cette loi remplace la précédente de 1940.

¹⁶²⁹ JO, 17 février 1943, p. 461.

¹⁶³⁰ S. 1944, lois, décrets, avis du Conseil d'État, p. 1585. Sur les régimes juridiques que consacre l'ordonnance du 9 août relativement aux actes du gouvernement de Vichy : cf. Partie II – Titre I – Chapitre I, p. 320 sqq.

L'étude du GPRF de 1944 permet, par ailleurs, de souligner qu'il n'est pas forcément nécessaire que le gouvernement de fait soit renversé pour que certaines des mesures politiques n'aient aucune portée effective. L'ordonnance du 21 avril 1944 prévoit la réunion d'une Assemblée constituante par laquelle « [l]e peuple français décidera souverainement de ses futures institutions »¹⁶³¹. Ce texte demeure exempt de tout contenu prescriptif envers la future Assemblée. Pourtant, çà et là, le gouvernement sème les principes selon lesquels il entend orienter la politique à venir. On peut les subsumer sous le souhait de « renouer, dans la limite du possible, avec le passé légal », ce qui se rattache plus largement à une volonté de « retour à des institutions démocratiques », selon les termes de l'exposé des motifs d'une ordonnance du 11 octobre 1944¹⁶³². Or, si le souhait de consacrer des institutions démocratiques pour le régime de droit est respecté, la volonté de renouer avec le passé légal en ce que ce projet impliquerait un retour à la Troisième République, l'est beaucoup moins. La formulation même de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 traduit, au moins implicitement, le projet d'en finir avec ce régime pour aller vers une Quatrième République¹⁶³³. De fait, le référendum qui découle de cette loi constitutionnelle acte le non-retour à la Troisième République. Ainsi, plus qu'une tentative d'encadrement de l'action juridique et politique du gouvernement qui va lui succéder, ces mesures normatives à portée politique ne constituent parfois qu'un argument de légitimation visant à rattacher le gouvernement à la continuité de l'État. En ce sens, elles font la jonction entre les petites constitutions, par leur caractère d'autolimitation du gouvernement de fait – dessinant quelques-uns de ses principes – et l'exercice du pouvoir constituant visant à le faire entrer dans le droit, mettant déjà un pied dans l'avenir du régime.

En définitive, il est possible de considérer ces mesures normatives à portée politique essentiellement comme des vœux du gouvernant de fait qui ont une prétention impérative en vue d'exercer une influence plus ou moins forte sur le régime de droit. Il serait très aléatoire de considérer que ce sont ces actes qui ont un rôle décisif dans les choix qui sont faits dans l'élaboration de la constitution du régime de droit. Un tel raisonnement téléologique relèverait parfois plus de la divination que du droit, dans la mesure où il a pu arriver que malgré l'édiction de mesures normatives à portée politique, le gouvernement légal qui a résulté de la transition constitutionnelle n'a pas opté pour les choix prescrits par l'autorité de fait, soit qu'elle ait été renversée, soit qu'il ne parût pas nécessaire d'y prêter foi. Pourtant, si en elles-mêmes ces mesures ne s'imposent pas nécessairement au gouvernement de droit, il arrive souvent qu'elles exercent une influence au moins latente. Elles ne sont pas toujours à proprement parler constituantes, mais leur existence peut laisser supposer qu'il existe une fonction structurante du

¹⁶³¹ JO (Alger), 22 avril 1944, p. 325.

¹⁶³² Ordonnance du 11 octobre 1944 *modifiant les attributions, le fonctionnement et les attributions de l'Assemblée consultative provisoire instituée par l'ordonnance du 17 septembre 1943* (JO (Alger), 12 octobre 1944, p. 917).

¹⁶³³ Sur la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, cf. *infra*, p. 383 ; v. aussi : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 542 *sqq.*

gouvernement de fait, au sens où, par l'exercice du pouvoir, il favorise la structuration de l'architecture constitutionnelle du régime de droit lui succédant ; il détermine un cadre politique et juridique de réflexion dans l'élaboration de ses principes constitutionnels. Cette fonction structurante du gouvernement de fait se double d'une fonction permanente, celle d'engendrer le gouvernement de droit.

B. Une fonction de pérennisation : engendrer le gouvernement de droit

Le provisoire est inscrit dans l'ADN du gouvernement de fait, concept forgé et aiguisé pour désigner un organe qui exerce un pouvoir dont la vocation est d'aboutir à une transformation nécessaire : passer du fait au droit. Il s'y emploie donc avec détermination, dans la mesure où il exerce le pouvoir constituant dans l'objectif. Deux cas de figure se présentent : les gouvernements de fait qui, probablement conscients de leur fébrilité ou de l'incertitude de leur compétence, renoncent à exercer le pouvoir constituant, au profit d'une autorité convoquée dans cet objectif (1) ; et ceux qui l'exercent eux-mêmes, pour élaborer et promulguer la constitution définitive de l'État (2).

1. Le procédé démocratique : la transmission du pouvoir constituant

Le gouvernement de fait qui, loin de capter le pouvoir constituant, prévoit rapidement la réunion d'une autorité chargée spécifiquement de l'exercer à sa place, constitue le premier cas de figure qui se présente dans l'histoire constitutionnelle française depuis 1789. Le plus fréquemment, il s'agit de la réunion d'une Assemblée constituante, mais pas toujours. Ainsi, la Commission municipale provisoire de 1830 gouverne un nombre très restreint de jours (du 29 au 31 juillet), pour laisser rapidement sa place au duc d'Orléans qui se charge d'exercer une Lieutenance générale jusqu'à la révision de la Charte¹⁶³⁴. Cependant, en France, le procédé de transmission du pouvoir constituant par le gouvernement de fait demeure, le plus souvent, la réunion d'une Assemblée qui l'exercera à sa place. Il s'est présenté au moins trois fois : pour la Convention nationale du 20 septembre 1792, pour l'Assemblée nationale du 4 mai 1848 et pour l'Assemblée nationale constituante du 12 février 1871¹⁶³⁵.

Le cas de la Convention est particulier, car celle-ci n'est pas à proprement parler convoquée par l'organe de gouvernement au sens strict (le Conseil exécutif provisoire mis en place le 15 août 1792¹⁶³⁶), mais par l'Assemblée législative, dans son décret du

¹⁶³⁴ À ce sujet : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 130 *sqq.*

¹⁶³⁵ L'Assemblée constituante de 1789 est mise de côté ici car le cas est très particulier : elle se proclame elle-même constituante le 9 juillet 1789, elle n'est pas réunie par un gouvernement de fait qui lui précède. De même, la situation en 1944 est assez différente, puisque l'assemblée réunie est consultative et n'est pas constituante.

¹⁶³⁶ A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 170.

10 août 1792¹⁶³⁷, qui résulte des nombreux conflits intérieurs comme extérieurs et, spécifiquement pour cette journée, de l'invasion des Tuileries¹⁶³⁸. La nuance est de faible importance puisque depuis le 10 août et la suspension du Roi, le pouvoir exécutif l'est également, en marge de tout cadre légal¹⁶³⁹ ; il est alors possible de considérer que l'État est régi par un gouvernement de fait. Conscients de la situation d'exception, les gouvernants, principalement par la voix de Condorcet au nom de la Commission extraordinaire des Douze¹⁶⁴⁰, s'empressent de prévoir la réunion d'une assemblée qui pourra être dépositaire du pouvoir constituant et, par conséquent, doter la France d'une nouvelle constitution pour pérenniser le régime. Ce caractère provisoire assumé, la réunion prochaine d'une assemblée légitime puisqu'élue sans excepter les citoyens « passifs » et les arguments fondés sur la nécessité et l'évidence sont mobilisés pour justifier le caractère éminemment dérogatoire des mesures qui sont prises¹⁶⁴¹.

En 1848, le Gouvernement provisoire ne tarde pas non plus à prévoir la réunion d'une constituante¹⁶⁴². Une fois celle-ci élue, elle s'empresse d'affirmer sa souveraineté. Le 8 mai 1848, quatre jours après la première réunion de l'Assemblée nationale constituante, le citoyen Dornès, dépose une motion sans équivoque visant à la création d'un exécutif provisoire pour remplacer le gouvernement de fait :

« [l']Assemblée nationale constituante reçoit le dépôt des pouvoirs extraordinaires conférés au gouvernement provisoire [...]. L'Assemblée nationale constituante étant investie de la souveraineté populaire dans sa plénitude, le gouvernement provisoire, né de la révolution de février, cesse d'exister. La souveraineté de l'Assemblée devant s'exercer par délégation jusqu'à la mise en vigueur de la constitution qui va être décrétée par elle, elle confie le pouvoir exécutif à une commission exécutive composée de 5 membres »¹⁶⁴³.

¹⁶³⁷ Décret du 10 août 1792 (*Moniteur universel*, 12 août 1792, p. 944-945).

¹⁶³⁸ Sur la situation institutionnelle de la France et sur les nombreux débats qui conduisirent à la suspension du roi : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception, op. cit.*, p. 291 *sqq.*

¹⁶³⁹ La suspension de l'exécutif est en effet prévue par la Constitution de 1791, mais pas pour le cas à propos duquel elle est mise en œuvre. L'art. 7, Sect. I du chapitre consacré à la Royauté ne vise en effet que le cas où le roi aurait quitté le territoire et refuserait d'y faire retour au moins deux mois après la proclamation de son absence et consiste en un constat de son abdication. Pour plus de détails : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception, op. cit.*, p. 298 *sqq.*

¹⁶⁴⁰ La Commission extraordinaire des douze est créée le 17 juin 1792. Elle a notamment pour but de dresser « le tableau des maux qui désolent la patrie, de leurs causes, et des mesures propres à dissiper l'orage qui se profile » (*A.P.*, 45, 326).

¹⁶⁴¹ F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception, op. cit.*, p. 299.

¹⁶⁴² Par un décret du 5 mars 1848 (*Bulletin des lois*, 1848, 10^e série, t. 1, n^o 62, p. 47). Les élections sont reportées par un décret du 26 mars 1848 (*Bulletin des lois*, 1848, 10^e série, t. 1, n^o 162, p. 171).

¹⁶⁴³ *Moniteur universel*, 9 mai 1848, p. 986. Cette motion proposant la nomination d'une commission exécutive pour nommer les ministres responsables ne va pas sans des débats houleux avant d'être finalement adoptée. Pour davantage de détails : A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes, op. cit.*, p. 138 *sqq.*

Ainsi, dans ce procédé, le gouvernement de fait remet le pouvoir constituant en dépôt à l'Assemblée, estimant n'en avoir jamais ni eu la possession ni la propriété¹⁶⁴⁴. Simple commissionnaire du peuple, il le transmet alors à l'Assemblée qui, elle, s'en considère tout à la fois dépositaire, mais s'estime aussi déliée du gouvernement qui l'a réunie pour qu'elle l'exerce¹⁶⁴⁵. Arnaud Le Pillouer voit dans ces déclarations une affirmation de leur souveraineté par les Assemblées constituantes, qui constitue leur justification pour organiser transitoirement les pouvoirs publics à leur gré¹⁶⁴⁶. L'avenir du gouvernement de fait y reste d'ailleurs incertain : si la Convention a conservé le Conseil exécutif provisoire par un décret du 21 septembre 1792¹⁶⁴⁷, l'Assemblée de 1848 prévoit de remplacer le Gouvernement provisoire par une commission exécutive dès le 8 mai¹⁶⁴⁸.

Ce procédé peut néanmoins susciter de vifs débats, ainsi que le montre la controverse sur le caractère constituant ou non de l'Assemblée nationale de 1871. Certains ont pu nier son caractère constituant, Gambetta le premier¹⁶⁴⁹. L'Assemblée nationale tranche la question, à l'instar de celles qui l'ont précédée, en se considérant pleinement souveraine et dépositaire d'un très large pouvoir. Elle l'affirme à de multiples reprises. Dès le début de sa mandature, par un décret du 17 février 1871, elle se proclame « dépositaire de l'autorité souveraine »¹⁶⁵⁰. Elle insiste le 21 mars, en réaction à l'insurrection communarde du 18 mars 1871, par une proclamation insérée au *Journal officiel* dans laquelle elle s'adresse au peuple : « [n]ous vous conserverons intact le dépôt que vous nous avez commis pour sauver, organiser, constituer le pays, ce grand et tutélaire principe de la souveraineté nationale ; [...] nous sommes vos représentants et vos seuls mandataires ; c'est par nous, c'est en notre nom, que la moindre parcelle de notre sol doit être gouvernée... »¹⁶⁵¹. S'estimant donc dépositaire de la souveraineté, elle en profite quelques mois plus tard pour résoudre la question de son pouvoir constituant, par une loi du 31 août 1871 dite « Constitution Rivet » : « [l]'Assemblée nationale, considérant qu'elle a le droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie, et que les devoirs impérieux que tout d'abord elle a dû s'imposer, et qui sont encore loin d'être accomplis, l'ont seuls empêchée jusqu'ici

¹⁶⁴⁴ Le discours du Gouvernement provisoire de 1848 est un peu plus nuancé : le 4 mai 1848 il proclame devant l'Assemblée nationale nouvellement formée : « le moment est arrivé pour le gouvernement provisoire de déposer entre vos mains le *pouvoir illimité* dont la révolution l'avait investi » (*Moniteur universel*, 5 mai 1848, p. 946, *précit.*). Il se considérait pourvu d'un pouvoir illimité, mais a pourtant fait le choix de la réunion d'une constituante pour en exercer la part la plus importante, celle de bâtir la constitution et de faire entrer le gouvernement dans le droit.

¹⁶⁴⁵ En ce sens : A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 73-74.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 74-75.

¹⁶⁴⁷ Décret qui s'inscrit dans un impératif de continuité de l'État : « [l]a Convention nationale décrète que, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, les lois non-abrogées seront provisoirement exécutées ; que les pouvoirs non-révocés ou non-suspendus, sont provisoirement maintenus ; et que les contributions publiques existantes continueront à être perçues et payées comme par le passé » (*A.P.*, 52, 73 ; également cité par A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, *op. cit.*, p. 74).

¹⁶⁴⁸ *Moniteur universel*, 9 mai 1848, p. 986.

¹⁶⁴⁹ V. en ce sens : D. GROS, *Naissance de la Troisième République*, *op. cit.*, p. 143-145.

¹⁶⁵⁰ *Duvergier*, 1, 71, 54.

¹⁶⁵¹ *JO*, 22 mars 1871, p. 205.

d'user de ce pouvoir... »¹⁶⁵². Ainsi, l'Assemblée constituante, par sa rhétorique, s'affranchit de toute obligation qui pourrait la lier au gouvernement de fait dont elle tire en partie son origine, en s'estimant souveraine au nom du peuple et de la nécessité. En ce sens, ce n'est pas le gouvernement de fait qui lui attribuerait le pouvoir constituant – il n'en aurait pas les moyens – mais le peuple directement puisqu'elle est issue d'une élection. Ainsi que le constate Arnaud Le Pillouer, en recevant de la Nation ses pouvoirs souverains, une telle assemblée peut exercer, au nom de cette Nation, le pouvoir constituant, mais aussi le pouvoir instituant. En effet, si elle peut lui donner une constitution définitive, l'Assemblée doit aussi avoir les capacités d'organiser le provisoire¹⁶⁵³. Dans ce processus, le gouvernement de fait n'est alors qu'une courroie de transmission du pouvoir constituant. Il arrive pourtant qu'il décide de le capter, pour l'exercer lui-même.

2. Le procédé autoritaire : la captation du pouvoir constituant

Un second cas de figure se présente avec des gouvernements qui sortent de la légalité pour définir eux-mêmes, ou par le biais d'une commission restreinte sous leur contrôle, les principes constitutionnels qui doivent présider à l'établissement de l'ordre juridique nouveau qu'ils entendent consacrer. Le cas le plus symptomatique découle de l'œuvre du Consulat provisoire dirigé par Napoléon Bonaparte dès le lendemain de son coup d'État du 9 novembre 1799 (18 brumaire an VIII) jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution consulaire le 24 décembre 1799 (3 nivôse an VIII). La Constitution est bien élaborée par les consuls provisoires¹⁶⁵⁴ puis ratifiée par un plébiscite dont les résultats sont publiés le 7 février 1800 (18 pluviôse an VIII), soit plus d'un mois après son entrée en vigueur. Ici, l'exercice du pouvoir constituant par le gouvernement de fait correspond bien à la maxime, prêtée à Sieyès, selon laquelle « le pouvoir vient d'en haut, la confiance vient d'en bas »¹⁶⁵⁵. Ce procédé connaît une ferveur particulière dans le camp bonapartiste, car Napoléon réitère avec l'Acte additionnel, qui est ratifié par le biais d'un plébiscite du

¹⁶⁵² JO, 3 septembre 1871, p. 3161.

¹⁶⁵³ A. LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, op. cit., p. 75.

¹⁶⁵⁴ Le Consulat provisoire n'en est pas le rédacteur direct, puisque Bonaparte nomme une commission dans chaque organe délibérant – les Cinq-Cents et les Anciens – composée de vingt-cinq membres chacune pour préparer la constitution (art. 11 de la loi du 19 brumaire an VIII, *Duvergier*, 1, 12, 2). On y trouve notamment Daunou ou Boissy d'Anglas. Mais cette constitution est élaborée sous le contrôle étroit des consuls provisoires et doit beaucoup au travail de Sieyès et plus encore à ce qu'en a fait Napoléon. V. en ce sens : J. MENICHELLI, « L'écriture de la constitution de l'an VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, t. 18, 2013, p. 68-83.

¹⁶⁵⁵ Cet aphorisme est rapporté en substance par Boulay de la Meurthe dans son ouvrage consacré aux idées constitutionnelles de Sieyès et la Constitution de l'an VIII, mais sous une forme quelque peu différente que celle retenue par l'histoire. A. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII. Extraits des mémoires inédits*, Paris, Paul Renouard, 1836, p. 10 : « Selon lui [Sieyès], l'autorité doit toujours venir d'en haut, c'est-à-dire de la représentation nationale ou du peuple représenté ; mais pour ne tomber que sur des têtes investies de la confiance publique et désignées par elles » ; puis plus loin : « [o]r il dressait son ordre exécutif sur une échelle composée de plusieurs degrés, par lesquels on montait, ou on descendait. Là, comme dans l'ordre législatif, la confiance venait d'en bas et le pouvoir d'en haut... » (*ibid.*, p. 25) (souligné par l'auteur).

1^{er} juin 1815¹⁶⁵⁶. Ce codicille – en réalité un texte constitutionnel qui change jusqu'à l'esprit du régime – est réalisé par le haut (par Benjamin Constant sur la demande de l'Empereur lui-même), puis soumis à la base. Louis-Napoléon Bonaparte procède de la même manière, lorsqu'il présente la Constitution de 1852 à l'acceptation populaire par plébiscite par un décret du 2 décembre 1851 : « [l]e peuple français veut le maintien de Louis-Napoléon Bonaparte et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour faire une Constitution¹⁶⁵⁷ ». Le gouvernement de fait issu du coup d'État du 2 décembre 1851 se fait aider pour cela d'une commission *ad hoc* restreinte¹⁶⁵⁸, avant que le texte ne soit proposé à la base, au corps politique, pour ratification. Il en ressort qu'il s'agit d'un procédé qui peut être qualifié d'autoritaire, au sens où le pouvoir s'exerce de manière descendante. Dans ce cas, le processus constituant varie peu : la constitution est élaborée, souvent rapidement, par le gouvernement lui-même et elle fait l'objet d'une ratification par référendum.

Ce procédé est aussi retenu par des gouvernements de fait organisés collégalement. Ainsi, le gouvernement sénatorial de 1814, s'il est présidé par la figure imposante de Talleyrand, n'en demeure pas placé sous la dépendance directe du Sénat conservateur¹⁶⁵⁹. Sur l'impulsion du prince de Bénévent, le Sénat prend la résolution de former un « Gouvernement provisoire chargé de pourvoir aux besoins de l'administration », mais, plus encore, s'arroge le pouvoir constituant, puisque ce gouvernement de fait est aussi chargé « de présenter au Sénat un projet de Constitution »¹⁶⁶⁰. Manifestation du pouvoir absolu dont il s'estime dépositaire, le Sénat prononce la déchéance de Napoléon le 3 avril¹⁶⁶¹. Ainsi, captant le pouvoir constituant, il en profite pour élaborer le projet de Constitution, par le biais d'une commission spécialement nommée¹⁶⁶². Certain de présider au sort de l'État, le gouvernement provisoire promulgue donc cette Constitution par un décret constitutionnel du 6 avril 1814¹⁶⁶³. Outre son esprit très parlementaire¹⁶⁶⁴, ce qui est particulièrement significatif dans ce texte, c'est que le prétendant au trône, « Louis-Stanislas-Xavier de France » (et non Louis XVIII) est *appelé librement* par le peuple à régner¹⁶⁶⁵. De même, dans un décret du 14 avril 1814, le Sénat défère à Monsieur, frère du roi appelé au trône, la Lieutenance générale du Royaume¹⁶⁶⁶. Condamnant une

¹⁶⁵⁶ Sur ce plébiscite : F. BLUCHE, *Le plébiscite des Cent-Jours (avril-mai 1815)*, *op. cit.*, p. 36 *sqq.*

¹⁶⁵⁷ Duvergier, 1, 51, 476.

¹⁶⁵⁸ La Commission, mandatée par le Prince-Président, était composée de Troplong, Rouher, Mesnard, Persigny et Flahaut. Elle a élaboré la Constitution du 14 janvier 1852 sous le contrôle et la supervision du gouvernement de fait avec célérité. V. pour davantage de détails : L. DUGUIT, H. MONNIER, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789...*, *op. cit.* p. CIII.

¹⁶⁵⁹ Cf. Partie I – Titre I – Chapitre 2, p. 127 *sqq.*

¹⁶⁶⁰ Duvergier, 1, 19, 1, *précit.*

¹⁶⁶¹ Duvergier, 1, 19, 4. Le lendemain, le Corps législatif émet un acte *adhérant à l'acte du Sénat*, par lequel il reconnaît également la déchéance de Napoléon (Duvergier, 1, 19, 5).

¹⁶⁶² Elle est composée de Lebrun, Barbé-Marbois, Destutt de Tracy, Emmerly et Lambrechts (S. RIALS, « Constitution sénatoriale », *loc. cit.*, p. 530).

¹⁶⁶³ Duvergier, 1, 19, 6.

¹⁶⁶⁴ Pour davantage de détails sur cette Constitution sénatoriale : *Ibid.*, p. 530 *sqq.*

¹⁶⁶⁵ Art. 2 de la Constitution sénatoriale des 6-9 avril 1814.

¹⁶⁶⁶ Duvergier, 1, 19, 15-16.

conception qui heurte la légitimité monarchique, le comte d'Artois, à la tête du gouvernement de fait qui succède à celui de Talleyrand, rejette ce texte. En effet, le Lieutenant général ne fait aucune référence au décret ou à la Constitution sénatoriale, ce qui traduit un refus implicite de la doctrine qui entendait lui déférer le pouvoir. Le refus de Louis XVIII est encore plus net dans la déclaration de Saint-Ouen du 2 mai 1814¹⁶⁶⁷. Ainsi, qu'il débouche sur une constitution effective ou non, cette technique de captation du pouvoir constituant reste l'apanage de certains gouvernements de fait.

Loin de tomber en désuétude au XX^e siècle, elle s'affirme d'autant plus que son assise autoritaire permet une certaine marge de manœuvre au gouvernement de fait et, en théorie, une grande célérité pour passer du fait au droit. En théorie, car l'histoire constitutionnelle connaît un gouvernement de fait qui s'y est risqué sans succès : Vichy. La méthode est similaire : sur le visa de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qui octroie les pleins pouvoirs au gouvernement pour l'édiction d'une Constitution¹⁶⁶⁸, l'Acte constitutionnel n° 1 du 11 juillet attribue au Chef de l'État la « plénitude du pouvoir gouvernemental »¹⁶⁶⁹. Le gouvernement de fait s'emploie donc à élaborer une constitution, tout en gouvernant le pays. Toutefois, le contexte a contribué à ce que la rapidité ne fit pas partie de l'équation, car contrairement au Consulat provisoire ou au gouvernement provisoire de Louis-Napoléon Bonaparte qui mirent moins de deux mois pour réaliser leur projet constituant, Vichy n'en vint jamais à bout lorsque plusieurs années après le début des travaux le gouvernement fut renversé.

Le GPRF de 1944 tente une synthèse de ces deux procédés : par la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, promulguée à l'issue du référendum constituant prévu par l'ordonnance du 17 août, il organise lui-même le pouvoir provisoire. Cette loi irrigue de principes politiques et constitutionnels la constitution à venir¹⁶⁷⁰, pourtant, ce n'est pas le gouvernement de fait qui l'élabore lui-même. Le référendum prévoyait en effet la réunion d'une Assemblée constituante pour remplir cette mission. Ainsi, la transition constitutionnelle qui débouche sur la Quatrième République contient des éléments hérités du procédé autoritaire, mais aussi démocratique, issus de l'exercice du pouvoir par le gouvernement de fait.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 26-27.

¹⁶⁶⁸ Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 : « L'Assemblée nationale donne tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'État français. Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées » (*JO*, 11 juillet 1940, p. 4515).

¹⁶⁶⁹ *JO*, 12 juillet 1940, p. 4517.

¹⁶⁷⁰ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 552 *sqq.* et p. 556 *sqq.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'absence de titre à gouverner, loin de priver le gouvernement de fait de moyens, semble au contraire le délier de toute entrave juridique pour lui permettre de confondre les pouvoirs et de les exercer sans bornes. Dès lors, déterminer la nature des pouvoirs du gouvernement de fait à partir de l'histoire constitutionnelle française comporte un risque méthodologique. En effet, cette démarche conduit, dans un premier temps, au constat d'une double impuissance. D'abord, elle fait ressortir l'impossibilité de connaître *en soi*, la nature de ce pouvoir, ce qui a pu aboutir, dans la démarche des juristes et hommes politiques d'apprécier l'action du gouvernement de fait, à un rejet progressif de toute métaphysique. En ce sens, toutes tentatives pour lui poser des limites substantielles, fondées sur le droit naturel notamment, se sont soldées au mieux par un vœu plus ou moins respecté par certains gouvernements, au pire par un échec, car elles constituent une *lex imperfecta*¹⁶⁷¹. Ensuite, cette démarche débouche sur l'imperfection de toute proposition de construction conceptuelle viable. Il semble en effet impossible de définir de manière certaine et immuable ce pouvoir du gouvernement de fait, qui constitue un phénomène contingent et mutable. Pourtant, l'échec n'emporte pas renoncement. En effet, on a vu qu'il était possible de distinguer, dans la pratique des gouvernements de fait, l'exercice de leur pouvoir instituant de celui d'un pouvoir constituant et que, s'il apparaît risqué de définir trop précisément les contours du pouvoir instituant, les gouvernements de fait ont des scrupules à empiéter formellement sur le domaine législatif quand ils l'exercent. Une seconde distinction apparaît donc, entre le pouvoir de fait, qui relève de l'exceptionnel et du provisoire, exercé avant le retour du pouvoir de droit. L'intérêt de les différencier apparaît à un certain nombre de protagonistes, hommes politiques comme juristes, dans le but de préserver, au moins en principe, le domaine législatif de l'action du gouvernement de fait et de ménager une capacité théorique à l'autorité de droit pour juger des actes émis durant cette période anormale.

L'usage du pouvoir constituant semble plus clairement identifiable, quoiqu'il soit saisi par le gouvernement de fait sans aucune compétence d'attribution. Son exercice relève d'une nécessité institutionnelle, celle de doter l'État d'un gouvernement de droit. C'est alors par le biais du pouvoir constituant que le gouvernement de fait émet le vœu de forger un titre juridique durable. Bornant les activités de l'État au domaine du provisoire, il donne paradoxalement une place plus importante au corps politique, destinataire de la constitution à venir. Le peuple voit donc son rôle renforcé, même si le gouvernement exerce tous les pouvoirs sans limites clairement définies, car il se trouve dans un besoin de légitimité constante sous peine de voir son pouvoir s'étioler. Si l'étendue des pouvoirs paraît donc infinie, à bien y regarder, les contingences qui s'imposent à lui et l'assentiment qui lui est nécessaire contribuent à le contraindre. En effet, même un gouvernement qui prétend s'affranchir des contraintes et capter le pouvoir législatif à

¹⁶⁷¹ C'est-à-dire une disposition normative sans aucune sanction ou aucun moyen de la faire appliquer : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° *Lex imperfecta*, p. 609.

son profit pour transformer l'État, y compris dans un but et selon une méthode autoritaire, le fait systématiquement au nom du peuple¹⁶⁷². L'étendue des pouvoirs du gouvernement de fait s'apprécie donc à l'aune d'une dialectique entre le commandement émis et sa réception, c'est-à-dire l'obéissance qu'il suscite. En effet, dans le rapport de domination¹⁶⁷³ qui s'établit spécifiquement entre le gouvernement de fait et le peuple, ce dernier prend une place de plus en plus importante¹⁶⁷⁴. Il apparaît d'autant plus central que son assentiment est nécessaire à la fois pour l'exercice provisoire du pouvoir – les petites constitutions qu'édicte le gouvernement de fait – que dans le passage au gouvernement de droit : soit que l'autorité ait recours à la réunion d'une Assemblée constituante, soit qu'elle élabore elle-même la constitution pour la soumettre au peuple par référendum.

Ainsi, en dépit de l'apparence chaotique de ce mouvement de balancier diachronique qui s'opère au fil de l'histoire, entre pouvoir capté et pouvoir transmis, l'exercice du pouvoir constituant permet au gouvernement de fait de se doter d'un but, qui peut servir de *criterium* pour apprécier le degré d'autolimitation dont il a fait preuve dans son usage du pouvoir instituant. Surtout, il renseigne sur les principes qui ont guidé son action et qui servent souvent de porte d'entrée pour juger de la responsabilité du gouvernement ou de ses membres lors du rétablissement de la situation normale.

¹⁶⁷² Le gouvernement de Vichy prétend exercer le pouvoir au nom du peuple, ou plus exactement à destination de celui-ci. L'argument est sans doute grandement rhétorique, d'autant que ce qui recoupe le peuple a fait l'objet d'une redéfinition en excluant certaines catégories de personnes du corps politique, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un argument incontournable pour le gouvernement qui veut exercer le pouvoir sans titre (en ce sens : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 260).

¹⁶⁷³ Au sens Wébérien où l'État est celui qui « revendique avec succès pour son propre compte *le monopole de la violence légitime* » (M. WEBER, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 125, souligné par l'auteur). En ce sens, « l'État consiste en un *rapport de domination* de l'homme sur l'homme fondé sur le moyen de la violence légitime ». Cette violence légitime est celle qui est considérée comme légitime, ce qui fait que « [l']État ne peut donc exister qu'à la condition que les hommes dominés se soumettent à l'autorité revendiquée chaque fois par les dominateurs » (*ibid.*, p. 126, souligné par nous). Le pouvoir du gouvernement de fait est donc tributaire de cette dialectique entre le besoin de légitimité qui lui est nécessaire et la réception de ce pouvoir par le peuple pour qui il est censé l'exercer.

¹⁶⁷⁴ Au début du XX^e siècle, Georg Jellinek pose le constat selon lequel « les règles de droit sont incapables de maîtriser effectivement la distribution du pouvoir politique » car les « forces politiques réelles se meuvent selon leurs propres lois qui agissent indépendamment de toute forme juridique ». Il n'en demeure pas moins, selon l'auteur, que le peuple constitue une « puissance en gestation » et en « pleine et constante ascension » (G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 91-92).

Titre II RESPONSABILITÉS

La notion de responsabilité recouvre de multiples réalités selon le domaine dans lequel elle est mobilisée. Polysémique, elle est aussi récente, puisque le substantif ne se déploie vraiment dans le vocabulaire que peu de temps avant la Révolution française¹⁶⁷⁵. Au sens le plus large, la responsabilité, du latin *respondere*, relèverait d'une obligation de répondre de ses actes et d'en supporter les conséquences¹⁶⁷⁶. Dans le domaine du droit, elle correspond à l'imputabilité d'un acte, d'un comportement ou d'une fonction, l'obligation d'en répondre devant une autorité compétente (la justice le plus souvent) et d'en assumer les conséquences juridiques¹⁶⁷⁷. Mais répondre de quoi ? D'un dommage, d'une faute, d'un crime ou d'un délit, d'une mauvaise exécution de la mission conférée ou d'un excès de pouvoir¹⁶⁷⁸. La responsabilité se décline ainsi en autant de formes qu'on peut lui prêter de buts : les responsabilités administrative, civile, contractuelle, pénale, internationale ou encore la responsabilité politique, plus difficile à cerner¹⁶⁷⁹, en sont autant de branches.

Il existe un lien indissociable entre légitimité et responsabilité, particulièrement dans la structure du pouvoir des gouvernants. Dans la mesure où la légitimité peut constituer une « reconnaissance du droit de gouverner »¹⁶⁸⁰, il résulte de la dialectique entre pouvoir politique et obéissance une obligation politique des gouvernants envers les gouvernés. La responsabilité est contenue dans cette idée d'obligation, qui implique que les gouvernants satisfassent les intérêts d'un corps politique, sans quoi ils seraient soumis à sanction¹⁶⁸¹. Ainsi, hors période d'exception, c'est-à-dire dans le temps du droit constitutionnel normalement constitué, la responsabilité est présentée par la plupart des

¹⁶⁷⁵ Sur la polysémie du terme et son apparition tardive : N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France. Contribution à une approche historique des responsabilités politiques et pénales des ministres de la Révolution de 1789 à la V^e République*, Paris, Dalloz, 2012 (*Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle*), p. 3. On peut noter que le terme de « responsable » apparaît, quant à lui, bien plus tôt : dès 1284 en tant que nom et dès 1304 comme adjectif (*ibid.*, p. 4, n. 9). V. aussi : O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005, p. 5-6 ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot “responsable” », *APD*, t. 22, 1977, p. 46.

¹⁶⁷⁶ P.-M. DUPUY, « Responsabilité », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1341.

¹⁶⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Responsabilité, p. 919. Ces principes se retrouvaient ainsi dans l'art. 1382 ancien du Code civil, remplacé par l'art. 1240 depuis 2016, précisant que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Une telle vision de la responsabilité repose donc sur un triptyque faute-dommages-réparation.

¹⁶⁷⁸ P.-M. DUPUY, « Responsabilité », *loc. cit.*, p. 1341.

¹⁶⁷⁹ Pour Pierre Avril, la « responsabilité politique est un principe autonome et spécifique par rapport aux autres types de responsabilité » (P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, p. 9. Nathalie Havas relève, quant à elle, que depuis 1789, il apparaît d'abord difficile d'intégrer la responsabilité politique au sein de la responsabilité juridique et qu'il faut attendre au moins 1875, qu'elle soit prévue par l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...*, *op. cit.*, p. 6 *sqq.*).

¹⁶⁸⁰ J.-M. COICAUD, « Légitimité et responsabilité des gouvernants », *La responsabilité des gouvernants*, éd. O. BEAUD, J.-M. BLANQUER, Paris, Descartes & Cie, 1999, p. 96 *sqq.*

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 100 *sqq.* : La sanction est une condition nécessaire à la responsabilité, selon l'auteur. Cependant, il n'en évoque que le principe, pas la substance. Il soulève toutefois l'hypothèse de l'évaluation de la responsabilité des gouvernants, qui semble prendre la forme d'une responsabilité politique, c'est-à-dire d'un jugement de l'action des gouvernants par les membres du corps politique pouvant conduire, comme sanction, à une perte de légitimité pour les premiers (*ibid.*, p. 103).

auteurs comme une garantie du droit et des institutions : « clef de voûte de l'édifice constitutionnel démocratique » pour Pierre Avril¹⁶⁸² ou encore principe permettant « d'établir une distinction entre les régimes démocratiques et les régimes tyranniques » pour Nathalie Havas¹⁶⁸³. Selon cette dernière, « [l]a responsabilité *juridique* s'entend de l'obligation de réparer la violation de l'ordre juridique »¹⁶⁸⁴. En ce sens, on pourrait considérer que l'utilisation du pouvoir constituant par un gouvernement de fait pour stabiliser le régime et doter l'État d'une constitution est un acte de réparation de l'ordre juridique violé¹⁶⁸⁵.

Pour autant, l'entrée dans le droit du gouvernement n'éteint pas sa responsabilité. Au contraire, elle aurait même tendance à la faire surgir. Pour que la transition constitutionnelle ne constitue pas un blanc-seing reconnu au gouvernement de fait, il a fallu, là encore, trouver des expédients. Prédomine au XIX^e siècle l'idée que le gouvernant de fait, ou celui qui a soutenu un tel pouvoir, devait rendre personnellement des comptes eu égard à ses actes. Cette responsabilité *intuitu personae* concerne avant tout le domaine pénal, mais glisse également vers une responsabilité politique à mesure que gouvernement de fait et usurpation sont distingués. Cette idée perdure au XX^e siècle, mais paraît soudain anachronique. Une telle conception peut s'expliquer par le fait que la reconnaissance d'un dommage causé par un gouvernement de fait ne se satisfait pas seulement d'une condamnation politique ou pénale d'un seul de ses membres ou de l'un de ses partisans. La responsabilité juridique se prolonge alors en pesant sur la tête de la personne publique de l'État. Dans la mesure où il s'agit d'une « technique juridique d'imputation des conséquences d'un fait dommageable à un patrimoine »¹⁶⁸⁶, il apparaît plus sûr pour la victime que ce mécanisme pèse sur le patrimoine de l'État, alors même que dès la fin du XIX^e siècle il ne fait aucun doute que le gouvernement de fait lui est rattachable. Là où la responsabilité pénale ou politique du gouvernant de fait vise la détermination d'une sanction en réponse à un comportement réputé fautif et, conséquemment, l'application d'une peine, la responsabilité juridique de l'État poursuit un double objectif de réparation du dommage et de reconnaissance d'une faute imputable à la personne publique. La première implique de juger les hommes du gouvernement de fait (**Chapitre 1**), la seconde propose de juger l'État à cause du gouvernement de fait (**Chapitre 2**).

¹⁶⁸² P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », *loc. cit.* p. 23.

¹⁶⁸³ N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 6 (souligné par l'auteur).

¹⁶⁸⁵ Paolo Alvazzi del Frate va même plus loin et envisage l'hypothèse selon laquelle le gouvernement usant du pouvoir constituant aurait une « responsabilité envers les générations futures ». Il ne l'envisage pas comme une responsabilité juridique, elle serait trop difficile à définir, mais politique. P. ALVAZZI DEL FRATE, « Pouvoir constituant et responsabilité envers les générations futures. Considérations historico-juridiques », *loc. cit.*, p. 483 *sqq.*

¹⁶⁸⁶ T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, 2019 (*Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*), p. 8.

Chapitre 1 Juger les hommes

La question de la responsabilité des membres et partisans du gouvernement de fait, si elle ne s'impose pas vraiment dans le débat doctrinal, occupe pourtant une place certaine dans l'histoire du droit. D'abord appréhendée par le prisme de la responsabilité pénale par l'exercice d'une justice d'exception, elle glisse vers une forme de responsabilité politique. Selon Olivier Beaud, la responsabilité politique intervient « comme la sublimation institutionnelle de la responsabilité pénale », au sens où elle en procède historiquement, mais la dépasse. La responsabilité pénale « exige dans la pensée juridique moderne, la définition préalable de l'infraction et de la sanction », tandis que la responsabilité politique « suppose une “faute” (à distinguer de “l'infraction”) publique [...]. Sa caractéristique est d'être définie par celui qui la met en jeu, le souverain, et par celui qui est mis en question, le gouvernant, tandis qu'il y a indétermination préalable de l'infraction et de la sanction »¹⁶⁸⁷. La responsabilité politique des gouvernants se rattache à cette idée que les dirigeants, puisqu'ils exercent leur pouvoir au nom des gouvernés ou pour leur but, doivent leur rendre des comptes¹⁶⁸⁸. L'absence de titre du gouvernement de fait n'induit pas qu'ils soient exemptés de cette obligation à l'issue de l'exercice de son pouvoir. Mais il n'existe pas vraiment de dispositions spécifiques pour y procéder et il apparaît difficile de la mettre en place (puisque l'on change de constitution, la procédure serait-elle toujours valable ?). Cela passe donc le plus souvent par des mécanismes relatifs à la justice politique d'exception pour apprécier la responsabilité pénale de celui qui a fait partie d'un gouvernement de fait ou qui lui a apporté son soutien.

L'histoire des relations entre responsabilités pénale et politique appliquée au gouvernant de fait amène à discerner une dimension morale de la justice d'exception (**Section 1**). À partir de 1870, il semble plus ou moins acquis que la répression ne concerne pas le gouvernement de fait, lorsqu'il a été légitimé par l'autorité de droit qui lui succède. Pour autant, la justice d'exception conserve un rôle important à l'issue des transitions constitutionnelles, cathartique cette fois-ci : elle réprime l'insurrection qui n'a pas su se transformer en gouvernement de fait, ou elle permet au gouvernement de fait d'asseoir son autorité par la mise en spectacle de la justice politique (**Section 2**).

¹⁶⁸⁷ O. BEAUD, J.-M. BLANQUER, « Introduction », *La responsabilité des gouvernants*, *op. cit.*, p. 12 (souligné par nous).

¹⁶⁸⁸ N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...*, *op. cit.*, p. 1 ; v. aussi : P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », *loc. cit.*, p. 9.

Section 1 La dimension morale de la justice d'exception

La période qui marque la succession d'un gouvernement légal à un gouvernement de fait se caractérise souvent par l'exercice d'une législation¹⁶⁸⁹ et surtout d'une justice d'exception¹⁶⁹⁰. La transition constitutionnelle révèle les défaillances de l'État et il devient nécessaire, pour les besoins de la continuité de celui-ci et du retour à une situation normale, de trouver des responsables. Dès lors, la justice d'exception comporte une dimension morale¹⁶⁹¹, au sens où son exercice ne consiste pas seulement en l'application de normes juridiques punitives exceptionnelles, mais également, directement ou non, en un jugement du bien-fondé ou non d'avoir été le partisan d'un gouvernement de fait. Juger les hommes du gouvernement de fait (ou ne pas le faire) relève d'une démarche prescriptive de l'État visant à énoncer ce qui est un bon ou un mauvais comportement, c'est-à-dire quel était le choix moralement acceptable pour le citoyen.

Ce gouvernail moral, qui cache souvent une prétention de légitimation du gouvernement, fait émerger deux approches quant à la responsabilité des hommes accusés de soutenir le gouvernement de fait. D'abord, lorsqu'un tel concept est assimilé à celui d'usurpation, le partisan est jugé comme un criminel politique, accusé de soutenir l'illégitimité c'est-à-dire, juridiquement, d'atteinte à la sûreté de l'État et de trahison (§1). Ensuite, à mesure que le gouvernement de fait apparaît comme le légitime détenteur de la puissance de l'État, ni ses membres ni ses partisans ne sont mis en cause sur le fondement de leur concours à celui-ci. Le système pénal appliqué à l'usurpation perdure toutefois, mais à l'encontre du gouvernement renversé, c'est-à-dire envers l'insurrection à laquelle le statut même de gouvernement est dénié. L'équilibre nouveau qui se dégage dès 1848 consiste ainsi à voir les gouvernants de fait comme pénalement irresponsables, c'est-à-dire à les appréhender autrement que comme des traîtres, ce qui amène naturellement à s'interroger sur leur responsabilité politique (§2).

¹⁶⁸⁹ La législation d'exception est entendue comme « un texte par lequel le législateur confie des pouvoirs exorbitants, à une autorité déterminée, selon une procédure particulière, en cas d'impérieuse nécessité » et qui est une manifestation d'un état d'exception au nom d'une finalité supérieure, la pérennité de l'État : S. LE GAL, « Législation d'exception », *Dictionnaire d'administration publique*, Paris, PUG, 2014, p. 295.

¹⁶⁹⁰ En ce sens, Alain Bancaud, analysant la pratique plus que régulière de la juridiction dans les périodes de crises (de la Troisième République à la fin de la guerre d'Algérie), évoque une « tradition en quelque sorte ordinaire de l'extraordinaire » : A. BANCAUD, « Les crises peuvent-elles échapper à l'exception judiciaire ? Des débuts de la III^e République à la création de la Cour de sûreté de l'État », *Les Cahiers de la Justice*, t. 2, 2013, p. 41. Ce constat s'applique parfaitement aux transitions constitutionnelles, depuis au moins la Restauration.

¹⁶⁹¹ Le terme de « moral » est donc entendu ici à partir d'une définition large et générale, comme ce qui concerne les règles de conduite au sein d'une société donnée, qui a trait au bien et au mal. Il ne s'agit pas de confondre le droit et la morale ; simplement, « le droit peut faire quelque chose pour la morale : lui prêter sa force ». V. en ce sens : J. CARBONNIER, « Morale et droit », *Flexible droit...*, *op. cit.*, p. 96 *sqq.*

§1. *Gouvernement de fait et légitimité de la cause politique sous la Restauration*

Sous la Restauration, servir le gouvernement de fait s'apparente à trahir l'État pour rejoindre les rangs de l'usurpation. La légitimité, ou l'illégitimité de la cause que sert l'individu, lors du rétablissement d'une situation normale influence le degré de responsabilité imputée à l'individu, *a fortiori* s'il a exercé des fonctions civiles ou militaires importantes. Le gouvernement royal, une fois son pouvoir restauré, use de la justice militaire et politique, ainsi que d'un important arsenal législatif. Il octroie de larges prérogatives aux tribunaux d'exception pour réprimer et promulgue des ordonnances d'amnistie pour pardonner. La justice valorise le soutien au pouvoir légitime là où l'individu qui a collaboré avec le gouvernement de fait se voit plus facilement condamné, moralement comme juridiquement. La différence entre une responsabilité qui a une portée morale – l'individu est innocenté, mais tout de même considéré comme un traître, qui a failli à l'État – et une responsabilité pénale semble tenir au degré de participation à l'usurpation. Dès lors, selon l'attitude de l'individu face au gouvernement de fait, trois situations de mise en jeu de sa responsabilité se présentent : celle du partisan du pouvoir royal qui a donc combattu pour la légitimité et le bon droit, celle de l'individu qui a fait le choix de l'illégitimité, mais sans favoriser activement l'usurpation et, enfin, celle du séide du gouvernement de fait, qui a pris une part active à l'usurpation. Ainsi, le combattant légitime, celui qui n'a jamais abandonné le gouvernement royal, se voit consacrer une irresponsabilité (A). Au contraire, le partisan du gouvernement de fait est responsable de ses actes, mais il n'est pas systématiquement coupable ; s'il n'a pas occupé une fonction particulièrement importante au sein du gouvernement de fait ou manifestement trahi l'autorité légitime, il relève du régime de l'amnistie ; dans le cas contraire, sa responsabilité pénale est systématiquement mise en jeu (B).

A. *Amnistie et irresponsabilité du combattant légitime*

Au nom de la préservation de la légitimité, il est nécessaire à l'État royal de condamner juridiquement et moralement l'usurpation pour éviter qu'elle ne se réitère. Le recours aux justices ordinaires et d'exception au travers des infractions de rébellion¹⁶⁹² ou de haute trahison¹⁶⁹³ est un des instruments privilégiés pour ce faire. La démarche répressive se double toutefois d'une législation d'amnistie qui se veut, elle aussi, exemplaire (au sens où elle indique le modèle à suivre). Les lois d'amnistie présentent deux visages : d'une part, pardonner à ceux qui ont soutenu l'usurpateur, pour montrer la magnanimité royale et, d'autre part, disculper ceux qui ont su rester fidèles au Roi des poursuites dont ils ont pu faire l'objet en raison de leur mise hors-la-loi durant l'usurpation¹⁶⁹⁴. Jeu d'équilibriste,

¹⁶⁹² Art. 209 *sqq.* du Code Pénal ancien, de la compétence des Cours d'assises.

¹⁶⁹³ Art. 33 de la Charte de 1814, de la compétence de la Chambre des Pairs réunie en Haute Cour.

¹⁶⁹⁴ L'amnistie consiste « en une mesure juridique de clémence ôtant rétroactivement leur caractère délictueux à des faits commis à une période déterminée, ayant ainsi pour effet l'extinction des peines et l'effacement des

le pouvoir royal s'efforce alors de consacrer l'illégitimité des premiers et de légitimer les seconds, sans pour autant reconnaître l'effectivité du gouvernement de fait.

Ainsi, une première ordonnance du 12 janvier 1816 amnistie « ceux qui, directement ou indirectement, ont pris part à la rébellion et à l'insurrection de Napoléon Bonaparte »¹⁶⁹⁵. Elle ménage toutefois plusieurs exceptions. Elle ne s'applique pas aux individus concernés par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 24 juillet 1815 qui vise des officiers nommément désignés ayant fait l'objet d'une répression particulière pour des faits de trahison¹⁶⁹⁶. Les sanctions prévues à leur encontre (la mise aux arrêts et la traduction devant les conseils de guerre) continuent de s'appliquer. De plus, le roi se réserve l'opportunité, sous deux mois après la promulgation de l'ordonnance d'amnistie, de maintenir discrétionnairement les peines de bannissement prévues à l'article 2 de l'ordonnance du 24 juillet 1815¹⁶⁹⁷. L'ordonnance d'amnistie prévoit également une exclusion du territoire français à perpétuité pour les ascendants et descendants de Napoléon Bonaparte. Enfin, elle exclut du territoire et déchoit de leurs droits « [c]eux des régicides qui, au mépris d'une clémence presque sans borne, ont voté pour l'acte additionnel ou accepté des fonctions ou emplois de l'usurpateur ». Ceux-là, considère l'ordonnance, « se sont déclarés ennemis irréconciliables de la France et du gouvernement légitime »¹⁶⁹⁸. L'absolution consacrée par ce régime juridique est donc entendue de manière restrictive et ambivalente. Le gouvernement de droit pardonne, mais condamne moralement et politiquement, le choix de prêter foi au gouvernement de fait.

La seconde ordonnance concerne les militaires qui ont soutenu Louis XVIII lors de sa fuite pendant les Cent-Jours. Datée du 13 novembre 1816, la loi prévoit que « [t]outes les poursuites judiciaires faites pendant les trois mois de l'usurpation, pour raison de désertion contre les militaires qui ont quitté leurs corps pour embrasser notre cause [...] sont réputées nulles et non avenues »¹⁶⁹⁹. Ici, plus qu'absoudre, il est question de corriger ce que le pouvoir royal considère comme une injustice¹⁷⁰⁰ : que des individus soient pénalement poursuivis ou condamnés pour avoir fait le choix de la légitimité. Ainsi, l'ordonnance est perçue comme une disculpation plutôt qu'une amnistie à proprement parler. Cette ordonnance a néanmoins fait l'objet de critiques par des royalistes impétueux, justement parce qu'elle paraissait prendre la forme d'un pardon royal pour des militaires qui, pourtant, ne devraient pas subir le reproche d'avoir fait le choix de la

condamnations comme s'ils n'avaient jamais existé » (K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique. Essai sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 12.).

¹⁶⁹⁵ *Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 17, *précit.*

¹⁶⁹⁶ *Bulletin des lois*, 1815, 7^e série, t. 1, n° 41, p. 89.

¹⁶⁹⁷ Article 3 de l'ordonnance du 12 janvier 1816 (*Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 17) qui fait référence à l'article 2 de l'ordonnance du 24 juillet 1815 (*Bulletin des lois*, 7^e série, t. 1, n° 41, p. 90).

¹⁶⁹⁸ *Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 17, *précit.*

¹⁶⁹⁹ *Bulletin des lois*, 1817, 7^e série, t. 4, n° 1531, p. 37-38.

¹⁷⁰⁰ D'ailleurs le terme d'amnistie, aurait initialement été présent dans la loi, puis aurait rapidement disparu pour n'être plus présent lors de sa publication (en ce sens : ANONYME, *Sur l'Amnistie que l'ordonnance du 13 novembre 1816 accorde aux militaires qui ont suivi le roi à Gand. Par un membre de la chambre de 1815, op. cit.*, p. 1).

légitimité. Cette opinion est celle émise par un auteur anonyme dans l'opuscule *Sur l'Amnistie que l'ordonnance du 13 novembre 1816 accorde aux militaires qui ont suivi le roi à Gand*¹⁷⁰¹. L'auteur considère qu'en raison de la nature du gouvernement des Cent-Jours – une usurpation – il ne devrait pas être nécessaire d'amnistier les individus condamnés par lui, dans la mesure où de tels actes sont substantiellement nuls, donc inexistant. La loi du 13 novembre constitue, pour lui, une reconnaissance tacite de l'autorité de Napoléon Bonaparte et, en ce sens, va à l'encontre de la légitimité¹⁷⁰². Le gouvernement de droit est prêt à pardonner la faiblesse momentanée d'une trahison dans le feu de l'action, mais il demeure intransigeant envers ceux qui en font la critique. En effet, si l'anonymat de l'auteur perdure, l'imprimeur de l'ouvrage fait l'objet de poursuites judiciaires pour propos séditieux et se voit condamné à trois mois de prison assortie d'une surveillance par la haute police ainsi que du paiement d'une amende¹⁷⁰³.

Il n'en demeure pas moins que là où la première ordonnance d'amnistie constitue un pardon magnanime, mais toujours suspicieux, la seconde n'est perçue que comme le rétablissement d'un dû, la correction d'une injustice. Cette dernière ordonnance vient d'ailleurs apporter un point final à un mouvement judiciaire concernant l'attitude d'individus, partisans de la royauté et opposés activement au pouvoir impérial durant les Cent-Jours, qui ont fait l'objet de poursuites pour sédition.

Deux arrêts de cassation se concentrent spécifiquement sur des actes qualifiés de séditieux ayant eu lieu durant les Cent-Jours. Il est à chaque fois question d'individus royalistes qui opposent une résistance locale au gouvernement de Napoléon Bonaparte. L'arrêt du 14 septembre 1815¹⁷⁰⁴ rapporte qu'un certain nombre d'individus ont participé à un « attroupement séditieux » le 19 mai 1815. Durant les faits, les prévenus, « armés presque tous de bâtons » auraient commis des « violences et voies de fait envers les fonctionnaires et officiers de la police administrative » dans le but de résister (*sic*) à l'exécution de lois du gouvernement de Napoléon¹⁷⁰⁵. Sur ces motifs, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Rennes décide de les renvoyer devant la Cour spéciale¹⁷⁰⁶ du département des Côtes-du-Nord¹⁷⁰⁷ le 3 juillet 1815. Or, selon la Cour de cassation, lesdits faits ne pouvaient être qualifiés ni de crime ni de délit et, sur ce

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, *passim*.

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 1 *sqq.* Cet ouvrage, ainsi que les déboires judiciaires qu'il connaît, font l'objet de plus amples approfondissements en amont de ce propos : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 167 *sqq.*

¹⁷⁰³ V. en sens *Moniteur universel*, 14 mars 1817, p. 300, où l'imprimeur est jugé à comparaître devant le Tribunal de Police correctionnelle sur le fondement des motifs visés par la loi du 9 novembre 1815 qui réprime les écrits et propos séditieux.

¹⁷⁰⁴ Cass. Crim., 14 septembre 1815, *Jean Lecos et autres* (*S. refondu*, 1, 5, 1, 99).

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*

¹⁷⁰⁶ Les compétences des Cours spéciales en matière pénale sont visées au titre VI du Livre II du Code d'instruction criminelle de 1808 (remplacé en 1958 par le Code de procédure pénale). Il s'agit d'une Cour composée de huit juges dont le président de la Cour d'assises, quatre juges et trois militaires (art. 556). Elle est notamment compétente pour le crime de rébellion armée (art. 554) dont il est question dans l'arrêt *Jean Lecos et autres*.

¹⁷⁰⁷ Il s'agit de l'ancien nom du département des Côtes-d'Armor, appelé Côtes-du-Nord jusqu'en 1990.

fondement, casse l'arrêt d'appel. L'argument soulevé par la Haute juridiction au renfort de sa décision tourne essentiellement autour de la question de la résistance. Elle souligne que les « lois et ordonnances de l'autorité publique » envers lesquelles l'attroupement avait lieu émanent de Napoléon Bonaparte ou de ses agents et que leur exécution aurait eu pour effet « d'accroître [...] ses moyens d'usurpation »¹⁷⁰⁸. Ainsi, cet attroupement armé, puisqu'il avait pour but de résister à l'application de ces actes, « ne fut donc que l'exécution de [l']ordonnance royale du 23 mars précédent »¹⁷⁰⁹. Cette ordonnance du 23 mars 1815, promulguée par Louis XVIII depuis Gand, défendait aux Français de servir sous les ordres de « Napoléon Buonaparte » et visait explicitement la conscription et l'enrôlement, forcé ou non, dans l'armée¹⁷¹⁰. Or, les actes contre lesquels s'insurgeaient les prévenus concernaient justement l'organisation de la garde nationale. L'utilisation de l'ordonnance par la Cour paraît tout de même assez extensive, dans la mesure où si ce texte défend bien d'obéir et prévoit une possibilité de résister à la contrainte (article 3), il ne prescrit rien quant à la rébellion active et volontaire, c'est-à-dire à l'initiative même des insurgés. Là où la résistance implique nécessairement une provocation – elle survient en réaction à l'oppression¹⁷¹¹ –, le seul fait générateur dans cette affaire consiste en l'application d'une loi par les agents de l'administration (loi condamnée, il est vrai, par le pouvoir royal en exil). La Cour garde toutefois le silence sur ce point. Elle se borne à préciser à propos de la résistance de l'attroupement armé, sans doute pour parfaire l'armature juridique de la décision, que « les cris de *vive le Roi* qui s'y firent entendre [...] ne laissent aucun doute sur ses motifs et son objet »¹⁷¹². Ainsi, pour la Cour de cassation, il n'y a pas de sédition en l'espèce, c'est-à-dire de crime ou de délit de rébellion¹⁷¹³, puisque lesdits faits constituent une résistance armée « aux agents d'un gouvernement usurpateur » en application d'une « ordonnance du gouvernement légal »¹⁷¹⁴. L'arrêt du 27 octobre 1815 confirme cette décision. La Cour de cassation estime à nouveau que la résistance aux « ordres d'un gouvernement usurpateur »¹⁷¹⁵, ne constitue en rien un crime ou un délit. Dès lors, de tels faits sont impropres à motiver un arrêt de mise en

¹⁷⁰⁸ *S. refondu*, 1, 5, 1, 99.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ Art. 1^{er} de l'ordonnance du 23 mars 1815 : « Il est défendu à tout français, soit qu'il ait fait précédemment partie de nos troupes, soit qu'il n'ait point servi, d'obéir à aucune prétendue loi de conscription, de recrutement, ou tout autre ordre illégal quelconque qui émanerait de Napoléon Buonaparte, de tous corps ou autorités politiques, civiles et militaires qu'il pourrait appeler ou établir, ou qui lui auraient obéi depuis le 1^{er} mars 1815 ou obéiront à l'avenir » (*Duvergier*, 1, 19, 442-443). L'article 3 est, en revanche, moins dénué d'ambiguïtés : « Tout Français que l'on voudrait contraindre à s'enrôler sous les drapeaux de Napoléon Buonaparte est autorisé à s'y soustraire, même à main armée ».

¹⁷¹¹ Comme la résistance dans les sciences naturelles est un phénomène qui survient en réaction à une pression physique, comme une « contre-pression », ainsi que l'explique Stéphane Rials en prenant pour modèle une théorie du philosophe Hobbes : S. RIALS, *Oppression et résistance*, Paris, PUF, 2008 (*Quadrige*), p. 10.

¹⁷¹² *S. refondu*, 1, 5, 1, 99 (souligné par l'auteur).

¹⁷¹³ Actes de rébellion visés à l'article 554 du Code d'instruction criminelle de 1808 et aux articles 209, 210 et 214 du Code pénal de 1810.

¹⁷¹⁴ Selon les termes employés par le *Recueil Sirey* (*S. refondu*, 1, 5, 1, 99).

¹⁷¹⁵ Les termes sont du *Recueil Sirey*, et repris presque à l'identique de la décision *Jean Lecox et autres*.

accusation, d'autant qu'ils relèvent de « l'exécution de l'ordonnance royale précitée [du 23 mars 1815] »¹⁷¹⁶.

En outre, il est possible de constater que l'approche complaisante des tribunaux à l'égard des insurgés contre le pouvoir de fait s'explique par un devoir épistémologique qui s'est imposé à eux : privilégier, en termes de droit positif, le corpus légitime, c'est-à-dire les ordonnances rendues par le gouvernement en exil durant l'usurpation. Assez logiquement, ce choix du droit légitime sur le droit effectif comporte une dimension pédagogique. Un tel choix ne doit pas être seulement celui des tribunaux ou, plus largement, des institutions étatiques ; il doit aussi être celui des sujets. Dès lors, si l'absolution est octroyée pour qui a fait le choix de la légitimité, le cas de celui qui s'est compromis avec le gouvernement de fait n'emporte pas les mêmes conséquences.

B. Le partisan du gouvernement de fait, responsable ou coupable ?

La responsabilité pénale du partisan du gouvernement de fait diffère selon que l'individu en question occupait ou non une charge civile ou militaire d'importance. Si ce n'était pas le cas, il est considéré responsable, mais pas – ou plus – coupable, car il bénéficie du pardon royal (1). Au contraire, si c'était le cas, il est d'autant plus coupable qu'on le juge responsable des maux de l'État (2).

1. Responsable mais pas coupable

Lorsque le prévenu relève des tribunaux de droit commun, l'ordonnance d'amnistie du 12 janvier 1816 trouve matière à s'appliquer. Dans un arrêt du 8 février 1817, *Pierre Sabatier et Crépin Serre*, la Cour de cassation se fonde sur ce texte pour opérer une distinction entre crime politique et crime contre les particuliers¹⁷¹⁷. Étayée sur une distinction doctrinale naissante entre les infractions de droit commun et les infractions politiques¹⁷¹⁸, elle donne à voir une approche particulière, par l'autorité de droit, de l'attitude du citoyen vis-à-vis du gouvernement de fait¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁶ Cass. Crim, 27 octobre 1815 (*S. refondu*, 1, 5, 1, 104). La Cour précise tout de même que « les cinq prévenus d'assassinat » sont écartés de ces considérations, la qualification de faits de sédition pouvant alors s'appliquer et motiver leurs poursuites pénales.

¹⁷¹⁷ *S.* 1817, I, p. 253.

¹⁷¹⁸ C'est en 1821 et en 1822 que François Guizot écrit ses deux ouvrages d'histoire sur la distinction entre les délits politiques et les délits de droit commun (F. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, À la librairie française de l'advocat, 1821, *passim* ; ID., *La peine de mort en matière politique*, Paris, Chez Béchét Ainé, 1821, *passim*, notamment p. 157 *sqq.*). Pour davantage de détails : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014 (*Droit fondamental*), p. 487 ; v. également la récente thèse sur le sujet : A. CHOSSAT DE MONTBURON, *L'ennemi en droit pénal (1789-1884)*, [th. droit, Paris] 2021, *passim*, notamment p. 515 *sqq.*

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 486 : la justice politique qui s'exerce au lendemain des Cent-Jours provoque d'ailleurs un important remous chez les libéraux qui réclament, par la suite, des dispositions particulières pour les délits politiques afin d'éviter les abus.

En l'espèce, les deux prévenus, Pierre Sabatier et Crépin Serre, comparaissaient aux assises du département de l'Ardèche pour tentative d'assassinat. Des troubles dans la ville d'Argentières avaient opposé des partisans de la cause royale – qui, semble-t-il, procédaient à une célébration du retour prochain de Louis XVIII en France en parcourant « différentes rues en farandole » – à de fervents bonapartistes. L'échauffourée dégénéra vite, si bien que Sabatier et Serre s'étaient munis de fusils, n'hésitant pas à faire feu pour défendre la cause de l'empereur déchu, blessant une personne et en tuant une autre. Les faits se sont déroulés le 2 juillet 1815, donc après la chute du gouvernement des Cent-Jours (le 22 juin) et avant qu'eut lieu la Seconde Restauration (le 8 juillet), c'est-à-dire dans l'intermède durant lequel la Commission de la Chambre des représentants, présidée par Fouché, gouvernait de fait. Le chef d'inculpation retenu aux assises pour les deux individus est l'assassinat. La Cour de cassation désapprouve cette interprétation, car il existe une norme positive que la Cour d'assises a omis de retenir : l'ordonnance d'amnistie du 12 janvier 1816. Il y a deux dispositions de cette loi à prendre en compte dans le cas d'espèce : l'article 1^{er}, qui octroie une « amnistie pleine et entière » à tous ceux qui ont pris part à la rébellion de Napoléon¹⁷²⁰ et l'article 6, qui exclut de son champ les « crimes ou délits contre les particuliers, à quelque époque qu'il aient été commis »¹⁷²¹. Dans pareil cas, deux possibilités se présentent au juge : ou bien il estime que les coups de feu et le décès qui en a résulté constituent une tentative d'assassinat, c'est-à-dire un crime de droit commun exclu de l'amnistie ; ou alors, il considère que les faits incriminés entrent dans le champ de l'article 1^{er} et ne peuvent alors donner lieu à des poursuites pénales, puisqu'ils sont amnistiés. La Cour d'assises s'est prononcée pour la première interprétation. Au contraire, la Cour de cassation estime que « ces coups de fusil avaient été tirés dans une lutte, dans un choc des partis » et non dans l'intention de commettre un homicide. Dès lors, ces actes ne peuvent pas être considérés comme des « crimes contre les particuliers », mais ont « le caractère de crimes politiques et d'ordre public »¹⁷²². Il n'y a donc lieu d'engager qu'une éventuelle responsabilité civile (pouvant entraîner une réparation du dommage). Or, puisqu'il n'y a aucune constitution de partie civile et que l'amnistie éteint le crime, il ne peut y avoir de poursuites ni civiles ni pénales.

La qualification de crime politique relève ici du régime le plus favorable au justiciable, puisqu'elle permet de faire rentrer les faits dans le champ de l'amnistie. La personnalité du juge dans l'affaire, Pierre Barris, président de la section criminelle de la Cour de cassation et élevé au rang de Baron d'Empire par Napoléon, aurait pu expliquer la magnanimité du Tribunal. Pour autant, il est noté à son sujet qu'il « servit avec un zèle égal et également apprécié le Directoire, l'Empire et la Restauration »¹⁷²³. Il serait plutôt possible de considérer qu'une telle démarche s'insère dans un but d'apaisement des

¹⁷²⁰ *Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 17.

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷²² *S.* 1817, I, p. 253.

¹⁷²³ *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, *op. cit.*, v° Barris (Pierre-Joseph-Paul), p. 179.

conflits, dans la droite ligne de l'ordonnance d'amnistie qui vient marquer à la fois l'aboutissement et la fin de la Terreur Blanche¹⁷²⁴. Cet arrêt confirme donc que ce ne sont pas tant les individus ordinaires qui sont visés comme responsable des désastres de la France, mais ceux qui ont pris une part active au gouvernement de fait.

2. Coupable car responsable

Au contraire de la situation qui précède, la magnanimité n'est pas de mise pour celui qui s'est illustré par des fonctions politiques ou militaires d'importance sous le gouvernement de l'usurpateur. En effet, lorsqu'il s'agit d'un haut gradé dans l'armée, la compromission avec le gouvernement de fait a pu être jugée comme une trahison. Louis XVIII l'avait d'ailleurs fermement affirmé dès son retour de l'exil, dans la proclamation de Cateau-Cambrésis du 25 juin 1815, il serait impitoyable avec ceux qui l'avaient trahi durant les Cent-Jours¹⁷²⁵. S'il adopte un ton plus modéré à Cambrai trois jours plus tard, il entend tout de même désigner à un châtiment mérité les coupables, c'est-à-dire « excepter du pardon les instigateurs et les auteurs de cette trame horrible »¹⁷²⁶. Dans cette proclamation, le Roi prévoit que soient « désignés à la *vengeance* des lois par deux Chambres »¹⁷²⁷ ces individus qui l'ont trahi et, c'est implicite, qui ont trahi l'État. Le mot de vengeance est loin d'être anodin et c'est bien lui qui irrigue l'ordonnance du 24 juillet 1815. L'article 1^{er} de ce texte prescrit l'arrestation et la traduction devant des juridictions militaires – les conseils de guerre – d'un certain nombre d'officiers de l'armée, désignés nommément¹⁷²⁸, qui ont « trahi le roi avant le 23 mars », qui ont « attaqué le Gouvernement à main armée » ou qui, « par la violence,

¹⁷²⁴ Cette ordonnance proclame une amnistie, mais elle condamne également au bannissement tous les « régicides », c'est-à-dire tous les anciens conventionnels ayant voté la mort de Louis XVI, qui ont voté pour l'Acte additionnel ou accepté des postes sous le gouvernement de fait (article 6 de l'ordonnance du 12 janvier 1815, *Bulletin des lois*, 1816, 7^e série, t. 2, n° 58, p. 18). Cette mesure était d'ailleurs voulue par les *ultras*. V. en ce sens : O. TORT, « Le discours de La Bourdonnaye sur l'amnistie (11 novembre 1815). Un archétype du rôle des conflits de mémoire dans la marginalisation de l'extrême droite », *Histoire, économie & société*, t. 2, 2005, p. 233-252, notamment p. 236 *sqq.* ; C. SIMIEN, « La Convention interminable : les régicides au tribunal du passé (1815-1830) », *AHRF*, t. 381, 2015, p. 189-211.

¹⁷²⁵ *Duvergier*, 1, 20, 1.

¹⁷²⁶ Proclamation de Cambrai du 28 juin 1815 (*Duvergier*, 1, 20, 2). V. en ce sens : R. DE LA CROIX DE CASTRIES, *La Terreur Blanche. L'Épuration de 1815*, Paris, Perrin, 1981, p. 33. L'auteur précise ainsi : [J]es termes de la proclamation du Cateau-Cambrésis, le 25 juin 1815, étaient si durs que, s'ils avaient été suivis, il eût fallu mettre une partie de la France en prison et provoquer la guerre civile ». D'où le fait que le roi, à l'instigation de Talleyrand, atténue ses propos.

¹⁷²⁷ *Duvergier*, 1, 20, 2 (souligné par nous).

¹⁷²⁸ Il s'agit de Michel Ney, Emmanuel de Grouchy, Charles Hucher de La Bedoyère, Bertrand Clausel, Henri et François Lallemand, Henri François Delaborde, Jean-Baptiste Drouet-d'Erlon, César Alexandre Debelle, Charles Lefebvre-Desnouettes, Henri-Gratien Bertrand, Auguste Jean Ameilh, Antoine Drouot, Michel Sylvestre Brayr, Pierre Cambronne, Jaques Laurent Gilly, Antoine-Marie Lavalette, Régis Barthélemy Mouton-Duvernet et Anne Jean Marie René Savary, duc de Rovigo (*ibid.*).

se sont emparés du pouvoir »¹⁷²⁹. Les procès qui en découlent sont souvent l'occasion de condamner l'attitude de soutien envers l'usurpation.

Si les jugements de La Bédoyère et du Maréchal Ney, qui débouchent sur leur exécution, ont particulièrement marqué les mémoires¹⁷³⁰, celui du duc de Rovigo, Anne Jean Marie René Savary, illustre particulièrement la condamnation morale et politique de l'usurpation, puisqu'il est question expressément de la doctrine du gouvernement de fait. En effet, bien qu'en exil, le duc de Rovigo n'en a pas moins été jugé par contumace et, à l'instar de La Bédoyère et de Ney, il a été condamné à mort pour trahison, bien qu'il échappât à l'exécution de la sentence du fait de son absence¹⁷³¹. La peine est rendue par le deuxième conseil de guerre permanent de la première division militaire, la même juridiction qui jugea La Bédoyère¹⁷³². Lors de la séance du 24 décembre 1815, un argument fait particulièrement réagir le rapporteur, M. Viotti¹⁷³³. La défense arguait que si Savary était entré au service de Napoléon, cela tenait avant tout à ce que son gouvernement « était établi », c'est-à-dire effectif¹⁷³⁴. Le rapporteur s'insurge contre cette justification qui, non seulement constitue une fausse excuse, repose sur des bases friables et dangereuses ; un tel prétexte est « fatal à la morale publique comme à la société toute entière ». Prêter foi à l'argument de l'effectivité du gouvernement de fait revient, pour Viotti, à donner à l'usurpation les moyens de se justifier, donc de s'accroître : « il suffit que le crime triomphe pour que nous devenions ses agens », n'hésite-t-il pas à affirmer¹⁷³⁵. Le discours du rapporteur cherche à avoir une portée morale, en renvoyant le triomphe ou l'échec de l'usurpation (cause, il ne faut pas l'oublier, des malheurs de l'État) à la responsabilité individuelle de chacun :

¹⁷²⁹ *Bulletin des lois*, 1815, 7^e série, t. 1, n° 41, p. 89. Certes, l'ordonnance d'amnistie du 12 janvier 1816 vient, par la suite, tempérer quelque peu ce régime, mais les mesures les plus fortes de la répression perdurent, notamment celles de cet article 1^{er} de l'ordonnance de 1815.

¹⁷³⁰ Charles Angélique François Hucher, comte de La Bédoyère et Pair de France est jugé pour trahison et rébellion par un conseil de guerre le 15 août puis fusillé le 19 (*Dictionnaire des parlementaires...*, t. III, *op. cit.*, v° La Bédoyère (Charles-Angélique-François Hucher, comte de), p. 474-475). De même, Michel Ney, duc d'Elchingen, prince de la Moskowa, maréchal d'Empire et Pair de France, comparait d'abord devant une juridiction militaire d'exception qui se déclare incompétente, puis par la Chambre des Pairs. Reconnu coupable d'avoir attenté à la sûreté de l'État, il est exécuté le 7 décembre 1815. V. pour davantage de détails : R. DE LA CROIX DE CASTRIES, *La Terreur Blanche. L'Épuration de 1815*, *op. cit.*, p. 87 *sqq.*, notamment p. 107 *sqq.* ; D. AMSON, et alii, *Les Grands Procès*, Paris, PUF, 2007 (*Questions judiciaires*), p. 137 *sqq.* V. aussi : L. G. MICHAUD, *Procès du maréchal Ney ou recueil complet des interrogatoires, déclarations, dépositions, procès-verbaux, plaidoyers et autres pièces rapportées textuellement*, 2 vol., Paris, Chez L. G. Michaud, 1815, *passim*.

¹⁷³¹ Savary demanda, quelques années après, un second jugement et, le 27 décembre 1819, il est finalement acquitté à l'unanimité des membres du conseil de guerre. V. pour davantage de précisions le compte rendu de ce procès qu'en a fait son avocat pour ce second jugement, André Dupin : A. DUPIN, *Procès du lieutenant-général Savary, duc de Rovigo, avec le plaidoyer de M^e Dupin, devant le 1^{er} conseil de guerre ; et la décision de ce conseil, en date du 27 décembre 1819, qui acquitte le duc à l'unanimité*, Paris, Baudouin frères, 1820, *passim*.

¹⁷³² Le *Moniteur universel* reproduit le compte rendu de cette séance : *Moniteur universel*, 26 décembre 1816, p. 1446.

¹⁷³³ Ce chef d'état-major remplissait déjà les fonctions de représentant du ministère public lors du jugement de La Bédoyère.

¹⁷³⁴ Cf. les développements relatifs à l'effectivité : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 165 *sqq.*

¹⁷³⁵ *Moniteur universel*, 26 décembre 1816, p. 1446.

« Ce serait donc à cette abjection morale que nous aurait amené les hautes conceptions des casuistes de la révolution ? C'est donc dans cet état d'avilissement que nous aurait précipités la philosophie moderne ? Ce principe qui veut que l'on ne considère que le Gouvernement de fait, est sans doute bien commode, il nous délie de tous les devoirs dont l'observance ne se concilierait pas avec nos projets de fortune ; il est vrai qu'il contribue à éterniser les calamités publiques ; mais qu'est-ce que cet inconvénient devant la considération puissante de notre intérêt personnel ? »¹⁷³⁶

Ce discours emporte l'adhésion du tribunal militaire, puisque la condamnation à mort de Savary est prononcée à l'unanimité. Au-delà d'une condamnation de la doctrine du gouvernement de fait, le procès du duc de Rovigo met l'accent sur la responsabilité de ceux qui ont trahi le gouvernement légitime et expose les conséquences qu'une telle trahison implique. Coupable, car responsable des désastres de la France, celui qui s'est gravement compromis avec le gouvernement de fait ne peut donc prétendre au pardon. De surcroît, ses actions paraissent engager une responsabilité de nature pénale, au sens où, ayant commis une faute, il est invité à rendre des comptes personnellement pour réparer le dommage qui en ressort – l'atteinte à l'État et à l'ordre public – dût-il le payer de sa vie.

Dans les périodes de troubles qui résultent de l'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait, il est important de noter les débordements auxquels peut conduire une telle conception personnelle de la responsabilité du fait d'obéir à un gouvernement sans titre. Si la mise en cause de cette responsabilité peut se faire par le biais de mécanismes juridiques, le plus souvent d'exception, parfois c'est manifestement *contra legem* qu'a pu s'exercer la vengeance du gouvernement de droit sur le gouvernement de fait. L'affaire des frères Faucher lors de la seconde Restauration illustre ces abus. César et Constantin Faucher, jumeaux et généraux ralliés à Bonaparte durant les Cent-Jours, ont été jugés et condamnés par un conseil de guerre, alors même que leur nom était absent de la liste de proscription dressée par l'ordonnance du 24 juillet 1815 ; de plus, aucune des lois d'exception qui ont par la suite permis de sortir du cadre de cette liste n'était encore votée¹⁷³⁷. Ils sont alors exécutés le 27 septembre 1815, en dehors de tout cadre légal¹⁷³⁸. La conception légitimiste de la responsabilité des partisans du gouvernement de fait, par son caractère absolu, comporte donc un risque d'abus lorsqu'elle touche de près la passion politique. Le changement d'appréciation à l'égard de la notion de gouvernement de fait entraîne un recul de cette conception. Rejoindre

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ En ce sens : R. DE LA CROIX DE CASTRIES, *La Terreur Blanche...*, *op. cit.*, p. 36 *sqq.*, particulièrement p. 43. Sur les lois d'exceptions promulgués par la « Chambre introuvable » à partir d'octobre 1815, qui donnent un tour juridique à la Terreur Blanche qualifiée alors de « Terreur légale », v. P. TRIOMPHE, « Terreur Blanche, 1815 », *Dictionnaire de la contre-révolution : XVIII^e-XX^e siècle*, éd. J.-C. MARTIN, Paris, Perrin, 2011, p. 491-493.

¹⁷³⁸ Pour davantage de détails sur cette affaire, v. J. LUCAS-DUBRETON, « Les frères Faucher », *Revue des Deux Mondes*, 15 août 1956, p. 589-603 ; C. DALBARET, *Un assassinat juridique (1815). Les généraux Faucher ou Les jumeaux de la Réole. Fusillés à Bordeaux sous La Terreur Blanche*, Paris, A. Bellier et Cie, 1894, *passim*.

l'autorité sans titre conduit moins à l'engagement de la responsabilité pénale – cantonnée à l'insurrection¹⁷³⁹ – que de la responsabilité politique.

§2. *Esquisses d'une irresponsabilité pénale et d'une responsabilité politique du gouvernement de fait*

La progressive distinction qui se dégage entre le gouvernement de fait et l'usurpation dans la deuxième moitié du XIX^e siècle déteint largement sur les formes de responsabilité imputables à leurs membres et partisans. Là où le gouvernement de fait triomphe (comme ceux de février 1848, décembre 1851, février 1870), il n'y a logiquement pas de mise en œuvre d'une responsabilité pénale pour avoir collaboré avec l'autorité sans titre ou participé à son action. Moins responsables d'avoir servi un tel gouvernement que de s'y être opposé, les individus qui font l'objet de poursuites judiciaires sont justement ceux qui ont combattu le gouvernement de fait. En 1848, le responsable d'une insurrection contre le gouvernement provisoire de février ou contre celui de l'Assemblée nationale est traité comme s'il avait agi ainsi à l'encontre d'une autorité constitutionnellement établie (**A**). Le gouvernant de fait n'est donc plus nécessairement vu comme un conspirateur ou un criminel politique sur le seul fondement de son soutien au pouvoir. Politiquement cependant, il semble que l'opinion publique (et parlementaire) incite plus d'une fois les gouvernants de fait à rendre des comptes, faisant état d'une forme toute particulière de responsabilité politique différée dans le temps. Cela est nettement visible à propos du gouvernement de la Défense nationale de 1870 (**B**).

A. L'insurrection contre le gouvernement de fait condamnée en 1848

Dès le résultat des élections à l'Assemblée constituante le 23 avril 1848, des contestations se font entendre. Craignant une captation de la révolution par les forces conservatrices ou réactionnaires – à l'instar de ce qui arriva en 1830 – un certain nombre d'opposants politiques parmi les républicains radicaux et les anciens révolutionnaires de février commencent à se liguier. Leur mécontentement se cristallise autour de deux points : le refus de la part du gouvernement de créer un ministère du Travail et du Progrès¹⁷⁴⁰ et l'interdiction, prononcée le 13 mai, à l'encontre des clubs de faire lire des pétitions à la barre de l'Assemblée par le biais de délégations¹⁷⁴¹. Le 15 mai, une manifestation pacifique partie de la Bastille, aux motivations assez diverses, notamment

¹⁷³⁹ L'insurrection à l'encontre d'un gouvernement de fait, ou l'insurrection réprimée qui s'était transformée en gouvernement local, constitue l'un des derniers bastions du régime de responsabilité de l'usurpation. Il est détaillé dans la seconde section de ce chapitre : cf. *infra*, p. 406 *sqq.*

¹⁷⁴⁰ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome second. De la chute de l'Empire à l'avènement de la Troisième République (1815-1870)*, Vaduz, Paris, Topos Verlag AG, E. Duchemin, 1977, p. 330.

¹⁷⁴¹ E. DUQUAI, *Les grands procès politiques. Les accusés du 15 mai 1848*, Paris, Armand Le Chevalier, 1869, p. 1.

en soutien à la cause de la Pologne¹⁷⁴², dégénère. Cette journée révolutionnaire prend rapidement de l'ampleur, si bien qu'arrivée devant le Palais Bourbon, alors siège de l'Assemblée nationale, les cent cinquante mille hommes qui composent le cortège prennent d'assaut le bâtiment. La situation se détériore rapidement et Aloysius Huber, un agitateur public connu des services de police¹⁷⁴³, proclame la dissolution de l'Assemblée¹⁷⁴⁴. Dans la continuité de cet événement, un gouvernement provisoire est proclamé par Barbès et Blanqui à l'Hôtel-de-Ville¹⁷⁴⁵. L'intervention d'une partie de la Garde nationale empêche néanmoins les révolutionnaires d'aller au bout de leur démarche et de reproduire un 24 février (si tant est que ce fût même dans leurs intentions). L'incident entraîne une répression de la part des autorités, si bien que pour la première fois depuis la révolution de février, note Maurice Agulhon, « il existe à nouveau des prisonniers politiques »¹⁷⁴⁶. Parmi les meneurs de l'insurrection jugés pour les actes commis le 15 mai, on retrouve notamment les anciens membres du gouvernement provisoire de février 1848 Louis Blanc et Alexandre Martin, dit Albert, ainsi que le révolutionnaire Auguste Blanqui. Les deux premiers faisaient partie des hommes politiques écartés lors de la formation de la commission exécutive du 6 mai, c'est-à-dire du gouvernement de l'Assemblée nationale¹⁷⁴⁷.

Le réquisitoire en défense de Blanqui est particulièrement instructif à propos des rapports entre insurrection et gouvernement de fait. L'Enfermé¹⁷⁴⁸ fait partie de ceux qui sont déférés devant la Haute Cour de justice, bien après les faits qui leur sont reprochés, par une loi du 22 janvier 1849¹⁷⁴⁹. À l'instigation d'Odilon Barrot, cette loi prévoyait que les « auteurs et complices de l'attentat du 15 mai » seraient jugés par la juridiction d'exception réunie à Bourges. La Haute Cour de justice venait en effet d'être instituée par les articles 91 et suivants de la Constitution du 4 novembre 1848 et avait notamment pour compétence de traiter des crimes contre la sûreté de l'État¹⁷⁵⁰. L'acte

¹⁷⁴² *Moniteur universel*, 16 mai 1848, p. 1051. V. aussi M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome second...*, *op. cit.*, p. 331. Pour Deslandres, certains marchaient pour la Pologne, d'autres contre la limitation du droit de pétition et d'autres encore, dans le but affiché de « dissoudre l'Assemblée nationale et de refaire un 24 février ».

¹⁷⁴³ Connue également pour servir d'agitateur public pour le compte de la police. En ce sens : M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, Paris, Éditions du Seuil, 1992 (*Nouvelle histoire de la France contemporaine*, 8), p. 74.

¹⁷⁴⁴ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome second...*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁷⁴⁵ J. CHARON-BORDAS, *Deux grands procès politiques de la Seconde République. Archives des Hautes Cours de Bourges et de Versailles*, Paris, Archives nationales, 1992, p. 12. Le *Moniteur* évoque un « nouveau gouvernement proclamé par quelques insensés » : *Moniteur universel*, 16 mai 1848, p. 1051.

¹⁷⁴⁶ M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, *op. cit.*, p. 74

¹⁷⁴⁷ Q. DELUERMOZ, *Le crépuscule des révolutions. 1848-1871*, *op. cit.*, p. 45. La Commission exécutive était composée de cinq membres : Arago, Garnier-Pagès, Marie, Lamartine et Ledru-Rollin.

¹⁷⁴⁸ Selon le surnom qui lui est donné par Gustave Geffroy, l'un de ses biographes : G. GEFFROY, *L'Enfermé*, Paris, Bibliothèque-Charpentier, 1919, *passim*.

¹⁷⁴⁹ *Bulletin des lois*, 1849, 10^e série, t. 3, n° 1058, p. 58.

¹⁷⁵⁰ Elle était composée de cinq magistrats élus par la Cour de cassation et de trente-six jurés. Ses jugements sont rendus en premier et dernier ressort, sans appel ni recours. Pour davantage de détails, v. J. CHARON-BORDAS, *Deux grands procès politiques de la Seconde République...*, *op. cit.*, p. 9 *sqq.*

d'accusation est très clair, les événements du 15 mai sont un « odieux attentat [...] contre l'Assemblée nationale, contre le gouvernement de la République, que lui ont déféré dix millions de suffrages ». Il mentionne même à leur charge la constitution brève d'un « prétendu gouvernement provisoire »¹⁷⁵¹. Du procès de la Journée du 15 mai, il ressort de manière établie que lorsqu'un gouvernement est effectif et bénéficie de l'assentiment, s'insurger contre lui revient à commettre un attentat. C'est en ce sens que plaide le Procureur général Pierre-Jules Baroche dans son réquisitoire contre Blanqui du 26 mars 1849. Pour convaincre que le 15 mai 1848, il y a bien eu un attentat contre l'État, il affirme que, malgré l'absence de régime établi par une Constitution, il existait un gouvernement, celui de l'Assemblée nationale, qui était établi et légitime¹⁷⁵². En outre, il est aussi reproché à Blanqui sa participation au mouvement du 17 mars 1848, manifestation populaire contre le gouvernement provisoire ayant rassemblé environ 200 000 personnes¹⁷⁵³. Cet événement est alors rapproché de la Journée du 15 mai et occupe une partie des débats, notamment lors de l'audience du 26 mars¹⁷⁵⁴. Ainsi, même lorsque l'autorité ne peut se prévaloir de la légitimité d'une Assemblée constituante, comme le gouvernement de février 1848, s'insurger à son encontre constitue un crime politique, susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'individu comme s'il s'était insurgé contre un gouvernement légal.

D'ailleurs, Blanqui ne remet pas en cause ce principe, avec lequel il est plutôt d'accord. Il dénonce, en revanche, une vision orientée et partisane de son application. À l'audience du 31 mars 1849 devant la Haute Cour, il conteste qu'on lui reproche sa participation à la manifestation du 17 mars, alors que les auteurs de la manifestation de la veille ne sont, eux, pas mis en cause. En effet, la manifestation du 17 mars est une réponse à celle du 16, organisée par les éléments bourgeois de la Garde nationale, appelés les « bonnets à poils »¹⁷⁵⁵, durant laquelle les membres conservateurs de cette milice ont entamé une marche en direction de l'Hôtel-de-Ville¹⁷⁵⁶. Blanqui regrette justement qu'on lui fasse grief de ce qui n'était, le 17, qu'un « rassemblement populaire [...] avec des apparences toutes pacifiques », tandis qu'aucune responsabilité n'est imputée à la « tentative de

¹⁷⁵¹ E. DUQUAI, *Les grands procès politiques...*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁵² « Au 15 mai, l'Assemblée réunissait dans ses mains le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif [...]. Donc, un attentat contre l'Assemblée nationale, au 15 mai, c'était un attentat contre le Gouvernement. Il ne serait pas nécessaire, pour qu'il y eût attentat, que l'Assemblée eût été violée ; le seul fait de proclamer un gouvernement provisoire aurait été un attentat contre le Gouvernement... » (*Procès des accusés du 15 mai 1848 devant la Haute Cour de Bourges. Compte rendu exact de toutes les séances*, Paris, Chez les éditeurs-associés, 1849, p. 106).

¹⁷⁵³ Elle a d'ailleurs débouché au report des élections de l'Assemblée constituante, sous la pression notamment de Blanqui : M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁵⁴ En ce sens, v. le compte rendu du procès : *Procès des accusés du 15 mai 1848...*, *op. cit.*, p. 104 ; v. aussi E. DUQUAI, *Les grands procès politiques...*, *op. cit.*, p. 16-18.

¹⁷⁵⁵ P. VIGIER, *La Seconde République*, Paris, PUF, 2001 (*Que sais-je ?*), p. 29. La manifestation du 16 mars aurait été causée par la décision de Ledru-Rollin, le 13 mars, de dissoudre certaines de ses compagnies qui pouvaient, entre autres, disposer à leurs frais d'un uniforme spécial comportant le fameux bonnet à poils.

¹⁷⁵⁶ V. en ce sens M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome second...*, *op. cit.*, p. 308.

renversement du Gouvernement provisoire par la partie la plus violemment hostile de la Garde nationale » qui avait eu lieu la veille¹⁷⁵⁷. Il convient de mettre particulièrement l'accent sur la défense de Blanqui qui repose précisément – en partie – sur ce même moyen qui l'accuse : l'insurrection contre un gouvernement de fait. Selon lui, lors des mouvements de la Garde nationale, le gouvernement provisoire était alors « le gouvernement de fait, et par conséquent le gouvernement légal du moment ». Les fonctionnaires bénéficiaient donc des attributions et des protections du code pénal équivalentes à celles d'une autorité de droit. Ainsi, attenter à leur intégrité et à leur charge, conduisait à se mettre en état de sédition¹⁷⁵⁸. Malgré la violente critique de Blanqui envers la partialité de la justice pénale exercée par le gouvernement de droit envers les événements advenus sous le gouvernement de fait, l'argument est balayé par l'accusation¹⁷⁵⁹.

L'application de la justice politique conduit donc à une nécessaire interprétation des faits historiques de la part du tribunal d'exception. Cette interprétation paraît nécessaire au maintien de la cohérence de la structure étatique dans l'appareil répressif : en agissant ainsi, directement ou indirectement, le gouvernement de fait est légitimé et protégé des atteintes avec les mêmes garanties que celui de droit. Le crime politique d'insurrection ou de rébellion, dont l'appareil étatique dessine les contours et délimite le domaine, concerne alors les ennemis du gouvernement de fait (donc par extension de l'autorité légale qui l'a légitimé) et non plus ses affidés. La situation de la Défense nationale confirme ces vues et apporte une question nouvelle : les gouvernants de fait ont-ils une responsabilité politique à l'égard de la nation ou de ses représentants ?

¹⁷⁵⁷ *Moniteur universel*, 3 avril 1849, p. 1194-1195.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 1195. Le texte intégral de la déclaration de Blanqui est le suivant : « Ce n'est pas seulement pour la manifestation du 16 mars qu'on a eu cette indulgence complète, mais il s'est passé sur toute la surface de la France des faits bien plus graves ; À Troie, à Amiens, à Bordeaux, à Périgueux, dans dix autres villes de France, lorsque les commissaires du gouvernement provisoire, qui était le gouvernement de fait, et par conséquent le gouvernement légal du moment, lorsque les commissaires sont arrivés, la garde nationale s'est réunie spontanément en armes, sans ordres, de son propre chef, et elle a agi comme gouvernement, elle a chassé les commissaires, elle les a expulsés des villes, elle les a poursuivis, menacés [...] et on n'a rien dit du tout. Cependant ces commissaires c'étaient des fonctionnaires très-légaux, qui représentaient le gouvernement central, qui étaient munis des pleins pouvoirs, c'étaient des fonctionnaires qui étaient par conséquent sous la protection du code pénal ; et lorsqu'on les arrêtait, lorsqu'on les jetait en prison [...], on commettait un attentat, on se mettait en état de révolte contre la loi de la manière la plus flagrante ; et cependant on n'a rien dit, on n'a pas poursuivi ; on a même trouvé cela fort bon ».

¹⁷⁵⁹ Cette partialité est renforcée, selon l'accusé, par une allègre profanation de la procédure et des principes de la justice pénale : « [u]ne commission spéciale, la rétroactivité, une constitution éternelle, bâclée en vue d'un vieux procès, des administrateurs métamorphosés en jurés, des juges élus sans élection par le suffrage universel, qu'est-ce que de telles vétilles quand la passion commande ? On ne s'arrête pas à si peu ; tous les axiomes de la jurisprudence sont violés, mais la politique est sauve, et une assemblée de législateurs proclame, sans détours, de son plus grand air, de son air le plus dégagé, qu'elle ne veut pas un jugement par justice, mais un jugement par nécessité » ; et l'éternel insurgé de continuer non sans une note d'ironie : « [l]a Grèce avait personnifié dans Hercule les exploits de ses temps héroïques. La réaction a concentré sur ma tête toutes les infamies, tous les forfaits. Je suis l'Hercule du crime ! » (*Moniteur universel*, 3 avril 1849, p. 1192 et p. 1194).

B. La question de la responsabilité politique du gouvernement de fait en 1870

Après 1870, l'idée de réunir une commission d'enquête parlementaire concernant le gouvernement de la Défense nationale amène de nouveau à s'interroger sur la responsabilité des gouvernants de fait. Ainsi, le vicomte Hippolyte de Lorgeril, auteur de la proposition du 6 mai 1871 ayant pour but d'examiner les actes de la délégation de Tours et de Bordeaux, n'hésite pas à affirmer : « [i]l faut qu'on distingue les innocents des coupables [...]. Ou les membres de la délégation de Tours sont coupables, ou ils ne sont pas coupables »¹⁷⁶⁰. Il se défend de tout motif politique dans sa proposition ; pour autant, il ne se garde pas de dévoiler une partie de ses opinions, lorsqu'il assure que : « [b]eaucoup espèrent que, dans l'enquête, on trouvera la preuve que, si la France a succombé, c'est parce qu'elle a été trompée par des promesses fatales, parce qu'elle a été corrompue par des promesses pernicieuses, parce qu'elle a été marchandée dans d'impures transactions »¹⁷⁶¹. Pour le député, il incombe aux parlementaires de faire état de la responsabilité des hommes du Quatre septembre. Mais l'on ne sait pas bien s'il entend reconnaître une culpabilité pénale ou politique.

Il apparaît qu'aucune mise en œuvre de responsabilité pénale n'a été entreprise devant les tribunaux par les autorités pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions. De même, en ce qui concerne les partisans du gouvernement, les crimes et délits qui auraient pu avoir été commis relèvent du droit commun et non du droit politique. Les hommes du gouvernement de fait subissent donc le même sort que ses actes : ils sont légitimés *a posteriori* par l'autorité de droit, leurs actions semblant bénéficier d'une sorte de validité conditionnelle. Du moment où les débats et les enquêtes de la commission parlementaire sur la valeur des actes du gouvernement de la Défense nationale se sont éteints avec la promulgation de la loi du 6 janvier 1872 opérant une réception de ces actes dans l'état civil, il n'a plus été question de responsabilité pénale des hommes du Quatre septembre¹⁷⁶².

En revanche, le travail de la commission d'enquête est vécu, notamment par certains des anciens gouvernants de fait, comme une cabale visant à pointer du doigt leur responsabilité politique dans les vicissitudes constitutionnelles qu'a connues la France. C'est notamment le cas pour son chef, Jules-Louis Trochu, qui s'en défend dans un ouvrage paru en 1873 en réponse au comte Daru, vice-président de la Commission d'Enquête¹⁷⁶³. Trochu conteste le rapport tout en mettant en avant les disparités flagrantes qui ressortent entre la justice militaire – par le biais du procès du maréchal Bazaine devant un conseil de guerre réuni au Trianon, à Versailles – et le procès politique qui lui est fait par la commission d'enquête¹⁷⁶⁴. Pour autant, Trochu perçoit bien qu'eu

¹⁷⁶⁰ JO, 14 juin 1871, p. 1348.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

¹⁷⁶² *Bulletin des lois*, 1872, 12^e série, t. 4, n^o 817, p. 4 ; cf. également Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 294 *sqq.*

¹⁷⁶³ J.-L. TROCHU, *La politique et le siège de Paris...*, *op. cit.*, p. 11 *sqq.*

¹⁷⁶⁴ Trochu évoque « les contradictions de principes entre la Justice du Pays (par l'Armée) et la Justice du Pays (par la Commission d'enquête) » (*Ibid.*, p. 14).

égard aux fonctions gouvernementales qu'il avait exercées – contrairement à Bazaine qui occupait un poste exclusivement militaire à Metz¹⁷⁶⁵ –, il était lié par des « *devoirs politiques* »¹⁷⁶⁶. Il dénie pourtant toute légitimité à ce qu'il qualifie de « justice des passions et des intérêts » ; il rejette la théorie « absolument chimérique » d'une responsabilité politique quant à son action en tant que chef du gouvernement de la Défense nationale, car il s'agit là d'une fonction qu'il a occupée par nécessité dans une situation militaire désastreuse¹⁷⁶⁷.

Il n'en demeure pas moins que l'opinion publique, à commencer par celle qui se forme dans l'Assemblée nationale, s'emploie bien à rechercher la responsabilité politique – au sens dégagé plus haut d'un besoin, pour les gouvernés, que les gouvernants rendent des comptes eu égard à leurs actions politiques¹⁷⁶⁸ – des membres et partisans de la Défense nationale. On en trouve la confirmation à l'occasion d'un procès devant la justice militaire. L'accusé – que l'on ne s'étonnera pas de retrouver ici – n'est autre qu'Auguste Blanqui, comparaisant pour son rôle durant l'insurrection populaire du 31 octobre 1870 contre le gouvernement de la Défense nationale. Dans l'audience du 16 février 1872 devant le IV^e conseil de guerre siégeant à Versailles, le réquisitoire du commissaire du gouvernement, le commandant Bourboulon, résume tout à fait la doctrine française de la responsabilité en matière de gouvernement de fait. Le militaire constate d'abord que l'insurrection du 31 octobre a eu lieu à l'encontre d'un « gouvernement de fait, non de droit »¹⁷⁶⁹. L'accusation qu'il doit donc soutenir porte sur une révolte contre un gouvernement lui-même illégal. Or, cela ne le place que dans un embarras provisoire, affirme-t-il, car la loi ayant ratifié l'œuvre du gouvernement de fait, ses membres « ne sont responsables que devant l'histoire et sont garantis contre toute répétition juridique »¹⁷⁷⁰. Il sous-entend donc que s'il existe une sorte de responsabilité gouvernementale, toute tournée vers l'opinion publique, les gouvernants de fait sont prémunis de poursuites pénales. Il conclut en disant que, puisqu'il existait un gouvernement de fait établi le 31 octobre, une insurrection à son encontre est un fait de sédition qualifiable, lui, de crime politique comme cela eût été le cas envers un gouvernement de droit¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁵ S. LE GAL, « La responsabilité personnelle des commandants de place de guerre (XVII^e-XIX^e siècle) », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours...*, *op. cit.*, p. 335-336.

¹⁷⁶⁶ J.-L. TROCHU, *La politique et le siège de Paris...*, *op. cit.*, p. 20 (souligné par l'auteur).

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 20-22.

¹⁷⁶⁸ *Cf. supra*, p. 389.

¹⁷⁶⁹ *Moniteur universel*, 18 février 1872, p. 191.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.* Ce principe demeure néanmoins provisoire selon Bourboulon : « mais qu'ils ne l'oublient pas, cette garantie, dans un pays bouleversé comme le nôtre, où les réactions sont aussi soudaines qu'imprévues, elle pourrait bien ne pas subsister toujours, et rien ne prouve que, comme bien d'autres, ils n'auront pas à répondre un jour de leur triomphe et de leur victoire politique devant un tribunal moins impersonnel et moins abstrait que celui de l'histoire ».

¹⁷⁷¹ *Ibid.* : « Il y avait le 31 octobre [...] un gouvernement de fait, c'est possible ; mais enfin c'était un gouvernement. On a voulu le renverser, et si vous hésitez à punir aujourd'hui l'un des auteurs de cette tentative, je vous dirais de ne pas oublier que ces journées d'émeute, escomptées par avance par nos ennemis, ont été pour beaucoup dans les calculs et l'audace heureuse des généraux prussiens ».

Sans doute ne s'agit-il pas là d'une responsabilité politique dans le sens classique où l'entend le droit constitutionnel, c'est-à-dire d'un mécanisme « qui permet de mettre fin à l'exercice du pouvoir politique par un homme ou une équipe qui ne jouissent plus de la confiance des gouvernés »¹⁷⁷², puisque dans le cas du gouvernement de fait, l'exercice du pouvoir politique a déjà pris fin. Le plus souvent, ce mécanisme s'organise par la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement¹⁷⁷³.

Or, la récurrence des membres du gouvernements à se justifier dans leurs mémoires, leur permanence dans le gouvernement suivant (Favre et Simon, ministres de la Défense nationale, font partie du gouvernement Dufaure I du 19 février 1871) ou la seule mise en œuvre d'une enquête parlementaire constituent des indices significatifs quant à une forme baroque de responsabilité des gouvernants pour l'avenir. Peut-on aller jusqu'à dire qu'il y aurait un devoir d'exemplarité des gouvernants de fait ? Ce serait aussi inexact qu'impossible à sanctionner. Mais, par la nature même de son pouvoir, celui qui exerce une fonction publique sans titre court toujours le risque de voir s'abattre sur lui le jugement politique postérieur et, on l'a vu, plus le jugement politique est sévère, plus le risque de ne pas voir validés les actes ou l'action du gouvernement est fort. Pour le gouvernement de la Défense nationale par exemple, il n'aurait pas été incongru que les ministres dussent rendre des comptes devant l'Assemblée nationale, puisque c'est cette institution qui a légitimé le gouvernement. En pratique, cela aurait été compliqué à mettre en place, pour un résultat probablement mitigé.

On peut alors constater le rôle majeur de la justice d'exception dans l'incorporation *ex post* du gouvernement de fait à son successeur et l'incidence que cela comporte dans la perspective d'assurer la continuité de l'État. L'acceptation ou le rejet de l'autorité sans titre passe alors nécessairement par l'orchestration de ces spectacles judiciaires qui ont lieu au crépuscule des transitions constitutionnelles. Ces procès qui suivent le renversement d'un gouvernement font particulièrement ressortir un second aspect de la justice d'exception en sus de sa dimension morale : sa dimension cathartique.

Section 2 La dimension cathartique de la justice d'exception

La justice d'exception, qu'elle soit directement exercée par le gouvernement de fait ou qu'elle résulte d'une démarche du gouvernement de droit qui lui succède, renferme deux fonctions qui ne relèvent pas directement du domaine de la justice : expier et légitimer. La légitimation se greffe au mouvement qui accompagne le gouvernement de fait vers le droit, ou le gouvernement de droit vers la ratification de l'œuvre du gouvernement de fait. En ce sens, la justice politique fait passer un message rétrospectif : s'être opposé au

¹⁷⁷² *Dictionnaire constitutionnel*, éd. O. DUHAMEL, Y. MÉNY, Paris, PUF, 1992, v° Responsabilité, p. 926.

¹⁷⁷³ O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, t. 92, 2000, p. 17 *sqq.*

gouvernement de fait revient à avoir défié le gouvernement de droit. Ce dernier se tient prêt à réprimer une telle audace. L'expiation rejoint davantage l'idée de nettoyer l'État de ses scories, des marques d'infamie laissées par l'insurrection violente, particulièrement si elle s'est transformée en véritable gouvernement local comme en 1871.

Un jeu se met alors en place entre la punition et le pardon, qui peut servir d'outil de légitimation au gouvernement de droit comme de moyen pour racheter les fautes qu'il impute à l'insurrection (§1). Toutefois, cet usage politique de la responsabilité des gouvernants jugés illégitimes interroge, dans les excès qu'il peut comporter (§2).

§1. Deux fonctions dans l'usage de la justice d'exception : légitimation et expiation

Les cas de 1848 et de 1870 ont permis de remarquer que la responsabilité pénale des membres ou des partisans d'un gouvernement de fait n'est pas engagé, s'il est bien établi et, plus encore, si l'autorité qui lui succède l'a légitimé. En revanche, le mouvement qui s'oppose à lui est réprimé comme une atteinte à la sûreté de l'État. Le recours à la justice laisse alors paraître deux objectifs complémentaires : légitimer le gouvernement et racheter les abus commis durant l'insurrection. Il était déjà possible de constater cet usage sous la Restauration, les procès politiques visant autant à asseoir l'autorité du gouvernement royal restauré il y a peu qu'à expier les fautes des usurpateurs. De même, en 1849, le procès des insurgés du 15 mai 1848 insiste assez sur la légitimité du gouvernement provisoire de 1848 et, plus encore, de la jeune République.

Les gouvernements de 1851 et de 1871 sont encore plus significatifs sur le sujet. La répression puis l'amnistie, par Napoléon III, des opposants à son coup d'État montre assez bien l'utilité de la justice d'exception pour légitimer le gouvernement (A). La Commune de Paris interroge davantage. Elle a pu constituer un gouvernement parallèle durant plusieurs mois, contrôlant la capitale et produisant du droit. Dès lors, les règles de responsabilité du gouvernement de fait doivent-elles s'appliquer à elle ou, justement parce qu'elle a été un mouvement d'envergure, l'expiation de ses fautes sur l'autel de l'État doit-elle n'en être que plus imposante (B) ?

A. La fonction légitimante : la dialectique entre punition et pardon en 1851

Dès le coup d'État du 2 décembre, le gouvernement de fait se heurte à des oppositions virulentes auxquelles il ne s'attendait sans doute pas¹⁷⁷⁴. La façon dont Louis-Napoléon Bonaparte va traiter les contestations permet d'entrevoir le rapport ambivalent entre punition et pardon qui s'opère pour asseoir son autorité de fait, puis pour la légitimer *a posteriori*.

¹⁷⁷⁴ M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852, op. cit.*, p. 217 ; v. aussi : P. LAGOUYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, Paris, CNRS éditions, 2016, p. 111 *sqq.*

Sur le fondement de la proclamation de l'état de siège par le décret du 2 décembre 1851¹⁷⁷⁵, il s'emploie d'abord à une répression militaire¹⁷⁷⁶. Les principaux meneurs politiques sont arrêtés et certains, comme Thiers, poussés à l'exil ou expulsés le 9 janvier suivant¹⁷⁷⁷. En outre, le gouvernement de fait procède à une vague d'interpellations dans l'objectif de mater les révoltes. Le nombre très important d'inculpés qui en résulte oblige le chef de l'État à réorganiser la justice d'exception pour s'occuper du problème. D'abord confié à des commissions militaires dès le 9 décembre¹⁷⁷⁸, vite dépassées¹⁷⁷⁹, le traitement des prisonniers échoit bientôt à des commissions mixtes. Sitôt le régime de droit entériné par la Constitution du 14 janvier 1852 et sous le motif de l'efficacité et de l'uniformisation de la répression¹⁷⁸⁰, de véritables juridictions d'exception sont mises en place pour « statuer *dans le plus bref délai possible* sur le sort de tous les individus compromis dans les mouvements insurrectionnels ou les tentatives de désordre qui ont eu lieu depuis le 2 Décembre »¹⁷⁸¹. Ces commissions mixtes réunissent le préfet, un magistrat représentant le parquet¹⁷⁸² et une haute autorité militaire. Elles sont dotées d'une large marge de manœuvre et ne connaissent aucune concurrence, dans la mesure où les différentes autorités judiciaires, administratives ou militaires normalement compétentes en la matière sont automatiquement dessaisies au profit des commissions¹⁷⁸³. L'instruction rapide, l'absence de débat comme de contradictoire et les facilités de procédure permettent la célérité souhaitée par le pouvoir. Leur rôle comme leur action sont clairement tournés vers l'objectif, non pas de juger de tel acte précis de rébellion, mais de savoir « qui avait, dans la subversion globale, joué ou non un rôle important »¹⁷⁸⁴. Une telle situation amène à souligner l'éminente contingence du traitement politique des

¹⁷⁷⁵ Duvergier, 1, 51, 475.

¹⁷⁷⁶ M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, op. cit., p. 218-219.

¹⁷⁷⁷ Deux décrets du 9 janvier 1852 fixent des listes des individus « expulsés » ou « momentanément éloignés » du territoire français (*Moniteur universel*, 10 janvier 1852, p. 45). En outre, le décret d'expulsion prévoit une peine de déportation en cas de non-respect (contrairement au décret d'éloignement).

¹⁷⁷⁸ Par un décret du 9 décembre 1851 qui crée quatre commissions militaires chargées du contentieux des « faits se rattachant à l'insurrection » pour la première division (*Moniteur universel*, 11 décembre 1851, p. 3061).

¹⁷⁷⁹ La lourdeur de la procédure et le caractère exceptionnel des commissions entravent la volonté de célérité des autorités. En outre, les préfets sont aussi dotés de compétences juridictionnelles étendues et dérogoires pour la répression de l'insurrection. V. pour davantage de détails : P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, op. cit., p. 255 sqq.

¹⁷⁸⁰ En pratique, il n'en fut rien, dans la mesure où chaque commission se comporta selon la personnalité des membres qui la composaient et selon la situation qui se présentait. V. en ce sens : P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, op. cit., p. 251 sqq.

¹⁷⁸¹ Selon une circulaire du 3 février 1852 (*Moniteur universel*, 4 février 1852, p. 189) (souligné par le *Moniteur*) ; v. aussi : P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, op. cit., p. 263.

¹⁷⁸² Selon Maurice Agulhon, par cette concentration des autorités administrative et judiciaire, beaucoup de républicains ont reproché à Napoléon d'avoir bafoué la séparation des pouvoirs : M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, op. cit., p. 219.

¹⁷⁸³ P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, op. cit., p. 264.

¹⁷⁸⁴ M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, op. cit., p. 220. Agulhon note, en outre, que la répression judiciaire des oppositions au coup d'État ne fut pas moins violente et vengeresse : *ibid.*, p. 221.

prévenus, leur sort étant souvent tributaire du bon vouloir du souverain ou des caractères de ceux qui rendent la justice d'exception¹⁷⁸⁵.

Ainsi, en punissant les contestations, Napoléon III avalise rétroactivement l'œuvre du gouvernement de fait et valide l'attitude de ses partisans en condamnant ses opposants comme des criminels politiques. La répression était d'autant plus nécessaire au régime qu'elle servait à accentuer le bien-fondé du coup d'État et la nécessité du gouvernement de fait¹⁷⁸⁶. Il ne fallait laisser aucun doute sur sa légitimité et cela passait par une épuration de l'opposition¹⁷⁸⁷. Ce faisant, il renforce l'autorité du Second Empire.

L'atténuation de la répression dans les mois qui suivent¹⁷⁸⁸, mais surtout le recours à l'amnistie, sept ans après, parachèvent cet effort de légitimation. Ces mesures ne visent pas tant à pardonner qu'à illustrer la magnanimité du souverain tout en s'acquittant de la dette du vainqueur, celle de pardonner aux opposants du coup d'État pour ne pas enfermer le régime dans un système purement répressif. Napoléon III charge d'abord une commission de l'examen des demandes de clémence à l'égard des condamnés et envoie trois commissaires dans les départements pour adoucir les peines : le conseiller d'État Quentin Bauchart¹⁷⁸⁹ (chargé du Sud-Est), le général François Certain de Canrobert (pour le Centre) et le colonel Charles-Marie-Esprit Espinasse (dans le Sud-Ouest). Le premier se montra le plus libéral des trois, en conformité, semble-t-il, avec les vues de Napoléon¹⁷⁹⁰. Mais il fallait surtout attendre l'aube des années 1860 pour qu'un contexte plus favorable à l'indulgence se présentât¹⁷⁹¹. Avec le décret impérial du 16 août 1859, « amnistie pleine et entière est accordée à tous les individus qui ont été condamnés pour crimes et délits politiques ou qui ont été l'objet de mesures de sûreté

¹⁷⁸⁵ En ce sens, Patrick Lagoueyte note que « [l]e caractère aléatoire du sort de nombreux inculpés allait être renforcé par la tension contradictoire entre le penchant pour la clémence manifestée par le chef de l'État et la rigueur des conseils de guerre devant lesquels sont renvoyés plusieurs dizaines de détenus » (P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, *op. cit.*, p. 251).

¹⁷⁸⁶ F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 148. En imputant la violence à ses adversaires, Napoléon III justifie du même coup celle de son coup d'État, mais aussi de la répression qui le suit.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 154. En ce sens, François Saint-Bonnet souligne que le coup d'État demeure « imparfait » au regard de la pure technique juridique fondée sur ses justifications (le péril et l'urgence) en ce que son auteur n'a pas réussi à réduire totalement l'opposition au silence. Le propos, volontairement provocant, vise à mettre en avant le décalage entre la rhétorique du coup d'État et sa mise en pratique.

¹⁷⁸⁸ P. LAGOUEYTE, *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, *op. cit.*, p. 280 *sqq.*

¹⁷⁸⁹ Cet ancien député de l'Aisne à l'Assemblée constituante de 1848 puis à l'Assemblée législative de la seconde République était déjà l'auteur du rapport de la Commission d'enquête sur les Journées de juin 1848. Pour plus de détails sur Bauchart : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, *op. cit.*, v° Bauchart (Alexandre-Quentin), p. 198. En outre, son rapport sur les événements de juin 1848 est publié dans le dossier de la commission d'enquête : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de la commission d'enquête sur l'insurrection qui a éclaté dans la journée du 23 juin et sur les événements du 15 mai*, t. I, *op. cit.*, p. 1-54.

¹⁷⁹⁰ É. ANCEAU, « Le coup d'État du 2 décembre 1851 ou la chronique de deux morts annoncées et l'avènement d'un grand principe », *Parlement[s], Revue d'Histoire politique*, t. 12, 2009, p. 39.

¹⁷⁹¹ Au cours de la décennie 1850-1860, la répression contre les crimes politiques, certes moins virulente qu'au lendemain du coup d'État, n'en demeure pas moins endémique, jusqu'à la loi de sûreté générale du 27 février 1858.

générale »¹⁷⁹². Cette mesure vise indirectement les proscrits de 1851, ceux qui s'étaient opposés au coup d'État et qui avaient lutté contre le gouvernement de fait¹⁷⁹³. S'il est possible de voir dans ce décret de 1859 un acte de réconciliation politique, il peut surtout être perçu, plus pragmatiquement, comme un moyen pour l'Empereur de lier de manière intrinsèque sa personne au pardon qu'il prodigue : les amnistiés, en bénéficiant de la magnanimité impériale, sont implicitement amenés à reconnaître la souveraineté de celui qui la leur accorde¹⁷⁹⁴. Le décret d'amnistie inaugure aussi une période plus libérale sur le plan des idées, permettant parfois un regard plus critique envers le coup d'État à partir des années 1860 de la part des contemporains du Second Empire¹⁷⁹⁵. C'est d'ailleurs pourquoi ce texte a pu être considéré comme l'amorce du tournant libéral du régime¹⁷⁹⁶. Enfin, outre la fonction de légitimation, ce processus de répression-pardon illustre aussi une volonté expiatoire chez Napoléon III, pour faire oublier le péché originel dont procède son gouvernement, c'est-à-dire le coup d'État, l'attentat à la légalité. Cette démarche se retrouve aussi, *mutatis mutandis*, dans la façon dont l'Assemblée nationale a scellé le sort de la Commune de Paris.

B. La fonction expiatoire : la répression de la Commune de Paris de 1871

La situation la Commune de Paris soulève une interrogation majeure. Qu'en est-il lorsque l'insurrection en vient à se stabiliser pour former un gouvernement parallèle, comme ce fut le cas de mars à mai 1871 ? Il n'a pas été question de reconnaître une irresponsabilité des partisans de la Commune fondée sur l'argument qu'elle aurait constitué un gouvernement de fait¹⁷⁹⁷. Au contraire, le gouvernement vaincu n'est abordé qu'à l'aune de la sédition. Le *Moniteur universel* du 28 mai 1871 en témoigne :

« Tout le monde paraît d'accord aujourd'hui que pas un des malfaiteurs dans la main desquels s'est trouvé Paris pendant deux mois ne sora [sic] considéré comme homme politique : on les traitera

¹⁷⁹² *Moniteur universel*, 16 août 1859, p. 945. Les « mesures de sûreté générales » visent avant tout les dispositions de la loi de sûreté générale du 27 février 1858, promulguée à la suite de l'attentat d'Orsini. V. sur ce point : V. WRIGHT, « La loi de sûreté générale de 1858 », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 16/3, 1969, p. 414-130.

¹⁷⁹³ L'amnistie d'août 1859 concerne en premier lieu les individus condamnés pour des délits politiques depuis 1848 selon les termes de la loi de sûreté générale du 27 février 1858. Conséquemment, elle atteint donc les proscrits de 1851.

¹⁷⁹⁴ Stéphane Gacon parle en ce sens d'une « forme souveraine de pardon collectif » : S. GACON, « 1859 et 1879-1880 : deux amnisties », *Entre violence et conciliation. La résolution des conflits sociopolitiques en Europe au XIX^e siècle*, éd. J.-C. CARON, et alii, Rennes, PUR, 2008 (*Histoire*), p. 351.

¹⁷⁹⁵ V. en ce sens : É. ANCEAU, « Le coup d'État du 2 décembre 1851 ou la chronique de deux morts annoncées et l'avènement d'un grand principe », *loc. cit.*, p. 39 *sqq.*

¹⁷⁹⁶ S. GACON, « 1859 et 1879-1880 : deux amnisties », *loc. cit.*, p. 351 *sqq.* V. sur les relations entre Second Empire et libéralisme : B. HABERT, *La garantie des libertés (1852-1870)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2022, *passim*.

¹⁷⁹⁷ On a vu que le Tribunal de Seine avait eu cette audace en 1875, mais avait été bien vite censuré par la Cour de cassation : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 208 *sqq.*

comme des brigands qu'ils sont, comme les plus épouvantables monstres qui se soient vus dans l'histoire de l'humanité »¹⁷⁹⁸.

Un rapport du général Appert *sur les opérations de la justice militaire relatives à l'insurrection de 1871* est rédigé conformément à ces vues et fait état de cette ambiguïté. Il montre bien que la Commune n'est appréhendée qu'à l'aune des « actes criminels » de ses meneurs, tout en reconnaissant pourtant qu'à partir du 28 mars, elle « gouverne par l'organe d'une commission exécutive spéciale »¹⁷⁹⁹. Les membres de la Commune sont alors traités en conséquence : leur responsabilité pénale est mise en œuvre, si bien que des procès ne tardent pas à s'ouvrir. Dès l'issue de la semaine sanglante le 28 mai 1871, la fureur versaillaise envers les communards emporte dans son sillon une vague de répression de la part de l'Assemblée nationale. Elle a recours à l'appareil judiciaire pour rétablir l'ordre public et juger les insurgés. De manière plus officieuse, il lui sert surtout à asseoir une autorité qui a dangereusement vacillé pendant trois mois entre mars et mai 1871.

À l'issue de la répression de la Commune de Paris, vingt-six conseils de guerre¹⁸⁰⁰ eurent à juger plus de 36 000 prévenus entre 1871 et 1879¹⁸⁰¹. Ils ont statué pendant quatre ans pour prononcer une majorité de peines de déportation vers la Nouvelle-Calédonie et quatre-vingt treize condamnations à mort¹⁸⁰². Un esprit particulier animait le gouvernement de droit dans son œuvre de répression. À propos des 2 445 acquittements prononcés par les conseils de guerre, le rapport Appert souligne :

« [I]l doit rester entendu que ces individus, ainsi mis en liberté, n'étaient pas des innocents dans la complète acception de ce mot, et qu'en des temps ordinaires, il y aurait eu prévention à soutenir contre chacun d'eux. On leur avait tenu compte de toutes les circonstances extrinsèques, de toutes les raisons d'humanité qui pouvaient militer

¹⁷⁹⁸ *Moniteur universel*, 28 mai 1871, p. 482. La citation est d'ailleurs reproduite par l'historien et contemporain de la Commune Prosper-Oliver Lissagaray, l'auteur se permettant simplement de corriger la coquille du brûlot versaillais (P.-O. LISSAGARAY, *Histoire de la commune de 1871*, Paris, E. Dentu, 1896, p. 390).

¹⁷⁹⁹ F. A. APPERT, *Rapport d'ensemble de M. le général Appert sur les opérations de la justice militaire relatives à l'insurrection de 1871 présenté à l'Assemblée nationale par ordre de M. le Maréchal de Mac Mahon, duc de Magenta, président de la République française, par M. le général de Cissey, ministre de la guerre*, Versailles, Cerf et fils imprimeurs de l'Assemblée nationale, 1875, p. 2-3.

¹⁸⁰⁰ La loi du 7 août 1871 augmente à titre dérogatoire la limite du nombre de conseils de guerre, les portant à quinze au minimum et leur permettant de siéger au-delà de la levée de l'état de siège (*Bulletin des lois*, 1871, 12^e série, t. 3, n° 459, p. 57-58).

¹⁸⁰¹ 36 309 selon le rapport du général Appert, chiffre repris par Jacques Rougerie : F. A. APPERT, *Rapport d'ensemble de M. le général Appert sur les opérations de la justice militaire relatives à l'insurrection de 1871...*, *op. cit.*, p. 260. Sur les 38 578 insurgés arrêtés, on trouvait 36 909 hommes, 1 054 femmes et 615 mineurs de 16 ans. 1 090 individus ont été remis en liberté, 212 à la justice civile et 967 sont décédés avant la fin du procès : J. ROUGERIE, *La Commune et les Communards*, Paris, Gallimard, 2018 (*Folio histoire*), p. 117. Il convient néanmoins de conserver un esprit critique envers ce rapport qui, s'il est une mine d'information, note Jacques Rougerie, n'en demeure pas moins partisan et comporte parfois des erreurs.

¹⁸⁰² *Ibid.*, p. 118-119.

en faveur d'un prévenu, coupable dans une certaine mesure, mais souvent abusé et inconscient »¹⁸⁰³.

L'indulgence de la justice militaire relève alors davantage des excès de la répression que d'un élan spontané à pardonner¹⁸⁰⁴. La compromission avec l'usurpation, au moins jusqu'à une période plus propice à l'amnistie, demeure une flétrissure.

La seule désignation des individus pénalement responsables des maux de l'État devant la justice pénale apparaît pourtant insuffisante à certains. S'opère alors, en sus, une investigation pour pointer du doigt ceux qui ont fait courir le risque d'une dissolution de l'État, mais qui ne peuvent faire l'objet d'une condamnation en justice à proprement parler. En ce sens, Martial Delpit, auteur du rapport de la commission d'enquête sur les causes de l'insurrection du 18 mars, cherche à désigner les véritables responsables au travers des auteurs de la Commune. Dans sa conclusion, il pointe notamment du doigt « l'Internationale », responsable selon lui de tous les maux de la société, qui rend nécessaires des mesures répressives¹⁸⁰⁵. Fort de ce constat, il souhaite insister sur la nécessité du retour à l'ordre et de l'affermissement de l'autorité. Un service militaire est impératif, ajoute-t-il, pour la « régénération de la France », car il « fortifiera [...] le respect du principe d'autorité »¹⁸⁰⁶. Il en appelle également à une application rigoureuse de la loi de 1819 en matière de délits de presse, notamment en poursuivant les « journaux qui prêchent ses doctrines [celles de l'Internationale] et vont jusqu'à innocenter le pillage, le meurtre et l'incendie »¹⁸⁰⁷. Il conteste aussi ce qu'il considère comme la « liberté absolue » en matière de réunions publiques et de clubs, « centres d'action dangereux pour l'ordre social »¹⁸⁰⁸. Il en appelle enfin à de la prudence concernant la décentralisation et prône plutôt la déconcentration, pour « ne pas trop désarmer l'autorité centrale ». En effet, puisque « le parti du désordre veut tout détruire », il faut à l'État « l'appui d'un pouvoir fort. Or, pour que le pouvoir soit fort, il faut qu'il ait partout des agents respectés, qu'il conserve partout une part de responsabilité dans la direction générale »¹⁸⁰⁹. Au-delà de la contestation des doctrines socialistes et plus encore qu'une condamnation des responsables de l'insurrection du 18 mars 1871, Delpit met donc l'accent sur l'inéluctabilité du rehaussement de l'autorité. D'où l'intérêt, pour l'autorité publique, d'accentuer la qualification de la Commune d'insurrection et non de gouvernement de

¹⁸⁰³ F. A. APPERT, *Rapport d'ensemble de M. le général Appert sur les opérations de la justice militaire relatives à l'insurrection de 1871...*, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁰⁴ J. ROUGERIE, *La Commune et les Communards*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁰⁵ *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée aux termes de la loi du 17 juin 1871 de rechercher les causes de l'insurrection du 18 mars et de constater les faits qui s'y attachent*, par Martial Delpit (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, t. 1 *op. cit.*, p. 254 *sqq.*). Du rôle de l'Internationale, voilà les conséquences qu'en tire Delpit : « Les ennemis de l'ordre social n'ont pas désarmé ; leurs menaces, leurs cris de rage démontrent assez qu'une loi répressive est nécessaire ».

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 255.

¹⁸⁰⁷ Delpit fait référence à la loi du 17 mai 1819, première d'une série de lois sur les délits de presse (les secondes lois dites « de Serre », du nom du Garde des Sceaux de Louis XVIII, Hercule de Serre, sont promulguées le 26 mai et le 9 juin 1819). Pour davantage de détails sur le régime prévu : J.-L. HALPÉRIN, « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et culture*, t. 65, 2013, p. 145-163.

¹⁸⁰⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, t. 1 *op. cit.*, p. 258-259.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 260.

fait : car le désordre appelle le retour à l'ordre et l'insurgé criminel apparaît davantage vecteur de chaos qu'une autorité clairement établie, même illégale. À trop mettre l'accent sur le fait que la Commune avait formé un véritable gouvernement, structuré et cohérent, on sappe l'édifice rhétorique construit par le vainqueur.

En ce sens, le but du rapport de Delpit sur la Commune n'est pas tant de pointer la responsabilité d'un individu en particulier que celle de « l'esprit révolutionnaire ». Aussi précise-t-il que « [l]es souvenirs de la Révolution, les fautes qu'elle a commises, les crimes dont elle a souillé nos annales [...] entravent le progrès au lieu de le seconder ». Pour expier ces fautes et ces crimes, l'homme politique en appelle à « l'esprit de famille » qui conduit au respect de la loi et de l'autorité de l'État¹⁸¹⁰.

On ne peut alors s'empêcher de remarquer une apparente proximité entre les situations judiciaires des communards et des insurgés du 15 mai 1848, quand bien même l'insurrection a pu former, en 1871, un gouvernement de fait local. L'autorité de droit se démarque par sa volonté de cantonner les événements à une émeute et de ne pas se placer sur le terrain de la guerre civile, car cette dernière induirait que plusieurs belligérants se sont fait face. En effet, ce serait reconnaître que l'État a été scindé, ne serait-ce qu'un instant, en deux gouvernements. En jugeant les communards comme des criminels, l'État s'abstient d'un tel sous-entendu et peut exercer une répression pénale sans nécessairement s'aventurer sur le terrain de la doctrine du gouvernement de fait. Toutefois, la situation ne rappelle pas seulement 1848, elle évoque aussi 1851, car si la répression a été vigoureuse, des lois d'amnistie sont venues par la suite s'efforcer, avec plus ou moins de succès, de clore ce chapitre révolutionnaire embarrassant.

L'amnistie ne survint toutefois pas avant le 11 janvier 1880. Elle était pourtant appelée, notamment par toute une frange de la gauche, dès le lendemain de la Semaine sanglante. Les nombreuses propositions de loi, présentées depuis 1871 devant l'Assemblée nationale puis la Chambre des députés, n'avaient jamais donné lieu à amnistie générale¹⁸¹¹, avant qu'elle ne réussisse à se voir imposée à la fin de la décennie 1870-1880. Le célèbre discours de Victor Hugo du 22 mai 1876 à la tribune sénatoriale montre que la discussion fut vive au parlement comme dans l'opinion¹⁸¹². Pourtant, cette année-là, le climat parlementaire demeure encore très frileux. Qu'il s'agisse des propositions de Naquet, Raspail, Clémenceau ou encore Lockeroy devant les députés entre le 16 et le 19 mai, ou, dans leur continuité, du « projet de loi » d'amnistie d'Hugo présenté à l'issue de son discours¹⁸¹³, tous sont rejetés. Dans les années qui suivirent, le recours aux grâces se multiplia. Le 14 juillet 1878, 435 grâces sont octroyées à des

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 265. Sur cette question, selon Stéphane Rials, la période de la Commune illustre pleinement les manifestations d'une « *névrose révolutionnaire* », manifestée autant par les communards que par les versaillais dans la répression : pour davantage de détails sur ce point : S. RIALS, *De Trochu à Thiers. 1870-1871*, Paris, Hachette, 1985 (*Nouvelle histoire de Paris*, 14), p. 512-514.

¹⁸¹¹ Par exemple les propositions d'Edmond de Pressensé et d'Henri Brisson, présentées le 16 juillet 1872 par Octave Depeyre, n'arrivent pas à s'imposer (*JO*, 17 juillet 1872, p. 4867).

¹⁸¹² *JO*, 23 mai 1876, p. 3533 *sqq.*

¹⁸¹³ *Ibid.*, p. 3535.

condamnés de la Commune, dans une situation politique favorable aux républicains, car le président Mac-Mahon, ayant dissous la Chambre des députés un an plus tôt le 16 mai 1877, avait connu un camouflet aux élections anticipées, une majorité républicaine étant sortie des urnes à l'issue du conflit constitutionnel. Le 30 janvier 1879, plus de deux mille grâces sont accordées par le nouveau président de la République, Jules Grévy. Pour autant, le procédé reste insatisfaisant pour toute une partie de l'opinion publique, si bien qu'à l'issue de toutes ces circonlocutions, une première loi intervient, le 3 mars 1879. Elle constitue une « amnistie partielle », selon ses propres termes, car elle concerne les condamnés déjà graciés ou obtenant une grâce présidentielle dans les trois mois¹⁸¹⁴. Il s'agit alors d'une « grâce amnistiante »¹⁸¹⁵, étrange chimère juridique dans un système qui prévoyait que l'amnistie, mesure collective, serait une prérogative dévolue au Parlement tandis que la grâce, attachée à l'individu qui en bénéficie, demeurerait du ressort du Chef de l'État.

Il faut attendre le 11 juillet 1880, pour qu'une loi d'amnistie visant les « individus condamnés pour avoir pris part aux événements insurrectionnels des années 1870-1871 et aux événements insurrectionnels postérieurs » soit promulguée¹⁸¹⁶. À ce propos, l'historien Stéphane Gacon note qu'elle « réintègre les communards dans la communauté nationale et marque la prise de contrôle de la République par les républicains »¹⁸¹⁷. Elle se voudrait, en somme, un acte d'union nationale, cautère pour faire disparaître définitivement toute trace hétérodoxe. On peut le voir dans les paroles de Gambetta lors de son ralliement tardif à l'amnistie. Le président du Conseil déclare, le 21 juin 1880 : « [q]uand donc me débarrasserez-vous de ce haillon de guerre civile ? », lorsqu'il demande d'apposer « la pierre tumulaire de l'oubli sur tous les vestiges de la Commune... »¹⁸¹⁸. Parmi eux, même s'il ne s'agit pas du plus visible, on trouve la scission de l'État entre un gouvernement central et un gouvernement local, avec ses agents, ses élus, ses partisans. L'objectif poursuivi par l'amnistie consiste donc aussi à refermer cette plaie et ne plus voir dans les communards des criminels à la solde d'un gouvernement usurpateur, ou des belligérants légitimes soutenant un gouvernement de fait, mais simplement des individus auquel l'État a pardonné et qui ont réintégré pleinement le corps politique.

Au fond, la dimension expiatoire que constitue l'acte de juger les partisans du gouvernement de fait ne semble pouvoir sa perfection qu'avec le pardon. La seule répression demeure incomplète. Lorsque Thiers, le 28 mai 1871 c'est-à-dire le dernier jour de la Semaine sanglante, déclare : « l'expiation sera complète, mais ce sera, je le répète, l'expiation telle que les honnêtes gens doivent l'infliger quand la justice l'exige, l'expiation au nom des lois et par les lois »¹⁸¹⁹, il ne peut prétendre restaurer, seulement

¹⁸¹⁴ JO, 5 mars 1879, p. 1673.

¹⁸¹⁵ S. GACON, « 1859 et 1879-1880 : deux amnisties », *loc. cit.*, p. 358.

¹⁸¹⁶ JO, 12 juillet 1880, p. 7959.

¹⁸¹⁷ S. GACON, « 1859 et 1879-1880 : deux amnisties », *loc. cit.*, p. 351.

¹⁸¹⁸ JO, 22 juin 1880, p. 6839-6840.

¹⁸¹⁹ JO, 23 mai 1871, p. 1108.

par ce moyen, l'unité de l'État. Ou alors, il aurait fallu envisager une extermination totale de ses opposants, seul véritable moyen purement répressif d'unité, puisque dans ce cas il ne resterait plus de voix discordante¹⁸²⁰. Cette considération, aussi contestable moralement que politiquement, s'oppose donc à une œuvre purement répressive et explique en partie le recours systématique à l'amnistie après chaque période durant laquelle un gouvernement de fait a été vaincu et jugé inique. Expiation et légitimation sont donc complémentaires dans l'utilisation que fait le gouvernement de la justice d'exception et de ses mécanismes. Toutefois, elles peuvent aussi connaître des excès, particulièrement lorsqu'un gouvernement de fait, peu assuré de la stabilité de son pouvoir, en fait un abondant usage.

§2. *Les excès d'un usage politique de la responsabilité des gouvernants*

Les événements politico-juridiques qui se déroulent durant la Seconde Guerre mondiale en France, fournissent une étude de cas particulièrement significative de la dimension cathartique de la justice d'exception exercée par ou contre un gouvernement de fait. Elles en soulignent aussi les abus. Au milieu du XX^e siècle, deux séries de spectacles judiciaires organisés à l'initiative de gouvernements de fait donnent à voir le sort réservé aux membres d'un régime déchu et à ses affidés. Il s'agit d'abord du procès de Riom, orchestré par le gouvernement de Vichy pour accabler les membres éminents, civils et militaires, de la Troisième République dans le double objectif de plaire à l'occupant et de renforcer la légitimité du gouvernement de fait (A). Il est ensuite question des procès relatifs aux personnalités de la France de Vichy, qui surviennent à partir de la Libération, et qui donnent à voir une anachronique expiation des fautes politiques commises durant cette période (B).

A. *Le gouvernement de fait juge : le procès de Riom (1942) ou les vicissitudes d'une légitimation manquée*

Parmi les procédés qu'affectionnent particulièrement les gouvernements à l'issue d'une transition constitutionnelle, on peut souligner celui qui consiste à juger les gouvernants de droit d'un régime antérieur pour mieux justifier la chute de celui-ci et ainsi avancer la nécessité de le supplanter. De nombreux exemples de mise au pilori d'anciens personnels politiques et militaires déchus ponctuent l'histoire constitutionnelle française, toutefois ces procès n'ont pas été directement l'œuvre de gouvernements de fait. En 1830, il fallut attendre que le régime fût stabilisé pour qu'il pût procéder au jugement. En effet, les deux gouvernements de fait de cette période – la commission

¹⁸²⁰ À l'instar du constat dressé sur le coup d'État de Napoléon III et de la remarque sur ce point de François Saint-Bonnet : *cf. supra*, p. 409 et n. 1787 ; v. aussi F. SAINT-BONNET, « Technique juridique du coup d'État », *loc. cit.*, p. 154.

municipale provisoire et la lieutenance générale du duc d'Orléans – ont duré trop peu de temps, pour prévoir un procès que, du reste, le lieutenant général devenu peu après roi des Français souhaitait éviter¹⁸²¹. Si quatre des anciens ministres de Charles X ont été jugés pour haute trahison, ce fut à l'initiative du gouvernement légal¹⁸²². D'autres fois, le gouvernement de fait n'est qu'à l'initiative d'une volonté de réprimer un gouvernant du régime déchu, sans qu'il puisse pourtant mener le procès à bien. En 1870, bien que Gambetta ait accusé Bazaine de trahison pour avoir préféré le gouvernement impérial au républicain, son procès ne s'ouvrit pas à l'initiative du gouvernement de la Défense nationale ; il fallut « attendre » 1873 pour qu'il comparût devant un conseil de guerre¹⁸²³. Il a pu arriver que le procès d'anciens ministres résultât du souhait direct du gouvernement de fait, comme ce fut le cas en 1848. Toutefois, les ministres à l'encontre desquels des mandats d'amener furent délivrés étant tous en exil¹⁸²⁴, l'enquête se solda en novembre par un non-lieu général. En outre, ne voulant pas écorner une légitimité encore friable et une image de mansuétude, le gouvernement provisoire ne souhaitait pas vraiment la mise en œuvre d'un tel procès¹⁸²⁵.

En 1942, le régime de Vichy n'a ni le scrupule d'attendre la formation d'un gouvernement de droit, ni la volonté de s'appuyer sur une assemblée élue. Se sentant portées par une légitimité qu'ils souhaitent renforcer à tout prix, les élites du gouvernement autoritaire n'hésitent pas à accuser pour mieux régner, organisant un procès infamant à l'encontre des dirigeants républicains (1). Contre toute attente, les débats du prétoire n'eurent pas l'effet escompté : les accusateurs se sont retrouvés placés sur le banc des accusés, illustrant les vicissitudes de l'utilisation de la justice d'exception comme procédé légitimant (2).

¹⁸²¹ P. BASTID, « Le procès des ministres de Charles X », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 4/3, 1957, p. 171-211.

¹⁸²² Le député Eusèbe Salverte souhaite mettre en accusation les ministres de Charles X dès le 6 août 1830, proposition dont la Chambre des députés est saisie le 13 août et qu'elle vote le 13 septembre. Le procès se déroule entre le 15 et le 21 décembre 1830 et les ministres sont condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. En outre, Polignac est condamné en sus de cette peine, à la mort civile (J. CHARON-BORDAS, *Cour des pairs. Procès politiques II : La Monarchie de Juillet. 1830-1835. Inventaire des articles CC 546 à 670*, Paris, Archives nationales, 1983, p. 10 *sqq.*).

¹⁸²³ Bazaine, alors commandant en chef de l'armée du Rhin durant la guerre de 1870 était accusé d'intelligence avec l'ennemi. À l'issue de l'avis du conseil d'enquête chargé d'examiner la capitulation de Metz, le ministre de la guerre décide, par un ordre d'informer du 7 mai 1872 de mener une enquête qui débouche finalement sur la mise en accusation du maréchal. V. en ce sens : R. A. SÉRÉ DE RIVIÈRE, *Procès Bazaine. Rapport du général de Rivière*, Paris, E. Dentu, 1873, p. 1-3. Il est condamné à mort le 8 décembre 1873, mais sa peine est commuée en vingt ans de détention sans dégradation, par le président Mac-Mahon (S. LE GAL, « La responsabilité personnelle des commandants de place de guerre (XVII^e-XIX^e siècle) », *loc. cit.*, p. 336).

¹⁸²⁴ Il s'agit de Guizot, Duchâtel, Hébert, Lannes de Montebello, Trézel, Salvandy, Cunin-Gridaine, Dumont et Jayr : A. CRÉMIEUX, « Le procès des ministres en 1848 et l'enquête judiciaire sur les journées de Février », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 9/1, 1907, p. 5.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, p. 6 *sqq.*

1. Accuser pour mieux régner : un procès à la gloire du régime

Le 19 février 1942 s'ouvre le procès des « responsables de la défaite »¹⁸²⁶. Il se tient à Riom, lieu où siège l'organe judiciaire créé spécialement pour ce type de contentieux : la Cour suprême de justice. Créé dans le but de donner une certaine solennité au projet mûri tout l'été de juger les anciens gouvernants¹⁸²⁷, ce tribunal d'exception est institué par l'Acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940¹⁸²⁸ et ses compétences sont réglées par une loi du même jour¹⁸²⁹. La Cour suprême est chargée de juger les « ministres, les anciens ministres, les subordonnés immédiats, civils ou militaires, accusés d'avoir commis des crimes ou délits dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ou d'avoir trahi les devoirs de leur charge », ainsi que les personnes accusées « d'attentat contre la sûreté de l'État » et leurs complices¹⁸³⁰. Elle ne connaît aucun recours : ni en appel ni en cassation. Du fait qu'elle résulte d'un acte constitutionnel, la création de cet organe démontre la place centrale que prend la punition des crimes politiques dans le projet vichyste. En effet, seulement quatre actes constitutionnels la précèdent ; ceux-ci ont trait aux pleins pouvoirs du Chef de l'État pour le premier et le second, à la mise en sommeil des chambres pour le troisième et à la question de la succession pour le quatrième¹⁸³¹. La création de la Cour suprême de Justice intervient donc au cœur des réformes constitutionnelles les plus importantes et urgentes du gouvernement de fait.

Certes, le spectacle judiciaire organisé à Riom n'est pas la seule manifestation d'une justice politique d'exception qui fait florès sous le gouvernement de fait. La création de sections spéciales dans les Cours d'appel – il s'agissait de tribunaux d'exception dotés de la compétence de juger les communistes et les anarchistes qui ont été mis en place à la suite de l'attentat du métro Barbès du 21 août 1941¹⁸³² – ou encore l'extension de certains crimes et délits pour condamner des hommes politiques de la Troisième République et qui ne sont pas visés par des poursuites devant la Cour de Riom – Pierre Mendès-France ou Jean Zay accusés de désertion devant le tribunal militaire de Clermont-Ferrand par exemple¹⁸³³ – en sont autant de manifestations. Il n'en demeure pas moins que ce procès sert de vitrine au régime. Il fait l'objet d'une longue maturation,

¹⁸²⁶ Selon la Une du quotidien *Le journal* du 20 février 1942.

¹⁸²⁷ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy. Répression politique et internement administratif*, Paris, Tallandier, 2009, p. 169.

¹⁸²⁸ *JO*, 31 juillet 1940, p. 4597. Dans son article 1^{er}, l'acte constitutionnel n° 5 abroge l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 qui octroyait la possibilité au Sénat de se constituer en Cour de justice, et l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 relatif à la responsabilité pénale du Président de la République et des ministres ainsi qu'à la compétence du Sénat réuni en Cour de justice.

¹⁸²⁹ Loi du 30 juillet 1940 relative à l'organisation, la compétence et la procédure de la Cour suprême de justice (*JO*, 31 juillet 1940, p. 4598).

¹⁸³⁰ *Ibid.*

¹⁸³¹ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁸³² Y. LECOUTURIER, « La section spéciale de Caen (1941-1944) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, t. 28, 1990, p. 107-108.

¹⁸³³ V. sur ce point S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Les grands procès du XX^e siècle*, Paris, Robert Laffont, 2016 (*Bouquins*), p. 371 *sqq.*

dès la première saisine de la Cour suprême de Justice le 13 août 1940 jusqu'à son instruction en février 1942¹⁸³⁴.

Dès les débuts, le procureur général Gustave Cassagneau est très clair : il souhaite expressément « déterminer la responsabilité de chacun » comme il a pu le dire durant la 6^e audience de l'interrogatoire de Daladier le 3 mars 1942¹⁸³⁵. La rhétorique du gouvernement de Vichy est sans ambiguïtés. Les malheurs de la France sont dus à une poignée d'hommes politiques et de hauts fonctionnaires ayant servi sous le régime hautement condamnable de la Troisième République. Ces critiques constituent le ferment de l'esprit vichyste. Un tableau de personnalités politiques et militaires est appelé à comparaître dans ce procès, parmi lesquelles Léon Blum, Edouard Daladier, Maurice Gamelin, Robert Jacomet et Guy La Chambre. Outre Gamelin, chef d'État-major des armées entre 1938 et 1940 qui choisit de garder le silence durant tout le procès, les quatre autres sont des civils, anciens membres du gouvernement ou de l'administration : Jacomet était contrôleur général des armées, tandis que Guy La Chambre était ministre de l'Air, comme son prédécesseur, Pierre Cot¹⁸³⁶. Daladier et Blum avaient été présidents du Conseil, le premier étant notamment passé par le ministère de la Guerre entre 1936 et 1940 et le second par celui du Trésor.

Parmi les consignes données à la presse au début du procès, l'une apparaît particulièrement significative : « [f]aire ressortir que *les accusés sont responsables* d'avoir manqué aux devoirs de leur charge dans la période critique où ils étaient au pouvoir »¹⁸³⁷. Par une méthode téléologique, le gouvernement de Vichy entend plus accabler les accusés que démontrer leur culpabilité – qui fait peu de doute –, pour mieux faire ressortir la nécessité du régime. La dernière de ces consignes n'est d'ailleurs que la confirmation de cette démarche : « [r]evenir fréquemment sur le fait que la politique du maréchal dans tous les domaines, a été et est inspirée par la nécessité qui découle de cette évidence : la France est condamnée à construire un régime nouveau ou à périr »¹⁸³⁸. Juger l'ennemi de l'intérieur aurait dû permettre de le démontrer. Selon un de ses contemporains, le journaliste Paul Soupiron, l'un des objectifs principaux poursuivis par le gouvernement de Vichy était d'accroître l'assentiment dont il se targuait en décrédibilisant les hommes politiques de la Troisième République les rendant responsables des désastres connus par l'État :

« Cette déconsidération obtenue à la suite du procès de Riom, le coup d'État de l'Assemblée nationale aurait reçu la sanction d'une

¹⁸³⁴ En ce qui concerne les étapes judiciaires de cette maturation dont il n'appartient pas à ce propos de donner le détail : V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 172 *sqq.*

¹⁸³⁵ Cité par : P. SOUPIRON, *Bazaine contre Gambetta ou le procès de Riom*, Lyon, Lugdunum, 1944, p. 177.

¹⁸³⁶ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 213. Pierre Cot devait également figurer sur le banc des accusés, mais, en exil aux États-Unis d'Amérique, il est contumax. Les cas de Georges Mandel et de Paul Reynaud sont, quant à eux, disjoints (*ibid.*, p. 174).

¹⁸³⁷ Cette consigne, ainsi que les autres, sont rapportées par Pierre Tissier dans son ouvrage sur le procès : P. TISSIER, *Le Procès de Riom*, London, Harrap, 1943, p. 14 (souligné par nous).

¹⁸³⁸ *Ibid.*

manière de plébiscite, non exprimé par un scrutin dont on se défiait, mais signifiée par l'indignation populaire contre les incapables, qu'il serait ensuite aisé de muer en traîtres »¹⁸³⁹.

Tout avait donc été mis en œuvre pour que le procès de Riom servît d'adjuvant à la légitimité du régime. L'entreprise fut un échec flagrant.

2. L'accusateur accusé : l'échec de la légitimation

Jamais terminé, le procès de Riom a symbolisé la déconvenue politique des espoirs du régime autant que les tribulations que peut engendrer le recours aux tribunaux spéciaux. D'accusateur, c'est tout le régime politique qui se retrouve finalement sur le banc des accusés et le procès fait l'effet d'un camouflet, tant dans l'opinion publique que devant l'occupant allemand qui avait insisté sur sa tenue ; camouflet qui rejaillit logiquement sur le prestige du régime qui en est à l'origine.

Un élément de taille avait déjà contribué à décrédibiliser le projet. La farce judiciaire paraissait jouée d'avance, puisque Pétain, avant l'ouverture du procès, avait fait usage des attributions qu'il s'était lui-même conférées par l'Acte constitutionnel n° 7 du 27 janvier 1941¹⁸⁴⁰. Ce texte lui octroyait une compétence *ratione personae* pour prononcer des condamnations pénales (privation de droit politique, détention, internement ou mise en résidence surveillée) à l'encontre des « anciens ministres, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires ayant exercé leur charge depuis moins de dix ans »¹⁸⁴¹. Dans un message radiodiffusé du 16 octobre 1941, le Chef de l'État annonce avoir jugé coupables, sur l'avis du Conseil de justice politique¹⁸⁴², les responsables de la défaite. Il condamne Blum, Daladier et Gamelin à la détention dans une enceinte fortifiée¹⁸⁴³. Cela ne change rien à la tenue du procès de la Cour suprême de justice. Pétain ne manque pas de le préciser dans la suite de son message : « le Conseil de justice politique m'a demandé de préserver le pouvoir judiciaire des empiétements du pouvoir politique. Ce respect de la séparation des pouvoirs fait partie de notre droit coutumier, c'est donc très volontiers que j'ai répondu à cet appel, qui correspond à mes sentiments intimes »¹⁸⁴⁴. Ce qui pourrait

¹⁸³⁹ P. SOUPIRON, *Bazaine contre Gambetta ou le procès de Riom*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁴⁰ Il est question plus en détail de l'Acte constitutionnel n° 7 du 27 janvier 1941, ainsi que des prérogatives qu'il octroie et de son rôle dans la responsabilité dans le chapitre suivant : *cf.* Partie II – Titre II – Chapitre 2, p. 468.

¹⁸⁴¹ Articles 3 et 5 de l'Acte constitutionnel n° 7 du 27 janvier 1941 (*JO*, 28 janvier 1941, p. 449-450). Le terme de compétence « *ratione personae* » est utilisé par Joseph Barthélemy dans ses mémoires pour qualifier les attributions de cet Acte constitutionnel (J. BARTHÉLEMY, *Ministre de la Justice. Vichy 1941-1942. Mémoires*, Paris, Pygmalion, 1989, p. 238).

¹⁸⁴² Il s'agit d'un organe de conseil créé par le décret du 29 septembre 1941 pour « donner son avis sur les questions que le chef de l'État jugera utile d'évoquer devant lui à l'occasion de l'application des dispositions de l'acte constitutionnel n° 7 » (*JO*, 29-30 septembre 1941, p. 4189).

¹⁸⁴³ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 200. La Chambre et Jacomet ne sont pas condamnés par Pétain en application de l'Acte constitutionnel n° 7. Ils demeurent donc en détention à Bourassol en attendant leur jugement par la Cour suprême de justice, tandis que Blum, Daladier et Gamelin sont transférés dans l'enceinte fortifiée du Portalet.

¹⁸⁴⁴ *Journal des débats politiques et littéraires*, 18 octobre 1941, p. 1 ; v. Aussi : V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 200.

sembler un trait d'humour juridique n'en est pourtant pas un. Bien au contraire, la précision de Pétain démontre sa volonté d'attifer la République de toutes les responsabilités : politiques comme pénales. Les hommes politiques sont donc jugés devant la Cour de Riom comme de simples prévenus : puisqu'ils ont fait l'objet d'une condamnation politique, il ne restait plus qu'à mettre à jour leur responsabilité pénale¹⁸⁴⁵.

Ce jugement anticipé est peu reluisant pour le sérieux du procès qui s'ouvre alors à Riom au début de l'année 1942. Mais ce sont surtout les réponses des accusés, particulièrement de Daladier et de Blum, qui font chavirer le projet du gouvernement de fait. Léon Blum se place sur le terrain du droit dès les interrogatoires qui ont précédé l'ouverture du procès. Pour contester les accusations dont il fait l'objet, il n'hésite pas, 4 février 1941, à qualifier le procès qui doit s'ouvrir : « [d']illégal dans son principe », du fait de la rétroactivité du crime qu'on lui impute, mais aussi « [d']arbitraire dans son application ». Il souligne les errances et les équivoques du gouvernement de fait qui confond volontairement responsabilité pénale et condamnation politique d'un gouvernement qui, lui, était de droit :

« Dans la Constitution républicaine de 1875, la souveraineté du peuple appartient au peuple français. Elle s'exprime par le suffrage universel. Elle est déléguée au Parlement. Quand on impute une responsabilité pénale à un homme, à un chef de Gouvernement, sans établir et même sans alléguer contre lui, rien qui touche à sa personne [...], quand on lui fait le crime exclusivement d'avoir pratiqué la politique commandée et approuvée par le Parlement délégataire de la souveraineté, alors on dresse le procès, non plus d'un homme, non plus de ce chef de Gouvernement, mais du régime républicain et du principe républicain lui-même »¹⁸⁴⁶.

Au-delà de la seule procédure, c'est le principe même de l'instruction que Blum remet en cause. En outre, la seule prétention de Vichy à vouloir imputer une responsabilité juridique et non politique aux accusés constitue, en elle-même, un motif d'inconfort. Comme le souligne dans ses mémoires Joseph Barthélemy, ancien garde des Sceaux du régime, l'accusation contre Daladier n'était pas facile à soutenir « *juridiquement* » devant « *une juridiction de caractère judiciaire prédominant* »¹⁸⁴⁷. On lui reprochait d'avoir perdu la guerre et trouver un fondement en droit à cette prétention n'était pas simple. À peine pouvait-on l'accuser d'avoir violé la Constitution en ayant déclenché la guerre sans avoir obtenu préalablement l'autorisation des Chambres. Mais, ajoute le professeur de droit, ce motif demeure friable, car l'autorisation formelle du Parlement dans le déclenchement

¹⁸⁴⁵ Est-ce à dire que le procès de Riom n'était pas politique ? C'est ce qu'essaie désespérément d'affirmer le président Caous lorsqu'il proclame, durant l'interrogatoire de Blum le 10 mars 1942, que « [p]our la Cour, le procès n'est pas et ne sera jamais un procès politique ». Ce témoignage, peu convaincant, est vite démenti par le discours que lui offre Blum en réponse. V. en ce sens : L. BLUM, *L'œuvre de Léon Blum. Mémoires. La prison et le procès. À l'échelle humaine. 1940-1945*, Paris, Albin Michel, 1955, p. 243.

¹⁸⁴⁶ L. BLUM, *L'œuvre de Léon Blum. Mémoires...*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁸⁴⁷ J. BARTHÉLEMY, *Ministre de la Justice. Vichy...*, *op. cit.*, p. 217 (souligné par l'auteur).

demeure très rare et, souvent, le seul vote des crédits (qu'avait obtenu le gouvernement le 2 septembre 1939) suffit¹⁸⁴⁸.

D'un sentiment général, l'entourage gouvernemental semblait sous-estimer les accusés. Ce n'était pourtant pas le cas de tous et Joseph Barthélemy explique dans ses mémoires (certes publiées après les faits, ce qui nimbe toujours le récit d'un voile de soupçon) qu'il avait tenu à faire remplacer le président de droit de la Cour suprême de Justice Henri Lagarde, « méridional vulgaire » qu'il jugeait manquant trop de charisme, par le procureur général près la Cour de cassation, Pierre Caous¹⁸⁴⁹. La précaution fut toutefois inutile. On retient surtout de ce procès que les accusés se sont défendus avec acharnement tout en sachant demeurer factuels et juridiques, tandis que l'embarras du régime était manifeste tout le long¹⁸⁵⁰. On peut alors remarquer que si la justice d'exception peut tout à fait jouer une fonction légitimante centrale pour le gouvernement, elle peut avoir aussi l'inverse de l'effet escompté. Là où les menées contre l'opposition de 1851 ou de 1871 – certes discutables elles-aussi, comme le sont toutes les cabales politiques – étaient orchestrées par des gouvernements qui avaient le temps et un appareil étatique stable pour le faire, le gouvernement de Vichy opère dans la précipitation, sous injonction de l'occupant et dans un cadre juridique critiquable. Pour le gouvernement de Vichy, le procès qui devait convaincre l'opinion publique de la nécessité du pouvoir de son Chef et de l'impératif assentiment que le peuple devait lui conférer se solde finalement par un camouflet. De l'étranger, les Alliés, particulièrement la France libre, ne manquent d'ailleurs pas de fustiger une « parodie de justice », comme l'affirme de Gaulle dans la préface d'un ouvrage consacré au Procès de Riom par le Conseiller d'État et résistant Pierre Tissier¹⁸⁵¹. Un tel procès était pensé comme une vitrine politique par Vichy, il est donc naturel qu'il fût sorti du prétoire pour faire partie du débat politique. Aussi, le quotidien résistant *France* évoque « une dérision » lors de l'ouverture des débats¹⁸⁵² et, commentant leur ajournement le 14 avril, se plaît à souligner que « [l]e chef autoritaire de l'État français était trop heureux de fermer la tribune où les accusés avaient eu le courage d'affirmer que le Führer est l'auteur responsable de la guerre et de stigmatiser le coup de force de Vichy »¹⁸⁵³. L'ajournement était en effet devenu une nécessité pour les autorités. Malgré des « experts », chargés de fournir les preuves de la « culpabilité » des accusés, l'accusation peine à garder la main sur les débats. Assez rapidement, il est question de mettre un terme au procès (Hitler insiste même en ce sens auprès des autorités françaises)¹⁸⁵⁴. À partir du 14 avril, le procès est suspendu pour une durée indéterminée. Le dossier est finalement clôturé en mai 1943 lorsque le

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ J. BARTHÉLEMY, *Ministre de la Justice. Vichy...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁸⁵⁰ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 214 *sqq.*

¹⁸⁵¹ P. TISSIER, *Le Procès de Riom*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁵² *France*, 19 janvier 1942, p. 1.

¹⁸⁵³ *France*, 15 avril 1942, p. 1.

¹⁸⁵⁴ M.-O. BARUCH, *Le régime de Vichy*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 54.

nouveau garde des Sceaux Maurice Gabolde – qui avait remplacé Barthélemy le 26 mars précédent – décide de suspendre l'action de la Cour suprême de justice¹⁸⁵⁵.

Dans l'espèce d'appréciation *ex post* que l'on peut avoir de l'usage de la justice d'exception pour légitimer un gouvernement de fait, la répression semble être un instrument difficilement maniable, particulièrement lorsqu'il se passe du pardon (Vichy n'ayant eu ni le temps, ni l'envie, semble-t-il, de recourir à l'amnistie). Pour autant, mettre en cause la responsabilité du régime déchu ne tombe pas en désuétude avec le gouvernement de Pétain, car les autorités de la restauration républicaine auront recours à ce même procédé à la Libération.

B. Le gouvernement de fait jugé : les procès de la collaboration à partir de 1945 ou l'anachronique fonction expiatoire

Les nombreux attermoissements de la justice sous Vichy placent les autorités de la France libre face à des exigences contradictoires : d'un côté la nécessité de réaliser une épuration « rapide et conséquente » tout en respectant, de l'autre, les principes traditionnels de la république qu'impliquait une restauration de la légalité républicaine, afin de ne pas reproduire les mêmes abus que le régime renversé¹⁸⁵⁶. Vichy n'a pas eu le monopole de la justice d'exception, le GPRF aussi y a eu abondamment recours¹⁸⁵⁷, confirmant ainsi la propension de l'autorité sans titre à user – parfois abuser – de ce procédé de jonction entre l'ancien et le nouvel ordre juridique¹⁸⁵⁸. Une série de procès pour atteinte à la sûreté de l'État et haute trahison a donc lieu, peut-être moins dans l'objectif de renforcer la légitimité de la restauration républicaine que dans le but d'une expiation politique des abus commis durant l'occupation (l'une de ces démarches n'excluant toutefois pas l'autre). À ce titre, ces procès semblent répondre à l'impératif de purger la société de ses éléments néfastes (1). On peut toutefois s'interroger sur l'anachronisme d'une telle démarche, qui apparaît peut-être dépassée, voire inefficace, au regard du droit constitutionnel contemporain, pour effacer les stigmates du gouvernement jugé illégitime (2).

1. Purger la société de ses éléments jugés néfastes

En 1945, une série de procès sont instruits pour juger des anciens dignitaires ou partisans exaltés du régime de Vichy, considérés responsables des maux de la France et

¹⁸⁵⁵ V. GIRAUDIER, *Les Bastilles de vichy...*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁸⁵⁶ A. BANCAUD, *Une exception ordinaire. La magistrature en France. 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002 (*nrf essais*), p. 108.

¹⁸⁵⁷ Sur ce point : *ibid.*, p. 107 *sqq.*

¹⁸⁵⁸ On peut toutefois noter avec Alain Bancaud qu'à la différence de Vichy qui « commence avec le droit commun et finit par créer des cours martiales, [...] la République connaît un processus inverse ». Elle part, pour l'auteur, d'une utilisation de la justice d'exception pour se diriger progressivement vers moins d'arbitraire, là où Vichy s'enfermait dans une multiplication des juridictions et du droit d'exception. V. en ce sens : A. BANCAUD, *Une exception ordinaire...*, *op. cit.*, p. 116.

des errances de l'État depuis 1940. Des figures de premier plan, comme Pétain ou Laval, sont traduites devant la Haute Cour de justice, créée spécialement par le général de Gaulle par une ordonnance du 18 novembre 1944 pour juger « les personnes ayant participé [...] à l'activité des gouvernements ou pseudo-gouvernements qui ont eu leur siège dans le territoire de la métropole depuis le 17 juin 1940 [...] pour crimes ou délits commis dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions »¹⁸⁵⁹. Le procès de Pétain débute le 23 juillet 1945 et se termine le 15 août suivant par sa condamnation à mort et à l'indignité nationale qui le prive de ses droits civils et de ses grades militaires. L'ancien maréchal dégradé voit toutefois sa peine capitale commuée par de Gaulle en réclusion à perpétuité le 17 septembre 1945. Laval, quant à lui, est jugé à partir du 4 octobre de la même année. Ce procès, dont l'instruction est écourtée au dernier moment¹⁸⁶⁰, reste notoire pour la cacophonie judiciaire qui s'en dégage. Les règles de procédures ont été imparfaitement suivies¹⁸⁶¹ et les débats outrepassent souvent la bienséance¹⁸⁶². Jusqu'à l'exécution de la sentence – Laval est condamné à mort –, le procès a été l'exemple d'une nécessité mal réalisée : nécessité de juger les anciens dignitaires de Vichy pour que la proclamation de leur responsabilité servît à expier les fautes de l'État, mais mal réalisée dans la mesure où les abus rivalisent avec le but attendu et viennent en amoindrir la portée. La presse est d'ailleurs relativement circonspecte face à ce procès, dont elle n'hésite pas à se faire l'Aristarque. Le journal résistant *France* fait ainsi le témoignage de plusieurs de ces critiques, notant pour sa part que les conditions du procès sont blâmables et contestables¹⁸⁶³. Parmi les commentaires incisifs, on peut retenir celui de Léon Blum dans *Le Populaire*, car il illustre les enjeux qui s'imposent à la justice lors de ces phases transitoires qui font recours à elle de manière exceptionnelle : « [l]e cruel scandale du procès Laval montre à quel point une transformation totale est nécessaire. La justice doit commander et mériter le respect public »¹⁸⁶⁴. Si le procès Laval a déçu sur la forme, il en est de même sur le fond. La célérité des débats et un jugement expéditif le rendent insatisfaisant au regard des objectifs qu'il s'astreignait. Ce qui aurait pu conduire à éclairer les raisons de la politique menée sous l'occupation, de l'armistice et

¹⁸⁵⁹ *JO*, 19 novembre 1944, p. 1382-1383. Cette juridiction d'exception, dotée de pouvoirs exorbitants peut, en outre, prononcer des peines sans rapport avec la qualification des faits. Malgré les protestations de l'ordre des avocats, le président de la Cour prétend de telles attributions conformes aux principes fondamentaux du droit. Alain Bancaud remarque à ce sujet que pour exorbitantes que soient ces prérogatives, elles demeurent dans la droite ligne de la justice politique telle qu'exercée en France jusqu'ici, depuis au moins le procès des ministres de Charles X : A. BANCAUD, *Une exception ordinaire...*, *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁸⁶⁰ S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Les grands procès du XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 436-437.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 437.

¹⁸⁶² Plusieurs incidents parsèment en effet les débats du procès Laval : jurés qui invectivent l'accusé en lui promettant « douze balles dans la peau », insultes, mise en cause des juges qui exerçaient sous Vichy. Le président de la Cour s'est même prononcé sur la culpabilité de Laval avant le rendu du jugement en regrettant qu'il n'ait pas subi une procédure plus expéditive. Les anecdotes sont relevées par Alain Bancaud qui note que les « juridictions officielles ne contiennent pas toujours la violence des participants et résistent mal à la logique sacrificielle quand les intérêts supérieurs de la raison d'État sont en jeu » : A. BANCAUD, « L'épuration judiciaire à la libération : entre légalité et exception », *Histoire de la justice*, t. 29, 2019, p. 241.

¹⁸⁶³ *France*, 19 octobre 1945, p. 9.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

de la collaboration, leur donner peut-être une explication, sinon un sens, ne déboucha finalement qu'à l'exécution d'un criminel à la solde de l'usurpation et l'envahisseur¹⁸⁶⁵.

Ces procès, qui interviennent peu après les faits incriminés, dans les périodes de trouble et de reconstruction, comme l'ont été ceux de Savary, de Bazaine, de Blum et comme l'est celui de Laval, servent toujours imparfaitement le même but. Il s'agit de pointer du doigt la trahison et l'indignité, pour mieux faire ressortir l'impératif moral qui s'impose aux citoyens lors de la réédification du pouvoir. C'est d'ailleurs pourquoi cette épuration judiciaire est dirigée avant tout vers les hommes du gouvernement de fait pas contre l'autorité légale. L'arrêt du Conseil d'État du 4 juin 1947, *Frémincourt*, le montre explicitement¹⁸⁶⁶. En l'espèce, l'autorité administrative constate que le gouvernement constitué par Philippe Pétain le 16 juin 1940 était régulier et annule ainsi la mesure d'épuration prise à l'encontre du Premier président de la Cour de cassation, Charles Frémincourt. Ce dernier avait été désigné garde des Sceaux dans le gouvernement Pétain du 16 juin 1940 – le dernier de la Troisième République – et avait présenté sa démission le 10 juillet suivant, démission qui fut acceptée le 12. Suspendu – par une mise à la retraite d'office sur arrêté ministériel du 7 mai 1945 – et arrêté à la Libération en tant qu'ancien ministre du gouvernement de fait de Pétain, Frémincourt bénéficie d'un non-lieu devant la Haute Cour de justice et voit la décision qui l'avait mis à la retraite annulée par cet arrêt du 4 juin 1947. Ainsi, le GPRF entend bien rechercher la responsabilité des hommes d'un gouvernement de fait et, ce faisant, opérer une purge des éléments néfastes de la société. Ce procédé ne peut pourtant masquer l'indélébile cicatrice que laisse l'usurpation dans le paysage juridique.

2. *L'indélébile cicatrice de l'usurpation*

L'approche judiciaire de la restauration républicaine de 1944 repose sur un fondement proche de celui de la Restauration de 1815 avec les Cent-Jours ou de l'Assemblée nationale avec la Commune de 1871 : l'application du régime de responsabilité de l'usurpation¹⁸⁶⁷. L'illégitimité du gouvernement de Vichy doit conduire à engager les responsabilités pénale et politique de ses membres et de ses partisans les plus fervents, dorénavant marqués du sceau de la trahison. En cela, le régime des hommes côtoie de près celui des actes au moins sur le principe. En effet, comme le remarque Arnaud Le Pillouer,

« À la différence des actes juridiques édictés par tous les gouvernements déchus durant l'histoire constitutionnelle française, les actes de Vichy sont frappés, non seulement de la marque de

¹⁸⁶⁵ S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Les grands procès du XX^e siècle, op. cit.*, p. 437.

¹⁸⁶⁶ *Rec. CE* 1947, p. 245.

¹⁸⁶⁷ D'ailleurs, de nombreuses ordonnances ou décisions de jury d'honneur évoquent les « Français qui ont participé à la lutte contre l'ennemi et l'usurpateur » ou condamnent ceux qui ont « favorisé les desseins de l'ennemi ou de l'usurpateur » (*cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 253, n. 1049).

l'illégitimité, mais surtout de celle de la trahison. Les hommes de Vichy ne sont donc pas seulement des adversaires politiques mais aussi des traîtres à la Patrie, ayant versé, par intention, puis par action, dans la collaboration »¹⁸⁶⁸.

Toutefois, pour réprimer vite et bien ces traîtres, le seul recours au droit commun risquait de ne pas suffire. Ainsi, pour condamner « [c]eux qui ont su trahir leur pays sans cesser de respecter la loi », selon le mot de Camus¹⁸⁶⁹, un nouveau crime est prévu par le législateur : l'indignité nationale, ainsi qu'une nouvelle peine qui lui est assortie : la dégradation nationale. Instituées par l'ordonnance du 26 août 1944¹⁸⁷⁰ ces nouveautés du corpus pénal sont rétroactives. L'indignité nationale vise les faits qui ne peuvent pas « recevoir de qualification pénale précise », mais qui ont composé « une activité antinationale »¹⁸⁷¹. Ainsi, se rendent coupables d'un tel crime ceux qui ont apporté, à partir du 16 juin 1940, « une aide directe ou indirecte à l'Allemagne ou à ses alliés » ou qui ont « porté volontairement atteinte à l'unité de la nation, ou à la liberté ou à l'égalité des Français »¹⁸⁷². Le châtement, pour un tel crime, consiste en la privation des droits civiques politiques de l'individu, sa destitution et son exclusion de la vie politique, administrative et militaire et de toute fonction représentative (syndicat, comité d'entreprise etc.), ainsi que d'autres peines qui constituent une sorte de « *mort civique* » de l'individu¹⁸⁷³. L'indignité nationale vise ainsi à substituer une peine moins irrémédiable à la condamnation à mort, mais d'une gravité à la hauteur du crime envisagé. Pour Anne Simonin, ce nouveau crime implique une responsabilité des gouvernants fondée sur l'honneur¹⁸⁷⁴. Elle note par ailleurs que la justice répressive à l'encontre des collaborateurs ne poursuit pas uniquement l'objectif de « châtier les vaincus », mais aussi celui d'obtenir « l'adhésion des populations libérées aux institutions mises en place »¹⁸⁷⁵. On retrouve les deux fonctions de légitimation et d'expiation¹⁸⁷⁶.

Ainsi, au crime politique doit correspondre le mépris politique ; de même que la résistance au crime politique doit coïncider avec la récompense ou la reconnaissance (une loi d'amnistie des faits de résistance vient d'ailleurs consacrer cette reconnaissance

¹⁸⁶⁸ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France...*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁶⁹ Dans un éditorial de la revue *Combat*, 28 septembre 1944, p. 1. La phrase est également reprise, pour traiter de la responsabilité des faits de collaboration, par Anne Simonin (A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la république. Une histoire de l'indignité. 1791-1958*, Paris, Bernard Grasset, 2008, p. 12) et par Michel Verpeaux (M. VERPEAUX, « L'affaire Papon, la République et l'État. "Ceux qui ont su trahir leur pays sans cesser de respecter la loi" Albert Camus », *RFDC*, t. 55, 2003, p. 513).

¹⁸⁷⁰ *JO (Alger)*, 28 août 1944, p. 767.

¹⁸⁷¹ Selon l'exposé des motifs de l'ordonnance (*Ibid.*).

¹⁸⁷² *Ibid.*, p. 768.

¹⁸⁷³ A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la république...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 13.

¹⁸⁷⁶ La fonction d'expiation ne fait, par ailleurs, aucun doute, dans la mesure où elle est évoquée directement dans l'exposé des motifs. Il est en effet précisé dans l'ordonnance la nécessité de « purification de la patrie » (*JO (Alger)*, 28 août 1944, p. 767).

étatique¹⁸⁷⁷). L'usurpation est vécue comme une atteinte à l'État et au bon droit, une dégénérescence dangereuse et évitable qu'il faut purger par le feu. Ces procès incarnent toutefois quelque chose d'anachronique : en dehors de leur rôle pénal et même de leur rôle politique, la fonction expiatoire qu'ils exercent – offrir les traîtres au châtement qu'ils méritent pour purger l'État – apparaît comme une réminiscence des vengeances qui succèdent au renversement des gouvernements de fait et qui ponctuent leur histoire. Systématiquement, l'État tente d'effacer, par le recours à la justice d'exception, les taches laissées par l'usurpation. Marqués du sceau de l'infamie, ceux qui se sont compromis auprès du gouvernement usurpateur représentent un danger, ils deviennent ennemis de l'État.

C'est pourquoi, de prime abord, plusieurs choses laissent figurer une réminiscence de 1815, ou encore de 1871, dans la situation à la Libération. À commencer par l'épuration « extra-légale », qui rappelle les excès de la Terreur blanche ou des abus de la Semaine sanglante¹⁸⁷⁸. La restauration – monarchique en 1815, conservatrice en 1871 et républicaine au milieu du XX^e siècle – côtoie donc de près les intempérances de l'expiation, dans cette tendance à purger le crime par la vengeance. En outre, l'exercice d'une justice répressive légale par le GPRF emporte certaines critiques formelles. Robert Badinter, soulignant la prolifération des juridictions d'exception à la Libération, note avec regret que « [l']idéologie du positivisme juridique triomphait : le juge est fait pour appliquer la loi, quelle qu'elle soit et quel que soit le régime politique dont elle est l'expression. La longue tradition judiciaire du XIX^e siècle où les magistrats avaient prêté serment à tant de régimes successifs se poursuivait »¹⁸⁷⁹. L'ancien garde des Sceaux, par le biais de ce jugement, entend pointer du doigt l'importante versatilité du personnel de la justice, une partie des agents et magistrats ayant prêté serment à Pétain continuait à servir durant la restauration républicaine¹⁸⁸⁰. Toutefois, si Robert Badinter remarque que le positivisme juridique prime au lendemain de la Guerre, on peut s'étonner du paradoxe de ce qu'il côtoie de si près la notion d'usurpation, qui rentre difficilement dans son champ tant elle fait appel à la morale. Cette apparente contradiction explique peut-être

¹⁸⁷⁷ Il s'agit de la loi du 1^{er} juillet 1943 qui vise à amnistier les membres du parti communiste qui ne s'étaient pas conformés au décret-loi du 26 septembre 1939 et l'acte dit loi du 14 août 1941 (les infractions pénales déferées aux sections spéciales notamment) (*JO*, 1^{er} juillet 1943, p. 14). L'ordonnance du 13 décembre 1944 en élargit les effets (elle rend l'amnistie rétroactive, les bénéficiaires sont réputés n'avoir jamais été condamnés, ce qui n'était pas le cas avec la première ordonnance). V. en ce sens : D. GIBAUD-CROSET, « Le rétablissement de la légalité pénale républicaine à la Libération. Entre ruptures et continuité », *loc. cit.*, §61 *sqq.*

¹⁸⁷⁸ A. BANCAUD, *Une exception ordinaire...*, *op. cit.*, p. 108-109 : l'auteur explique que l'épuration « extra-légale » concerne la répression en marge de la légalité voire même parfois sauvage, mais en partie tolérée par le pouvoir, qui eut lieu dans les premiers temps de la Libération et qui s'est manifestée par des exécutions sommaires, tribunaux dits du peuple, « justice au coin du bois », cours martiales. Sur cette « justice au coin du bois », v. P. NOVICK, *The Resistance versus Vichy: The Purge of Collaborators in Liberated France*, trad. H. TERNOIS, *L'épuration française, 1944-1949*, Paris, Seuil, 1991 (*Points Histoire*), p. 113 *sqq.*

¹⁸⁷⁹ R. BADINTER, « Juger après Vichy », *Histoire de la justice*, t. 29, 2019, p. 9.

¹⁸⁸⁰ André Mornet en est un exemple particulièrement loquace : président de chambre honoraire à la Cour de cassation, il a présidé l'une des trois sous-sections de la Commission de révision des naturalisations (instance chargée notamment de déchoir les juifs de leur nationalité française). Passé à la Résistance à l'été 1943, il a siégé par la suite à la Commission d'épuration de la magistrature, puis est nommé procureur général près la Haute Cour de justice en novembre 1944 et plaida notamment contre Pétain et Laval (*ibid.*).

en partie l'embarras du législateur à réprimer sans violence, sans que la marque laissée par l'épuration ne puisse vraiment s'effacer.

Néanmoins, à l'instar de la plupart des périodes qui la précèdent, une phase d'amnistie succède à celle de répression. Elle commence notamment avec la loi du 16 août 1947 qui amnistie un nombre important de personnes, notamment pour des infractions commises durant l'occupation¹⁸⁸¹. Elle concerne un nombre assez large de condamnés, mais elle exclut les défenseurs de la collaboration. Vient ensuite la loi des 5 janvier 1951 qui amnistie certains faits constitutifs de l'indignité nationale ainsi que ceux « ayant entraîné une condamnation à la dégradation nationale à titre principal, lorsque la durée de la peine, compte tenu des mesures de grâce intervenues, n'excède pas quinze ans »¹⁸⁸², puis la loi du 6 août 1953 qui concerne un domaine plus large¹⁸⁸³. *In fine*, prompt à réprimer et à fabriquer de toutes pièces un crime politique de trahison, le gouvernement finit, une fois encore, par cautériser les plaies de l'usurpation par le recours à l'amnistie. La formule, si elle est éprouvée, n'en demeure pas moins un pari sans cesse renouvelé. L'amnistie consiste à pardonner, mais pas à oublier et, en ce sens, elle met souvent le législateur mal à l'aise. La loi du 6 août 1953 prend d'ailleurs bien soin de préciser dans son article 1^{er} que « [l']amnistie n'est pas une réhabilitation ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la nation, eurent la lourde tâche de juger ou de punir »¹⁸⁸⁴. Elle fait tout de même partie d'un processus nécessaire – ou au moins récurrent – de réunification de l'État à l'issue d'une période d'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait désavoué.

¹⁸⁸¹ *JO*, 16 août 1947, p. 8055.

¹⁸⁸² *JO*, 6 janvier 1951, p. 260.

¹⁸⁸³ *JO*, 7 août 1953, p. 6942.

¹⁸⁸⁴ *JO*, 7 août 1953, p. 6942.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Combattre un gouvernement de fait, y participer ou le soutenir, revient nécessairement à s'exposer, lors du retour à la normale, au risque d'un jugement. Dans la première moitié du XIX^e siècle, puisque le gouvernement de fait est encore largement perçu comme une éclipse du droit, il apparaît nécessaire de refermer au plus vite la plaie qu'il a fait naître au sein de l'État, pour préserver la légitimité de toute scorie. Sous la Restauration, le cautère privilégié pour soigner cette affliction de l'usurpation consiste en un savant mélange entre répression et absolution qui se veut, en quelque sorte, pédagogique. Cette rhétorique juridique a une portée morale, dans la mesure où elle semble indiquer indirectement quel est le comportement à suivre en cas d'usurpation. Le combattant légitime, celui qui a su rester fidèle, se verra absout là où le séide de l'usurpateur, responsable des maux de l'État, risque la condamnation pénale. Par la suite, l'affaiblissement du principe de légitimité politique qui fait peser sur le gouvernant de fait une responsabilité pénale renverse la logique. Participer au gouvernement de fait, c'est empêcher que l'État ne s'effondre, c'est éviter la vacance du pouvoir, donc, c'est prévenir « l'anarchie »¹⁸⁸⁵. Il est logique alors que la responsabilité pénale des faits d'insurrection se déporte pour viser non plus le gouvernant *de facto*, mais celui qui s'oppose à lui, le séditieux. Cela implique néanmoins que l'autorité sans titre triomphe, sans quoi, elle tombe elle-même dans la catégorie de la sédition, comme le montre bien le cas de la Commune de Paris. En contrepartie, il semble peser sur ses membres une responsabilité d'ordre politique, mais dont les contours sont incertains.

Qu'elle ait été appliquée au gouvernement de fait, ou à ceux qui s'y opposaient, la responsabilité pénale a tout de même joué un rôle de « *catharsis* collective »¹⁸⁸⁶. Cette fonction de la justice met en lumière le gouvernement de fait non comme un objet froid et inerte d'analyse, mais comme faisant partie d'un processus. La transition constitutionnelle ne se termine pas forcément au moment du passage du gouvernement de fait à celui de droit, même après le retour de la situation constitutionnelle « normale », il reste des résidus de cette transition, sous forme de sédiments juridiques. Ce sont les procès qui peuvent s'éterniser ou être expéditifs, mais qui laissent toujours des traces sur le régime. Les tribunaux doivent alors faire face à une mission qui n'est pas seulement d'ordre judiciaire et répressive, mais aussi préventive et réparatrice¹⁸⁸⁷. Cela fait écho, dans une certaine mesure aux difficultés se posant à une « justice transitionnelle », selon la notion forgée au XX^e siècle, c'est-à-dire savoir comment organiser efficacement, et

¹⁸⁸⁵ Au sens d'une désorganisation totale de l'État, selon un argument récurrent soulevé par les acteurs : Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 2, p. 224, n. 897.

¹⁸⁸⁶ Selon le terme de Pierre Rosanvallon : P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015 (*Points Essais*), p. 267.

¹⁸⁸⁷ Ce point s'inspire, *mutatis mutandis* et toutes précautions gardées, de la thèse de Kelly Picard, dans laquelle elle identifie une justice transitionnelle (les « mécanismes, judiciaires et non-judiciaires, cherchant à rendre la justice à la suite de périodes de grande violence ») dont les missions varient et sont autant préventives que réparatrices (ou « restauratives ») : K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique...*, *op. cit.*, notamment p. 19 et p. 281.

sous quelle forme, un « processus de transition vers le droit »¹⁸⁸⁸. Juger la responsabilité des gouvernants de fait ou de ceux qui se sont opposés à eux revient à lutter contre la réitération des troubles dans le futur, mais aussi à tendre vers une réunification du corps politique. C'est pourquoi, pour parfaire cet objectif et essayer de définitivement refermer le chapitre de la transition constitutionnelle, le législateur s'emploie quasi systématiquement à promulguer des amnisties. En ce qu'elle vise la clémence, le pardon et l'oubli¹⁸⁸⁹, l'amnistie prétend produire l'union, promouvoir la continuité et jeter un voile sur la rupture. Cela explique par ailleurs que des gouvernements de fait y aient eux-mêmes eu recours, tel le gouvernement de la Défense nationale¹⁸⁹⁰. On peut néanmoins se demander si le volontarisme et l'optimisme dont elle procède, notamment des exemples que fournissent les procès de Riom et de la collaboration, n'apparaissent pas anachronique depuis la seconde moitié du XX^e siècle, « dans une ère de doute, celle du crime contre l'humanité, donc de l'impardonnable et de l'imprescriptible »¹⁸⁹¹. Cela tient peut-être à ce que la recherche d'une responsabilité individuelle, à l'issue des transitions, est éclipsée par une responsabilité d'un ensemble plus large et plus cohérent : celle de l'État, dans sa globalité et son abstraction.

¹⁸⁸⁸ L. JOINET, « Face aux dilemmes de l'instauration des processus de justice transitionnelle », *Mouvements*, t. 53, 2008, p. 48. V. aussi : S. LE GAL, « Justice transitionnelle et état d'exception L'exemple de l'État de siège (1791-an V) », *Histoire de la justice*, t. 32, 2021, p. 156-157 et p. 163 *sqq.*

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁹⁰ L'un des tout premiers actes du gouvernement de la Défense nationale est de publier un décret amnistiant « tous les condamnés pour crimes et délits politiques et pour les délits de presse depuis le 3 décembre 1852 jusqu'au 3 septembre 1870 » (*JO*, 5 septembre 1870, p. 1525).

¹⁸⁹¹ Ce constat est dressé par l'historien Stéphane Gacon : « [c]e volontarisme et cet optimisme ne sont plus d'actualité dans nos sociétés qui ont connu le nazisme, la Shoah, le communisme et les crimes des systèmes totalitaires du XX^e siècle. Notre monde est entré dans une ère de doute, celle du crime contre l'humanité, donc de l'impardonnable et de l'imprescriptible » (S. GACON, « L'amnistie de la Commune (1871-1880) », *Lignes*, t. 10, 2003, p. 62).

Chapitre 2 Juger l'État

La responsabilité repose sur un phénomène d'imputation, consistant à déterminer qui est le débiteur du dommage causé¹⁸⁹². Ce débiteur, sous certaines conditions et au prix d'une lente évolution¹⁸⁹³, peut être l'État, que la faute résulte soit de l'un de ses démembrements (agent, organe), ou de l'un de ses ressortissants, soit encore d'une décision qui lui est imputable (l'exécution d'un traité international par exemple). En raison de la permanence de l'État durant les transitions constitutionnelles, l'existence d'un gouvernement de fait ne devrait guère avoir d'influence sur sa responsabilité tant administrative qu'internationale. En réalité, une telle situation bouleverse, au moins en partie, les mécanismes de responsabilité à tous les niveaux dans lesquels l'État peut intervenir. Il amène à s'interroger sur l'étendue de sa capacité juridique sur la scène internationale tout autant que sur ses obligations au niveau local pour les dommages résultant de la guerre civile. De plus, la succession irrégulière de gouvernements interroge le respect des engagements de l'État vis-à-vis de ses homologues ou encore la permanence de son administration et de ses agents. Ces différents points relèvent de deux séries de considérations juridiques, issues de la responsabilité administrative et de la responsabilité internationale de l'État. Là où les responsabilités pénales et politiques visaient davantage la culpabilité et reposaient sur un mode accusatoire rapprochant le responsable du coupable, les responsabilités internationale et administrative mettent plutôt l'accent sur la réparation consécutive au dommage causé. Cette réparation procède de deux ordres d'idées. Elle peut consister à compenser un préjudice au moyen d'une contrepartie, le plus souvent pécuniaire ; il s'agit alors d'une réparation matérielle. Mais elle peut aussi se donner pour but de corriger moralement, en identifiant un fautif ou simplement en reconnaissant une faute. En ce sens, l'État est amené à rendre des comptes, pour les dommages causés par un gouvernement de fait, devant ses pairs dans ses relations avec la communauté internationale (**Section 1**), mais aussi, en introspection avec lui-même devant ses administrés (**Section 2**).

Section 1 L'État parmi les siens

Les changements informels de gouvernement emportent des répercussions sur la structure de l'État. S'ils ne le font pas disparaître, ils en changent la face à la vue des autres. Ces autres, justement, constituent les membres de la communauté internationale, dans laquelle s'appliquent les règles du droit international. Bien que le gouvernement de fait ne soit pas doté de compétences identiques à celles du gouvernement de droit, les conséquences de ses actions peuvent déborder du seul cadre étatique, à la fois dans

¹⁸⁹² V. sur ce point : T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, *op. cit.*, p. 10 *sqq.*

¹⁸⁹³ Cf. *infra*, p. 474 *sqq.*

l'espace et dans le temps. Dans l'espace, il peut être amené à engager la responsabilité de l'État ou intervenir dans le cadre de transactions juridiques comme des contrats avec les ressortissants d'un autre État. Dans le temps, le sort des dettes, conventions ou traités qui engagent l'État peut dépendre tout aussi bien de la nature du gouvernement qui doit choisir de les recouvrer, que de celui qui les a contractés. La recherche de la responsabilité de l'État suppose donc une approche tout à la fois *ratione loci* et *ratione materiae*. Les données fournies par l'histoire constitutionnelle française sur lesquelles se base cette étude permettent d'appréhender ces questions, dans la mesure où l'État français a été l'objet, les concernant, de décisions de juridictions internationales ou internes et où la doctrine française a eu à se prononcer.

Le mouvement du gouvernement de fait vers celui de droit et son pendant inverse, de l'autorité légale vers l'irrégulière, présente une multitude de situations qui écornent parfois le principe de continuité de l'État, lequel prévaut normalement. Il s'agit alors de savoir si l'État est responsable face aux autres acteurs internationaux des agissements ou des actes d'un gouvernement de fait : par le constat des prérogatives qui lui sont reconnues au travers de contentieux internationaux et internes (§1), mais aussi, par l'imparfaite affirmation d'un principe de solidarité des engagements du fait de la succession de gouvernements (§2).

§1. Importance d'une responsabilité *ratione loci* : prérogatives du gouvernement sur la scène internationale

La responsabilité du gouvernement de fait sur la scène internationale paraît relever davantage du champ des relations diplomatiques que du droit. Si l'on suit ce raisonnement, elle dépendrait de ce que le gouvernement est reconnu ou non par la communauté internationale ou par chaque État indépendamment. Or, si la reconnaissance jouit d'une importance certaine dans l'équation¹⁸⁹⁴, le gouvernement de fait peut tout de même bénéficier d'une existence internationale en dehors de celle-ci. Dès lors, des considérations juridiques interviennent dans ce domaine. Puisque le gouvernement de fait est l'organe qui agit au nom de l'État en l'absence d'une autorité légale pour le représenter devant la communauté internationale, cela implique qu'il bénéficie de certaines prérogatives. Il lui est donc reconnu certaines capacités – il peut ester en justice, conclure de traités et des contrats – impliquant, en contrepartie, qu'il engage la responsabilité de l'État. Ces principes ont été affirmés tant devant les juridictions internationales – ainsi que le montre la sentence arbitrale entre la France et

¹⁸⁹⁴ Après tout, Bismarck refusait de reconnaître le gouvernement de la Défense nationale en 1870 pour conserver la main sur les négociations de paix. En ce sens : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 200 et n. 795. Bismarck excluait de traiter avec un gouvernement de fait qui ne bénéficiait pas d'une légitimité électorale et demandait à ce que l'ordre soit rétabli avant de s'engager.

Chili rendue en 1901¹⁸⁹⁵ à l'occasion de l'affaire du guano – (A), que par les tribunaux français en 1891 et en 1936 (B).

A. Une affirmation de la responsabilité et de la compétence internationales du gouvernement de fait : l'affaire du guano (1901)

L'affaire dite « du guano » concerne un contentieux international sur fond de guerre entre le Chili et le Pérou et de relations contractuelles avec des ressortissants de plusieurs États dont la France. Il en résulte une sentence rendue à Rapperswill par le Tribunal arbitral franco-chilien du 5 juillet 1901¹⁸⁹⁶. Cette affaire exerce une influence sur l'approche française du gouvernement de fait au moins pour deux raisons : en premier lieu parce que la France y est directement partie prenante et, en second lieu, parce que les questions de responsabilité internationale et la théorie des gouvernements de fait y sont vivement discutées. Il convient de revenir sur les faits ayant présidé à la sentence de 1901, pour mieux comprendre les considérations théoriques qui sont développées ainsi que leur portée.

Tout au long de la seconde moitié du XIX^e siècle, le Pérou détient d'importants gisements de guano – un engrais très prisé pour l'agriculture –, sur lesquels il affecte des droits à la garantie de ses créanciers¹⁸⁹⁷. Or, en avril 1879, le Chili déclare la guerre au Pérou et, au fil de son avancée militaire, finit par occuper, à partir de novembre 1879, la province de Tarapaca sur laquelle se situait une partie importante de ces gisements. Le général Escala, commandant en chef de l'armée du Chili permet aux « porteurs étrangers de bons péruviens » – donc les créanciers du Pérou – d'exploiter les gisements moyennant une redevance payée au Chili¹⁸⁹⁸. En revanche, d'autres créanciers non porteurs de ces bons, comme la société française Dreyfus frères et Compagnie¹⁸⁹⁹, protestent par le biais de leur gouvernement pour faire reconnaître leurs prétentions sur le guano péruvien. Par un décret du 9 février 1882 le Chili entend vendre à Dreyfus frères un million de tonnes de guano extrait des gisements des provinces péruvienne conquises,

¹⁸⁹⁵ Il existe d'autres sentences arbitrales qui évoquent cette question, comme celle du Tribunal arbitral franco-péruvien du 11 octobre 1921. Celle de 1901 apparaît cependant la plus claire et complète sur la question du gouvernement de fait et, en outre, celle de 1921 confirme les solutions retenues à propos des questions relatives aux gouvernements de fait. Cette affaire de 1921 est détaillée et la sentence reproduite in : R. RUZÉ, « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 1922, p. 256 ; v. aussi : S. GEMMA, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 357 *sqq.*

¹⁸⁹⁶ L'intégralité des pièces de cette affaire est compilée dans le *Recueil international des traités du XX^e siècle*, éd. E. DESCAMPS, L. RENAULT, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1901, p. 188 *sqq.*

¹⁸⁹⁷ Il semble que ce soit surtout à partir de 1840 que le Pérou a commencé à exporter massivement les productions de ses gisements de guano : H. BONIN, *Histoire de la société générale (I). 1864-1890*, Paris, Librairie Droz, 2006 (*Publications d'histoire économique et sociale internationale*), p. 418.

¹⁸⁹⁸ *Recueil international des traités du XX^e siècle*, *op. cit.*, 1901, p. 189.

¹⁸⁹⁹ Le guano était alors exploité, pour les concessionnaires français, par un groupe français composé de Dreyfus, la Société générale, ainsi qu'une maison de banque, Leiden-Premsel : H. BONIN, *Histoire de la société générale (I)...*, *op. cit.*, p. 417.

pour financer ses frais de guerre. Le décret prévoit des garanties pour les créanciers, dont la constitution d'un Tribunal arbitral pour régler les problèmes éventuels¹⁹⁰⁰. Tant que le conflit entre le Chili et le Pérou perdurait, il était toutefois impossible de constituer ce Tribunal, alors que plusieurs créanciers, dont Dreyfus frères et Compagnie, prétendent toujours être seuls propriétaires du produit du guano vendu par le Chili. La paix entre les deux belligérants est signée le 20 octobre 1883, mais il faut pourtant attendre le 23 juillet 1892 et de nombreuses plaintes diplomatiques pour que le protocole Errazuriz-Bacourt entre la France et le Chili, par lequel ce dernier s'engage à constituer le Tribunal arbitral soit signé.

Le Tribunal est constitué par un mémorandum du 24 mars 1894¹⁹⁰¹ et, au terme de nombreux rémoras, rend sa sentence définitive le 5 juillet 1901¹⁹⁰². Plusieurs litiges étaient pendants et certains ont été l'occasion de préciser la responsabilité internationale du gouvernement de fait, dont la doctrine a rigoureusement été débattue. Cela résulte de ce que durant la période d'exploitation des gisements de guano, un renversement du gouvernement au Pérou a eu lieu. Nicolà de Piérola devient « chef suprême de la République » après un coup d'État en 1879 au terme duquel il exerce une dictature jusqu'en juillet 1881, moment où il sera nommé officiellement président par une Assemblée nationale, avant d'être contraint à démissionner quelques mois plus tard. Or, au moment où Piérola gouverne *de facto*, la liquidation des comptes de Dreyfus est toujours en suspens. La société a alors conclu plusieurs conventions avec le dictateur qui reconnaissent une créance à la société française et lui accordent en outre une indemnité¹⁹⁰³. Cependant, la poursuite de la conquête chilienne du Pérou en 1881 interrompt l'exécution des nouveaux contrats, au préjudice de la maison Dreyfus. Enfin, le 26 octobre 1886, une loi votée par le Congrès du Pérou qualifiant Piérola d'usurpateur, annule « tous les actes d'administration intérieure accomplis par [M.] Don Nicola de Pierola », en se fondant sur l'article 10 de la Constitution péruvienne qui déclare « nuls les actes de ceux qui usurpent les fonctions publiques »¹⁹⁰⁴. La loi emporte donc annulation des contrats conclus entre Dreyfus et Piérola cinq ans plus tôt, desquels résultait notamment une créance dont se prévalait la maison Dreyfus. L'entreprise

¹⁹⁰⁰ Art. 14 du décret du 9 février 1882. Il prévoyait notamment que « [p]our pouvoir exercer le droit que leur octroie l'Article précédent, les créanciers du Gouvernement péruviens [...] *devront constituer* [...] un *Tribunal d'arbitres* qui résoudra les diverses difficultés auxquelles pourraient donner lieu la liquidation, la *légitimité* ou la *validité de leurs titres de créances...* » (*Recueil international des traités du XX^e siècle, op. cit.*, p. 189-190, souligné par nous).

¹⁹⁰¹ *Recueil international des traités du XX^e siècle, op. cit.*, p. 192 et p. 194.

¹⁹⁰² Avant cette sentence définitive, il ne rendit pas moins de quatre autres sentences : deux arrêts des 20 janvier et 10 novembre 1896, un jugement du 20 octobre 1900 et une sentence rendue à Lausanne le 8 janvier 1901. Cette sentence du 8 janvier 1901 est reproduite juste avant celle du 5 juillet : *Recueil international des traités du XX^e siècle, op. cit.*, p. 173-188.

¹⁹⁰³ Notamment deux contrats du 7 janvier 1880, dont l'un annule l'engagement antérieur qu'avait conclu la maison Dreyfus avec l'ancien gouvernement péruvien (du 14 avril 1874), ainsi qu'un contrat du 4 juin 1880, un contrat du 1^{er} février 1881 et deux conventions du 8 février suivant : *Recueil international des traités du XX^e siècle, op. cit.*, p. 281 *sqq.*, p. 288 et p. 290-291.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 292.

française demande donc au Tribunal arbitral de constater « la légitimité et la validité de leur créance contre l'État du Pérou »¹⁹⁰⁵.

Il incombe ainsi au Tribunal d'arbitrage de déterminer la capacité des gouvernements de fait à contracter, la validité de leurs engagements ainsi que leur force obligatoire sur la scène internationale. En somme, il doit se prononcer sur la possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'État du fait des agissements d'un gouvernement de fait. En statuant sur la validité de la créance de la compagnie Dreyfus frères, il répond point par point à ces interrogations :

« Attendu que d'après un principe du droit des gens d'abord nié théoriquement dans un intérêt dynastique par la diplomatie des monarchies européennes [...], la capacité d'un gouvernement pour représenter l'État dans les relations internationales ne dépend à aucun degré de la légitimité de son origine ; en sorte que les États étrangers ne se refusent plus à la reconnaissance des gouvernements *de facto*, et que l'usurpateur qui détient en fait le pouvoir avec l'assentiment exprès de la nation agit et conclut valablement au nom de l'État des traités, que le Gouvernement légitime restauré est tenu de respecter »¹⁹⁰⁶.

Le Tribunal ajoute que ce principe trouve à s'appliquer dans des relations contractuelles entre un gouvernement de fait et un particulier¹⁹⁰⁷ dans la mesure où elles mettent en jeu la notion même d'État. Il précise en effet qu'à partir du moment où le gouvernement de fait était le « seul organe reconnu par la Nation », il devenait impossible, sous prétexte de son illégitimité, d'en nier les effets qui s'imposent alors aux individus comme aux gouvernements étrangers¹⁹⁰⁸. Le cas contraire emporterait une situation préjudiciable qui « impliquerait la négation même de l'État ». Dans ce cas, l'absence de gouvernement de droit ne porte pas préjudice à la personnalité juridique de l'État. À l'instar du droit interne, le droit international trouve dans le gouvernement de fait un expédient aux transitions et aux soubresauts que connaît l'État en son sein. Un tel concept sert donc là encore d'assise à la continuité de l'État.

Cette sentence du Tribunal arbitral franco-chilien met ainsi en avant la capacité que détient le gouvernement de fait pour conclure des traités internationaux. Selon certains auteurs, comme l'internationaliste Charles Rousseau, cette prérogative ne fait que peu de doutes au XX^e siècle¹⁹⁰⁹. Celui-ci en veut pour preuve qu'un gouvernement révolutionnaire comme celui des soviets, dirigé par le Conseil des commissaires du

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 293.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 192 et p. 394.

¹⁹⁰⁷ Comme c'est le cas en l'espèce, quoiqu'il fût opposé au Tribunal l'argument selon lequel les règles du droit commun et celles du droit des gens diffèrent. Le Tribunal explique qu'au contraire, elles sont poreuses.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 395.

¹⁹⁰⁹ C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 240.

peuple qui résulte de la révolution d'Octobre 1917¹⁹¹⁰, n'hésite pas à conclure le traité de Brest-Litovsk proclamant la paix avec la Prusse, le 3 mars 1918. De même, le GPRF de 1944 signe le traité d'alliance franco-soviétique le 10 décembre 1944 et la charte des Nations Unies le 26 juin 1945¹⁹¹¹. Les actes internationaux du GPRF ont engagé l'État français sans pour autant être remis en cause du fait de sa qualité de gouvernement de fait. En outre, l'affaire du guano montre que la responsabilité internationale du gouvernement de fait peut être engagée devant les juridictions extra étatiques. Devant les tribunaux français, cette hypothèse ne fait que peu de doutes, tant que le gouvernement de fait est bien établi.

B. Les tribunaux français au diapason de la justice internationale (1891 et 1936)

Au travers de deux décisions des juges du fond, il est possible d'avoir un aperçu de l'approche française du statut international du gouvernement de fait. La première confirme sa capacité de principe à agir et à se prévaloir des engagements conclus au nom de l'État, tout en apportant une nuance de taille, quant à la seconde, elle renseigne sur sa responsabilité internationale.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juillet 1891, *Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée et Gouvernement de la République du Chili c. Gouvernement provisoire du Chili*, les juges français doivent se prononcer sur la question de savoir si un gouvernement de fait peut se prévaloir d'engagements contractés par son prédécesseur vis-à-vis d'un État étranger¹⁹¹². Question loin d'être anodine lorsque le contrat en cause concerne des armes et que le gouvernement renversé subsiste localement, donc que l'État est en situation de guerre civile. Dans cette affaire, il est question d'une livraison de navires de guerre, commandés en 1889 à la Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée, entreprise française, par le président du Chili José Manuel Balmaceda. Or, en janvier 1891, une guerre civile éclate du fait des tensions exacerbées entre le Congrès et le président Balmaceda. Le parti congressiste nomme un capitaine de marine, Jorge Montt, président *ad interim*. À l'issue de ce *pronunciamento*, Montt proclame la déposition de Balmaceda, forme une junte parlementaire et s'oppose au gouvernement central en prenant le contrôle de la partie du Nord du pays. Dès lors, deux agents du gouvernement de fait de Montt, MM. Matte et Ross, assignent la société française pour obtenir la remise des

¹⁹¹⁰ Le Conseil des commissaires du peuple, alors dirigé par Vladimir Illich Oulianov, dit Lénine, constitue un gouvernement de fait à partir de sa création à l'issue de la révolution d'Octobre en 1917. Il se substitue au gouvernement provisoire de la République fédérative soviétique de Russie, présidé par Alexandre Fiodorovitch Kareski, renversé par la révolution. Il peut être considéré comme un gouvernement de droit à l'issue de l'adoption du Traité relatif à la formation de l'Union des Républiques socialistes soviétiques le 30 décembre 1922. V. pour davantage de détails : M. HELLER, A. NEKRICH, *L'Utopie au pouvoir. Histoire de l'URSS de 1917 à nos jours*, Paris, Calmann-Lévy, 1985 (*Liberté de l'esprit*), p. 34 *sqq.*

¹⁹¹¹ C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 240.

¹⁹¹² J. 1895, II, p. 305-308.

navires mis sous séquestre par une ordonnance du Tribunal civil de la Seine du 31 mai 1891. Devant la Cour d'appel, face aux agents du gouvernement de fait, M. Antunez, représentant du gouvernement de droit chilien plaide l'irrecevabilité du gouvernement provisoire « sans existence légale et sans qualité pour ester en justice ». Il appartient donc à la Cour de décider si les navires doivent être remis au gouvernement de fait ou au gouvernement du président Balmaceda. Pour cela, elle doit régler deux problèmes : le gouvernement de la junte a-t-il la capacité d'ester en justice et, en tant que gouvernement de fait, peut-il se prévaloir d'engagements antérieurs à lui, dont il n'était pas partie prenante ?

Dans ses conclusions, l'Avocat général, M. Sarrut, entend résoudre cette question d'abord sur le plan des principes, puis en pratique. L'argument de M. Antunez, représentant le gouvernement de Balmaceda, consiste à dire que seul son gouvernement est reconnu par la France. Le gouvernement provisoire, lui, ne l'est pas et, à ce titre, n'avait pas le droit d'ester en justice. Sarrut rejette ce prétexte au terme d'un long plaidoyer en faveur de la théorie du gouvernement de fait :

« N'admettre un gouvernement étranger à ester en justice qu'autant qu'il a été officiellement reconnu, c'est ne pas tenir suffisamment compte de la portée du fait, dans une matière que le droit écrit ne régit pas, c'est s'attacher à une conception, selon moi, inexacte. Un gouvernement n'est pas une abstraction théorique, une simple personnalité juridique, et, pour employer une expression de l'école allemande, "un système de droits purement formels". Un gouvernement est surtout un pouvoir, une force agissante, mettant en mouvement tous les rouages de l'État, une autorité qui répond de l'ordre et le fait respecter, qui commande aux armées qui se fait obéir. Il ne suffit pas d'en porter le titre, de prétendre au droit de gouverner, il faut encore gouverner en réalité. Un souverain détrôné n'est plus souverain. Le gouvernement ne naît pas du droit abstrait, il n'y a pas de droit en cette matière : "le premier qui fut roi fut un soldat heureux" ; un gouvernement a son origine dans le fait, dans la prise de possession, dans la mainmise sur les attributs du pouvoir »¹⁹¹³.

Le gouvernement de fait peut alors, en principe, ester en justice tout comme se prévaloir des engagements qui lui sont antérieurs. Pourtant, indique Sarrut, ce postulat doit s'incliner face au cas d'espèce. Dans la mesure où le gouvernement révolutionnaire chilien n'est pas le seul détenteur de la souveraineté, il n'est pas pleinement effectif, car le gouvernement légal perdure sur une partie du territoire. Tant que l'un des deux ne s'est pas totalement substitué à l'autre, de sorte à détenir l'entièreté de la souveraineté (qu'il soit pleinement effectif en somme), le gouvernement insurgé ne peut pas

¹⁹¹³ S. 1895, II, p. 307.

valablement se présenter devant le Tribunal au nom de l'État¹⁹¹⁴. D'autant plus lorsqu'il s'agit de livrer des armes, car l'application des obligations à l'un ou l'autre gouvernement constituerait un important avantage dans la guerre civile, et il n'incombe pas à la justice française de prendre parti¹⁹¹⁵. La Cour d'appel se range d'ailleurs derrière cette interprétation et déclare Matte et Ross sans qualité pour agir et revendiquer le bénéfice du contrat¹⁹¹⁶. Pour la Cour d'appel de Paris, le gouvernement de fait a la capacité de se prévaloir d'engagements contractés par son prédécesseur, uniquement dans le cas où il constitue un gouvernement général, dont l'autorité n'est pas sérieusement contestée sur le territoire. Cela exclut le gouvernement de fait local de l'équation¹⁹¹⁷.

En 1937, un problème de droit international se pose au Tribunal de commerce de Marseille, l'affaire ayant trait à des rapports entre des ressortissants français et l'Espagne alors en proie à la guerre civile¹⁹¹⁸. Des chefs d'entreprise ont dû quitter Barcelone en hâte en juillet 1936. Or, par deux décrets des 8 et 21 août suivant, la généralité de Catalogne enjoint les propriétaires à reprendre leur poste sous huitaine sous peine de saisine des biens. Selon le Tribunal, ces mesures n'avaient pour but que « de donner après coup une justification juridique à des faits de violence », dans la mesure où elles plaçaient les propriétaires face au dilemme suivant : abandonner leurs biens à la Catalogne ou rentrer en Espagne et risquer « d'être maltraités, emprisonnés ou assassinés, leur sécurité n'étant pas garantie par cette autorité »¹⁹¹⁹. Ne prenant pas de risques, les propriétaires demeurent à Paris et voient leurs marchandises saisies et revendues à une société tiers, agissant comme prête-nom de l'autorité publique. Or, constate le jugement, une telle mesure s'apparente à une expropriation déguisée, non assortie d'une indemnité juste et préalable, ou d'une indemnité provisionnelle, ce qui est parfaitement contraire à l'ordre public français¹⁹²⁰. *In fine*, le jugement fait droit à la société française demanderesse sur ce motif d'ordre public et de nécessité de l'indemnité consacrée par l'article 17 de la DDHC et condamne la société espagnole défenderesse à verser les sommes dues à titre d'indemnité.

En note sous l'arrêt, l'internationaliste Charles Rousseau s'intéresse à la question de la qualité du gouvernement espagnol qui a édicté les décrets d'août 1936. L'affaire prend

¹⁹¹⁴ Pour précision, la guerre civile prend fin en septembre 1891 (soit environ deux mois après la décision) par la victoire de la junte de Montt et du parti parlementaire, ainsi que par le suicide du président Balmaceda.

¹⁹¹⁵ Il s'agissait d'ailleurs de l'un des arguments de l'avocat général, M. Sarrut : *S.* 1895, II, p. 307.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, 308.

¹⁹¹⁷ Sur la notion de gouvernement de fait local : cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 198 *sqq.*

¹⁹¹⁸ Tribunal de commerce de Marseille, 25 mai 1937, *Moulin, ès qual. d'administrateur judiciaire de la Soc. Potas Iberica c. Volatron et Soc. à respons. Limitée Centre d'expansion commerciale internationale* (*S.* 1938, II, p. 105).

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 107-108.

¹⁹²⁰ *Ibid.* : La société qui avait acheté aux enchères les marchandises de la société expropriée avait allégué l'incompétence de la juridiction française dans la mesure où les deux entreprises en cause étaient espagnoles. Le Tribunal de commerce rejette l'argument en arguant que selon une jurisprudence constante, le siège social et le capital des entreprises tiennent un rôle déterminant dans la détermination de leur nationalité. Or, la société expropriée possède son siège social à Paris et plus de la moitié des actionnaires sont français.

place durant la guerre civile espagnole¹⁹²¹ et il importe de s'interroger sur la nature du gouvernement auquel se rattache la généralité de Catalogne pour savoir si sa responsabilité internationale peut être mise en cause. Si la légalité du gouvernement républicain ne fait aucun doute entre le 16 février et le 18 juillet 1936, à partir du 18 juillet il serait possible de la contester dans la mesure où le gouvernement n'a pas reçu l'assentiment immédiat des *Cortès*, substantiellement nécessaire à la validité du titre du gouvernement¹⁹²². Mais Rousseau ajoute que « même si ces objections devaient être admises, le problème de la responsabilité subsisterait intact ». En somme, il ne faudrait pas préjudicier le requérant et consacrer une irresponsabilité du gouvernement de fait et de ses ressortissants sur le motif que l'autorité n'est pas légale. Ainsi, ce qui importe « davantage que la régularité de l'investiture, c'est l'effectivité des compétences – locales ou générales... », donc le fait d'agir au nom et pour le compte d'une personne morale, l'État¹⁹²³.

La note de Rousseau montre qu'une partie des auteurs français¹⁹²⁴ tout comme les tribunaux internes et internationaux considèrent que le gouvernement de fait dispose de la capacité de s'engager au nom de l'État, de même qu'il peut exercer un droit de légation, à savoir entreprendre des relations diplomatiques en son nom et mander des agents auprès des membres de la communauté internationale. Il dispose, en outre, de la capacité d'ester en justice, dès lors qu'il ne constitue pas un gouvernement de fait local, c'est-à-dire si le territoire étatique n'est pas en situation de guerre civile. En conséquence, il peut voir sa responsabilité engagée devant les juridictions internationales, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un gouvernement local ou général. Ainsi, on peut considérer que la façon dont le gouvernement de fait est appréhendé sur la scène internationale contribue à renforcer son emprise par le droit du point de vue interne. En effet, à partir du moment où l'État français considère qu'un gouvernement révolutionnaire peut engager la responsabilité de l'État auprès des autres acteurs de la communauté internationale, cela contribue à renforcer le statut du gouvernement de fait-organe de l'État. Ce dernier constitue certes un expédient, mais un expédient juridiquement utile et appréhendé par les différentes branches du droit, car il emporte des conséquences qui dépassent son seul territoire. Il est alors impossible d'en nier les effets juridiques, autant sur le plan interne que sur le plan international. De même, les effets juridiques ne s'arrêtent pas aux portes

¹⁹²¹ Pour plus de détails sur la guerre civile espagnole de 1936 : J. CANAL, *et alii*, *Histoire de l'Espagne contemporaine. De 1808 à nos jours*, *op. cit.*, p. 241 *sqq.*

¹⁹²² *S.* 1938, II, p. 106, en note.

¹⁹²³ *Ibid.*, p. 107, en note.

¹⁹²⁴ Sur les points qui suivent, outre Rousseau (C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 240), v. aussi : P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 212 *sqq.* ; F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 495 *sqq.* ; v. aussi, avec plus de circonspections : N. HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, *op. cit.*, p. 205. Pour l'auteur, il faut que le gouvernement de fait ait été valablement reconnu pour qu'un principe de continuité des actes puisse s'appliquer. Dans ce cas, il engage nécessairement la responsabilité de l'État (*ibid.*, p. 205). Dans le cas d'un gouvernement non reconnu, l'auteur considère qu'il est des cas où la responsabilité de l'État est à rejeter, notamment lorsqu'il s'agit d'un gouvernement de fait local, mais pas dans le cas d'un gouvernement général et que la reconnaissance lui avait été injustement refusée (*ibid.*, p. 222 *sqq.*).

des changements de gouvernement, mais ont des répercussions dans le temps, dont il convient de détailler les mécanismes.

§2. Incertitudes d'une responsabilité ratione temporis : la solidarité des engagements dans le temps

Les transitions constitutionnelles véhiculent leur lot d'incertitudes dans l'espace juridique, mais aussi dans le temps. Le renversement d'un gouvernement laisse planer le doute, inhérent à toute succession, sur ce qui doit advenir. Le gouvernement de fait va-t-il demeurer solidaire de celui qu'il vient de supplanter ? Doit-il seulement le faire ? De même, lorsqu'un gouvernement de droit succède à un gouvernement de fait, quelle peut être son attitude envers l'héritage que celui-ci laisse, c'est-à-dire les engagements conclus et les dettes contractées ? Il peut choisir la voie de la continuité et se proclamer solidaire, tout comme il peut opter pour la rupture et ne pas se sentir obligé par l'autorité de fait. La pratique comme la théorie juridique inclinent à penser que la continuité correspond au choix le plus logique que peut opérer le gouvernement (A). Pour autant, les principes se heurtent parfois à la contingence des faits si bien que la solidarité des engagements est parfois contestée, si ce n'est ouvertement remise en cause (B).

A. Le principe de la solidarité des engagements

S'appuyant sur l'impératif de continuité de l'État et de la pérennité de son équilibre budgétaire, plusieurs auteurs considèrent qu'en théorie le gouvernement devrait être responsable des engagements qui le précèdent¹⁹²⁵. La continuité concerne ainsi autant les lois et les contrats (notamment les emprunts) que les traités. Le principe semble pouvoir jouer en circonscrivant la question aux situations de succession de gouvernements : puisque la personne de l'État ne change pas, le gouvernement doit être solidaire de son prédécesseur (1). La permanence de l'État implique celle de sa législation et c'est dans cette dernière que se trouve la traduction du principe de solidarité des engagements. La perspective du droit fiscal permet de le constater : la responsabilité dans le temps signifie que les emprunts valablement contractés par le gouvernement obligent la nation, ce qui implique que l'État ne devrait pas pouvoir pas les renier¹⁹²⁶. La législation constitutionnelle française s'accorde plus ou moins fidèlement à ce principe (2)

¹⁹²⁵ P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne, op. cit.*, p. 213. L'auteur entrevoit tout de même deux cas où la continuité des actes fait défaut, bien qu'ils adviennent rarement : lorsque le gouvernement révolutionnaire répudie des traités antérieurs (*ibid.*, p. 235) et lorsque l'exécution des traités est rendue impossible par l'instauration même du nouveau régime (c'est-à-dire lorsque les changements juridiques entraînent une profonde modification des concepts juridiques rendant impossible la tenue de certaines conventions antérieures, *ibid.*, p. 236 *sqq.*).

¹⁹²⁶ P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne, op. cit.*, p. 214.

1. Un cas circonscrit à la succession de gouvernement

L'internationaliste Ferdinand Larnaude rappelle qu'en matière de gouvernements de fait, le principe de respect des engagements concerne avant tout les questions de succession de gouvernement¹⁹²⁷. Cette situation doit se distinguer de la succession d'État, c'est-à-dire lorsqu'un État disparaît pour laisser sa place à un autre, que ce soit à la suite d'une guerre au cours de laquelle il est annexé, ou que cela résulte de la création d'un État nouveau issu d'un démembrement ou d'une sécession¹⁹²⁸. Dans ce cas, deux personnalités morales sont en présence ici, l'État déchu et celui qui naît¹⁹²⁹. Ainsi lorsqu'en 1776 les États-Unis d'Amérique ont proclamé leur indépendance de la Grande-Bretagne, ils ne se sont pas sentis liés par les traités conclus par le gouvernement britannique, même ceux qui s'appliquaient sur le territoire états-unien ; il en est allé de même lorsque les colonies espagnoles en Amérique latine proclamèrent leur indépendance vis-à-vis du gouvernement madrilène¹⁹³⁰. Il y a cependant eu des exceptions. Par exemple, lorsqu'en 1823 la Colombie fait sécession de l'Espagne, le nouvel État se proclame toujours lié par les traités conclus par l'ancien gouvernement espagnol¹⁹³¹. La pratique reste aléatoire : lorsque l'Inde devient indépendante le 15 août 1947, elle hérite des obligations et engagements contenus dans les traités conclus par la Grande-Bretagne ; en revanche, le gouvernement du Tanganyika¹⁹³² a conservé « une attitude réservée » quant à la continuité avec les traités conclus avant son indépendance¹⁹³³. La doctrine internationale reflète également ce caractère fluctuant des solutions retenues¹⁹³⁴. Il faut ensuite distinguer la succession de gouvernements de l'*occupatio bellica*, c'est-à-dire l'occupation du territoire qui résulte d'une invasion par une puissance étrangère, administrant les parties de l'État occupé en lieu et place de ce dernier. En droit international, elle confère un droit d'administration provisoire à l'État occupant¹⁹³⁵. Ici aussi il y a bien deux personnalités morales en présence (l'État occupé et l'occupant). Pour ces deux cas – succession d'État et *occupatio bellica* –, Larnaude explique qu'il est possible, lorsque se pose la question de savoir quels actes l'occupant ou le nouvel État doit respecter, quels engagements honorer ou méconnaître, de

¹⁹²⁷ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 459 ; v. aussi : L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 44 *sqq.*

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 459-460 ; cf. également Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 202 *sqq.*

¹⁹²⁹ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 459-460.

¹⁹³⁰ P. K. MENON, *The succession of states in respect to treaties, state property, archives, and debts*, Lewiston, The Edwin Mellen Press, 1991, p. V.

¹⁹³¹ *Ibid.*, l'auteur note que le nouvel État « remains bound in honour and justice ».

¹⁹³² Indépendant le 9 décembre 1961 ; il forme aujourd'hui l'actuelle Tanzanie depuis sa fusion avec le Zanzibar.

¹⁹³³ P. K. MENON, *The succession of states in respect to treaties...*, *op. cit.*, p. VI : « a reserved attitude ». L'auteur entend par là que le gouvernement n'a pas été solidaire vis-à-vis de tous les traités antérieurs.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, p. VII : Des auteurs comme Max Huber estiment que dans le cas d'une succession d'État, l'État nouvellement créé doit être solidaire des droits et obligations contractés par son prédécesseur, car il en va d'un nécessaire principe de continuité. À l'inverse, d'autres internationalistes comme Berridale Keith considèrent qu'il n'existe aucun principe de succession des traités et obligations.

¹⁹³⁵ Cf. sur ce point : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 183 *sqq.*

raisonner avec les concepts de la succession du droit public, qui sont des règles issues du droit privé, mais réinterprétées à l'aune de la personne de l'État¹⁹³⁶.

En revanche, pour la succession de gouvernements, les termes du sujet se posent différemment. On n'est plus en présence de deux personnes distinctes qui se succèdent (un État laisse place à un autre), mais d'une seule. En effet, la personnalité morale de l'État subsiste malgré ses changements internes. Le terme même de succession semble imparfait pour désigner cela, selon Larnaude, si bien que le principe de solidarité des actes émis et des engagements contractés par l'autorité antérieure devient un impératif de logique pure qui devrait s'imposer au gouvernement de fait. À l'appui de ce raisonnement, Larnaude cite la figure d'autorité de l'internationaliste et prix Nobel de la paix Louis Renault¹⁹³⁷, qui considère que « [l]es droits et les obligations qui résultent des actes faits par un gouvernement subsistent à l'égard du gouvernement subséquent, de quelque façon que ceux-ci aient succédé au pouvoir »¹⁹³⁸. Ce principe semble bien établi, en ce qui concerne la dette et les obligations financières, dans la législation constitutionnelle française.

2. Une affirmation du principe de solidarité dans le temps : le cas de la dette dans la législation française

Le cas de la Révolution française est assez symptomatique : non seulement la Constituante n'a pas répudié les dettes contractées sous l'Ancien Régime, mais, plus encore, elle a légiféré dans le sens de leur maintien. Par un décret du 17 juin 1789 – le jour même de la transformation des États généraux en Assemblée nationale –, les créanciers de l'État sont placés « sous la garde de l'honneur et de la loyauté de la Nation française »¹⁹³⁹. Ce principe est confirmé dans un arrêté adopté le 13 juillet 1789 : « la dette publique ayant été mise sous la garde de l'honneur et de la loyauté française, [...] nul pouvoir n'a le droit de prononcer l'infâme mot de *banqueroute*, nul pouvoir n'a le droit de manquer à la foi publique, sous quelque forme et dénomination que ce puisse être »¹⁹⁴⁰. Une telle affirmation comporte sans doute une dimension politique, car elle permet de s'assurer le soutien des rentiers et des nombreux titulaires de créances. Ainsi donc, un principe se dégage. Les constitutions des 3-4 septembre 1791 (titre V article 2)

¹⁹³⁶ F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 459-460 : L'auteur parle d'une « succession de droit public [...] profondément différente des successions de droit privé, mais où cependant certains principes de ces dernières seront applicables. Dans les deux cas, il y a une universalité juridique, plus ou moins étendue, qui est recueillie par un autre État ». Il est question de ces règles de droit privé plus en amont de ce propos : cf. Partie II - Titre I, p. 275 *sqq.*

¹⁹³⁷ Sur ce professeur de droit international : P. FAUCHILLE, *Louis Renault (1843-1918) : sa vie, son œuvre*, Paris, Pedone, 1918, *passim*.

¹⁹³⁸ É. ALGLAVE, L. RENAULT, *La personnalité de l'État en matière d'emprunt. Le gouvernement portugais et l'emprunt de 1832*, Paris, Librairie moderne, 1880, p. 8 ; v. aussi F. LARNAUDE, « Les gouvernements de fait », *loc. cit.*, p. 461.

¹⁹³⁹ A.-N. SACK, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières. Traité juridique et financier*, t. I, Paris, Siret, 1927, p. 48 ; v. aussi : P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁹⁴⁰ *A.P.*, 8, 230 (souligné par l'auteur).

et du 24 juin 1793 (article 122) prévoient la nécessité de l'acquittement des fonds pour la dette nationale¹⁹⁴¹. Il a toutefois pu arriver que ce principe de solidarité de la dette plie en partie face aux contingences financières de l'État. Ce fut le cas lorsque la loi du 9 vendémiaire an VI (30 septembre 1797) a envisagé la cessation partielle de certains paiements de la dette, ainsi qu'une conversion forcée des deux tiers du capital de la dette étatique en bons d'acquisition des biens nationaux¹⁹⁴².

Pour autant, dans l'histoire des constitutions françaises, la continuité des engagements du gouvernement semble faire office de principe. Louis XVIII ne dit rien de moins dans la déclaration de Saint-Ouen du 2 mai 1814 lorsqu'il proclame que « [l]a dette publique sera garantie ; les pensions, grades, honneurs militaires seront conservés, ainsi que l'ancienne et la nouvelle noblesse ». Il est d'ailleurs consacré dans la Charte constitutionnelle, dont l'article 70 dispose que « [l]a dette publique est garantie. Toute espèce d'engagement pris par l'État avec ses créanciers est inviolable »¹⁹⁴³. Par la suite, les corpus constitutionnels ont tendance à se doter de règles allant dans le même sens. Ainsi, l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire en 1815 dispose, dans son article 63, que « toutes les créances sur l'État sont inviolables »¹⁹⁴⁴. De même, la Charte révisée en 1830 au lendemain de la révolution de Juillet, dans son article 61¹⁹⁴⁵, ainsi que la Constitution de 1848, article 14, reprennent mot pour mot l'article 70 de la Charte de 1814¹⁹⁴⁶ et offrent des garanties quant au maintien de la dette publique et des engagements de l'État¹⁹⁴⁷. Les lois constitutionnelles de 1875 sont muettes sur ce point, mais pour certains auteurs, il demeure évident qu'il existe un principe de solidarité de la dette, qui repose sur la continuité de l'État¹⁹⁴⁸. Ainsi, en théorie, le gouvernement de fait devrait être solidaire avec le gouvernement qu'il supprime et le gouvernement de droit à l'issue de la transition constitutionnelle devrait respecter les engagements datant d'avant la révolution, le coup d'État ou tout autre changement informel de gouvernement. Toutefois, le principe ne va pas sans des critiques, qui peuvent même tourner au refus net de son application.

¹⁹⁴¹ A.-N. SACK, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques...*, *op. cit.*, p. 48-49.

¹⁹⁴² *Duvergier*, 1, 10, 65. Les art. 97 et suivants prévoient en effet que « [l]e remboursement des deux tiers sera fait en bons au porteur, délivrés par la trésorerie nationale » (art. 100) et que « [l]es bons au porteur délivrés en remboursement de la dette publique, seront reçus en paiement des biens nationaux » (art. 101) : *ibid.*, p. 76 ; V. également : P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁹⁴³ Article 70 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 (J. GODECHOT, H. FAUPIN, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, *op. cit.*, p. 224).

¹⁹⁴⁴ Art. 63 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 (*ibid.*, p. 238).

¹⁹⁴⁵ Art. 61 de la Charte du 14 août 1830 (*ibid.*, p. 251).

¹⁹⁴⁶ Art. 14 de la Constitution du 4 novembre 1848 (*ibid.*, p. 266).

¹⁹⁴⁷ De même, selon le professeur Sack, Napoléon III, ainsi que le gouvernement de la Défense nationale, auraient déclaré qu'ils garantissaient le respect des engagements de l'État : A.-N. SACK, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques...*, t. I, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁴⁸ P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 226.

B. Un principe parfois contesté au nom de la légitimité

Si le principe de la solidarité est affirmé par certains auteurs, même pour le cas où l'engagement a été contracté par un gouvernement de fait¹⁹⁴⁹, ce n'est pas pour autant qu'en pratique, il ne fasse pas l'objet de critiques. Il en va ainsi particulièrement lorsque le gouvernement a été renversé ou qu'est advenue une restauration¹⁹⁵⁰. Le problème qui se pose, c'est d'être débiteur d'un gouvernement dont on dénie totalement la légitimité, qu'il s'agisse d'un gouvernement de fait (comme les royalistes avec les régimes révolutionnaires), ou d'un gouvernement de droit (comme les révolutionnaires soviétiques avec le gouvernement du Tsar).

Le cas des parlementaires des monarchies censitaires – la Restauration et la Monarchie de Juillet – est explicite, dans la mesure où les royalistes sont plus que dubitatifs quant à l'idée que l'État doive être assujéti aux dettes contractées par un gouvernement de fait (dont ils ont une conception extensive, remontant parfois jusqu'en 1789). De fait, un pragmatisme financier et diplomatique conduit à ce que la règle soit rapidement intériorisée (1). En revanche, le cas des emprunts dont la Russie a contesté l'obligation au lendemain de la révolution de 1917 constitue une remise en cause éclatante du principe (2). Une telle faille dans le principe permet de comprendre la vigueur avec laquelle la doctrine cherche à le garantir, en développant des théories comme celle de la dette odieuse (3).

1. Outrepasser la légitimité : une affirmation progressive sous les monarchies censitaires

Autour des années 1830, le cas de figure de la solidarité du gouvernement de droit envers le gouvernement de fait est débattu en France. Si la législation reconnaît un principe de solidarité de la dette et des engagements antérieurs, il n'est pourtant pas naturel de le transposer au gouvernement de fait, qui est non seulement illégal, mais encore, à l'époque, illégitime¹⁹⁵¹. Sous la Restauration, il est difficile pour certains royalistes d'admettre une telle entorse au principe de légitimité bien qu'en pratique, les différents gouvernements qui se sont succédés n'ont pas manqué de respecter les engagements conclus par leurs prédécesseurs¹⁹⁵² ou les ont abrogés par des actes exprès.

¹⁹⁴⁹ H. SILVANIE, *Responsibility of States for acts of unsuccessful insurgent governments*, New York, Columbia University Press, 1939, p. 7 : « It is a settled rule of international law that the state is responsible for acts of insurgent governments which ultimately succeed in establishing themselves in power as the governments ».

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 7. L'auteur constate d'ailleurs qu'une tendance récente (il écrit en 1939) des tribunaux internationaux tempère la doctrine de la solidarité en ce qui concerne les gouvernements révolutionnaires défaits, jugés inaptes à agir au nom de l'État : « It appears that until recent years international tribunals took the view that unsuccessful insurgent governments were in no sense agents or "authorities" of the state, and could not, therefore, bind the state or render it liable for their acts ».

¹⁹⁵¹ Sur les rapports entre gouvernement illégal et gouvernement illégitime sous les monarchies censitaires : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 53 *sqq.* et p. 66 *sqq.*

¹⁹⁵² Un exemple de continuité, aussi anodin que cocasse, est relevé par Albert Laponneraye dans sa préface des mémoires de Charlotte Robespierre : Napoléon Bonaparte aurait attribué une pension à Charlotte sous le Consulat, pension qu'aurait continué de verser Louis XVIII durant la Restauration puis Louis-Philippe sous

Il arrive alors que les débats parlementaires puissent être l'occasion de s'insurger contre l'application d'un tel principe. Ainsi en va-t-il lors des discussions entourant l'élaboration d'une loi portant indemnisation des biens des émigrés qui avaient été confisqués¹⁹⁵³. Bien que la légalité de ces ventes ait été consacrée par la Charte¹⁹⁵⁴ – preuve supplémentaire que s'appliquait un principe de continuité des engagements –, cela ne veut pas dire, pour un député *ultra* comme le comte Vaublanc¹⁹⁵⁵, qu'il faille reconnaître le gouvernement dont ces ventes procèdent ni consacrer le gouvernement légitime comme son débiteur. Le 18 février 1825, Vaublanc accuse le projet de loi de « consacrer la légalité des décrets de la Convention, et la légitimité du gouvernement de fait dont elle tire son origine »¹⁹⁵⁶. Une semaine plus tard, un autre député, Henri Boulard¹⁹⁵⁷ réitère cette opinion :

« Un principe de justice veut que celui qui a commis un tort le répare. Ce principe ne me paraît pas également applicable aux particuliers et aux États. Si un individu a accru sa fortune par des manœuvres criminelles il en doit la réparation [...]. *Mais un gouvernement légitime est-il le successeur d'un gouvernement de fait ? Non, Messieurs*, car il ne peut y avoir rien de commun entre les tems révolutionnaires et ceux où le calme est rétabli, entre le crime et l'honneur, entre les bourreaux et leurs victimes »¹⁹⁵⁸.

Pour autant, sous la Monarchie de Juillet, ces récriminations relativement rares ne tardent pas à céder par pragmatisme au principe de reconnaissance des dettes.

En 1833, plusieurs débats suscitent de vives remarques au sujet du gouvernement espagnol qui ne veut pas reconnaître des dettes, car elles auraient été contractées par un gouvernement de fait¹⁹⁵⁹. L'emprunt en question serait l'héritage de Joseph Bonaparte lorsqu'il était à la tête de l'Espagne (entre 1808 et 1813). Le frère de Napoléon ayant été proclamé usurpateur lors de la restauration monarchique espagnole, le gouvernement refuse de se reconnaître solidaire des emprunts au motif de l'illégitimité de l'autorité dont ils procèdent. Mais l'État en exploite tout de même les sommes, comme le relève Odilon

la Monarchie de Juillet (C. ROBESPIERRE, *Mémoire de Charlotte Robespierre sur ses deux frères*, Paris, Au dépôt central, 1835, p. 32).

¹⁹⁵³ Débats qui aboutiront au vote de la loi du 27 avril 1825 dite du « milliard des émigrés ». V. pour davantage de détails : A. FRANKE, « La loi de l'indemnité de 1825 dans l'arrondissement de Bordeaux », *Annales du Midi*, t. 109/218, 1997, p. 223-245.

¹⁹⁵⁴ Par l'art. 9 de la Charte du 4 juin 1814 : « [t]outes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle *nationales*, la loi ne mettant aucune différence entre elles ».

¹⁹⁵⁵ Bien qu'il ait traversé tous les régimes politiques depuis 1789, Vincent-Marie Vienot, comte de Vaublanc, connaît une trajectoire politique tumultueuse et peu commune. Durant la Restauration, il siège parmi les *ultras*. Il est député entre 1820 et 1827. Pour davantage de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. V, *op. cit.*, v° Vaublanc (Vincent-Marie Vienot, comte de), p. 488.

¹⁹⁵⁶ Séance du 18 février 1825 devant la Chambre des députés (*Moniteur universel*, 20 février 1825, p. 226).

¹⁹⁵⁷ Boulard est un député royaliste durant la Restauration, entre 1824 et 1830. Il est à noter, selon le *Dictionnaire des parlementaires*, qu'il s'agit là de la seule intervention qu'il fit à la Chambre des députés durant son mandat. Pour davantage de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, *op. cit.*, v° Boulard (Henri-Simon), p. 424.

¹⁹⁵⁸ Séance du 25 février 1825 devant la Chambre des députés (*Moniteur universel*, 27 février 1825, p. 278, souligné par nous).

¹⁹⁵⁹ Séance du 19 janvier 1833 (*Moniteur universel*, 20 janvier 1833, p. 160 *sqq.*).

Barrot qui s'insurge de cette opération « frauduleuse », et n'hésite pas à affirmer qu'une « pareille doctrine attaque notre révolution » (celle de Juillet). En effet, « il n'est pas dans la dignité de la révolution de 1830 de tolérer un pareil langage et une pareille conduite dans un gouvernement étranger »¹⁹⁶⁰. Les mêmes considérations président aux débats du 12 mars 1833. L'orateur, le député de la majorité orléaniste Louis Martineau, y fustige l'attitude du gouvernement espagnol qui se refuse encore à reconnaître un engagement « en se fondant sur ce que rien, dans les traités, ne rendait obligatoire pour lui le paiement des dettes du gouvernement de fait de Joseph Napoléon »¹⁹⁶¹. Il en va de même, en avril 1835, dans une affaire de créances états-uniennes réclamées à la France et qui fondées notamment sur des dommages causés par le soutien de Napoléon à son frère Joseph lorsqu'il était en guerre, en Espagne, contre le gouvernement de Ferdinand VII. Bien qu'opposée à l'indemnité réclamée, le baron de Lacrosse¹⁹⁶² n'hésite pas à proclamer le principe selon lequel « [u]n gouvernement de fait, légitime ou non, laisse au gouvernement qui lui succède le triste héritage des réparations dues pour les maux qu'il a faits et pour ceux qu'il n'a pas empêchés »¹⁹⁶³.

Il apparaît donc qu'à partir de la Monarchie de Juillet, le principe de solidarité de la dette s'ancre plus fermement dans la doctrine du gouvernement de fait¹⁹⁶⁴. Néanmoins, il est possible de nuancer sa portée en se demandant, au vu des exemples qui précèdent, si ce qui préside à la décision consiste en un sentiment d'obligation juridique ou relève seulement de la situation diplomatique et financière. Il n'existe toutefois pas, en France, de cas de non-respect aussi manifeste et intégral que celui de la Russie en 1917.

2. Un cas flagrant de non-respect du principe : les emprunts russes

Le principe de solidarité de la dette semble si bien ancré en France au XX^e siècle, que lorsque sur la scène internationale, un gouvernement refuse explicitement de l'observer, il provoque un remous qui ne s'explique pas seulement par les intérêts lésés. Une telle situation se présente à l'issue de la révolution russe de 1917 et suscite d'importantes questions concernant la succession de gouvernements. Le cas des « emprunts russes »¹⁹⁶⁵

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 161.

¹⁹⁶¹ *Moniteur universel*, 13 mars 1833, p. 683.

¹⁹⁶² Théobald de Lacrosse est député de 1834 à 1848, représentant en 1848-1849, puis sénateur sous l'Empire. Il siège dans les rangs de la gauche dynastique sous la Monarchie de Juillet. Pour davantage de détails : *Dictionnaire des parlementaires français*, t. III, *op. cit.*, v^o Lacrosse (Bertrand-Théobald-Joseph), p. 505.

¹⁹⁶³ *Moniteur universel*, 10 avril 1835, p. 799.

¹⁹⁶⁴ Il semble qu'à la même époque il en aille de même en Europe. Un exemple est fourni par Charles Rousseau : lorsque la reine Maria II da Glória de Portugal remonte en 1834 sur le trône dont sa famille avait été chassée en 1828 par don Miguel, couronné roi sous le nom de Miguel I^{er} puis chassé du trône et déclaré usurpateur, elle s'estime juridiquement obligée par les deux emprunts contractés durant l'usurpation (en 1828 et en 1831). Elle avait pourtant commencé par dire qu'elle ne s'en acquitterait pas, avant de renoncer pour se rattacher au principe de solidarité de la dette : C. ROUSSEAU, « Le gouvernement de fait », *loc. cit.*, p. 241.

¹⁹⁶⁵ Cette expression d'emprunts russes est demeurée ainsi par commodité. En réalité, l'affaire, pour la France, ne se limitait pas qu'aux porteurs d'emprunts par les souscripteurs privés, mais concernait aussi des demandes en indemnités de victimes d'expropriations : P. SHAHRJERDI, « L'indemnisation à raison des mesures soviétiques de nationalisation ou d'expropriation à l'encontre de biens français », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, éd. P. JUILLARD, B. STERN, Paris, Pédone, 2002, p. 89 *sqq.*

s'inscrit dans un contexte spécifique. Tout au long du XIX^e siècle, particulièrement à partir de la fin des années 1880, la Russie emprunte d'importantes sommes au Trésor français, que les gouvernements successifs lui accordent, sûrs de trouver un allié diplomatique dans l'Empire du Tsar. Or, lorsque surviennent les révolutions de février puis d'octobre 1917, le gouvernement soviétique manifeste rapidement sa volonté de s'affranchir de ces emprunts. Ainsi, le 21 janvier 1918, il annule par décret tous les emprunts contractés par le gouvernement tsariste¹⁹⁶⁶. Une telle mesure est immédiatement contestée par les ressortissants des puissances étrangères titulaires de créances en ce que l'autorité qui les avait édictées, puisque révolutionnaire, n'avait pas la compétence pour le faire. Ces arguments sont écartés du fait de la consolidation du gouvernement bolchevique¹⁹⁶⁷. En revanche, si la compétence est reconnue au gouvernement pour agir au nom de l'État, la licéité de la mesure de renoncement à la solidarité des engagements se pose toujours, le décret du 21 janvier 1918 ne prévoyant aucune indemnité et contrevenant manifestement à la garantie de maintien des droits acquis des étrangers¹⁹⁶⁸.

La situation soulève donc de nombreux problèmes et pose la question de la responsabilité internationale fondée sur les agissements ou les actes du gouvernement de fait. Pour pallier le risque de sanctions internationales, le gouvernement soviétique s'efforce de justifier en droit l'absence de solidarité de la dette face à la communauté internationale. Dans un premier temps, les juristes bolchéviques ont eu recours à une série d'arguments relevant des justifications habituelles du droit en matière de succession. On trouve notamment la force majeure (la révolution empêchant l'exécution des obligations) ou la théorie de l'imprévision via la clause implicite *rebus sic stantibus* – la révolution aurait substantiellement modifié la possibilité des effets des obligations¹⁹⁶⁹, elles ne seraient donc plus valables –, qui ne manquent pas d'être critiquées¹⁹⁷⁰. Les juristes soviétiques en appellent également à l'illégalité originelle de la levée des emprunts¹⁹⁷¹. Assez rapidement, il leur apparaît plus pertinent de se placer sur le plan de la rupture juridique assumée : la révolution aurait entraîné l'extinction des dettes par le

¹⁹⁶⁶ Décret sur l'annulation des emprunts d'État adopté lors de la réunion du Comité exécutif central du 3 février 1918 (soit le 21 janvier selon le calendrier en vigueur avant la révolution soviétique), cité par : S. SZUREK, « Mise en perspective de l'accord franco-russe », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁶⁷ P. M. EISEMANN, « Emprunts russes et problèmes de succession d'États », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 56. L'auteur note ainsi : « On est donc en présence d'un acte de droit interne produisant des effets – *i.e.* l'annulation des titres – mais entraînant *ipso facto* la responsabilité internationale de la Russie ».

¹⁹⁶⁹ Il s'agit d'une clause réputée sous-entendue dans les contrats correspondant à un cas d'imprévision, lorsque les conditions dans lesquelles l'évolution de la conjoncture modifie substantiellement les possibilités de réalisation de l'obligation : D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012, p. 475.

¹⁹⁷⁰ P. M. EISEMANN, « Emprunts russes et problèmes de succession d'États », *loc. cit.*, p. 63. On peut d'ailleurs noter que la théorie de l'imprévision avait déjà fait l'objet de lourdes critiques en France au XIX^e siècle, notamment par la jurisprudence civile lorsqu'il s'agissait de l'appliquer à des marchés de travaux. En ce sens : L. PFISTER, « Révision des marchés de travaux et "théorie de l'imprévision" : convergence et divergence des jurisprudences administratives et civiles au milieu du XIX^e siècle », *Des racines du Droit & des contentieux...*, *op. cit.*, p. 449-463, notamment p. 457 *sqq.*

¹⁹⁷¹ P. M. EISEMANN, « Emprunts russes et problèmes de succession d'États », *loc. cit.*, p. 63.

changement d'ordre juridique¹⁹⁷². Toutefois, de tels motifs ne sont pas retenus par les États dont relèvent les ressortissants créanciers ni par la jurisprudence arbitrale¹⁹⁷³.

Ainsi, malgré les tentatives de justifications juridiques, au regard du droit international public, le gouvernement soviétique demeurait débiteur de la dette contractée par son prédécesseur. Plus encore, cela contribuait à une situation juridique et diplomatique très tendue, dans la mesure où, sur ce fondement de l'absence de reconnaissance des engagements, la France s'obstinait à ne reconnaître l'autorité bolchevique ni comme un gouvernement de droit, ni même comme un gouvernement de fait. Aussi, ses actes étaient réputés n'avoir aucune valeur légale à l'égard de l'État français¹⁹⁷⁴. Un tel état des choses emportait des conséquences singulières, notamment le fait que pendant un temps, les tribunaux appliquaient la législation antérieure à la révolution de 1917 dans les cas où ils devaient recourir à la législation nationale pour des requérants russes¹⁹⁷⁵. La France finit par reconnaître le gouvernement soviétique le 28 octobre 1924, mais prend bien soin de souligner dans un télégramme du même jour qu'elle entend « réserver expressément les droits que les citoyens français tiennent des obligations contractées par la Russie [...] dont le respect est garanti par les principes généraux du droit »¹⁹⁷⁶. Le gouvernement soviétique persiste néanmoins à ne pas s'acquitter de la dette du gouvernement tsariste avant au moins 1986 et l'ère de la perestroïka initiée par Mikhaïl Gorbatchev, pour les porteurs de titres britanniques¹⁹⁷⁷. Les créanciers français, malgré des négociations entre les deux États en 1926 et 1927¹⁹⁷⁸, durent attendre le 24 août 2000 que paraisse un décret portant indemnisation des porteurs d'emprunts russes¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 64. Pierre Michel Eisemann note que certains de ces juristes, comme Korovine, justifient cela par l'extinction de la personne juridique ayant contracté les emprunts. Korovine qualifie d'ailleurs ces emprunts de « dette personnelle » des anciens gouvernants, tandis que d'autres juristes (Pachoukanis et Kojenikov) qualifient la dette de « dette de régime » (*ibid.*).s

¹⁹⁷³ *Ibid.*, p. 65. L'auteur cite notamment à l'appui une note du 28 mars 1918 dans laquelle la France et le Royaume-Uni rejettent le principe d'extinction des engagements du fait des révolutions, ainsi que, pour la jurisprudence, la sentence arbitrale William H. Taft du 18 octobre 1923, *Royaume-Uni c. Costa Rica* (dite affaire *Tinoco*).

¹⁹⁷⁴ E. LAGARDE, *La reconnaissance du gouvernement des soviets*, Paris, Payot, 1924, p. 114-115. L'auteur prend soin de souligner que l'État n'est pas uniquement motivé par des intérêts pécuniaires, mais aussi par le respect des principes généraux du droit international et la lutte contre l'ingérence (entendu que ces principes sont tournés vers la lutte contre le communisme).

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 115-116 et p. 120

¹⁹⁷⁶ Télégramme du 28 octobre 1924, cité par : P. M. EISEMANN, « Emprunts russes et problèmes de succession d'États », *loc. cit.*, p. 56.

¹⁹⁷⁷ S. SZUREK, « Mise en perspective de l'accord franco-russe », *loc. cit.*, p. 48-49.

¹⁹⁷⁸ V. sur ce point : A. STRAUSS, « Les négociations franco-soviétiques sur les emprunts russes », *Les crises de la dette publique. XVIII^e-XXI^e siècle*, éd. G. BÉAUR, L. QUENNOUËLLE-CORRE, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2019, p. 317-344 notamment p. 338 *sqq.*

¹⁹⁷⁹ *JO*, 24 août 2000, p. 12911. V. en ce sens : S. SZUREK, « Mise en perspective de l'accord franco-russe », *loc. cit.*, p. 7 et p. 49-51. Il existait encore ces dernières années des porteurs de créances qui s'estimaient lésés par le décret de 2000 et demeuraient insatisfaits. La Cour de cassation, dans un arrêt de la première Chambre civile du 6 novembre 2009, n° 18-16.437, a déclaré l'incompétence de la justice pour contraindre l'État russe au versement des sommes, actant définitivement l'impossibilité du remboursement. V. en ce sens : P. NOUAL, « Emprunts russes et immunité de juridiction : épilogue juridique pour contentieux historique », *Les Petites Affiches*, 6 mars 2020, p. 9.

Le principe de la solidarité de la dette représente un argument juridique important pour la France, dont de nombreux ressortissants font partie des créanciers. Il est d'ailleurs mobilisé à la Chambre des députés, le 20 juillet 1920, par Paul Deschanel. Le président du conseil et ministre des Affaires Étrangères expose alors plusieurs points de la situation diplomatique de la France, notamment les relations avec la Russie. Il évoque la situation du territoire recoupant la Crimée et la Tauride, dans lequel s'est formé « un véritable gouvernement de fait », sous l'égide de Piotr Wrangel, qui « s'est assuré l'appui et la sympathie des populations »¹⁹⁸⁰. La question des emprunts russe peut être déterminante comme le précise Deschanel :

« Le jour où ce gouvernement de fait demanderait à être reconnu comme tel, il est bien entendu qu'une condition préalable lui serait posée : celle que, pour sa part, il commencera par se déclarer solidaire et responsable de tous les engagements contractés par les gouvernements antérieurs russes vis-à-vis des États étrangers »¹⁹⁸¹.

La reconnaissance de la dette est donc une condition essentielle de la reconnaissance internationale *de facto*. D'ailleurs, les Blancs¹⁹⁸² en lutte contre le gouvernement des soviets, n'hésitent pas à affirmer leur volonté de pourvoir à cette obligation sitôt la Russie réunifiée, afin de s'assurer le soutien des États occidentaux¹⁹⁸³.

Ce cas montre que le principe de solidarité des engagements demeure parfois tributaire de la situation géopolitique et de la ferme volonté du gouvernement de fait. Cela incite d'autant plus la doctrine à l'affermir et à l'encadrer.

3. Une tentative doctrinale d'encadrer les abus : la dette odieuse

Certains auteurs, comme Paul Martin, ont essayé de tracer les contours d'une théorie de la validité des dettes et obligations de l'État, dans le cas de changements irréguliers de gouvernements. Il dresse le constat selon lequel un gouvernement qui représente l'État peut conclure des conventions dans un but d'intérêt général, avec des États étrangers ou des particuliers. Il en va également, écrit-il, du gouvernement révolutionnaire qui supplante l'autorité légale. Dans ce cas, le gouvernement de droit qui succèdera à la révolution doit nécessairement être solidaire des conventions passées par le gouvernement de fait, en dépend la continuité de l'État. Il y a alors une « présomption de continuité » qui s'applique, et les droits et obligations nés des traités ou des

¹⁹⁸⁰ JO, 20 juillet 1920, p. 2976. Le général Wrangel, général dans l'Armée Blanche révoltée contre le gouvernement soviétique, est alors à la tête d'une République provisoire.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

¹⁹⁸² L'Armée Blanche – dont les membres sont appelés les Blancs – sert à désigner plusieurs organisations militaires formées à la suite de la révolution d'octobre 1917 et qui réunissent des opposants au régime soviétique qui combattent l'Armée Rouge. V. pour davantage de détails : J.-J. MARIE, *La Guerre des Russes blancs. 1917-1920*, Paris, Tallandier, 2017 (*Textò*), *passim*, notamment p. 12 *sqq.*

¹⁹⁸³ L'amiral Koltchak aurait ainsi déclaré le 21 novembre 1919 qu'à mesure que la Russie serait réunifiée, elle remplirait ses engagements financiers : P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 227. Selon Paul Martin, les généraux Wrangel ou Denikine en ont fait de même par la suite.

conventions ne disparaissent qu'à l'issue d'une « décision formelle » venant les résilier. Il émet pourtant une réserve sibylline : le principe de continuité ne s'exerce que « [d]ans la mesure où les conventions, passées par un Gouvernement, répondent à des besoins sociaux permanents et ne heurtent pas, dans leur esprit, la conscience juridique collective »¹⁹⁸⁴. Cautèle imprégnée de droit naturel, elle n'est pas approfondie par l'auteur. Elle se cantonne à une précaution aux entourures morales qui se rattache largement à la doctrine qui préside à l'opinion de Martin – inspirée de Duguit – selon laquelle le « but légitime » qui a déterminé les actes du gouvernement de fait permet d'en apprécier la portée¹⁹⁸⁵. Tant que ce but demeure, les lois ou les engagements comme les contrats conclus avec les particuliers perdurent dans l'ordre juridique de l'autorité légale qui succède au gouvernement de fait.

C'est pourquoi Martin distingue trois conditions pour qu'il soit possible d'appliquer le principe de continuité des obligations financières au gouvernement. Il faut d'abord que la dette ait été contractée par le « gouvernement régulier de l'État », au sens pour l'auteur d'un gouvernement non pas légitime ou légal, mais seulement effectif¹⁹⁸⁶. Il faut ensuite que la dette ait été régulièrement émise, c'est-à-dire par les « services compétents du Gouvernement et d'une façon conforme à la loi ». En somme, elle doit avoir l'apparence de la légalité. Enfin, il convient que la dette ait été contractée « pour les besoins et dans l'intérêt de l'État », quoique cette exigence soit très difficile à vérifier¹⁹⁸⁷. Il considère donc qu'il y aurait une sorte de présomption de légitimité de l'emprunt, à charge du gouvernement postérieur qui en conteste le bien-fondé de le prouver. Selon Martin, ce troisième critère constitue surtout un moyen d'éviter « l'enrichissement injuste » de l'État, c'est-à-dire que l'État fasse un profit aux dépens d'un ou plusieurs créanciers. Toutefois, pour le cas où cette condition ne serait manifestement pas respectée, l'auteur s'appuie sur une doctrine du droit international : il s'agit alors d'une « dette odieuse ». Cette doctrine formulée par l'internationaliste Alexander-Nahum Sack envisage le cas d'une dette personnelle contractée par un gouvernant au nom de l'État, mais non pour son bénéficiaire. Elle n'engagerait alors pas l'État et sa population à en être débiteurs, dans la mesure où, selon Sack, elle n'a pas été contractée « pour les besoins et dans les intérêts de l'État »¹⁹⁸⁸. De telles dettes seraient ainsi contraires aux intérêts de la nation et, à ce titre, « odieuses », en ce sens qu'elles entraînent un enrichissement personnel et sans cause du dirigeant illégitime. Ainsi, dans le cas où un gouvernement jugé « despotique » chercherait à renforcer son emprise sur les institutions étatiques ou lorsqu'un gouvernant emprunterait manifestement pour ses intérêts privés, il y aurait une dette odieuse¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁴ P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 212.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 213.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 216-217.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 217-218.

¹⁹⁸⁸ A.-N. SACK, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁹⁸⁹ P. MARTIN, *Portée juridique des révolutions en droit interne*, *op. cit.*, p. 220. Il n'en demeure pas moins qu'une telle notion est difficile à mettre en œuvre juridiquement. Alexander Sack reconnaît qu'elle « ne saurait être posée qu'*exceptionnellement* » et, condition toujours délicate à mettre en œuvre en droit, « lorsqu'il apparaît, *d'une*

Loin d'une exception formelle au principe de solidarité des engagements, la doctrine de la dette odieuse paraît envisagée comme un aménagement qui sert à le renforcer, par l'organisation d'un procédé permettant de ménager opportunément une solidarité qui peut parfois être contraignante. Selon cette doctrine, il arrive que la contingence des faits empêche le principe d'être absolu, mais la continuité doit primer pour l'ensemble des engagements de l'État si l'on ne veut pas courir le risque de paralyser ses moyens d'action et de nuire à la sécurité des relations internationales¹⁹⁹⁰. C'est pourquoi, pour la plupart des auteurs, le principe d'une nécessaire continuité des obligations financières semble prévaloir, même dans le cas où l'emprunt a été effectué par un gouvernement de fait¹⁹⁹¹. Il en va de la survie même de l'État et de la sécurité juridique de ses créanciers. De manière plus pragmatique, la solidarité des engagements prédomine ne serait-ce qu'eu égard à la bonne tenue des relations diplomatiques entre États. En miroir, sur le plan du droit interne, le principe de continuité – du service public – accompagne aussi les évolutions de la responsabilité de l'État du fait de dommages causés par un gouvernement de fait.

Section 2 L'État face à lui-même

L'un des piliers du droit administratif repose sur la responsabilité de l'Administration. Avoir eu l'audace d'admettre, pour l'État, qu'il puisse « mal faire » tout autant que « faire mal »¹⁹⁹² conférerait à l'Administration une forme de maturité – au sens commun d'un développement intellectuel complet –, puisqu'elle supporterait alors les conséquences juridiques et financières de ses actes. La responsabilité parfait la limitation de l'État par le droit, permettant au citoyen de comprendre que l'Administration ne peut pas tout faire, sans rendre de comptes. Pour autant, ce récit juridique n'est pas exempt de zones d'ombre, d'interstices dans lesquels la responsabilité administrative est insaisissable ou fuyante. Lorsque la souveraineté se trouve dans les mains d'un gouvernement de fait ou qu'elle est contestée par un gouvernement de fait local, les fondements de l'État sont mis à mal. Aussi, celui-ci a tendance à opérer un repli systématique à l'issue de ces périodes, comme pour se protéger et protéger ses agents.

façon tout à fait incontestable, que ces dettes sont réellement “odieuses” : A.-N. SACK, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques...*, *op. cit.*, p. 162 (souligné par l'auteur).

¹⁹⁹⁰ L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 53 *sqq.*

¹⁹⁹¹ Martin et Larnaude, mais aussi Lécharny et d'autres auteurs dont ce dernier dresse la liste (Hyde, Alglave et Renault, Pradier-Fodéré, Wiesse, Woosley, Gemma, Rougier, De Lapradelle et Politis, Moore ou encore Borchard) : v. en ce sens les références : L. LÉCHARNY, *La validité des actes internes des gouvernements de fait...*, *op. cit.*, p. 37, n. 2.

¹⁹⁹² D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique (glissement progressif ou révolution tranquille ?) », *AJDA*, t. 4, 1993, p. 235 ; v. aussi : H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2020, p. 19 ; B. DELAUNAY, « Droit de la responsabilité administrative et droit comparé », *La responsabilité administrative. Actes du colloque organisé les 7 et 8 juin 2021 par l'Association française pour la recherche en droit administrative à l'Université de Toulouse 1 Capitole*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 50 *sqq.*

Dans la mesure où le gouvernement de fait est rattachable à l'État, qu'il prétend agir en son nom, il serait logique de considérer que la responsabilité de ses agents découle du même régime juridique qu'en situation normale. Pour autant, la façon d'appréhender la responsabilité sous un gouvernement de fait n'est pas monolithique. L'idée même que l'État pût être responsable et eût des comptes à rendre n'a pas toujours été évidente¹⁹⁹³. En outre, la multiplicité des acteurs rattachables de près ou de loin à l'institution étatique a pu servir de prétexte pour diluer le phénomène d'imputation du dommage auprès d'eux. À la Révolution française, l'État rejette la faute des émeutes et, plus encore, de l'établissement d'un gouvernement local, sur les villes elles-mêmes qui doivent en assumer la responsabilité. Il faut attendre au moins le début du XX^e siècle pour qu'il accepte en partie la responsabilité du risque social (§1). Quant aux agents du gouvernement de fait, il est nécessaire de s'intéresser au processus de leur rattachement à l'État pour constater que ce dernier ne se sentira pas toujours responsable de leurs agissements (§2).

§1. Les structures administratives de l'État : gouvernement de fait local et responsabilité du fait du risque social

L'hypothèse du gouvernement de fait local se rapporte aux cas où une portion du territoire est insurgée contre le gouvernement central (qui peut être de fait ou de droit) et exerce des prérogatives de souveraineté sur ladite portion¹⁹⁹⁴. Par définition, cette situation ne survient que lorsque le territoire est en état de guerre civile. Dans ce contexte, il existe une forte probabilité que des dommages soient causés sur le territoire occupé. Dès lors, se pose la question de savoir qui doit assumer la responsabilité et la charge financière des conséquences dommageables imputables au gouvernement de fait. Un tel cas de figure, certes plutôt rare en France, s'insère dans un ensemble plus large sur lequel il convient de se pencher : la prise en charge par la collectivité de la réparation des dommages causés par une émeute ou des faits séditions.

La responsabilité de la collectivité et, conséquemment, sa participation financière et matérielle aux réparations constituent une réponse au problème de l'atteinte à la sûreté de ses membres, par ses membres. La législation tente d'opérer une responsabilisation des habitants au niveau local. En ce sens, elle peut recouvrir plusieurs réalités qui sont liées : incitative – ou préventive, elle comporte un caractère pénal en plus de son caractère civil premier – ou bien réparatrice – elle vise avant tout l'indemnisation et la reconnaissance de la faute. Particulièrement incitative à ses débuts, elle fait peser la responsabilité civile et pénale directement sur les habitants de la commune, même en cas

¹⁹⁹³ Ce qui se vérifie particulièrement pour les agents de l'État dès la Révolution et durant le XIX^e siècle, ne pouvant être traduits en justice qu'avec l'autorisation de la hiérarchie administrative, afin de préserver « intact l'exercice des prérogatives de puissance public » dont ils sont investis, comme l'explique Grégoire Bigot. Cette garantie est reconnue formellement aux fonctionnaires par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, qui n'est abrogé qu'en 1870. V. en ce sens : G. BIGOT, *L'administration française*, t. I, Paris, LexisNexis, 2014, p. 313 *sqq.*

¹⁹⁹⁴ Sur le gouvernement de fait local : cf. Partie I – titre II – Chapitre 1, p. 198 *sqq.*

de guerre civile lorsque les pouvoirs publics sont défaillants et qu'un gouvernement de fait local se met en place (A). Malgré les évolutions postérieures de son application, la jurisprudence relative au gouvernement communal parisien de 1871 montre les limites du système qu'elle prône et emporte des répercussions dans la législation postérieure (B).

A. Le régime initial d'une responsabilité des habitants en cas d'émeute comme de guerre civile

Par une série de mesures qui trouvent leur concrétisation dans le décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), la Révolution française a tenté de responsabiliser les habitants des communes en faisant peser sur eux la faute des dommages causés par les émeutes. Rapidement, son application au XIX^e siècle déborde du régime qui l'a vu naître et la responsabilité glisse des membres du groupe à celle de la commune en tant que personne morale (1). Durant ce processus, la justice tente une interprétation audacieuse, mais sans suite en 1822, consacrant une exonération de responsabilité des villes en périodes de guerre civile (2). Pour autant, la seule exception prétorienne reconnue au décret de l'an IV se trouve dans l'exonération de la ville de Paris de sa responsabilité tout au long du siècle (3).

1. Le décret du 10 vendémiaire an IV : du régime de la responsabilité des habitants à celle de la commune personnalité morale

Le décret du 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795)¹⁹⁹⁵ constitue une tentative d'encadrement du régime de réparation des atteintes aux personnes (blessures, décès) et aux biens (dommages, vols) causés par l'affrontement entre un attroupement et l'autorité publique. Il ne s'agit pas du premier texte révolutionnaire à organiser un régime de responsabilité en cas d'émeutes. La Révolution et les craintes qu'elle suscite sur la paix publique et la conservation des structures de pouvoir incitent le législateur à décréter des mesures de conservation. Deux décrets de la Constituante du 23 février¹⁹⁹⁶ et du 2 juin 1790¹⁹⁹⁷ font peser la responsabilité sur la commune en cas de dommages causés par un attroupement, sauf recours contre les auteurs¹⁹⁹⁸. Ils sont confirmés par un décret du 3 prairial an III (22 mai 1795). Ces actes sont unifiés et systématisés dans le décret du 10 vendémiaire an IV.

Dans le régime juridique du décret de l'an IV, une présomption de faute est établie à l'encontre des habitants de la commune pour le cas où des dommages résulteraient d'un

¹⁹⁹⁵ Duvergier, 1, 8, 369.

¹⁹⁹⁶ Sur ce décret du 23 février 1790 : Duvergier, 2, 1, 101-102 ; v. aussi : M.-Y CRÉPIN, « La loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes et ses premières applications en Ille-et-Vilaine », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'archéologie de Bretagne*, Société d'histoire et d'archéologie de Bretagne, t. 69, 1989, p. 207.

¹⁹⁹⁷ Duvergier, 2, 1, 203.

¹⁹⁹⁸ P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, Paris, Imprimerie Bescherelle-Boissel-Roullet, 1926, p. 14. Il existait aussi deux décrets du 16 août 1790 et du 27 juillet 1791 qui faisaient peser la responsabilité sur les officiers municipaux de la commune.

attroupement dans la ville. Le Titre I^{er} du décret prévoit que « [t]ous citoyens habitant la même commune sont garant civilement des attentats commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes, soit contre les propriétés »¹⁹⁹⁹. Le texte vise toutes les communes, y compris celles qui ne disposent pas de la force armée ou de police. En outre, le décret ménage aussi une sorte de responsabilité pénale puisqu'il prévoit une amende égale au montant des réparations qui doit être versée au Trésor, lorsque les habitants de la commune ont participé aux délits perpétrés durant l'émeute²⁰⁰⁰.

Ce régime apparaît peu conciliant. En faisant peser la responsabilité civile sur chaque habitant de la collectivité, il rend chacun garant de la prévention des troubles qui peuvent advenir, particulièrement dans une époque d'instabilité politique. En réalité, l'esprit du texte procède justement de ce contexte instable : l'effondrement de l'Ancien Régime conduit à la désagrégation des structures locales de maintien de l'ordre, issues des seigneuries²⁰⁰¹. De plus, les nombreuses insurrections qui émaillent l'histoire révolutionnaire de Paris, et la lutte achevée moins d'un an plus tôt entre la Convention et la Commune insurrectionnelle de Paris²⁰⁰² incitent le législateur à la rigueur. À ce contexte s'ajoutent les soulèvements en province, notamment en pays breton sous l'impulsion de la chouannerie²⁰⁰³. Pour pallier un éventuel relâchement de l'autorité, le décret tente une responsabilisation des citoyens et des nouvelles autorités locales. De surcroît, il s'inscrit dans la continuité juridique de ce qui se faisait sous l'Ancien Régime, à savoir imputer la responsabilité civile, pour les dommages en cas d'émeute, aux habitants de la commune²⁰⁰⁴. Aussi discutable qu'il soit juridiquement, son objectif se veut incitatif : en faisant peser la présomption de la faute sur les habitants, elle les enjoint, eux et leurs administrateurs, à lutter contre les ennemis de la république et à prévenir les troubles sociaux²⁰⁰⁵.

Une fois sortie du contexte qui justifiait ce texte, son application ne fait pas l'unanimité auprès de la doctrine et de la jurisprudence²⁰⁰⁶. Progressivement, ils interprètent la notion de commune au sens de personne morale, c'est-à-dire en tant qu'administration qui représente les habitants²⁰⁰⁷. Depuis la loi du 28 pluviôse

¹⁹⁹⁹ Duvergier, 1, 8, 369.

²⁰⁰⁰ Art. 2 du titre IV de la loi (Duvergier, 1, 8, 370).

²⁰⁰¹ P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, op. cit., p. 15.

²⁰⁰² V. sur ce point : L. CARTOU, *Étude comparée du gouvernement provisoire du 10 août 1792 et du gouvernement révolutionnaire de 1793-1794*, [th. droit, Paris] 1948, p. 192 sqq.

²⁰⁰³ En ce sens, v. l'article de Marie-Yvonne Crépin sur le sujet : M.-Y. CRÉPIN, « La loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes... », loc. cit., p. 208 sqq.

²⁰⁰⁴ Un régime déjà présent dans l'ordonnance de Blois de 1579 et l'ordonnance criminelle de 1670. V. en ce sens : M.-Y. CRÉPIN, « La loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes... », loc. cit., p. 207, n. 3.

²⁰⁰⁵ P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, op. cit., p. 14.

²⁰⁰⁶ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, Paris, Dalloz, 1913, p. 33-34 et p. 41 sqq.

²⁰⁰⁷ Le décret pouvait laisser planer cette ambiguïté, l'art. 1^{er} du Titre IV étant rédigé ainsi : « [c]haque commune est responsable des délits commis à force ouverte ou par voie de violence sur son territoire » (Duvergier, 1, 8, 370). Il ne faisait pourtant guère de doutes que le décret entendait par « commune », l'ensemble

an VIII (17 février 1800), la commune est une circonscription administrative²⁰⁰⁸. Elle se voit reconnaître, peu à peu, une personnalité morale²⁰⁰⁹, ce qui explique cette substitution des habitants par le tout qu'ils constituent juridiquement. Cette interprétation se rattache à une lecture de l'article 1384 (ancien) du Code civil, qui prévoyait qu'on était civilement responsable « du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre »²⁰¹⁰, entendu que les habitants constituent les personnes dont la commune doit répondre²⁰¹¹. Ainsi, les tribunaux continuent d'appliquer le décret, mais dans un sens dévoyé.

Cette substitution ne conduit cependant pas les juges à assouplir les conditions d'exonération prévues par le décret. Pour être déchargé de la responsabilité, il faut, selon l'article 5 du Titre IV, que les habitants puissent prouver que le rassemblement a été formé par des individus étrangers à la commune et qu'elle avait pris toutes les mesures de prévention possibles²⁰¹². Ce régime d'exonération est si restrictif qu'il conduit de fait à une présomption irréfragable pour certains auteurs²⁰¹³. On note toutefois une affaire isolée où le juge a choisi de ne pas appliquer le régime de l'an IV, précisément en cas de guerre civile. Elle ne fait pas jurisprudence, mais illustre bien les problèmes générés par la situation du gouvernement de fait.

2. Une interprétation judiciaire audacieuse mais sans suite : l'exonération de responsabilité en période de guerre civile

Un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1822, *Fournier c. commune de Marseille*²⁰¹⁴ écarte le décret de l'an IV lorsque les dommages ont résulté d'une émeute durant une période de guerre civile, alors qu'un gouvernement de fait est au pouvoir ou qu'une vacance des institutions est constatable. En l'espèce, la maison d'un officier en retraite avait été pillée et incendiée par une foule, les 25 et 26 juin 1815, à la suite de la défaite de

des habitants, comme précisé au Titre I^{er}, mais une telle interprétation semblait plus en phase avec les évolutions de la société.

²⁰⁰⁸ *Bulletin des lois*, An VIII, 3^e série, t. 1, n° 17, n° 115, p. 1, v. notamment p. 5 *sqq.*

²⁰⁰⁹ Entendu que la théorie de la personnalité morale est systématisée en France par certains auteurs dont, notamment, Léon Michoud (L. MICHOU, « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *RDP*, t. 3, 1895, p. 401-429 ; ID., « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents », *RDP*, t. 7, 1897, p. 41-84 ; ID., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, *op. cit.*, *passim*). La théorie de Michoud vient entériner les évolutions prétoriennes relatives à l'irresponsabilité de l'État. V. en ce sens : G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum*, t. 8, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP8-Bigot-2.pdf>. Consulté le 04/08/2022], p. 15 *sqq.* ; v. aussi : G. BIGOT, « État et anthropomorphisme », *Des racines du droit & des contentieux...*, *op. cit.*, p. 31-44, spécialement p. 37 *sqq.* sur les débats doctrinaux autour de la personnalité morale de l'État à partir de la fin du XIX^e siècle.

²⁰¹⁰ Art. 1384 ancien C. civ.

²⁰¹¹ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 34. L'auteur explique que le décret de l'an IV se pliait pourtant difficilement à cette interprétation.

²⁰¹² Art. 5 du Titre IV de la loi (*Duvergier*, 1, 8, 370).

²⁰¹³ En ce sens : M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 42 ; P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, *op. cit.*, p. 18.

²⁰¹⁴ *S. refondu*, 1, 7, 1, 101.

Waterloo. Il invoque alors la responsabilité de la commune au nom du décret de l'an IV. La commune argue en réponse que dans son esprit, ce texte ne prévoit pas la responsabilité des habitants « dans un moment où la ville était encore en état de siège et privée d'autorités légitimes »²⁰¹⁵. Les juges du fond, le 22 juillet 1820 et le 21 juin 1821, font droit aux arguments de la commune et jugent que l'esprit de la loi « suppose l'ordre ordinaire des choses établi ». La Cour de cassation valide cette interprétation²⁰¹⁶, consacrant l'irresponsabilité civile de la commune.

L'objectif du régime juridique prévu par le décret de l'an IV est de préserver les structures politiques et sociales de la communauté par sa responsabilisation générale. Même réinterprété, ce but est toujours celui recherché. Cette décision l'illustre, au sens où les tribunaux justifient l'exonération de responsabilité par le fait que les institutions se sont déjà effondrées et que la commune ne peut de toute façon rien faire de plus pour prévenir le danger insurrectionnel. En ce sens, il ne sert plus à rien de la condamner à indemniser – on pourrait objecter que cela permettrait d'éviter de faire peser le risque social sur l'individu –, car il est trop tard pour lui imputer une faute. Ainsi, se retrouve bien là l'objectif incitatif de la loi : faire en sorte que la communauté prenne les dispositions en amont pour prévenir le danger. En outre, cette interprétation dévoie grandement le sens original du texte, qui prévoyait, de fait, une présomption de faute irréfragable.

L'arrêt reste toutefois isolé et, par la suite, le juge fait retour à son interprétation classique du décret de l'an IV. Ainsi, dans un jugement du 17 août 1849, le Tribunal civil de Lyon refuse d'exonérer la commune de sa responsabilité pour des faits survenus le 27 février 1848, alors même que « la mairie [...] était occupée [...] par un comité de citoyens qui, au nom du peuple, avait pris possession du pouvoir municipal et l'exerçait sans que son autorité fût contestée »²⁰¹⁷. Même en cas de gouvernement de fait local, la commune reste responsable des dommages. Le seul régime dérogatoire que ménage la jurisprudence concerne la ville de Paris.

3. Une exception prétorienne : la ville de Paris

L'application du décret de l'an IV aboutit, paradoxalement au regard des intentions des auteurs du décret de l'an IV, à ce que la ville de Paris soit exonérée de son application. En effet, l'interprétation postérieure de la loi finit par conduire les juges à distinguer les communes qui disposent de forces de police de celles dont ce n'est pas le cas²⁰¹⁸. Au départ, la question s'est posée pour toutes les villes qui ne bénéficient pas de ces prérogatives (Lyon ou Marseille par exemple), mais c'est finalement au profit de la seule

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 101-102.

²⁰¹⁷ Tribunal civil de Lyon, 17 août 1849 (D. 1849, III, p. 79) ; v. aussi : M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, op. cit., p. 42-45.

²⁰¹⁸ S. ENGIN, *Les principes généraux de la responsabilité des autorités administratives et leur application au cas d'émeute*, Paris, Sirey, 1939, p. 56-57.

ville de Paris que s'exerce cette exonération de responsabilité, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1841, *ville de Paris c. Périer et autres*²⁰¹⁹. L'évolution législative de 1831 et 1834 explique en partie l'interprétation extensive du statut de Paris²⁰²⁰. Les arguments en faveur de l'irresponsabilité développés dans l'arrêt tiennent principalement à ce que la capitale n'est pas une ville comme les autres, elle est le « siège du gouvernement » et, de ce fait, dispose d'un statut dérogatoire depuis 1795, statut qui n'a pas été remis en cause, précise l'arrêt. En outre, en tant que telle, elle n'a pas le pouvoir de « surveillance et de police générale » et ne dispose pas de la force publique, ce que la loi de 1831 n'a pas modifié²⁰²¹. Dès lors, puisque la ville ne dispose pas de la force coercitive et qu'en outre, elle a mis en œuvre tous les moyens possibles pour éviter un attroupement formé « de la présence de quelques-uns de ses habitants » seulement, elle est irresponsable²⁰²².

Unanimement, les auteurs y voient une interprétation au mieux *infra legem*, voire *contra legem*²⁰²³. Le décret de l'an IV avait en effet été rédigé justement dans le but d'encadrer les émeutes à Paris, car il s'agissait du siège du gouvernement et d'un foyer de contestations particulièrement virulent. Sans doute, le système consistant à exonérer Paris de sa responsabilité s'explique par une certaine protection des intérêts pécuniaires. Toujours est-il qu'il place un nombre important de citoyens (tous les habitants de Paris) hors de la protection de l'indemnisation en cas d'émeute, dont la récurrence et les dommages qui en résultaient pouvaient faire peser un important coût financier sur la collectivité. Ce coût n'était pris en charge par l'État que par des actes ponctuels. En effet, pour pallier les inconvénients de cette irresponsabilité, il arrive que l'État ait recours à des expédients législatifs ou réglementaires par le biais de mesures gracieuses. Ainsi, pour indemniser les individus ayant subi des préjudices eu égard à la révolution de 1848, un décret du 24 décembre 1851 dispose « que si l'État n'est soumis, à cet égard, à aucune obligation morale, il est conforme aux règles de l'équité et d'une saine politique de réparer les malheurs immérités et d'effacer autant que possible les souvenirs de nos discordes civiles »²⁰²⁴. Rendu par un gouvernement de fait d'une part, et au nom des

²⁰¹⁹ *S.* 1841, I, 373.

²⁰²⁰ Les lois du 21 mars 1831 (*Duvergier*, 1, 31, 67) et du 20 avril 1834 (*Duvergier*, 1, 34, 57) ont eu une influence dans ce changement de perception de Paris. Notamment, si dans toutes les autres communes, le maire et ses adjoints sont nommés par le pouvoir central, parmi les conseillers municipaux élus, Paris reste administrée différemment, par deux autorités que sont le préfet de police et le préfet de la Seine.

²⁰²¹ *S.* 1841, I, 373.

²⁰²² *Ibid.* On peut apprécier l'interprétation très libre des conditions d'exonération de l'art. 5 du Titre IV du décret qui « n'est pas moins conforme à l'esprit de cette loi » selon la Cour car « ce serait méconnaître le but de cette loi que de rendre une commune responsable de la présence de quelques-uns de ses habitants dans un rassemblement séditieux formé sur son territoire lorsque, d'ailleurs, ses officiers municipaux, secondés par la majorité desdits habitants, auraient pris toutes les mesures qui étaient en leur pouvoir pour prévenir ou dissiper ce rassemblement... ».

²⁰²³ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 49 ; P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, *op. cit.*, p. 18 ; S. ENGIN, *Les principes généraux de la responsabilité des autorités administratives...*, *op. cit.*, p. 57.

²⁰²⁴ *Décret qui ouvre un crédit pour les indemnités à accorder aux particuliers dont les propriétés ont souffert des dommages matériels par suite des événements de février et de juin 1848* (*Duvergier*, 1, 51, 538) ; v. aussi : P. SERRE, *Essai sur la*

« règles de l'équité » d'autre part, ce décret constitue ainsi autant une manifestation de charité – au sens d'une offrande ponctuelle et non d'un régime juridique d'indemnisation –, qu'une méthode de légitimation du pouvoir de fait qui cherche à se dissocier du mouvement insurrectionnel. Certains auteurs ne manquent pas de critiquer cet effet pervers du régime de responsabilité dérogatoire de Paris, en ce que cela reviendrait à de la « charité entre individus » organisée par l'État, là où ce dernier devrait plutôt être le chef d'orchestre d'un régime de réparation pécuniaire²⁰²⁵. Une affaire relative à la Commune insurrectionnelle de 1871 constitue un tournant qui débouche sur une évolution de la législation et des principes qui l'irriguent.

B. Le cas limite du gouvernement de fait local et ses répercussions dans la législation

Lorsque survient la Commune de Paris en mars 1871, la ville connaît plus qu'une émeute ou un mouvement de foule. Un gouvernement de fait local se met en place et exerce le pouvoir pendant trois mois. Parmi les contentieux que fait naître la Commune, une affaire met particulièrement en exergue les problèmes de l'irresponsabilité quant à la guerre civile (1). Si, à l'issue du processus judiciaire, la solution retenue en cassation n'est pas novatrice, puisque Paris est finalement exonéré de sa responsabilité, les critiques qu'elle engendre ne sont pas sans influence sur l'évolution de la législation. La loi du 5 avril 1884 et celle du 16 avril 1914 donnent à voir le mouvement vers une responsabilisation de l'État du fait du risque social (2).

1. Le problème soulevé par les décisions relatives à l'irresponsabilité de la ville de Paris eu égard à la Commune de 1871

Le 4 mai 1881, un contentieux entre les compagnies des Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon contre la ville de Paris s'ouvre devant la Cour de cassation²⁰²⁶. Cette affaire porte sur une question de responsabilité du fait des dommages occasionnés durant l'insurrection de mars à mai 1871. En l'espèce, les demandeurs s'étaient acquittés de divers impôts et contributions auprès des agents de la Commune insurrectionnelle, en lieu et place des mandataires réguliers du gouvernement. À l'issue de la répression, les compagnies sont assignées à verser de nouveau les sommes, auprès du « légitime créancier, l'État »²⁰²⁷. Les compagnies forment donc contre la ville de Paris, sur le fondement du décret 10 vendémiaire an IV, une demande de dédommagement. La question se pose de savoir si la ville de Paris doit assumer la responsabilité d'un

responsabilité des communes en cas d'émeute, op. cit., p. 22-23 (l'auteur date le décret de Napoléon III au 24 mars mais il s'agit bien du 24 décembre).

²⁰²⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁰²⁶ Cass., 4 mai 1881, *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon c. Ville de Paris* (S. 1881, I, p. 361). cf. également sur cette affaire Partie I, p. 89, p. 208 *sqq.* et p. 249 *sqq.*

²⁰²⁷ S. 1881, I, p. 363.

dommage pour n'avoir pas su prévenir les émeutes et, plus encore, pour avoir perdu le pouvoir au profit d'un gouvernement insurrectionnel pendant trois mois.

Le jugement, l'appel et la cassation sont l'occasion de voir s'affirmer un florilège de solutions différentes quant à la responsabilité d'un dommage en situation de gouvernement de fait local. Le Tribunal civil de la Seine, le 23 juin 1875, exonère la ville de Paris de sa responsabilité au motif que l'insurrection « a pu trouver dans son triomphe momentané le temps et les moyens de constituer, dans la circonscription communale, un gouvernement de fait, qui a lutté et combattu, les armes à la main, contre le gouvernement légal »²⁰²⁸. Il justifie cette dérogation en ce que le décret de l'an IV n'étend pas ses prévisions à un tel cas, mais ne vise que des désordres isolés. La Cour d'appel de Paris réfute cette thèse le 15 février 1878 : le régime juridique du décret « s'applique indistinctement, soit aux insurrections poursuivant un but politique et tendant au renversement du gouvernement, soit aux mouvements séditionnels présentant un autre caractère ». Dès lors, quand bien même la ville aurait été mise en présence d'un « gouvernement de fait, qui a lutté et combattu, les armes à la main, contre le gouvernement légal », cela devrait être de nature à aggraver la responsabilité de la ville et non l'exonérer. Néanmoins, elle exonère tout de même la ville de Paris de sa responsabilité, sur le fondement d'un autre motif. Pour le juge d'appel, « les communes [...] ne sont déclarées responsables qu'à raison de faits, d'actes de négligence ou d'imprudences, qui leur soient légalement imputables ; que cette application qui leur est faite des règles ordinaires du droit commun suppose elle-même que leur organisation laisse aux fonctionnaires municipaux, avec le devoir de maintenir la paix publique, *la libre disposition des moyens de surveillance et d'action propres à prévenir et à réprimer les désordres* »²⁰²⁹. La ville de Paris, étant le siège du gouvernement, pour le juge elle ne dispose pas de la force armée. À ce titre, elle est donc soumise à un régime dérogatoire au décret de l'an IV. Elle ne doit donc pas assumer la responsabilité que prévoit ce texte. La Cour de cassation valide la doctrine de l'arrêt d'appel, se bornant simplement à qualifier la Commune d'insurrection et non de gouvernement de fait²⁰³⁰.

Bien qu'il n'ait pas été suivi par la Cour de cassation, l'avocat général, Arthur Desjardins, avait émis un réquisitoire contre les doctrines des juges du fond et appelé à la reconnaissance de la responsabilité de la ville. Il s'insurge contre la doctrine que promeut le jugement et qui est aussi celle de l'avocat de la ville de Paris : il y aurait eu constitution d'un gouvernement de fait et, en cela, la ville serait irresponsable²⁰³¹. En premier lieu, l'avocat général conteste tout gouvernement de fait dans Paris, car la Commune n'était qu'une insurrection ne bénéficiant d'aucun assentiment. Cet argument est donc invalide. En second lieu, quand bien même un gouvernement de fait aurait existé, cela eût été de nature à aggraver la responsabilité plutôt qu'à l'écartier, car,

²⁰²⁸ *Ibid.*, p. 361 *sqq.*

²⁰²⁹ *Ibid.*, p. 364 (souligné par nous).

²⁰³⁰ Disposition qui revient à nier son statut de gouvernement local. En ce sens : *cf.* Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 209 *sqq.*

²⁰³¹ *S.* 1881, I, p. 369.

sermonne-t-il, « [o]n ne peut pas être d'autant moins responsable qu'on est plus coupable »²⁰³². S'il s'est constitué un gouvernement local dans la ville de Paris, c'est que celle-ci n'a manifestement pas mis en œuvre tous les moyens pour éviter l'émeute et son aggravation. Elle a donc failli à sa mission de préserver l'ordre public (c'est, en somme, la même critique qu'adresse la Cour d'appel au jugement). Ensuite, il combat les arguments d'exonération de la Cour d'appel, en ce que la ville de Paris aurait été écartée de l'application du décret de l'an IV dès l'origine du texte. Le régime juridique qu'il prévoit, dit-il, a été pensé initialement pour Paris. L'en faire sortir est un non-sens juridique²⁰³³. En outre, la Cour d'appel arguait que la transmission du siège du gouvernement à Versailles n'avait en rien changé le statut dérogatoire de Paris, ce que conteste également l'avocat général. Au moment des faits, le siège du gouvernement était à Bordeaux puis à Versailles. Ainsi, conclut-il, la jurisprudence qui exonère Paris de sa responsabilité au motif que la ville est aussi le siège des institutions étatiques ne lie pas la Cour et elle peut s'en affranchir²⁰³⁴.

Desjardins se prononce donc en faveur de la responsabilité de la ville de Paris, au sens original du décret où cela impose à ses habitants un devoir impérieux de bien se conduire. La Cour en exonère la ville. La première solution fait peser le risque sur les membres de la communauté, tandis que la seconde l'impose aux victimes présomptives (ce qui revient finalement à concerner toute la communauté). Cette situation amène la législation à évoluer pour investir, dans le processus de responsabilité, les collectivités publiques puis l'État.

2. La législation postérieure (1884 et 1914) : vers une responsabilité sans faute de l'État, du fait du risque social

La jurisprudence relative à la responsabilité des villes face aux dommages causés durant une guerre civile où un gouvernement local exerce le pouvoir est certes rare, mais suscite de vives réactions. Le cas des décisions relatives à la Commune de Paris actualise les débats concernant ce régime de responsabilité civile dans les années qui suivent.

Face aux nombreuses critiques qu'engendre le régime juridique du décret de l'an IV, un débat parlementaire s'ouvre et débouche sur la loi du 5 avril 1884²⁰³⁵. Son article 106 dispose que « les communes sont civilement responsables des dégâts et dommages résultant des crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées »²⁰³⁶. En outre, la loi prévoit deux exceptions à cette responsabilité. Elle n'est pas applicable pour les communes qui ont pu prouver que tout avait été mis en œuvre pour prévenir l'insurrection ni

²⁰³² S. 1881, I, p. 370.

²⁰³³ *Ibid.*, 368-369.

²⁰³⁴ *Ibid.*, 369.

²⁰³⁵ *Duvergier*, 1, 84, 99.

²⁰³⁶ Art. 106 (*Duvergier*, 1, 84, 131).

– nouveauté législative qui prend en compte l'évolution de la pratique – pour celles qui ne bénéficient pas de la force armée²⁰³⁷. La logique de la réparation change par rapport au décret de l'an IV : on passe de l'intimidation au secours²⁰³⁸. C'est bien la commune en tant que personne morale qui est visée et non l'ensemble des habitants individuellement ici²⁰³⁹. En ce sens, la loi de 1884 constitue à la fois l'aboutissement de l'évolution du XIX^e siècle – la responsabilité de la commune en tant qu'autorité administrative locale – et une généralisation de la solution retenue pour Paris dans l'arrêt de 1881, c'est-à-dire une irresponsabilité de la commune en cas d'émeute, soit lorsqu'elle a pris les mesures nécessaires pour prévenir les troubles, soit lorsqu'elle ne dispose pas de la force de police²⁰⁴⁰. Pour autant, ce système plus souple et peut-être aussi plus sécurisant (la collectivité locale étant plus à même d'indemniser, du fait, en théorie, de sa solvabilité plus grande que des individus), n'est pas exempt de critiques. Le système beaucoup plus conciliant d'exonération de responsabilité représente une source d'incertitudes pour le citoyen qui, dans les grandes agglomérations où les troubles sont plus fréquents, en cas de dégâts, ne peut se tourner vers une personne publique. Il n'a aucune garantie, sinon celle de se retourner vers le fauteur de troubles ce qui est pratiquement impossible en fait. Certains auteurs en appellent donc à voir consacrer « le principe juste et nécessaire de la responsabilité de l'État ». Ces critiques sont à l'origine d'une seconde évolution législative.

La loi du 16 avril 1914 *portant modification des articles 106, 107, 108 et 109 de la loi du 5 avril 1884* substitue la responsabilité de l'État à celle de la commune, particulièrement lorsque celle-ci ne dispose pas de la force armée²⁰⁴¹. L'évolution qu'elle consacre peut être rattachée au mouvement qui érige le gouvernement de fait en organe de l'État. Autrement dit, tout comme l'État prend progressivement en charge l'indemnisation des victimes de dommages résultant des insurrections, il assume la responsabilité du gouvernement de fait en tant qu'organe qui émane de lui. Il s'agit d'une application du principe de continuité, impliquant dès lors qu'il se reconnaisse solidaire des défaillances causées par une rupture de la souveraineté (rupture qu'implique le gouvernement de fait local ou la guerre civile). Alors qu'au lendemain de la Commune, l'Assemblée nationale indemnisait certaines victimes sur un modèle de charité²⁰⁴² par des lois

²⁰³⁷ Art. 108 (*ibid.*). De plus, elle supprime toute responsabilité pénale à la charge de la commune.

²⁰³⁸ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 63.

²⁰³⁹ En ce sens, Léon Michoud dit explicitement qu'aux art. 106 à 109 de la loi, « c'est de la faute des autorités communales qu'il s'agit, et non de la faute des habitants ». Il s'agit donc d'une responsabilité de la commune « à raison de la faute de ses représentants » : L. MICHOD, « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents », *loc. cit.*, p. 81.

²⁰⁴⁰ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 60-61.

²⁰⁴¹ *JO*, 18 avril 1914, p. 3566. La loi consacre un régime mixte où l'État est responsable à titre subsidiaire. Sommairement, le régime fonctionne ainsi : l'État contribue pour moitié au paiement des dommages et intérêts et des frais qui découlent de l'émeute. Si un agent de la commune a commis une faute lourde, l'État peut exercer un recours contre elle à hauteur de soixante pour cent des sommes versées par lui. À l'inverse, si la commune ne disposait pas, provisoirement ou de manière permanente, de la force armée, c'est elle qui peut exercer un recours contre l'État pour récupérer soixante pour cent des sommes versées par elle. Les dispositions de la loi sont également applicables à la ville de Paris.

²⁰⁴² Comme en 1851. *Cf. supra*, p. 457.

ponctuelles qui prennent parfois soin de préciser qu'il ne s'agit pas de « créer un droit à l'indemnité, mais d'accorder un secours »²⁰⁴³, la loi de 1914 est venue explicitement consacrer que « l'État contribue pour moitié, *en vertu du risque social*, au paiement des dommages et intérêts et frais » qui résultent de l'émeute²⁰⁴⁴.

Le changement est significatif. Par principe, le fait générateur de la responsabilité est la faute. Face à l'argument selon lequel l'État non fautif ne peut être reconnu responsable, certains auteurs voient pourtant une brèche dans laquelle la théorie du risque social peut s'engouffrer²⁰⁴⁵. L'idée d'une théorie du risque repose donc sur une responsabilité sans faute de l'administration. Elle serait ici adaptée aux insurrections, émeutes de guerre civile. Marcel Beaudouin, qui écrit en 1913, déplore qu'en son temps, le régime juridique de la réparation des dommages pour cause d'émeutes soit indexé uniquement sur la faute. La victime n'est alors pas indemnisée s'il n'existe aucune négligence à imputer à l'administration locale et si l'État doit se substituer à la commune pour assurer le maintien de l'ordre, la situation est encore pire pour la victime, qui se heurte à l'irresponsabilité de la puissance publique²⁰⁴⁶. Or, selon les partisans de la théorie du risque social, il peut exister une responsabilité qui constituerait « un devoir d'indemnisation à l'encontre des dommages causés par hasard ». La victime n'aurait alors plus à alléguer une défaillance de l'autorité²⁰⁴⁷. La loi de 1914 semble donc avoir entendu ces récriminations. En posant le principe du risque social au fondement de la responsabilité, elle consacre un droit à la réparation au profit de l'individu²⁰⁴⁸. La législation relative à la responsabilité en cas d'émeute relève donc d'une démarche conservatrice, au sens où elle est tournée vers l'impératif de conserver les institutions de la société. Si le concept même de gouvernement de fait est peu présent dans les considérations directes de la législation et de la jurisprudence, il revient à la dérobée, pour se diluer dans la notion, plus large et moins institutionnelle, de guerre civile. Pour éviter la désagrégation de l'autorité publique dans une telle situation, la législation a fait peser le risque social d'abord sur l'individu, puis sur la collectivité locale et, enfin, sur l'État. La responsabilité de l'agent du gouvernement de fait connaît un cheminement plus long et plus sinueux.

²⁰⁴³ Selon le mot du député Camille Margaine devant l'Assemblée nationale le 7 avril 1873 (*JO*, 9 avril 1873, p. 2503) durant le débat sur la loi du même jour octroyant une indemnisation à la ville de Paris pour les dégâts relatifs aux émeutes durant la Commune de Paris (*JO*, 13 avril 1873, p. 2577).

²⁰⁴⁴ *JO*, 18 avril 1914, p. 3566 (souligné par nous).

²⁰⁴⁵ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 246-247 et p. 357 *sqq.* ; S. ENGIN, *Les principes généraux de la responsabilité des autorités administratives et leur application au cas d'émeute*, *op. cit.*, p. 29 *sqq.*

²⁰⁴⁶ M. BEAUDOUIN, *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, *op. cit.*, p. 357.

²⁰⁴⁷ S. ENGIN, *Les principes généraux de la responsabilité des autorités administratives...*, *op. cit.*, p. 29 *sqq.* Un tel régime existait à l'époque (Engin écrit en 1939) dans certains domaines de l'administration, comme les travaux publics.

²⁰⁴⁸ P. SERRE, *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, *op. cit.*, p. 43. La seule exception relève des faits de guerre : art. 106 nouveau (*JO*, 18 avril 1914, p. 3566).

§2. *Les agents de l'État : entre traits d'union et paravents*

Lorsqu'un agent de l'État cause un dommage dans le cadre de ses fonctions, la question de la faute et de l'indemnisation a pu amener à un nombre très divers de solutions. Au-delà des attermolements de la responsabilité administrative depuis la Révolution française²⁰⁴⁹ et en dépit des révolutions et changements informels de gouvernements, l'Administration persiste. La fonction publique ne s'arrête pas aux portes du gouvernement de fait. Néanmoins, le statut de l'agent du gouvernement de fait est très incertain, contribuant au flou qui entoure le régime de sa responsabilité. L'État est-il responsable pour les agissements du personnel d'un gouvernement pourtant illégal ? L'agent est-il le seul fautif et, à ce titre doit-il en supporter les conséquences seul ? En tant qu'exécutant de l'État, ou du moins en tant qu'il considère que le gouvernement de fait participe toujours de l'institution étatique, le fonctionnaire peut difficilement être pensé sans la responsabilité administrative, dans la mesure où, dans le cas d'une faute de service, il tient ses ordres d'une autorité publique qui lui est hiérarchiquement supérieure²⁰⁵⁰. Il convient alors de se demander sur quoi repose sa responsabilité et jusqu'où elle s'étend. Il pourrait s'agir d'un régime de circonstance qui reposerait sur un devoir ponctuel ayant pour base un acte formel comme un serment. En réalité, la pratique des gouvernements de fait incline peu au serment, et quand elle le fait, cela n'amène qu'à se poser la question de la désobéissance du fonctionnaire (A). À l'instar du gouvernement de fait dont il tire son autorité, l'apparence pourrait alors fonder la compétence de l'agent : c'est la théorie du fonctionnaire de fait, qui, malgré les imperfections de son application, semble devoir être retenue (B).

A. Serment politique ou serment de joueur : la fidélité monnayée de l'agent

Pour maintenir son pouvoir, le gouvernement de fait doit s'appuyer sur tous les rouages de l'appareil étatique, à commencer par son squelette : l'Administration. À la question de savoir comment fidéliser les fonctionnaires à un pouvoir manifestement illégal, dans la tourmente d'une transition constitutionnelle, l'une des réponses apportées initialement tient dans le serment politique. Le serment désigne un engagement par une promesse passée devant témoins. Il relève d'une racine religieuse, la promesse attestant

²⁰⁴⁹ V. en ce sens : G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *loc. cit.*, p. 1-17 ; cf. également *infra*, p. 474 *sqq.*

²⁰⁵⁰ La question pourrait se poser directement pour les gouvernants : serait-il possible d'engager la responsabilité pour faute lourde d'un gouvernant ou d'un parlementaire, pour avoir causé un dommage, voire pour avoir contribué au renversement du gouvernement de droit. L'hypothèse est en partie abordée par Théo Ducharme. L'auteur recherche s'il est possible de déceler une responsabilité du fait de lois déclarées inconstitutionnelles des parlementaires au cas des députés et sénateurs qui ont voté les pleins pouvoirs à Pétain. Mais il reconnaît, *in fine*, qu'une telle responsabilité pour « *faute inexcusable* », non contente d'être très difficile à mettre en place, serait nécessairement rattachée à l'État, au nom duquel les actes contestés sont adoptés (T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, *op. cit.*, p. 286-288).

un être ou un objet sacré (*sacramentum*)²⁰⁵¹. Il peut être assertoire (avoir traité au passé) ou promissoire (un engagement futur)²⁰⁵². Ce second caractère évoque l'autre racine du serment, tirée de la féodalité : le serment de Foi prêté durant la cérémonie d'hommage vassalique traduit la promesse de fidélité envers le suzerain²⁰⁵³. Cette double origine religieuse et féodale confère une portée morale, mais aussi juridique au serment, car celui qui le trahit est un parjure et peut, à ce titre, faire l'objet de poursuites judiciaires ou de sanctions disciplinaires. Faiblement utilisé par les gouvernements de fait (1), le serment politique paraît impropre à engendrer un régime convaincant, car les mesures qu'il inspire inclinent davantage à une responsabilité personnelle de l'agent qu'à une responsabilité administrative (2).

1. La faible pratique du serment politique par les gouvernements de fait au XIX^e siècle

Loin d'achopper sur la Révolution française, le procédé du serment politique connaît un intérêt croissant à cette période. Il se définit comme la promesse faite directement au souverain ou au régime, engageant la fidélité du récipiendaire, qui peut être l'administrateur, le militaire, le magistrat, un parlementaire, les membres du gouvernement voire le souverain lui-même ou tout autre individu amené à exercer des fonctions ou des droits politiques²⁰⁵⁴. La Révolution s'ouvre avec un serment de ce type, celui du Jeu de paume, par lequel les députés présents dans la salle éponyme le 20 juin 1789 font le serment de ne pas se séparer avant d'avoir donné une Constitution à la France²⁰⁵⁵. Par la suite, les mesures législatives impliquant un serment politique se multiplient. Ainsi en témoigne la loi du 22 décembre 1789 : l'individu en âge de voter prête « fidélité à la constitution, aux lois de l'État et au Roi »²⁰⁵⁶. Suivent de nombreux textes qui prévoient un serment parmi lesquels notamment, les lois des 12-20 août 1790, des 13-15 juin 1791, 15-23 août 1791, du 3 septembre 1792, du 24 nivôse (13 janvier) et

²⁰⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Serment, p. 958. V. sur les relations complexes entre le serment et le sacré : G. COURTOIS, « Le serment : du désenchantement du monde à l'éclipse du sujet », *Le Serment. II. Théories et devenir*, éd. R. VERDIER, Paris, CNRS Éditions, 1992, p. 3-33. V. Sur l'approche du serment en droit canonique : J. GAUDEMET, « Le serment dans le droit canonique médiéval », *Le serment. II. Théories et devenir*, *op. cit.*, p. 63-75.

²⁰⁵² M.-H. FABRE, *Le serment politique (étude constitutionnelle : 1789-1914)*, Marseille, Typographie & Lithographie Ant. Ged, 1941, p. 15.

²⁰⁵³ J. BERNET, « Quelques pistes de réflexion sur les serments révolutionnaires : l'émergence du serment politique contemporain », *Le Serment. II. Théorie et devenir*, *op. cit.*, p. 381. V. sur le serment féodo-vassalique : H. DÉBAX, *La féodalité languedocienne. XI^e-XII^e siècles*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2003, p. 99 *sqq.* et p. 185 *sqq.* ; v. aussi : É. MAGNOU-NORTIER, « Fidélité et féodalité méridionales d'après les serments de fidélité (X^e-début du XII^e siècle) », *Annales du Midi*, t. 80/89, p. 457-484.

²⁰⁵⁴ L.-H. FABRE, *Le serment politique...*, *op. cit.*, p. 15. L'auteur définit ainsi le serment politique comme « la souscription par le récipiendaire de ses devoirs de fidélité à l'égard d'un homme ou d'un régime politique ».

²⁰⁵⁵ J. BERNET, « Quelques pistes de réflexion sur les serments révolutionnaires... », *loc. cit.*, p. 381-382.

²⁰⁵⁶ *Duvergier*, 2, 1, 73 (v. p. 74 pour la formule du serment). Sur cette formule, v. J. BERNET, « Quelques pistes de réflexion sur les serments révolutionnaires... », *loc. cit.*, p. 382 et p. 383 *sqq.* pour davantage de détails sur le serment révolutionnaire.

du 18 ventôse an V (8 mars 1797) et du 12 thermidor an VII (30 juillet 1799)²⁰⁵⁷. Le but est de faire naître une obéissance au gouvernement par le biais d'un acte qui se situe à la frontière entre la morale (un serment fait appel à la confiance, au *sentiment* de l'obligation) et le droit (s'il est opposable, il peut entraîner une sanction et consiste donc en une obéissance normative). On comprend l'utilité que pourrait en avoir le gouvernement de fait. Certains d'entre eux ont d'ailleurs su user d'un tel moyen mis à leur disposition. Ainsi, peu de temps après le coup d'État du 18 brumaire, le Consulat provisoire promulgue une loi le 25 brumaire an VIII (16 novembre 1799) prescrivant la formule du serment que doivent lui prêter tous les fonctionnaires publics. L'agent doit jurer « d'être fidèle à la République une et indivisible, fondée sur l'égalité, la liberté et le système représentatif »²⁰⁵⁸. En 1815, durant les Cent-Jours, il réitère le procédé : par un décret du 8 avril 1815, il organise la prestation de serment politique des fonctionnaires publics, civils et judiciaires²⁰⁵⁹. Ils doivent cette fois-ci jurer fidélité à l'Empereur.

Au lendemain de la Restauration, le serment politique est source de critiques. Les aléas politiques ont vu se succéder un nombre important de gouvernements et trop de personnes multipliant les serments selon les besoins de la cause, qui était souvent la leur. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'en 1815 paraisse un *Dictionnaire des girouettes* qui fustige allégrement l'attitude versatile de certains hommes politiques, militaires, artistes ou gens de lettres, prompts à se rallier à tout gouvernement, de fait ou de droit²⁰⁶⁰. Pour le gouvernement de fait, le moyen d'assurer l'emprise de son pouvoir n'est plus de demander aux fonctionnaires de lui prêter serment, mais plutôt de les en libérer. Déjà, en 1814, le gouvernement sénatorial dirigé par Talleyrand à partir du 1^{er} avril – au lendemain de la capitulation de Paris – avait délié « le peuple français et l'armée [...] du serment de fidélité envers Napoléon Bonaparte » lorsqu'il avait prononcé la déchéance de l'Empereur le 3 avril²⁰⁶¹. Les considérants de cet arrêté, rédigés par Lambrechts²⁰⁶², sont éloquents : si le peuple est délié de son serment, c'est parce que l'Empereur a

²⁰⁵⁷ La liste de ces textes est dressée dans le recueil *Duvergier*, en note de la loi sur le serment du 31 août 1830 : *Duvergier* 1, 30, 187, n.7. On retrouve aussi deux lois du Consulat, celles des 7 et 21 nivôse an VIII (28 décembre 1799 et 11 janvier 1800).

²⁰⁵⁸ *Duvergier*, 2, 12, 6.

²⁰⁵⁹ *Duvergier*, 1, 19, 472.

²⁰⁶⁰ A. EYMERY, *et alii*, *Dictionnaire des girouettes, ou Nos contemporains peints d'après eux-mêmes ; Ouvrage dans lequel sont rapportés les discours, proclamations, chansons, extraits d'ouvrages écrits sous les gouvernements qui ont eu lieu en France depuis vingt-cinq ans ; et les places, faveurs et titres qu'ont obtenus dans les différentes circonstances les hommes d'État, gens de lettres, généraux, artistes, sénateurs, chansonniers, évêques, préfets, journalistes, ministres, etc., etc., etc. ; par une Société de girouettes. Orné d'une gravure allégorique*, Paris, Alexis Eymery, 1815, *passim*. Son objet est de recenser, de manière très documentée d'ailleurs, les hommes politiques qui ont traversé autant de régimes qu'ils ont prêté de serments. La préface du collectif anonyme souligne d'ailleurs, non sans une certaine ironie, à propos de ces accommodements de conscience : « Il est certaines capitulations de conscience qui ont permis à certains personnages de prêter certains sermens, étonnés de se voir prononcés par la même bouche » (*ibid.*, p. VI).

²⁰⁶¹ *Duvergier*, 1, 19, 4.

²⁰⁶² M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome premier...*, *op. cit.*, p. 643. Charles Lambrechts était un ancien ministre de la Justice sous le Directoire et membre du Sénat conservateur, dans la minorité.

lui-même trahi le sien²⁰⁶³. Dès lors, c'est une façon pour le gouvernement de fait de justifier la défection des agents du gouvernement déchu et leur ralliement à sa cause. Cela constitue un moyen de légitimation efficace, éprouvé par la suite dans l'histoire des gouvernements de fait.

En 1830, couper le lien du serment politique constitue un enjeu majeur dans la justification de la transition. Si le gouvernement de fait ne joue pas lui-même directement de rôle là-dedans, la rhétorique juridique à l'œuvre mérite tout de même quelques mots, car elle permet de discerner un mécanisme juridique propre aux révolutions qui ne veulent pas en avoir l'air. Les représentants doivent justifier qu'ils ne sont pas des parjures et cela se fait de deux façons. Les députés procèdent ainsi dès le premier jour des Trois Glorieuses : dans leur protestation du 27 juillet 1830, c'est « inviolablement fidèles à leur serment » qu'ils « protestent d'un commun accord » contre les ordonnances de Polignac²⁰⁶⁴. Comment expliquer alors que l'on ne s'est pas parjuré, quand bien même une révolution a eu lieu ? En effet, les Pairs devaient jurer serment de fidélité au Roi²⁰⁶⁵, pourtant, ils s'apprêtent à trahir ce serment pour faire monter sur le trône Louis-Philippe, membre de la branche des Orléans. Il faut alors faire un pas de plus pour pouvoir justifier la possibilité à la Chambre de prononcer la déchéance du Roi. Le ressort justificatif fonctionne comme en avril 1814 : Louis Bérard, député libéral, argue que le Roi a violé le « pacte solennel [qui] unissait le peuple français à son monarque », donc « [l]e violateur du contrat ne peut en aucun titre en réclamer l'exécution »²⁰⁶⁶. L'argument n'est pourtant pas aussi évident que cela, puisque le député royaliste Félix de Conny lui oppose justement la valeur des « sermens » qui rattachent la France au principe de légitimité²⁰⁶⁷. L'argument de la violation de son serment par le Roi – celui qu'il avait prêté de respecter la Charte lors de son sacre – l'emporte finalement et justifie que dans une proclamation du 7 août 1830 les députés prononcent la vacance du trône²⁰⁶⁸. Une fois la transition actée, il s'agit de l'asseoir sur de bonnes bases, dont la fidélité fait partie. Pour créer un sentiment d'obligation dans le personnel public, une loi du 31 août 1830 impose une prestation de serment des fonctionnaires de l'ordre administratif, judiciaire et militaire²⁰⁶⁹ ainsi que pour les membres des Chambres parlementaires²⁰⁷⁰.

En 1848, le gouvernement provisoire reprend le procédé de la levée du serment en déliant les fonctionnaires du leur par un décret du 25 février. Plus encore, le 1^{er} mars, il

²⁰⁶³ « Considérant que [...] Napoléon Bonaparte, [...] a déchiré le pacte qui l'unissait au peuple français, notamment en levant des impôts, en établissant des taxes autrement qu'en vertu de la loi, *contre la teneur expresse du serment qu'il avait prêté à son avènement au trône*, conformément à l'art. 53 de l'acte des constitutions du 28 floréal an 12 » (*Duvergier*, 1, 19, 4, souligné par nous).

²⁰⁶⁴ *Duvergier*, 1, 30, 153.

²⁰⁶⁵ Art. 78 du règlement intérieur de la Chambre des Pairs (*Duvergier*, 1, 19, 164).

²⁰⁶⁶ *Duvergier*, 1, 30, 165.

²⁰⁶⁷ *Ibid.* : « Nulle puissance n'a le droit de nous délier de ces sermens. En présence des droits sacrés du duc de Bordeaux [le petit-fils de Charles X pour lequel il avait abdiqué], l'acte qui élèverait au trône le duc d'Orléans serait la violation de toutes les lois humaines ».

²⁰⁶⁸ *Duvergier*, 1, 30, 166.

²⁰⁶⁹ *Duvergier*, 1, 30, 187.

²⁰⁷⁰ *Duvergier*, 1, 30, 189.

décète que « les fonctionnaires publics ne prêteront pas de serment »²⁰⁷¹. Si l'acte du 24 février n'est pas assorti de justification, celui du 2 mars prend le soin de préciser la portée de la mesure. Il s'agit, pour le gouvernement provisoire, de se placer manifestement en rupture avec les régimes qui se sont succédés jusqu'alors et le jeu de dupes qu'a constitué le serment : « [c]onsidérant que, depuis un demi-siècle, chaque nouveau gouvernement qui s'est élevé a exigé et reçu des serments qui ont été successivement remplacés par d'autres à chaque changement politique... »²⁰⁷². Le gouvernement de la Défense nationale, en septembre 1870, abolit également le serment des fonctionnaires publics ainsi que le serment politique dès le lendemain de sa prise de pouvoir²⁰⁷³. Il va même jusqu'à réintégrer dans leurs droits les fonctionnaires qui ont perdu leur rang à l'issue du coup d'État de décembre 1851 en refusant de prêter serment à Napoléon III²⁰⁷⁴. Huit mois après, la Commune de Paris procède de même et abolit le serment politique et le serment professionnel²⁰⁷⁵. Cette législation illustre ainsi une technique prisée du gouvernement de fait dans son processus de légitimation : couper les fils qui relient le régime déchu à ses agents.

Aussi, la tendance dominante au XIX^e siècle est de voir les gouvernements de fait abolir les serments plutôt que les multiplier ; aux régimes de droit de prévoir les serments politiques de leurs agents. Il semble que cela soit dans l'esprit du temps, c'est du moins ce que laisse supposer Étienne-Romain de Sèze, magistrat sous la Restauration. Il publie un ouvrage en 1832 dans lequel il explique que pour recevoir le serment politique, celui qui l'exige doit en avoir la capacité juridique pour qu'il consiste en un « engagement parfait » et non en « une suite de paroles vaines »²⁰⁷⁶. Il reconnaît toutefois que le serment peut avoir été exigé d'un « prince armé d'une de ces puissances de fait » éphémères, un « usurpateur »²⁰⁷⁷ ; quelle est dans ce cas sa valeur ? La réponse semble confirmer ce pourquoi le gouvernement de fait est dubitatif face à l'emploi du serment : il est valable aussi longtemps que le gouvernement se maintient, mais tombe avec lui²⁰⁷⁸. En outre, selon de Sèze, s'astreindre au serment ne signifie pas que l'on reconnaisse le gouvernement usurpateur qui en est le destinataire²⁰⁷⁹. On ne peut d'ailleurs pas taxer d'opportunisme ce royaliste convaincu et partisan de Charles X lorsqu'il siège à la

²⁰⁷¹ *Duvergier*, 1, 48, 59.

²⁰⁷² *Duvergier*, 1, 48, 66.

²⁰⁷³ Décret du 5 septembre 1870 (*Duvergier*, 1, 70, 321).

²⁰⁷⁴ Décret du 12 septembre 1870 (*Duvergier*, 1, 70, 328). Napoléon avait en effet promulgué un décret du 8 mars 1852 relatif aux serments que devaient prêter les ministres, les membres des grands corps de l'État, les militaires, magistrats et fonctionnaires. Le défaut de serment valait démission (*Duvergier*, 1, 51, 151).

²⁰⁷⁵ Décret du 4 mai 1871 (*Réimpression du Journal officiel de la République française sous la Commune*, *op. cit.*, 5 mai 1871, p. 467).

²⁰⁷⁶ É.-R. de SÈZE, *Du serment politique et de la souveraineté en France*, Paris, Chez G.-A. Dentu, 1834, p. 15-16.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 17.

²⁰⁷⁸ La pratique est attestée à cette époque, où l'on voit des légitimistes appeler à prêter un serment de joueur à Louis-Philippe, c'est-à-dire à subir provisoirement le gouvernement dans l'attente du moment où il pourra être renversé. Cf. sur ce point : Partie I – Titre II – Chapitre 1, p. 173.

²⁰⁷⁹ Et selon l'abbé du Voisin à partir de qui il étaye son opinion : É.-R. de SÈZE, *Du serment politique et de la souveraineté en France*, *op. cit.*, p. 17-18.

Chambre des Pairs. On ne peut pas non plus l'accuser de marchander ses serments : il a refusé la prestation à Louis-Philippe après les journées de Juillet²⁰⁸⁰.

2. Les interrogations relatives au serment au XX^e siècle : obéissance ou désobéissance du fonctionnaire de fait

Il n'est toutefois pas vraiment possible de parler d'une tradition française ou d'une pratique uniforme de la part du gouvernement de fait, car, au XX^e siècle, il en est un qui va essayer de s'appuyer sur le serment, dans le but de rendre responsables auprès de lui les agents de l'État et asseoir sa domination sur l'appareil étatique. En ce sens, l'acte n° 7 du 27 janvier 1941 promulgué par Philippe Pétain est significatif. Il prévoit que « [l]es secrétaires d'État, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires de l'État prêtent serment devant le chef de l'État. Ils jurent fidélité à sa personne et s'engagent à exercer leur charge pour le bien de l'État, selon les lois de l'honneur et de la probité »²⁰⁸¹. Il s'agit bien d'un serment politique, prêté directement à la personne du chef de l'État et qui engage la responsabilité personnelle de l'agent devant lui (article 2). Le régime juridique de responsabilité que prévoit le texte est très lourd. En cas de parjure ou de trahison, l'agent peut se voir appliquer une série de mesures répressives : privation de droits politiques, mise en résidence surveillée, internement administratif ou détention dans une enceinte fortifiée²⁰⁸². Volontairement strict, ce régime a été pensé à la fois dans l'optique du rehaussement de l'autorité exécutive et dans un souci de répression (les peines prévues sont rapidement mises en applications pour juger les anciens ministres de la Troisième République comme le permettait l'article 5²⁰⁸³). Sans doute a-t-il aussi une visée incitative : contraindre les fonctionnaires à l'obéissance dans un contexte où la dualité de gouvernements et l'invasion d'une partie du territoire peut nuire à l'efficacité de la souveraineté. Il astreint à un devoir de « fidélité », tel est le terme employé par les Actes constitutionnels n° 8 et 9 du 14 août 1941²⁰⁸⁴. On peut alors noter l'importance capitale que prend cette question du serment dans la législation constitutionnelle de Vichy. En effet, pas moins de quatre Actes constitutionnels (sur les douze promulgués au total²⁰⁸⁵) lui sont consacrés, dont le dernier, l'Acte n° 10 du 4 octobre 1941, dispose que l'obligation de serment pourra dorénavant « être étendue par des lois ultérieures aux fonctionnaires de tous ordres qui ne sont pas visés » par les actes qui précèdent²⁰⁸⁶. Le principe à l'origine d'un engagement de la responsabilité étant un rapport d'obligation, il

²⁰⁸⁰ *Dictionnaire des parlementaires français*, t. I, *op. cit.*, v° Sèze (Étienne-Romain, vicomte de), p. 179.

²⁰⁸¹ *JO*, 28 janvier 1941, p. 449.

²⁰⁸² Art. 3 de l'Acte constitutionnel. Il s'agit des mêmes peines.

²⁰⁸³ Sur ce point : *cf.* Partie II – Titre II – Chapitre 1, p. 415 *sqq.*

²⁰⁸⁴ *JO*, 16 août 1941, p. 3438. Le premier serment concerne l'armée : « Je jure fidélité à la personne du chef de l'État, promettant de lui obéir en tout ce qu'il me commandera pour le bien du service et le succès des armes de la France » ; le second concerne les magistrats : « Je jure fidélité à la personne du chef de l'État. Je jure et promets de bien et honnêtement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ».

²⁰⁸⁵ Dix-sept, si l'on compte les quatre révisions de l'Acte n° 4 et la révision de l'Acte n° 12.

²⁰⁸⁶ *JO*, 5 octobre 1941, p. 4290.

semble que Pétain n'essaie pas seulement de faire naître de l'obéissance, mais plus encore de la fidélité – un *sentiment* d'obligation et de loyauté envers la personne à qui le serment est destiné – qui semble relever d'une sorte de clientélisme anachronique.

L'après Vichy amène à un certain regard rétrospectif et critique sur le serment. Régulièrement dans l'histoire du gouvernement de fait, l'antienne porte sur ceux qui ont prêté un serment auquel ils n'auraient pas dû consentir. Le procédé est souvent dénigré, qu'il s'agisse, au XIX^e siècle, des attaques qui visent les prêteurs sur gages de serments, fustigés pour leur versatilité, ou, dans le cas de Vichy, de celles qui condamnent le serment comme péché originel d'une fidélité administrative à un pouvoir inique²⁰⁸⁷. En ce sens, le serment politique n'apparaît pas le moyen le plus efficace d'engendrer une fidélité du fonctionnaire, ce qui explique d'ailleurs que les gouvernements de fait y aient eu faiblement recours. On pourrait même avancer l'idée que les serments politiques sont l'apanage des gouvernements qui doutent de leur légitimité.

Les équivoques de la fidélité du fonctionnaire n'invitent pas encore à se poser la question de la responsabilité administrative. Elles conduisent en revanche à celle de la responsabilité disciplinaire. Cette dernière, après les transitions constitutionnelles, se traduit souvent par une épuration administrative. Ces purges de l'administration sont récurrentes dans l'histoire des transitions constitutionnelles, si bien que les gouvernants y ont recours en 1815, 1830, 1848, 1852 et 1871 ou encore à partir de 1944²⁰⁸⁸. Procédé au cadre juridique flou, l'épuration relève d'un processus disciplinaire qui sort de l'ordinaire²⁰⁸⁹. Dans l'esprit du gouvernement, les épurations administratives s'assimilent à des saignées pour soigner un corps rendu malade par la carence de légalité et par l'excès d'usurpation. Elles peuvent aussi être un moyen de préparer en amont un coup d'État, à l'instar de ce qu'a fait Louis-Napoléon Bonaparte, opérant un progressif remplacement du corps de l'État dès 1850 pour s'assurer des soutiens dans l'Administration²⁰⁹⁰. Celle qui a fait couler le plus d'encre est sans doute l'épuration au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²⁰⁹¹. À partir de 1944, le GPRF – puis le gouvernement de la Quatrième

²⁰⁸⁷ À ce propos, Jean-Paul Jean invite à conserver un regard critique et à éviter les conclusions hâtives sur la valeur et le sens du serment qui peut être prêté par l'individu. Il rappelle d'ailleurs que certains magistrats et membres du Conseil d'État ont prêté le serment exigé par Pétain, tout en poursuivant dans la clandestinité des activités de résistance : René Parodi et son frère Alexandre, Maurice Rolland ou encore Michel Debré. J.-P. JEAN, « Le serment de fidélité au maréchal Pétain, péché originel des juges ? », *Cahiers de la Justice*, t. 2, 2013, p. 9.

²⁰⁸⁸ F. ROUQUET, *L'épuration dans l'administration française*, Paris, CNRS Éditions, 1993 (*Histoire – 20^e siècle*), p. 15. V. pour un tableau d'ensemble : *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, éd. P. GERBORD et alii, Genève, Librairie Droz, 1977, *passim*.

²⁰⁸⁹ F. ROUQUET, *L'épuration dans l'administration française*, *op. cit.*, p. 15 : l'auteur va même jusqu'à considérer que l'épuration se démarque par nature de la responsabilité disciplinaire.

²⁰⁹⁰ P. SANDEVOIR, « Les modalités juridiques des épurations au XIX^e siècle », *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 107.

²⁰⁹¹ V. notamment en ce sens : J. CHEVALLIER, « L'épuration au conseil d'État », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, *op. cit.*, p. 447-460 ; F. ROUQUET, *L'épuration dans l'administration française*, *op. cit.*, *passim* ; P. NOVICK, *L'épuration française, 1944-1949*, *op. cit.*, *passim*.

République après lui – procède à un nombre important de révocations sans pensions, de blâmes, de mises à la retraite ou en disponibilité d'office²⁰⁹².

La seconde question que fait jaillir la fidélité du fonctionnaire concerne les rapports entre l'obéissance et la légitimité du commettant. Elle se pose particulièrement au renversement du gouvernement de Vichy, lorsqu'un arrêt du Conseil d'État invoque la désobéissance hiérarchique. Le 10 novembre 1944, dans son arrêt *Langneur*, le juge administratif condamne un agent pour avoir exécuté des ordres qui « présentaient de toute évidence un caractère illégal »²⁰⁹³. En appeler à une « évidence » du « caractère illégal » de l'acte permet au Conseil d'État d'éviter d'avoir à se prononcer sur le sens de l'illégalité dont il est question, puisque son jugement est rendu sous l'égide d'un gouvernement de fait, le GPRF, et a trait à un événement ayant eu lieu sous un autre gouvernement de fait, celui de Vichy. Cela permet aussi une certaine continuité du droit, le juge administratif s'interrogeant sur la responsabilité de l'agent en dépit des tribulations constitutionnelles. Cet agent a commis une faute « de nature à justifier une sanction disciplinaire » qui emporte sa responsabilité personnelle²⁰⁹⁴.

Il semble alors que la responsabilité du fonctionnaire oscille entre deux systèmes théoriques²⁰⁹⁵ : l'*obéissance passive*, en vertu de laquelle il ne doit pas contester les ordres et une théorie dite des « *baïonnettes intelligentes* » dont il résulte que l'agent ne doit pas obéir aux ordres manifestement illégaux²⁰⁹⁶. L'arrêt *Langneur* ne verse pas totalement dans la seconde, en ce qu'il pose deux conditions à cette désobéissance nécessaire de l'agent : l'illégalité manifeste (ou évidente, c'est-à-dire qui se passe d'explication, qui s'impose) et la compromission grave de l'ordre public qui résulterait de son exécution²⁰⁹⁷. Ce dernier point montre que le principe présent dans la jurisprudence *Langneur* ne consacre pas vraiment un devoir de désobéissance du fonctionnaire (il serait bien impropre à le justifier). En réalité, il s'agit plutôt d'un moyen de renforcer le principe de continuité du

²⁰⁹² C. GOYARD, « La notion d'épuration administrative », *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, *op. cit.*, p. 3-4. Le professeur Goyard note toutefois que là où les changements de régimes sont souvent l'occasion de procéder à des bouleversements massifs dans la fonction publique, le GPRF a eu tendance à s'autolimiter en 1944, ne serait-ce qu'en définissant un cadre juridique à l'épuration administrative (*ibid.*, p. 8). V. aussi : P. NOVICK, *L'épuration française, 1944-1949*, *op. cit.*, p. 141 *sqq.*

²⁰⁹³ *Rev. CE* 1944, p. 288.

²⁰⁹⁴ V. en ce sens la décision et son commentaire au *Recueil Dalloz* : D. 1945, III, p. 89. La décision reprend la logique du commissaire du gouvernement Bernard Chenot. Il raisonne ainsi : la loi du 14 septembre 1943 portant statut des fonctionnaires prévoit qu'en cas de doute sur la régularité de l'ordre reçu, l'agent doit faire part de ses vues à son supérieur, mais si l'ordre est réitéré, il doit être exécuté. La loi, précise Chenot, n'est pas applicable à deux titres : d'abord elle a été annulée par l'ordonnance du 9 août 1944 et, surtout, le principe de l'obéissance ou l'excuse de la contrainte ne justifie pas l'acte de l'agent. Le principe d'obéissance du fonctionnaire vise à assurer la continuité et la bonne exécution du service en présupant le bien-fondé de l'ordre. « Mais il n'est guère de présomption qui résiste à l'évidence » selon Chenot. L'évidence en question doit empêcher le fonctionnaire d'obéir à l'injonction coupable.

²⁰⁹⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Éditions Cujas, 2019, p. 315-316.

²⁰⁹⁶ Des auteurs voient un tel principe non seulement dans la jurisprudence, mais également dans certains textes de loi comme l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre : v. en ce sens R. DOARÉ, « Ordre légal, ordre illégal », *Inflexions*, t. 24, 2013, p. 157.

²⁰⁹⁷ Le pénaliste Jean Pradel considère que ce caractère manifeste de l'illégalité permet de tempérer l'absoluité d'un principe de désobéissance du fonctionnaire, qui serait en pratique inapplicable et dangereux pour le service : J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 316.

service public et l'application ininterrompue de la loi²⁰⁹⁸. En renvoyant l'illégalité manifeste à la faute de l'agent et non à celle de l'Administration, on évite de consacrer une rupture²⁰⁹⁹. En outre, cela permet de rejeter la faute sur le commettant et non sur la personne publique²¹⁰⁰. Cela préserve donc l'État d'un engagement de sa responsabilité. Le fonctionnaire semble difficilement échapper à sa responsabilité personnelle lorsqu'il est mis face à des situations comme celles du gouvernement de fait et de l'usurpation, dont l'histoire est traversée par cette tension entre sujétion et désobéissance. Cette tension se manifeste également lorsqu'il est question de déterminer s'il existe une responsabilité administrative du fonctionnaire de fait.

B. La difficile reconnaissance d'une responsabilité administrative du fonctionnaire de fait

Il apparaît nécessaire de se poser la question du statut du fonctionnaire sous le gouvernement de fait et du type de responsabilité qu'il est susceptible d'engendrer. Le rattachement à l'État par un serment apparaît trop peu convaincant juridiquement, d'autant que les gouvernements de fait ont plutôt tendance à s'en passer. Dès lors, relevant d'un gouvernement illégal, l'agent devrait être incompetent et, par conséquent, il ne pourrait être responsable que personnellement, c'est-à-dire pénalement ou civilement. En aucun cas il ne mettrait en jeu une responsabilité administrative. Le fonctionnaire disparaîtrait alors à chaque transition constitutionnelle pour réapparaître, inexplicablement, au retour de la situation constitutionnelle normale. Cela semble très improbable et les conséquences juridiques d'une telle conception seraient désastreuses puisqu'elles impliqueraient la paralysie de tout l'appareil étatique durant la transition.

De surcroît, l'Administration et les règles juridiques qui l'encadrent perdurent aux changements de régime. Aussi, la Cour de cassation affirme-t-elle en 1848 que la « garantie constitutionnelle accordée aux agents du Gouvernement de ne pouvoir être poursuivi pour faits relatifs à leurs fonctions, sans l'autorisation du conseil d'État » n'a pas été abrogée par l'effet de la révolution de février 1848²¹⁰¹. Dès lors, les changements informels de gouvernement sont sans effets pour les garanties constitutionnelles des fonctionnaires. Néanmoins, cette décision ne dit rien du statut même de l'agent du gouvernement de fait ni de sa responsabilité. Le détour par la théorie du fonctionnaire de fait (1) permet de se pencher sur la question de la responsabilité administrative et de l'imputabilité de la faute de l'agent au gouvernement de fait, donc à l'État (2).

²⁰⁹⁸ C. CHAUVET, « Fonctionnaire, obéir/désobéir », *Pouvoirs*, t. 155, 2015, p. 151 *sqq.*

²⁰⁹⁹ Dans l'arrêt, le Conseil d'État précise bien qu'exécuter les injonctions manifestement illégales « compromet[t] gravement le fonctionnement du service public » (*Rec. CE* 1944, p. 288).

²¹⁰⁰ C. CHAUVET, « Fonctionnaire, obéir/désobéir », *loc. cit.*, p. 152.

²¹⁰¹ Cass., 29 avril 1848, *Migaud c. Hardy* (S. 1848, I, p. 464).

1. Une théorie fondée sur l'apparence : le fonctionnaire de fait

L'un des principes essentiels du droit public est la condamnation de l'usurpation de fonctions administratives²¹⁰². Toutefois, par exception, la théorie du fonctionnaire de fait est susceptible de pallier l'incompétence présomptive de l'individu qui exercerait la fonction et les compétences d'un agent public, sans titre ou avec un titre manifestement illégal. L'agent qui ne remplit pas les conditions légales à l'exercice de sa fonction serait alors tout de même apte à représenter l'État. Conséquemment, les actes qu'il produirait seraient dotés d'effets juridiques²¹⁰³. La théorie du fonctionnaire de fait peut alors servir à corriger certains effets considérés comme légaux du gouvernement de fait²¹⁰⁴. Elle est liée au « respect de la croyance légitime des administrés dans des autorités administratives présentant toutes les apparences d'une investiture régulière » et vise la sécurité juridique des administrés²¹⁰⁵. En ce sens, cette théorie est rattachable à l'idée de continuité de l'État et de permanence de l'Administration.

La jurisprudence a donc dégagé la règle que le fonctionnaire de fait qui avait les apparences d'un agent régulier avait édicté des actes valides²¹⁰⁶ tant que sa situation n'avait pas fait l'objet d'une annulation ou d'une régularisation. Ses actes ne sont alors pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir pour incompétence²¹⁰⁷. On retrouve la même fiction que pour le régime juridique des actes du gouvernement de fait tel qu'il se dégage à la fin du XIX^e siècle²¹⁰⁸. Cette construction prétorienne fonctionne sur l'apparence et la nécessité. Elle repose sur l'apparence d'abord, car pour qu'elle s'applique, les tiers doivent « avoir pu raisonnablement croire et, de bonne foi, avoir cru que l'auteur de l'acte était régulièrement investi »²¹⁰⁹. L'agent devait donc avoir l'apparence de la légalité et le tiers le sentiment d'avoir à faire à l'État. Elle s'appuie sur la nécessité ensuite, car ce qui préside à sa logique est l'intérêt public, c'est-à-dire le bon fonctionnement des services de l'État²¹¹⁰. Il y a aussi une certaine nécessité de déroger aux règles du droit positif, dans un souci de sécurité juridique des citoyens²¹¹¹.

Doctrinalement, cette théorie a pu être interprétée de manières radicalement différentes. Gaston Jèze distingue deux situations, selon que l'individu qui se prétend

²¹⁰² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 263.

²¹⁰³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 285.

²¹⁰⁴ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 1980, p. 334. Elle déborde toutefois du seul cadre du gouvernement de fait puisqu'elle peut concerner des situations en période normale.

²¹⁰⁵ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1506.

²¹⁰⁶ CE, 21 juillet 1876, *Ducatel c. Véron* (Rec. CE 1876, p. 701), Cass., 7 août 1883 (*S.* 1884, I, p. 5) ; v. aussi : A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 334.

²¹⁰⁷ CE, 2 novembre 1923, *Assoc. Des fonctionnaires de l'administration centrale des postes* (Rec. CE 1923, p. 699), CE, sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c. Ihsen Mtimet* (Rec. CE 2001, p. 234) ; v. aussi : B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1507.

²¹⁰⁸ Cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 300 *sqq.*

²¹⁰⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 291.

²¹¹⁰ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 334.

²¹¹¹ Comme le relève Gaston Jèze à propos de la nécessité de ne pas faire tomber dans la nullité tous les actes d'un agent réputé usurpateur : « [l]e juriste a à résoudre non pas des problèmes de mathématiques, mais des problèmes sociaux éminents et complexes ; il doit s'efforcer de concilier les intérêts divers en conflits, d'obtenir le maintien de la paix sociale » (G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 289).

fonctionnaire bénéficie ou non d'une investiture plausible : dans l'affirmative – cas qui s'applique au gouvernement de fait – on est en présence d'un fonctionnaire de fait et, dans la négative – cas qui relève de l'usurpation –, d'un usurpateur de fonction. Pour Jèze, la théorie ne s'applique donc pas pour le second cas, emportant la nullité des actes et conduisant à ce que l'individu est incompetent pour représenter l'État ou engager sa responsabilité²¹¹². André de Laubadère, lui, propose une interprétation contraire. Après avoir distingué les hypothèses du gouvernement de fait et du « gouvernement insurrectionnel », il n'hésite pas à rejeter la théorie du fonctionnaire de fait pour le premier type de gouvernements et à l'appliquer au second (qui équivaut à l'usurpation)²¹¹³. La pratique semble plutôt incliner dans le sens de Jèze car, en ce qui concerne les gouvernements insurrectionnels, il peut arriver que leurs actes soient validés conditionnellement, mais leurs agents ne sont pas toujours légitimés. En outre, cette solution apparaît plus logique puisque la théorie du fonctionnaire de fait reposant sur l'apparence, elle s'applique au gouvernement qui doit avoir lui-même l'apparence de la régularité²¹¹⁴.

Pour Gaston Jèze, la responsabilité du fonctionnaire de fait, eu égard à ses actions est à rechercher du côté du droit pénal. Alors, « il ne saurait y avoir de responsabilité que s'il y a eu véritablement intention d'exercer irrégulièrement la fonction »²¹¹⁵. Dans le cas de l'usurpation manifeste de fonctions, la question ne se pose guère, la responsabilité pénale de l'individu pourra jouer, *a fortiori* lorsque l'usurpation de fonction résulte d'un gouvernement renversé par l'autorité de droit. Dans ce cas, c'est le plus souvent par le biais de la justice d'exception que va s'exercer la répression pénale (la répression de la Commune de Paris en fournit un exemple). Dans le cas d'un fonctionnaire du gouvernement de fait, selon Jèze :

« [...] il serait contraire à l'intérêt public bien entendu de menacer de peines les citoyens courageux et dévoués qui, de bonne foi, en vertu de l'investiture de leurs concitoyens ou des autorités publiques supérieures, consentent à exercer les fonctions abandonnées par les autorités publiques régulièrement investies, alors surtout que cet exercice a été paisible, accepté généralement »²¹¹⁶.

²¹¹² G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 299 *sqq.* et p. 343 *sqq.*

²¹¹³ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 335. La logique de la conception de Laubadère est la suivante : puisque le gouvernement de fait, par application d'une fiction, s'assimile au gouvernement de droit, les fonctionnaires équivalent à des agents d'une autorité de droit, leurs actions et leurs actes relèvent du même régime, il n'y a donc pas besoin d'appliquer la théorie du fonctionnaire de fait. Elle s'applique donc par exception aux gouvernements insurrectionnels, non pas de manière générale, mais « lorsque [leurs] actes ont concerné des services publics dont le fonctionnement ne pouvait pas être interrompu ».

²¹¹⁴ Cass., 27 novembre 1872, *Crédit foncier de France c. Enregistrement* (S. 1873, I, p. 259) : dans cette affaire (pour davantage de détails : cf. Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 307 *sqq.*), le requérant estimait un paiement libératoire en ce qu'il l'avait versé aux agents qui avaient l'apparence de la régularité (il s'agissait des agents de la Commune de Paris de 1871). La Cour estime, au contraire, qu'ils sont des usurpateurs et qu'en aucun cas le paiement versé auprès d'eux est libératoire. Ils ne sont donc pas des fonctionnaires de fait mais des usurpateurs de fonction.

²¹¹⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 305.

²¹¹⁶ *Ibid.*, p. 305-306.

Là encore, il s'agit de considérations toutes entières tournées vers l'idée de continuité de l'État. La question demeure pourtant de savoir s'il existe une responsabilité administrative du fonctionnaire du gouvernement de fait, c'est-à-dire une possibilité d'imputer un dommage causé par le représentant d'un gouvernement de fait non pas à l'individu, mais à l'État dont il est réputé tenir ses compétences.

2. Histoire d'une fuite en avant de l'Administration

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, lorsqu'il est question de juger les gouvernants ou les fonctionnaires d'un gouvernement de fait, cela se fait par le biais de leur responsabilité personnelle, en accord avec le régime d'irresponsabilité de l'État qui court durant la même période et qui ferait de toute façon obstacle à toute mise en œuvre d'une responsabilité administrative²¹¹⁷. En effet, l'État souverain ne pouvant mal faire lorsqu'il agit par actes de souveraineté, si l'agent est considéré comme un fonctionnaire de fait et que sa faute n'est pas personnelle, il entre dans le champ de l'irresponsabilité. En ce sens, Edouard Laferrière précise en 1896 que : « [l']État est exempt de toute responsabilité pécuniaire quand sa fonction confine à la souveraineté »²¹¹⁸. Jusqu'à la fin du siècle, l'État reste donc la mesure de sa propre puissance²¹¹⁹. Il en est ainsi lors de circonstances exceptionnelles où sa sauvegarde prime l'illégalité²¹²⁰. Dans ce cas, le juge s'appuie sur la qualification de faits de guerre, qui peut parfois englober la période d'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait²¹²¹. La faute du fonctionnaire qui agit dans le cadre de ses fonctions ayant entraîné un dommage pourra toujours conduire à des indemnités par le législateur ou le ministre, mais il s'agit alors d'une réparation sans responsable, soumise à l'appréciation souveraine de l'État.

²¹¹⁷ Malgré une âpre lutte au XIX^e siècle entre les juridictions civile et administrative, les arrêts *Rothschild* (CE, 6 décembre 1955) et *Dekeister* (CE, 6 août 1961) du Conseil d'État, répartiteur des compétences sous le Second Empire, consacrent un double privilège au profit de l'autorité administrative : privilège normatif, car l'arrêt *Rothschild* écarte l'application du droit privé dans la responsabilité de l'administration en affirmant qu'elle obéit à un régime exorbitant (elle n'est « ni générale, ni absolue ») et privilège de juridiction, l'arrêt *Dekeister* confirmant que le juge naturel de l'administration est le juge administratif. L'arrêt *Blanco* (CE, 23 février 1873) reprend essentiellement les bases posées par ces deux arrêts (et acte l'abandon de la théorie de l'État débiteur). G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *loc. cit.*, p. 12-13. V. aussi, pour la lutte entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, sur la question de la responsabilité extra-contractuelle de l'État et la tentative des juges ordinaires pour appliquer les art. 1382 à 1384 (anciens) du Code civil à ses agents : G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999 (*Bibliothèque de science administrative*), p. 330 *sqq.*, p. 363 *sqq.* et p. 480 *sqq.*

²¹¹⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, t. II, Paris, Nancy, Berger-Levrault et C^e, 1896, p. 184. La responsabilité ne peut être engagée, explique Laferrière, ni pour les actes législatifs, ni pour les actes de gouvernement, ni pour les faits de guerre, ni pour les erreurs judiciaires avant la loi du 8 juin 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires.

²¹¹⁹ G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *loc. cit.*, p. 10 ; P. GONOD, « À propos de la responsabilité administrative », *Mouvements*, t. 29, 2003, p. 32.

²¹²⁰ Sur ce point : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 336 *sqq.*

²¹²¹ CE, 7 février 1834, *Gervaise* (*Rec. CE* 1934, p. 107) : À propos d'un particulier dont la maison avait été incendiée durant le siège de Mézière en 1815. L'atteinte à la propriété sans indemnités a été justifiée par les circonstances exceptionnelles de faits de guerre. Si les dommages avaient résulté des « mesures précautionnelles de défense », la responsabilité aurait pu être engagée (*sic*, souligné par le recueil : *Rec. CE* 1834, p. 108). V. pour plus de détails : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 337.

L'engagement de la responsabilité de l'administration n'est toutefois pas impossible. Il existe, dans certains domaines des dispositions spéciales qui la permettent (les travaux publics par exemple)²¹²². En 1870, c'est un gouvernement de fait qui offre l'opportunité d'y voir plus clair sur la responsabilité des agents de l'État : par un décret du 19 septembre, le gouvernement de la Défense nationale abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII sur lequel était en grande partie fondée l'immunité des agents publics²¹²³. Plus largement, ce décret abroge « toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales qui auraient pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre »²¹²⁴. Pour autant, le Tribunal des conflits, le 28 juillet 1873, dans un arrêt *Pelletier*, apporte rapidement une nuance qui confine à la limitation de cette largesse : le décret de 1870 ne fait pas obstacle à ce que l'autorité administrative connaisse de certains actes de l'administration lorsqu'ils concernent une faute de service de l'agent et non une faute personnelle²¹²⁵. Ainsi, la responsabilité administrative du fonctionnaire reste du ressort du Conseil d'État et non de la juridiction judiciaire²¹²⁶. La juridiction administrative confirme cette distinction entre faute personnelle et faute de service en 1874 dans un arrêt *Chéron*²¹²⁷. Simplement, le juge accepte de connaître du recours en excès de pouvoir contre l'acte qui était en cause (par lequel un militaire avait supprimé un journal dans un département placé sous l'État de siège), nonobstant l'avis du commissaire du gouvernement Edmond David qui s'était prononcé pour l'interprétation contraire. David s'appuie, dans ses conclusions sur l'arrêt, sur la théorie des actes de gouvernement²¹²⁸, actes du pouvoir souverain dont le juge ne peut connaître et qui, par conséquent, n'engagent pas la responsabilité de l'État. Pour François Saint-Bonnet, « [s]i l'on suit David, on doit considérer que le juge n'est jamais compétent pour s'immiscer dans les questions qui touchent au péril de l'État, que l'atteinte aux droits des particuliers même encadrée dans la une loi, s'apprécie de manière purement politique »²¹²⁹.

Une double interrogation surgit alors quant à la nature des actes émis pendant l'exercice du pouvoir par un gouvernement de fait. D'abord, lorsque le gouvernement est légitimé, revient-il nécessairement à l'autorité administrative de ne pas connaître de

²¹²² G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.*, p. 361 *sqq.* ; v. aussi : B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1609-1611. Globalement, l'État à la fin du XIX^e siècle apparaît responsable pour ce qui relève des « actes accomplis dans la gestion du service public » et irresponsable en ce qui concerne les « actes d'autorité », selon Léon Michoud : L. MICHLOUD, « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *loc. cit.*, p. 404.

²¹²³ *JO*, 20 septembre 1870, p. 1585.

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ *Rec. TC* 1873, p. 117.

²¹²⁶ Sur ce point, v. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 702-703.

²¹²⁷ *CE*, 5 juin 1874, *Chéron* (*Rec. CE* 1874, p. 516).

²¹²⁸ Le juge administratif rejette sa compétence pour les « actes de haute administration », puis « actes de actes de gouvernement », qui expriment la marge de manœuvre politique du pouvoir souverain, depuis le début du XIX^e siècle (*CE*, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, *Rec. CE* 1822, p. 371). Les actes de gouvernement sont appliqués dans la jurisprudence des faits de guerre à la même époque (*CE*, 1^{er} mars 1826, *Rec. CE* 1826, p. 125 par exemple). V. pour plus de détails : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 343 *sqq.*

²¹²⁹ *Ibid.*, p. 346.

ses actes de gouvernement, car il pourrait s'agir d'actes touchant au péril de l'État et à sa survie en période de troubles ? Dans ce cas, toute responsabilité de l'agent ne pourrait qu'être consécutive à une faute personnelle, car la faute de service le mettrait à l'abri. Cette question reste en suspens, il ne semble pas que la justice se soit prononcée dessus. Il apparaîtrait logique, toutefois, que dans ce cas, le régime soit similaire à celui du fonctionnaire de droit. Ensuite, *quid* du gouvernement de fait désavoué, c'est-à-dire qualifié d'usurpation ? Ce cas de figure est explicité par le juge administratif à la même époque, pour venir rejoindre les causes d'irresponsabilité de la puissance publique. Puisque les affidés du pouvoir usurpateur ne sont pas assimilés à des agents de l'État, ils n'emportent que leur responsabilité personnelle. À propos de la Commune de Paris, le Conseil d'État affirme à plusieurs reprises que l'État ne peut se voir condamné pour un dommage résultant des rapports avec les agents de l'insurrection. L'individu qui a fourni des denrées d'alimentations²¹³⁰, approvisionné des hôpitaux militaires²¹³¹ ou poursuivi l'exécution d'un marché de confection d'habillements militaires²¹³² a « agi à ses risques et périls en vertu d'une convention passée avec les agents de la Commune insurrectionnelle »²¹³³.

Il faut alors attendre le tournant du XIX^e-XX^e siècle pour que la reconnaissance d'une responsabilité de l'État par le juge administratif se fasse. Elle a lieu par deux arrêts *Cames* (21 juin 1895)²¹³⁴ et *Tomaso Grecco* (10 février 1905)²¹³⁵ du Conseil d'État. Le premier consacre une responsabilité sans faute de l'État qui n'est pas fondée sur le droit civil, mais sur un « principe supérieur de justice », « une législation d'équité » selon le commissaire du gouvernement Romieu²¹³⁶. Le second reconnaît la responsabilité pour un dommage causé par la faute de ses agents dans le cadre de l'exécution d'une mesure de police²¹³⁷. Pour apprécier l'incidence de l'élargissement de la responsabilité administrative sur le fonctionnaire de fait, il convient de se pencher sur la jurisprudence relative au régime de Vichy.

Au renversement du gouvernement de Pétain par les forces de la France libre et des Alliés, la question des responsabilités a été le centre d'un grand maelström judiciaire. Outre la répression pénale²¹³⁸ et disciplinaire²¹³⁹, la situation a donné naissance à un

²¹³⁰ CE, 14 février 1873, *Cibille* (Rec. CE 1874, p. 169).

²¹³¹ CE, 30 janvier 1874, *Bruneau* (Rec. CE 1874, p. 100).

²¹³² CE, 6 février 1874, *Association générale des ouvriers tailleurs de Paris* (Rec. CE 1874, p. 139).

²¹³³ La formule est reprise dans les deux premiers arrêts, *Cibille* et *Bruneau* (Rec. CE 1874, p. 170 et Rec. CE 1874, p. 101). Dans le troisième arrêt, *Association générale des ouvriers tailleurs de Paris*, le juge se borne à constater que l'association a « agi à ses risques et périls », puisque la convention n'était pas passée avec la Commune mais avec le gouvernement antérieur, celui de la Défense nationale (elle était alors valide) (Rec. CE 1874, p. 139).

²¹³⁴ Rec. CE 1895, p. 509.

²¹³⁵ Rec. CE 1905, p. 139.

²¹³⁶ Rec. CE 1895, p. 513, en note. Romieu s'appuie ici sur les écrits de l'administrativiste Édouard Laferrière.

²¹³⁷ G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *loc. cit.*, p. 14 *sqq.*

²¹³⁸ Cf. Partie II – Titre II – Chapitre 1, p. 422 *sqq.*

²¹³⁹ Cf. *supra*, p. 469 *sqq.*

abondant contentieux de la responsabilité administrative. La juridiction administrative s'étant déclarée incompétente pour celle des personnes privées associées à son action et celle des autorités locales n'ayant pas été mises en cause – outre quelques exceptions – dans la mesure où il a été considéré qu'elles agissaient sur ordre de l'occupant, ce contentieux concerne avant tout les autorités centrales²¹⁴⁰. Selon Delphine Costa qui s'est intéressée au contentieux relatif aux dommages causés par Vichy, l'appréciation de la responsabilité de l'État du fait des agissements du gouvernement de Vichy connaît deux phases. La première, dès le lendemain de la Guerre, consacre une irresponsabilité malgré une indemnisation des victimes sur le fondement des dommages de guerre lorsqu'une disposition existe²¹⁴¹. Elle repose à la fois sur un impératif politique, la doctrine gaullienne de l'illégitimité de Vichy, ainsi que sur la nécessité juridique d'indemniser les victimes. La responsabilité de l'État n'est envisagée à aucun moment dans le processus, il s'agit d'une indemnisation sans responsable²¹⁴². En outre, il subsistait un doute sur la possibilité de l'engager en dehors du cadre de la législation des dommages de guerre. Mais, le Conseil d'État clarifie ce point par les décisions *Époux Giraud* du 4 janvier 1952²¹⁴³ et *Demoiselle Remise* du 25 juillet 1952²¹⁴⁴, qui consacrent l'irresponsabilité de l'État par principe.

La seconde phase correspond aux arrêts *Pelletier* de 2001 et *Papon* de 2002²¹⁴⁵. L'arrêt *Pelletier* reste ambigu²¹⁴⁶ mais l'arrêt *Papon* reconnaît la faute de service de l'administration, en concurrence avec celle, personnelle, de l'agent (Maurice Papon) pour avoir causé des dommages du fait de ses agissements dans le cadre de ses fonctions. Le juge précise en outre que « la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'État français" [...] ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française »²¹⁴⁷. Enfin, l'avis du Conseil d'État du 16 février 2009 *Hoffman-Gleman* offre la reconnaissance solennelle d'un « préjudice collectivement subi »²¹⁴⁸. Pour Delphine Costa, cette reconnaissance de la responsabilité de l'administration parachève le processus de fin du repli de l'État face à Vichy. Néanmoins,

²¹⁴⁰ En ce sens : D. COSTA, « Responsabilité administrative et Vichy », *La responsabilité administrative...*, *op. cit.*, p. 94 ; v. aussi la jurisprudence citée : CE, 12 novembre 1948, *Sieur Quin* (Rec. CE 1948, p. 427), CE, 13 juillet 1951, *Époux de Persan* (Rec. CE 1951, tables p. 822), CE, 12 mai 1954, *Turin de Montmel* (Rec. CE 1954, tables p. 888) ; exception : CE, 19 mai 1950, *Chambre de commerce de Bayonne* (Rec. CE 1950, p. 303).

²¹⁴¹ D. COSTA, « Responsabilité administrative et Vichy », *loc. cit.*, p. 95 *sqq.*

²¹⁴² T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, *op. cit.*, p. 288.

²¹⁴³ CE, Ass., 4 janvier 1952, *Époux Giraud* (Rec. CE 1952, p. 14).

²¹⁴⁴ CE, Sect., 25 juillet 1952, *Demoiselle Remise* (Rec. CE 1952, p. 401).

²¹⁴⁵ CE, 6 avril 2001, *Pelletier et autres* (Rec. CE 2001, p. 173) ; CE, 12 avril 2002, *Papon* (Rec. CE 2002, p. 139) ; pour davantage de détails à propos de ces arrêts dont il a été question plus longuement ailleurs dans cette étude : cf. Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 94 et Partie II – Titre I – Chapitre 1, p. 329-332.

²¹⁴⁶ V. en ce sens : D. COSTA, « Responsabilité administrative et Vichy », *loc. cit.*, p. 101-103. Selon Delphine Costa, avec la jurisprudence *Pelletier* « le principe de l'irresponsabilité de l'État à raison des agissements de Vichy est maintenu, bien que celui d'une responsabilité de droit commun de l'État soit entrouvert » (*ibid.*, p. 103).

²¹⁴⁷ Rec. CE 2002, p. 141.

²¹⁴⁸ Rec. Avis 2009, p. 43. V. aussi : D. COSTA, « Responsabilité administrative et Vichy », *loc. cit.*, p. 108-109.

tardive, elle peut laisser un « goût amer », en fermant toute nouvelle possibilité d'indemnisation par la prescription²¹⁴⁹. Cette remarque, qui amène à mettre la focale sur les victimes du dommage causé par un gouvernement de fait, souligne l'une des difficultés du droit de la responsabilité, à savoir engendrer un sentiment de justice nécessaire à la réparation²¹⁵⁰.

Cette évolution jurisprudentielle amène deux observations vis-à-vis des agents du gouvernement de fait. Premièrement, par le rejet initial de la responsabilité de l'État en raison de l'illégitimité du gouvernement de fait, le juge administratif ressuscite la doctrine de l'usurpation. L'agent au service d'une usurpation n'est pas rattachable à l'État et ne peut donc en engager la responsabilité. Certes, les victimes des dommages engendrés sont, ou peuvent être, indemnisées. Néanmoins, cela revient à considérer que la responsabilité ne vise qu'à réparer pécuniairement un dommage, donc à minorer sa dimension de pacification des conflits sociaux²¹⁵¹. Secondement, en faisant tomber le masque de la doctrine gaullienne dont il avait affublé cette période, le juge tire un trait d'union entre le fonctionnaire et l'État en passant par le gouvernement de fait. En intégrant la doctrine du fonctionnaire de fait et en acceptant d'appréhender juridiquement la période de Vichy, il permet cette fois-ci une réparation des préjudices non seulement pécuniaire, mais aussi morale puisqu'elle permet la reconnaissance, certes tardive, d'une faute et d'un ou plusieurs coupables pour en porter la responsabilité.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 112-113.

²¹⁵⁰ V. par exemple : K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique...*, *op. cit.*, notamment p. 28 *sqq.*

²¹⁵¹ Ce point fait ressortir le rôle de la justice réparatrice dont l'approche uniquement financière de la réparation dans le régime de la responsabilité administrative est souvent critiquée : K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique...*, *op. cit.*, p. 195.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

En théorie, tout est mis en place progressivement pour qu'existe une armature juridique suffisante pour garantir la continuité de l'État et la protection des administrés : responsabilité internationale du gouvernement de fait pour ne pas léser les ressortissants étrangers, solidarité des engagements et des dettes, progressive responsabilité des collectivités locales et de l'État du fait des insurrections et responsabilité personnelle et administrative du fonctionnaire de fait, comme en situation normale. Pourtant, en pratique, le droit possède une certaine tendance à plier face aux nécessités politiques du moment. On ne peut pas parler d'une évolution uniforme et monolithique vers plus de responsabilité de l'État et une protection accrue des administrés au fil de l'histoire. Ce serait opérer un contresens et une surinterprétation des faits. En revanche, il est possible de déceler une tension constante, au lendemain de certaines périodes de transition constitutionnelle, entre un mouvement de repli étatique (au lendemain des Cent-Jours, après la Commune de 1871 ou dans le sillon tracé par le régime de Vichy) et une prétention à plus de réparation (lois d'amnistie, écrits doctrinaux, politiques et juridiques plus nombreux, ou encore inflexions jurisprudentielles et législatives). En outre, le sentiment d'irresponsabilité de l'État du fait des dommages occasionnés par un gouvernement de fait paraît perdurer assez longtemps. Or, ce qui se joue avec la responsabilité de l'État du fait du dommage causé par le gouvernement de fait ne tient pas seulement en une question d'indemnisation. La reconnaissance de la responsabilité, en ce qu'elle se rattache à la notion de faute, permet d'identifier les responsables au dommage causé et de reconnaître la défaillance. En ce sens, elle permet de produire un sentiment de justice, ce en quoi elle relève à la fois d'une fonction sanctionnatrice, mais aussi réparatrice.

Ce mouvement de balancier permet d'observer une inflexion à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, avec un État qui devient progressivement réparateur, plutôt qu'incitateur, et qui cherche à diminuer le poids du « risque social » pesant sur les épaules de l'administré. L'évolution du concept de gouvernement de fait suit alors de près les mutations de celui d'État. À mesure que l'État devient une « personne », il devient responsable²¹⁵² et, à ce titre, peut assumer les conséquences des actes imputables aux gouvernements de fait. L'élan est pourtant interrompu au milieu du siècle par le retour en force de la doctrine de l'usurpation. Or, à l'instar du refus initial de l'État ou de la collectivité publique de prendre en charge le risque social, en tout ou partie dans les situations de guerre civile (comme la Commune de 1871), le cas de Vichy illustre un problème récurrent de cette doctrine de l'usurpation transposée au monde du droit. Par son caractère politique et moral flou, sa dimension partisane prononcée et l'absence de

²¹⁵² Sur cette évolution de l'État : G. BIGOT, « L'État du droit administratif au XIX^e siècle. Les leçons du droit de la responsabilité administrative », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours...*, *op. cit.*, p. 383-398.

recul qu'elle véhicule systématiquement, elle fait courir le risque d'une rupture entre le corps politique et les institutions dans lesquelles il s'incarne.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Il n'était pas évident que le concept de gouvernement de fait pût aspirer à devenir utile juridiquement. En raison de son utilisation politique initiale qui en faisait un instrument privilégié pour le jusnaturalisme, et de son caractère fuyant inclinant le normativisme à le rejeter méthodiquement, la partie n'était pas jouée d'avance. De fait, les acteurs ont toujours eu du mal à s'en saisir et ne l'ont parfois mobilisé que par opportunisme. Pourtant, les transitions constitutionnelles, entre la Révolution et la Libération, ont généré le besoin d'un outil explicatif assez souple pour s'adapter aux fluctuations juridiques, mais assez spécifique pour pouvoir être saisi par le droit.

L'étude des régimes juridiques qui ont été successivement appliqués aux gouvernements de fait accentue les conclusions tirées à propos de la détermination de ses critères. La distinction qui s'affirme entre l'utilisation politique du gouvernement de fait, c'est-à-dire l'usurpation, illégitime et hors du droit, et son utilisation institutionnelle – un organe de l'État certes illégal, mais légitime –, engendre des conséquences juridiques majeures. À mesure que la nullité substantielle des actes est critiquée, le droit s'empare des périodes de révolutions ou de changements informels de gouvernements pour régir la transition. Le régime juridique du gouvernement de fait se précise donc. Il manque de finesse aux entourures, mais on peut constater une tendance, au lendemain de bouleversements institutionnels, à la reconnaissance d'une validité conditionnelle, voire parfois une validité de principe, de ses actes. Il demeure impossible de définir avec précision la nature de ses pouvoirs, mais il est possible de chercher à les typifier. On constate alors que d'une révolution à l'autre, les discours évoluent. L'exercice ouvertement révolutionnaire du pouvoir perd de sa pertinence à partir de la fin du XIX^e siècle et fait courir le risque au gouvernement sans titre d'être appréhendé comme une usurpation. Les larges pouvoirs dont il peut se prévaloir sont donc compensés par l'appréciation de ses actes *a posteriori*, mais aussi par les comptes qu'il devra rendre. La responsabilité n'épargne ni les hommes – qui doivent la plupart du temps assumer devant la justice pénale d'exception d'avoir soutenu un gouvernement de fait, puis de s'y être opposé – ni l'État. Le principe de continuité impose à ce dernier, dans des proportions variables, qu'il assume la responsabilité des actes d'un gouvernement de fait tant sur le plan international qu'administratif.

La résurgence du régime juridique de l'usurpation montre toutefois que ce simulacre plane régulièrement sur les transitions constitutionnelles. L'encadrement des compétences du gouvernement de fait, comme la détermination des responsabilités qui lui sont imputables sont alors reléguées à la nullité et à la trahison ou la sédition. On comprend que la notion d'usurpation fait office d'épouvantail politique pour éviter de reconnaître un gouvernement jugé inique. L'effet regrettable est qu'elle quitte le domaine purement politique pour interférer avec le régime juridique du gouvernement de fait. Or, empêcher le droit de se saisir des périodes condamnables juridiquement revient à courir le risque de sacrifier le citoyen qui pourrait en être victime sur l'autel d'une continuité

fictive de l'État ; une continuité dont on a vu qu'elle pouvait être assurée juridiquement sans faire appel à l'usurpation. Il semble pourtant que cette dernière soit vouée à perdurer pour permettre à l'État d'exorciser les démons qu'il n'a pu prévenir. Comme si laisser planer le spectre de l'usurpation revenait à la proscrire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« *Les bons gouvernements sont les gouvernements où rien ne se passe* »

Lorsque le héraut de la ville de Cadix proclame que « [l]es bons gouvernements sont les gouvernements où rien ne se passe », il se borne à transmettre les ordres de l'autorité légale. Aussi ajoute-t-il : « telle est la volonté du gouverneur qu'il ne se passe rien en son gouvernement, afin qu'il demeure aussi bon qu'il l'a toujours été »²¹⁵³. La sommation n'empêche pourtant pas la Peste d'apparaître dans cette cité où les gouvernants ont tout fait pour nier les bouleversements politiques qui les guettaient. L'ignorance et la peur du fait accompli sont les ferments de la chute du pouvoir et le gouverneur, par son attitude, n'a pu que contribuer à précipiter les événements. Si bien que la Peste, une fois qu'elle a pris le pouvoir, peut affirmer : « Moi je règne, c'est un fait, c'est donc un droit. Mais c'est un droit qu'on ne discute pas : vous devez vous adapter »²¹⁵⁴.

Albert Camus écrit *L'État de siège*, en 1948, seulement quelques années après la Libération. Cette pièce de théâtre rend compte des bouleversements politiques auxquels a assisté l'auteur : la chute de la Troisième République en 1940, mais aussi plus largement l'émergence de mouvements autoritaires dans une Europe de l'Entre-deux-guerres qui a connu nombre de gouvernements de fait. La guerre civile espagnole constitue une inspiration majeure pour cette pièce²¹⁵⁵, dans laquelle l'auteur déroule tout autant une critique de la négation du fait accompli, qu'un appel à un relèvement de la légitimité contre la dictature. Cette conciliation du fait accompli et de la légitimité conduit le propos de Camus à ne pas seulement consister en une condamnation de la dictature. Par une mise en lumière des faiblesses du gouvernement de droit qui peuvent le conduire à disparaître, ainsi que les dangers du vide qu'il laisse, il entend souligner le rôle du *corps politique* dans la dialectique entre gouvernants et gouvernés.

Cette dialectique est sans doute la clef qui permet d'ouvrir la porte au gouvernement de fait. Renvoyé à l'illégitimité sous la Révolution et la Restauration, le gouvernement de fait ne semblait constituer qu'un argument invalidant destiné à disqualifier – plus qu'à qualifier – l'autorité sans titre, en attendant le retour aux temps paisibles de la normalité et du bon gouvernement, celui sous lequel « rien ne se passe ». L'étude du gouvernement de fait courrait donc le risque de ne se cantonner qu'au truchement d'un jeu politique dans lequel seule la force avait voix au chapitre. En réalité, les discours juridiques qui le

²¹⁵³ A. CAMUS, *L'État de siège*, Paris, Gallimard, 1998, p. 42.

²¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 86.

²¹⁵⁵ Camus revient sur cette inspiration dans une réponse à l'un de ses critiques : *Combat*, 25 novembre 1948, p. 1.

concernent s'avèrent le révélateur de la température constitutionnelle des époques dans lesquelles ils se déploient. Ils donnent à voir comment le droit s'est finalement emparé de ce qui constituait un expédient, pour en faire un concept proprement juridique. Cette saisie par le droit vient d'abord et de manière pragmatique, dans le discours, par l'identification du régime adéquat de tel ou tel gouvernement sans titre. Partant, la détermination de la valeur des actes, le jugement d'un gouvernant de fait ou, au contraire, sa légitimation par l'autorité légale conduisent toujours à voir s'opposer deux avatars : le *negotiorum gestor*, c'est-à-dire celui qui agissait provisoirement pour l'expédition des affaires courantes, et l'usurpation, désignant la puissance despotique et illégitime. Cette ambivalence discursive traverse l'histoire constitutionnelle de la Révolution à la Libération et tient à la définition négative initiale du gouvernement de fait : il désigne simplement l'autorité sans titre.

Pour surmonter cette dualité sémantique et déceler un concept juridiquement viable, il était nécessaire, avant même de se pencher sur les régimes juridiques, d'étudier successivement les critères qui lui sont reconnus : la nécessité pour pallier son illégalité, l'effectivité et l'assentiment pour prouver sa possession du pouvoir. On peut alors affirmer que le phénomène que tente d'appréhender le gouvernement de fait – les changements informels de gouvernements – gagne en complexité, mais aussi en précision. Lorsqu'il n'est pas utilisé pour décrire l'usurpation, ce concept peut servir d'archétype pour appréhender les différentes formes d'autorités illégales, mais ayant produit du droit, qui se sont succédées dans l'histoire constitutionnelle : gouvernements révolutionnaires, de restauration, provisoire, d'expédition des affaires courantes en exil ou encore locaux. Autant de types empiriques²¹⁵⁶ qui exercent des pouvoirs différents, qu'il faut appréhender dans leur complexité – c'est-à-dire leurs ressemblances, mais aussi leurs dissemblances. Ainsi, l'exercice taxinomique s'enrichit d'une approche diachronique, car il est permis d'avancer qu'à mesure que la notion d'État se construit et se renforce au XIX^e siècle²¹⁵⁷ et que le concept de gouvernement de fait intègre la sphère juridique, sa forme révolutionnaire tend à être rejetée dans le discours.

Dès lors, réinterpréter les régimes juridiques appliqués aux gouvernements de fait à l'aune de cette conclusion amène à constater la dissociation progressive entre gouvernement de fait et usurpation. Le premier devient un concept juridique permettant une appréciation à géométrie variable des actes d'une autorité illégale – pour bouleverser le moins possible l'ordre juridique ébranlé par la transition – et l'application de systèmes de responsabilités adéquats en cas de dommages causés durant cette période. La seconde demeure un paravent servant à dissimuler des considérations politiques sous couvert de l'application d'un régime juridique aventureux : la nullité substantielle et la trahison. Bien

²¹⁵⁶ Pour reprendre une expression de Georg Jellinek et qui correspond à l'*idéotype* selon Max Weber (qu'Olivier Jouanjan propose de traduire en « type idéal »). V. en ce sens : G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 20.

²¹⁵⁷ En ce sens : G. BIGOT, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *loc. cit.*, p. 12 *sqq.* À l'exception de Duguit qui se place dans la critique de cette vision de l'État doté de la personnalité morale. V. aussi : G. BIGOT, « L'État de droit selon le droit administratif français », *Revue juridique de l'Ouest*, t. 2, 2004, p. 221 *sqq.*

que l'assimilation entre les deux persiste longtemps, il demeure toutefois possible de discerner un but commun en dépit des multiples usages : à mesure que s'impose le positivisme juridique en France, la notion de gouvernement de fait est usitée comme moyen pour dénouer ou dissimuler la tension entre droit et politique inhérente aux transitions constitutionnelles. Résoudre l'équation qui se pose durant ces périodes anormales du droit procède d'un besoin d'expliquer des phénomènes qui se déroulent en dehors du cadre légal, mais qui produisent pourtant du droit. C'est cette tentative de réponse qui a permis, paradoxalement, d'apercevoir la pérennité de l'État dans le reflet du gouvernement de fait.

La pérennité de l'État, raison d'être paradoxale des gouvernements de fait

Il est frappant d'observer comment, à mesure que le droit s'en saisit, le gouvernement de fait voit son sens se renverser. Durant la Révolution et sous la Restauration, apposer le qualificatif « de fait » à un gouvernement pouvait conduire à le frapper du sceau de l'usurpation, faisant courir le risque de l'incertitude juridique par le recours à la nullité substantielle de ses actes et l'infamie de ses partisans. La dissociation de plus en plus nette entre légalité et légitimité qui accompagne l'évolution du positivisme juridique à partir de la Monarchie de Juillet et, surtout, de la Troisième République, contribue à faire de l'illégalité constitutionnelle la caractéristique essentielle pour tracer une frontière entre gouvernement de fait et gouvernement de droit. Dès lors, le concept est mobilisé pour assurer la permanence de l'institution étatique durant les transitions constitutionnelles, pour panser les plaies d'un ordre juridique mutilé. La légitimité de l'autorité sans titre se recompose alors autour des trois critères d'identification que constituent la nécessité, l'effectivité et l'assentiment. À mesure que chacun de ces critères s'affirme, les régimes juridiques appliqués au gouvernement de fait se transforment : leur étude révèle que chaque solution n'est pas simplement le résultat d'une équation juridique (un régime unique correspondant à une notion claire), mais qu'elle se situe systématiquement au confluent des circonstances politiques, des impératifs pragmatiques des acteurs et des représentations que l'on se fait du droit.

Ainsi en va-t-il de la valeur juridique des actes du gouvernement de fait : de la nullité substantielle, les solutions fluctuent entre validité conditionnelle – en 1831 par exemple – et validité de principe – en 1871. Le pouvoir de fait qu'il exerce, bien qu'il soit difficile de le définir et d'en dessiner les limites juridiques, n'échappe pas au droit. Plus encore, dès lors que nombre de gouvernements de fait ont recours au pouvoir constituant, ils se révèlent les acteurs majeurs de la mise en œuvre du processus d'institutionnalisation. Ces pouvoirs étendus impliquent, par la sanction de l'autorité de droit lors de l'établissement de la situation constitutionnelle, des responsabilités tout aussi significatives, qu'elles visent les hommes, c'est-à-dire les partisans et membres du gouvernement de fait ou leurs opposants, ou qu'elles s'appliquent à l'État lui-même.

Pourtant, l'affermissement du concept institutionnel de gouvernement de fait demeure erratique. Il ne connaît pas une histoire linéaire qui conduirait clairement à une consécration juridique. Il ne fait pas non plus l'objet d'une définition certaine par le biais d'une doctrine jurisprudentielle²¹⁵⁸ – bien qu'on ait tout de même pu dégager des tendances dans les décisions judiciaires françaises. Entre la Révolution et la Libération, son unité repose tout de même sur un paradigme²¹⁵⁹ spécifique : il sert à préserver la dialectique entre gouvernants et gouvernés. L'existence du gouvernement de fait présuppose donc celle du gouvernement de droit, si bien que les deux entretiennent des rapports d'influence mutuelle. Pensé en miroir du gouvernement de droit et pour en faire mieux ressortir le caractère abouti, celui de fait doit conjointement s'efforcer d'en avoir l'apparence pour être légitime. De là ressort sa double nature : s'il suscite la méfiance, il doit aussi résorber le vide laissé par la défaillance des institutions. Le droit s'empare donc de ce concept dans l'intention d'assurer la pérennité de l'État en dépit des changements informels de gouvernement. Sous cette ambition se cache une multitude de mobiles, parfois contradictoires, mais toujours rattachables à cette idée de perpétuité de l'État.

Le concept impose cependant un sacrifice sur l'autel du droit positif, puisque identifier le gouvernement de fait, revient à souligner l'anormalité, mettre l'accent sur la rupture dans l'ordre juridique, avant de réintroduire la légitimité juridique. Ce faisant, affirmer que le gouvernement de fait relève du droit implique de tenir compte du phénomène de *croissance* du corps politique dans le gouvernement qui constitue le soubassement de l'institution étatique et dont l'absence la fait vaciller. Cette étude s'est efforcée à rendre compte de cette part de croissance, pour suggérer qu'en droit constitutionnel, la dialectique entre gouvernants et gouvernés n'est pas seulement descendante, mais consiste aussi en une interrelation, qui révèle sa portée dans les périodes de transition constitutionnelle. Le gouvernement de fait s'y inscrit pleinement comme acteur du processus instituant, qui voit l'État et son droit comme le produit de cette dialectique. Cette double considération – reconnaître la rupture et accepter le pouvoir – est nécessaire pour comprendre les gouvernements de fait, mais elle constitue aussi le principal motif de méfiance envers le concept. Force est de constater, en effet, qu'au lendemain de la Libération, il tombe progressivement en désuétude.

²¹⁵⁸ Comme ont pu le faire certaines Cours constitutionnelles à l'étranger, aux États-Unis ou en Argentine par exemple : cf. sur ce point Introduction, p. 24 et n. 38.

²¹⁵⁹ Au sens où il désigne un ensemble de représentations admises ou de solutions concrètes « communes aux membres d'un groupe donné ». V. en ce sens le concept forgé par Thomas Kuhn où le paradigme désigne « l'ensemble des croyances techniques et des méthodes partagées par une communauté scientifique » et peut aussi signifier, dans un second sens, « les solutions d'énigmes concrètes qui, employées comme modèle ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que base de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale » (T. S. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, trad. L. MEYER, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2018 (*Champs sciences*), p. 284-285, v. aussi p. 55 *sqq.* et p. 73 *sqq.*) ; v. aussi : A.-S. CHAMBOST, « "Ce n'est pas du droit..." : L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *loc. cit.*, p. 219, et n. 94.

L'avenir du gouvernement de fait

Deux séries d'événements auraient pu permettre au concept de gouvernement de fait de perdurer après la Libération, mais ont finalement traduit la volonté des acteurs de s'en passer.

La première, diffuse, se rencontre dans la jurisprudence du Conseil d'État. Entre 1952 et 2001-2002, par une application contestable de l'ordonnance du 9 août 1944, le juge administratif a refusé de voir dans le régime de Vichy, *juridiquement*, un gouvernement de fait pour ne l'envisager qu'à l'aune de l'usurpation. On en tire une première conclusion : ces deux notions sont bien clairement distinctes au lendemain de la Libération²¹⁶⁰. En second lieu, on peut se permettre de critiquer une résurgence de l'usurpation qui conduit à l'application d'un régime vecteur d'insécurité juridique et très – trop ? – protecteur de la puissance publique. Le juge fait le choix de se priver d'un outil juridique qui aurait pu lui être utile.

La seconde série d'événements concerne la pratique gouvernementale. En 1958, une crise constitutionnelle incite le président René Coty à rappeler Charles de Gaulle au pouvoir²¹⁶¹. Le gouvernement de Gaulle III est donc formé le 1^{er} juin 1958 et se voit octroyer les pleins pouvoirs par une loi ordinaire le 3 juin²¹⁶². Le même jour, une loi constitutionnelle est promulguée pour modifier la Constitution de 1946²¹⁶³. Elle prévoit une révision de son article 90, afin que le gouvernement révise à son tour la Constitution. Cette procédure de la double révision fait écho au procédé employé le 10 juillet 1940²¹⁶⁴. Le processus ne conduit pourtant pas à modifier la Constitution mais à l'enterrer, puisqu'il débouche sur la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958 dite « de la Cinquième République ».

À cette époque, la question ne s'est pas posée de savoir si le gouvernement de Gaulle III du 1^{er} juin 1958 avait pu, à un moment ou un autre, constituer un gouvernement de fait²¹⁶⁵. Certains juristes, comme Georges Vedel, ont défendu la légalité

²¹⁶⁰ Même si ce n'était probablement pas là l'objectif du conseil d'État : cf. sur ce point : Partie I – Titre I – Chapitre 1, p. 93.

²¹⁶¹ Cette crise connaît de multiples facteurs, parmi lesquels les événements politiques – causés par la guerre en Algérie et le putsch du 13 mai – se mêlent aux critiques institutionnelles du système de la Constitution de 1946, accusé d'incurie (F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel. 2. La V^e République*, Paris, Flammarion, 2016, p. 33-36).

²¹⁶² JO, 4 juin 1958, p. 5327.

²¹⁶³ JO, 4 juin 1958, p. 5326.

²¹⁶⁴ V. en ce sens : G. VEDEL, *Droit constitutionnel et Institutions politiques (Licence 1^{ère} année)*, Paris, Les cours de droit, 1961, p. 729-730 : Vedel explique que les procédures du 10 juillet 1940 et du 3 juin 1958 sont bien identiques sur la forme (dans les deux cas, la loi constitutionnelle était régulière), mais qu'il y demeure une grande distance sur le fond (c'est à partir du 11 juillet, lorsqu'il promulgue les Actes constitutionnels, que le gouvernement de Pétain devient irrégulier et que plus tard il perd la légitimité, tandis que de Gaulle, explique Vedel, ne trahit pas le sens de la loi constitutionnelle et conserve la légitimité).

²¹⁶⁵ Le processus n'était pas exempt d'oppositions : à gauche notamment, les comparaisons avec décembre 1951 et juillet 1940 faisaient florès : J.-P. COINTET « L'écriture de la Constitution de 1958 : le poids de l'histoire », *L'écriture de la Constitution de 1958*, éd. D. MAUS, L. FAVOREU, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, p. 39. L'auteur relève même une saillie de François Mitterrand à l'encontre de Charles de Gaulle, le premier

du processus constituant²¹⁶⁶. Or, la thèse d'une légalité de la transition constitutionnelle est aussi problématique qu'elle apparaît paradoxale (une rupture sans rupture). Soit il n'y a pas eu de rupture dans la légalité constitutionnelle et, dès lors, aucun gouvernement de fait n'a existé. La conséquence nécessaire et logique conduit à ce qu'il n'ait été question que d'une révision de la Constitution et que ce qu'on appelle « Constitution de la Cinquième République » constitue en réalité un simple codicille à la Quatrième République qui existerait toujours²¹⁶⁷. Soit il y a eu une rupture dans la légalité constitutionnelle et une transition de la Quatrième vers la Cinquième République par un changement de Constitution. Mais, dans ce cas, il y a eu rupture, donc illégalité constitutionnelle et, conséquemment, gouvernement de fait. Un gouvernement nécessaire, effectif et assenti, certes, mais de fait, au sens dégagé dans cette étude.

Sans doute la volonté gaullienne de rattacher le changement à une sorte de « supra-constitutionnalité » républicaine²¹⁶⁸ et de se détacher du précédent de 1940 conduit-elle les discours à gommer toute trace de rupture. Mais les acteurs en ont néanmoins pleinement conscience. Pierre Mendès-France, lors de la séance du 1^{er} juin 1958 durant laquelle de Gaulle est investi au pouvoir, le dit clairement : « [l]a IV^e République périt de ses propres fautes »²¹⁶⁹. De même, Paul Reynaud, lorsqu'il préside le Comité consultatif constitutionnel, n'énonce rien de moins le 29 juillet 1958 : « [p]résente, nous sommes à l'entr'acte entre la IV^e République, morte, et la V^e République à naître »²¹⁷⁰. Le Chef du gouvernement de transition lui-même témoigne de sa volonté de changer les institutions et transformer le régime : l'« évidence des défauts de la structure, des rapports et du fonctionnement des pouvoirs publics » entraîne la « nécessité de modifier les choses »²¹⁷¹.

En réalité, la nuance est de faible importance et n'est posée en ces termes que pour amener une autre réflexion : qu'il y ait eu ou non une « révolution » en 1958²¹⁷², le besoin ne s'est pas fait sentir de s'en défendre, car le gouvernement avait réussi à convaincre en amont d'une révolution légale sans bouleversement manifeste des institutions. C'est

reprochant au second ses « compagnons » qui « aujourd'hui [en 1958] se nomment le coup de force et la sédition ». Rien, toutefois, ne semble mobiliser le concept de gouvernement de fait.

²¹⁶⁶ V. en ce sens les développements de Vedel en faveur du processus constituant : G. VEDEL, *Droit constitutionnel et Institutions politiques...*, *op. cit.*, p. 726 *sqq.*

²¹⁶⁷ Certains – rares – auteurs l'estiment. V. par exemple : C. CHABROT, « Ceci n'est pas une V^e République », *RFDC*, t. 82, 2010, p. 277-272 ; O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 596.

²¹⁶⁸ Sur ce point, v. : É. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, t. 83, 2010, p. 451-482 ; M. TROPER, « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, t. 15, 1993, p. 337-355 ; G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, t. 67, 1993, p. 79-97.

²¹⁶⁹ *JO*, 2 juin 1958, p. 2577.

²¹⁷⁰ *Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du comité consultatif constitutionnel*, Paris, La documentation française, 1960, p. 34. L'avant-projet de constitution soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958 contenait déjà des dispositions transitoires pour opérer le changement d'un régime à l'autre (*ibid.*, p. 30).

²¹⁷¹ Issu de l'intervention du général de Gaulle devant le Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958 (*ibid.*, p. 35).

²¹⁷² Certains le considèrent. V. de manière non exhaustive : F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel. 2...*, *op. cit.*, p. 31 et la bibliographie associée.

peut-être, en partie, ce qui conduit à la désuétude du concept de gouvernement de fait. Il serait même permis de dire que le gouvernement du 1^{er} juin 1958 a tellement bien appliqué la doctrine du gouvernement de fait – au sens institutionnel –, c’est-à-dire qu’il a convaincu des *apparences* de sa légalité si efficacement que la notion s’est effacée d’elle-même. Comme la plupart des éléments qui touchent au gouvernement de fait, ce résultat est sans doute rendu possible par la réussite du processus.

Ainsi, la question n’est pas vraiment de savoir si le gouvernement du 1^{er} juin 1958 constitue ou non le dernier gouvernement de fait de la France. Il s’agit plutôt d’observer que le concept est mobilisé, et montre son intérêt, lorsque les transitions constitutionnelles ne se déroulent pas de manière adéquate et sans heurts. Il est un témoin de l’intranquillité du processus constituant ; c’est pourquoi il apparaît adapté pour appréhender le pouvoir dans les révolutions et autres phénomènes illégaux qui entraînent des violences politiques, sociales et juridiques. Ce facteur couplé aux multiples utilités du concept – légitimer ou délégitimer une autorité, éviter un hiatus juridique, solder le régime des actes privés de base légale, appliquer un régime juridique à un révolutionnaire ou un fonctionnaire de fait – explique que le droit s’en soit emparé, pour le modeler en un outil capable d’expliquer, sinon d’atténuer, les soubresauts du droit constitutionnel.

*

Les moments où le concept de gouvernement de fait est abondamment mobilisé, que ce soit par les acteurs ou par la doctrine, correspondent souvent à des points névralgiques de l’histoire durant lesquels le besoin de concepts pour qualifier la situation constitutionnelle se fait sentir. Durant des périodes de grands bouleversements ou dans les périodes de reconstruction qui suivent, il montre pleinement son intérêt en servant d’expédient pour qualifier les divers problèmes posés par un pouvoir qui échappe à la situation constitutionnelle normale. Ainsi, les années 1815-1820, celles qui succèdent à 1830, les intervalles de 1848-1852, 1870-1880 ou encore des années 1940 à 1950 constituent autant de moments où le terme de gouvernement de fait est utilisé, suscite des écrits et emporte des conséquences en droit. On peut en tirer deux séries de conséquences : sur le phénomène dont s’empare le gouvernement de fait et sur la méthode qu’il implique.

Du point de vue du phénomène, le gouvernement de fait offre l’opportunité d’élargir le champ d’étude du droit. Bien que les gouvernements illégaux apparaissent de façon disparate et sans unité propre, une typologie se dégage de leur histoire. Celle-ci permet d’identifier des gouvernements révolutionnaires, de restauration, provisoires, d’expédition des affaires courantes, locaux ou en exil. Regrouper ces différents types de gouvernements au sein d’une même espèce – les gouvernements de fait – n’a pas pour but de dissoudre leurs différences dans une unité fictive, mais contribue, au contraire, à mettre en lumière les caractéristiques et les enjeux qui leur sont propres. La véritable

intention de la qualification de gouvernement de fait est de désigner ces autorités et la période dans laquelle elles se manifestent à l'attention des juristes, car si le monde du droit n'est pas à l'aise avec le gouvernement de fait, il déploie tout de même d'importants efforts pour s'en saisir.

Du point de vue de la méthode, le concept de gouvernement de fait constitue un moyen pour s'emparer des transformations constitutionnelles de l'État, sans les réduire à la force pure ou au seul phénomène politique. Il a ainsi révélé son utilité pour la promotion d'une conception institutionnelle du gouvernement, qui permet de faire entrer les manifestations illégales du pouvoir dans le champ du droit. S'il est nécessaire, pour penser l'État, de recourir à des concepts pour en dessiner les frontières, l'intérieur et l'extérieur, on peut suggérer que le gouvernement de fait est l'un de ces concepts. Il permet d'envisager les défaillances du pouvoir, les hiatus de la souveraineté et les carences du droit. En présence d'un tel gouvernement, les institutions ne s'effacent pas. Simplement, les circonstances, imposant d'agir avec célérité, amènent à penser le droit différemment. Tout cela conduit à renvoyer le gouvernement de fait à ce qu'il est : un outil. Un outil utile, ou qui a pu l'être, mais guère plus ; guère moins non plus, car celui qui l'utilise a l'ambition de – ou s'apprête inconsciemment à – s'attaquer à une zone d'ombre du droit. Servant à qualifier la révolution, la sédition, l'insurrection, le coup d'État ou encore la chute des institutions, il constitue le premier jalon de la reconstruction du droit.

L'existence d'un gouvernement de fait postule un droit provisoire, imparfait, mais latent ; un mouvement *vers* le droit.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

SOURCES

Ouvrages

- AMELINE (Henri), *Déposition des témoins de l'enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars. Classées et résumées*, Paris, E. Dentu, 1872.
- ANCILLON (Frédéric), *Nouveaux essais de politique et de philosophie*, t. I, Paris-Berlin, Gide-Duncker et Humblot, 1824.
- ANONYME (P. L. B.), *De la Restauration, considérée comme le terme et non le triomphe de la Révolution. Et de l'abus des doctrines politiques ; en réponse à l'ouvrage de M. F. Guizot, intitulé : Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Le Normant, 1820.
- ANONYME, *Procès des accusés du 15 mai 1848 devant la Haute Cour de Bourges. Compte rendu exact de toutes les séances*, Paris, Chez les éditeurs-associés, 1849.
- ANONYME, *Sur l'Amnistie que l'ordonnance du 13 novembre 1816 accorde aux militaires qui ont suivi le roi à Gand. Par un membre de la chambre de 1815*, Paris, s.n., 1817.
- APPERT (Félix-Antoine), *Rapport d'ensemble de M. le général Appert sur les opérations de la justice militaire relatives à l'insurrection de 1871 présenté à l'Assemblée nationale par ordre de M. le Maréchal de Mac Mahon, duc de Magenta, président de la République française, par M. le général de Cissey, ministre de la guerre*, Versailles, Cerf et fils imprimeurs de l'Assemblée nationale, 1875.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Enquête parlementaire sur l'insurrection du 18 mars*, 3 vol., Versailles, Cerf, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1872.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de la commission d'enquête sur l'insurrection qui a éclaté dans la journée du 23 juin et sur les événements du 15 mai*, 3 vol., Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1848.
- AUGUSTIN D'HIPPONE (saint), *De civitate dei*, trad. COMBÈS (Gustave), *La cité de Dieu*, Paris, Desclée de Brouwer, 1959.
- AULARD (Alphonse), *Registre des délibérations du consulat provisoire. 20 brumaire-3 nivôse an VIII (11 novembre-24 décembre 1799)*, Paris, Société d'histoire de la Révolution française, 1894.
- AUSTIN (John), *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, t. I, London, John Murray, 1869 [third edition by Robert Campbell].
- BARTHÉLEMY (Joseph), *Cours de Droit comparé*, Paris, Cours de droit, 1944.
- BARTHÉLEMY (Joseph), *Ministre de la Justice. Vichy 1941-1942. Mémoires*, Paris, Pygmalion, 1989.
- BARTHÉLEMY (Joseph), *Provinces. Pour construire la France de demain*, Paris, Grasset, 1941.

- BARTOLUS, *Tractatus de tyranno* (D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel trecento italiano. Il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati "De Guelphis et Gobelinis", "De regimine civitatis" e "De tyranno"*, Firenze, Leo S. Olschki, 1983).
- BARTOLUS, *Tractatus de tyranno*, trad. PARENT (Sylvain), *Traité sur les Guelfes et les Gibelins. Sur le gouvernement de la cité. Sur le tyran*, Paris, Les belles lettres, 2019 (*La roue à livres*).
- BAZIN (Rigomer), *Le trône et l'Autel ou réponse à M. de Chateaubriand*, Le Mans, éd. Chez l'auteur, 1816.
- BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, Paris, Chez Martin et Veuve Gauthier, 1794.
- BESNIER (Hugo), *Lettres à un blessé de Juillet dans la Révolution de 1830*, Paris, Chez Bricon, s.d.
- BILLAUD-VARENNE (Jacques-Nicolas), *Convention nationale. Rapport fait à la Convention nationale, au nom du Comité de salut public par Billaud-Varenne, dans la séance du 1er floréal l'an II de la république une et indivisible, sur la théorie du gouvernement démocratique, et sa vigueur utile pour contenir l'ambition, et pour tempérer l'essor de l'esprit militaire, sur le but politique de la guerre actuelle, et sur la nécessité d'inspirer l'amour des vertus civiles par des fêtes publiques et des institutions morales*, Paris, Imprimerie de la société des jeunes français, an II.
- BLUM (Léon), *L'œuvre de Léon Blum. Mémoires. La prison et le procès. À l'échelle humaine. 1940-1945*, Paris, Albin Michel, 1955.
- BODIN (Jean), *Les six livres de la République*, Genève, Estienne Gamonet, 1629.
- BOULAY DE LA MEURTHE (Antoine), *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII. Extraits des mémoires inédits*, Paris, Paul Renouard, 1836.
- BOURG (Edme-Théodore), *Napoléon, considéré comme général, premier consul, empereur, prisonnier à l'île d'Elbe et à St-Hélène, ou Vie impartiale de ce grand capitaine*, Paris, Plancher, 1821.
- BURDEAU (Georges), *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942.
- BURDEAU (Georges), *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1943.
- CARDIN LE BRET, *Les œuvres de Messire C. le Bret*, Paris, Charles Osmont, 1689.
- CHABANNES (Jean-Frédéric de), *Le Foudre de la vérité. Jemmapes et Valmy, ou le point d'appui du mal-affermi, chanson, suivie de réflexions de la plus haute importance*, Paris, Au bureau du Régénérateur, 1831.
- CHAILLLOT (Pierre), *Les gémissements du Midi*, Paris, Chez les marchands de nouveauté, 1819.
- CHATEAUBRIAND (François-René de), *Mémoires d'outre-tombe*, t. II, éd. BERCHET (Jean-Claude), Paris, Garnier, 2001.
- CHATEAUBRIAND (François-René de), SAINTE-BEUVE (Charles-Augustin), *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VII : *Mélanges politiques-Polémique*, Paris, Garnier, 1861.

- CHATEAUBRIAND (François-René de), SAINTE-BEUVE (Charles-Augustin), *Œuvres complètes de Chateaubriand*, t. VIII : *Polémique (fin)*, Paris, Garnier, 1861.
- CHAZET (René de), *Tableau des élections depuis 1789 jusqu'en 1816. Suivi de quelques idées sur les Élections prochaines*, Paris, Mongies, 1817.
- CICERON, *De legibus*, trad. PLINVAL (Georges de), *Traité des lois*, Paris, Les Belles Lettres, 1968.
- CICÉRON, *De officiis*, trad. TESTARD (Maurice), *Les devoirs*, Paris, Les Belles Lettres, 1965
- CICÉRON, *De officiis*, trad. TESTARD (Maurice), *Les devoirs*, Paris, Les Belles Lettres, 1965.
- CICERON, *Paradoxa Stoicorum*, trad. MOLAGER (Jean), *Les paradoxes des stoïciens*, Paris, Les Belles Lettres, 1971.
- CONSTANT (Benjamin), GAUCHET (Marcel), *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997.
- CONSTANT (Benjamin), *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicole et Gide fils, 1814.
- CRÉMIEUX (Adolphe), *Gouvernement de la Défense nationale, Première partie : Actes de la délégation à Tours et à Bordeaux*, Tours, É. Mazereau, 1871.
- DU THEIL (Martin), *Le livre terrible*, Paris, Laville, 1842.
- DUBREUILH (Louis), *La Commune (1871), Histoire socialiste*, éd. JAURÈS (Jean), t. XI, Paris, Jules Rouff et Cie, 1901.
- DUGUIT (Léon), H. MONNIER (Henri), *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, LGDJ, 1908.
- DUPIN (André), *Procès du lieutenant-général Savary, duc de Rovigo, avec le plaidoyer de M^e Dupin, devant le 1^{er} conseil de guerre ; et la décision de ce conseil, en date du 27 décembre 1819, qui acquitte le duc à l'unanimité*, Paris, Baudouin frères, 1820.
- DUPIN (André), *Profession d'avocat*, 2 vol., Paris, Alex-Gobelet, B. Warée aîné, 1832.
- DUVERGIER DE HAURANNE (Prosper), *Histoire du gouvernement parlementaire en France. 1814-1848*, t. IV, Paris, Michel Lévy frères, 1860.
- EYMERY (Alexis), *et alii, Dictionnaire des girouettes, ou Nos contemporains peints d'après eux-mêmes ; Ouvrage dans lequel sont rapportés les discours, proclamations, chansons, extraits d'ouvrages écrits sous les gouvernements qui ont eu lieu en France depuis vingt-cinq ans ; et les places, faveurs et titres qu'ont obtenus dans les différentes circonstances les hommes d'État, gens de lettres, généraux, artistes, sénateurs, chansonniers, évêques, préfets, journalistes, ministres, etc., etc., etc. ; par une Société de girouettes. Orné d'une gravure allégorique*, Paris, Alexis Eymery, 1815.
- FAVRE (Jules), *Gouvernement de la Défense nationale. [Première partie], Du 30 juin au 31 octobre 1870 : Journée du 4 septembre - Entrevue de Ferrières - Organisation de la défense - Délégation de Tours - Journée du 31 octobre*, [2^e édition] Paris, Plon, 1876.

- FAVRE (Jules), *Gouvernement de la Défense nationale. Deuxième partie, Du 31 octobre 1870 au 28 janvier 1871 : Bataille de Champigny - Bataille du Bourget - Conférence de Londres - Bataille de Buzenval - Insurrection du 22 janvier 1871 - Armistice*, Paris, Plon, 1872.
- FAVRE (Jules), *Gouvernement de la défense nationale. Troisième partie, Du 29 janvier au 22 juillet 1871. Derniers actes du gouvernement de la Défense nationale, M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, négociations de Versailles, traité de préliminaires, l'armée allemande à Paris, journée du 18 mars, la Commune, négociation et traité de Francfort, prise de Paris, l'Internationale*, Paris, Plon, 1875.
- FESTUGIÈRE (Paul), *L'acceptation du gouvernement de fait*, Aix en Provence, Paul Roubaud, 1929.
- FOUCHÉ (Josph), MADELIN (Louis), *Les mémoires de Fouché*, Paris, Flammarion, 1945.
- FRASANS (Hippolyte de), *Considérations sur l'état de la France en 1830 et sur les institutions nécessaires pour l'affermissement de la monarchie selon la Charte*, Paris, Chez Poilleux, 1830.
- GALLAIS (Jean-Pierre), *Mœurs et caractères du dix-neuvième siècle*, 2 vol., Paris, Belin-le-Prieur, 1817.
- GAULLE (Charles de), *Discours et messages. Pendant la guerre. Juin 1940-janvier 1946*, Paris, Plon, 1970.
- GAULLE (Charles de), *Mémoires de guerre*, 3 vol., Paris, Plon, 1954-1959.
- GAULLE (Charles de), *Mémoires de guerre*, 3 vol., Paris, Plon, 1956.
- GENTILLET (Innocent), RATHÉ (C. Edward), *Anti-Machiavel. Édition de 1576*, Genève, Librairie Droz, 1968 (*Les classiques de la pensée politique*).
- GLAIS-BIZOIN (Alexandre), *Dictature de cinq mois*, Paris, E. Dentu, 1873.
- GODECHOT (Jacques), FAUPIN (Hervé), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Flammarion, 2018.
- GROTIUS (Hugo), *De jure Belli ac Pacis*, trad. BARBEYRAC (Jean), *Le droit de la Guerre et de la Paix par Hugues Grotius*, 2 vol., Amsterdam, Pierre de Coup, 1724.
- GROTIUS (Hugo), *De jure belli ac pacis*, trad. PRADIER-FODÉRÉ (Paul), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1867 [rééd. ALLAND (Denis), GOYARD-FABRE (Simone), Paris, PUF, 1999].
- GUIZOT (François), *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, À la librairie française de Ladvocat, 1821.
- GUIZOT (François), *La peine de mort en matière politique*, Paris, Chez Béchét Ainé, 1821.
- JEAN DE SALISBURY, *Polycraticus (Ioannis Saresberiensis Polycraticus I-IV*, éd. KEATS-ROHAN (Katharine Stephanie Benedicta), Turnholti, Typographi Brepols editores pontificii, 1993).
- JOLY (ALBERT), BIZET (Paul), *3^e Conseil de Guerre de Versailles, Affaire Rossel. Rapport, interrogatoires, audition des témoins, réquisitoire. Plaidoirie complète de M^e Albert Joly*, Paris, André Sagnier, 1871.

- LAFERRIÈRE (Julien), *Le nouveau gouvernement de la France. Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942.
- LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943.
- LANJUINAIS (Jean-Denis), *Constitutions de la nation française*, Paris, Baudouin frères, 1819.
- LIET-VEAUX (Georges), *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, Paris, Sirey, 1943.
- LOUIS XVIII, *Déclaration de Louis XVIII, roi de France et de Navarre, à ses sujets*, s.l., s.n., 1795, n.p.
- LOUIS XVIII, *Louis XVIII aux Français*, s.l., s.n., 1797, s.p.
- LOURDOUEIX (Honoré de), *Les folies du siècle. Roman philosophique*, Paris, Pillet, 1818.
- MACHIAVEL (Nicolas), *De Principatibus*, trad. LÉVY (Yves), *Le prince*, Paris, Flammarion, 1980.
- MAILLARD (Firmin), *Élections des 26 mars et 16 avril 1871 : affiches, professions de foi, documents officiels, clubs et comités pendant la Commune*, Paris, E. Dentu, 1871.
- MAISTRE (Joseph de), *Considérations sur la France*, Londres, s.n., 1797.
- MAISTRE (Joseph de), GLAUDES (Pierre), *Œuvres. Suivies d'un Dictionnaire Joseph de Maistre*, Paris, Robert Laffont, 2007.
- MARX (Karl), *La guerre civile en France. 1871 (la Commune de Paris)*, Paris, Bureau d'édition, 1933.
- MICHAUD (Louis-Gabriel), *Procès du maréchal Ney ou recueil complet des interrogatoires, déclarations, dépositions, procès-verbaux, plaidoyers et autres pièces rapportées textuellement*, 2 vol., Paris, Chez L. G. Michaud, 1815.
- MOMMSEN (Theodor), MEYER (Paul Martin), J. Sirmond (Jacques) éd., *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosiam pertinentes*, vol. I, t. 2, Berolini, Weidmann, 1954, p. 829.
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de), *De l'esprit des lois*, t. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.
- MONTGAILLARD (Guillaume-Honoré Rocques de), *Histoire de France, depuis la fin du règne de Louis XVI jusqu'à l'année 1825*, t. IX, Paris, Moutardier, 1827.
- MONTGAILLARD (Jean-Gabriel-Maurice Rocques, comte de), LACROIX (Clément de), *Souvenirs du comte de Montgaillard. Agent de la diplomatie secrète pendant la Révolution, l'Empire et la Restauration*, Paris, Créte, 1895.
- MONTLOSIER (François-Dominique de Reynaud de), *De la monarchie française depuis la seconde Restauration jusqu'à la fin de la session de 1816*, Paris, Gide fils, 1818.
- NAPOLÉON I^{er}, DUMERSAN (Théophile), *Proclamations et harangues de Napoléon Bonaparte*, Paris, Lecointe et Pougin, 1835.
- PÉTAÏN (Philippe), *Manifestes et allocutions du maréchal Pétain*, Mayenne, Floch, 1941.

- PRÉFECTURE DU DÉPARTEMENT DE LA SEINE, VILLE DE PARIS, DIRECTION DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE, *Recueil des documents officiels relatifs à la reconstruction des actes de l'état civil (lois du 10 juillet 1871, des 19 juillet et 23 août 1871, et du 12 février 1872)*, Paris, Charles de Mourgues frères, 1872.
- PROUDHON (Pierre-Joesph), ROCHEL (Clément), *Commentaire sur les mémoires de Fouché. Suivis du parallèle entre Napoléon et Wellington*, Paris, Société d'éditions littéraires et artistiques, 1900.
- PROUDHON (Pierre-Joseph), *Les confessions d'un révolutionnaire pour servir à l'histoire de la révolution de février*, Paris, Garnier frères, 1852.
- PUFENDORF (Samuel von), *De jure naturae et gentium*, trad. BARBEYRAC (Jean), *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 2 vol., Bâle, Thourneisen frères, 1732.
- PUFENDORF (Samuel von), *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, trad. BARBEYRAC (Jean), *Les devoirs de l'Homme et du Citoyen. Tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. II, Londres, Chez Jean Nourse, 1741.
- RIOUST (Mathieu-Noël), *Carnot*, Gand, De Busscher et fils, 1817.
- ROBESPIERRE (Charlotte), *Mémoire de Charlotte Robespierre sur ses deux frères*, Paris, Au dépôt central, 1835.
- ROMBERG (Édouard), MALET (Albert), *Louis XVIII et les Cent-Jours à Gand. Recueil de documents inédits*, 2 vol., Paris, Alphonse Picard et fils, 1898.
- SARRAN (Jean-Raimond-Pascal), *Réponse à M. Bignon, sur la question des pétitions, tendant à demander à Sa Majesté le rappel des bannis*, Paris, A. Boucher, 1819.
- SÉRÉ DE RIVIÈRE (Raymond-Adolphe), *Procès Bazaine. Rapport du général de Rivière*, Paris, E. Dentu, 1873.
- SÈZE (Étienne-Romain de), *Du serment politique et de la souveraineté en France*, Paris, Chez G.-A. Dentu, 1834.
- SIMON (Jules), *Souvenirs du Quatre septembre. Le gouvernement de la défense nationale*, Paris, Calmann Lévy, 1876.
- SOUPIRON (Paul), *Bazaine contre Gambetta ou le procès de Riom*, Lyon, Lugdunum, 1944.
- THIERS (Adolphe), *La monarchie de 1830*, Paris, Alexandre Mesnier, 1831.
- THOMAS D'AQUIN (saint), *De regno ad regem Cypri*, trad. CARRON (Delphine), *La Royauté*, Paris, Vrin, 2017.
- THOMAS D'AQUIN (saint), *Summa*, trad. ROGUET (Aimon-Marie), *Somme théologique*, 4 vol., Paris, Les éditions du Cerfs, 1990.
- TISSIER (Pierre), *Le Procès de Riom*, London, Harrap, 1943.

- TROCHU (Jules-Louis), *L'Empire et la défense de Paris devant le jury de la Seine*, Paris, Hetzel, 1872.
- TROCHU (Jules-Louis), *La politique et le siège de Paris. Deuxième pétition à l'Assemblée nationale. Pour la Vérité et la Justice. Réponse à M. le comte Daru, vice-président de la Commission d'Enquête*, Paris, J. Hetzel et C^{ie}, 1873.
- TROCHU (Jules-Louis), *Pour la Vérité et la Justice. Pétition à l'Assemblée nationale et réponse aux rapports de Saint-Marc Girardin, Chaper et de Rainneville, membres de la Commission d'enquête*, Paris, J. Hetzel et C^{ie}, 1873.
- VATTEL (Emer de), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des souverains*, 2 vol., Londres, s.n., 1758.

Articles

- BONNARD (Roger), « À nos lecteurs », *RDP*, 1940-1941, p. 141-142.
- BONNARD (Roger), « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, p. 47-90, p. 148-179, p. 258-279 et p. 301-375.
- CASSIN (René), « Un coup d'État : la soi-disant constitution de Vichy », *La France Libre*, décembre 1940-janvier 1941 [Le Caire, H. Urwand et fils], p. 7.
- LABOULAYE (Édouard), « Le plébiscite de 1870 », *Questions constitutionnelles*, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1992 (*Bibliothèque de philosophie politique et juridique*) [reprod. en fac-sim, Paris, 1872], p. 255-305.
- LIET-VEAUX (Georges), « La “fraude à la constitution” », *RDP*, 1943, p. 116-150.
- ROBESPIERRE (Maximilien de), « Discours du 5 nivôse an II – 25 décembre 1793 », *Pour le bonheur et pour la liberté : discours*, éd. BOSC (Yannick), GAUTHIER (Florence), WAHNICH (Sophie), Paris, La Fabrique, 2000, p. 271-280.
- SAINT-JUST (Louis-Antoine de), « De la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire jusqu'à la paix, Rapport du 19 vendémiaire an II », *Supplément au n° 30 de la Revue Obsidiane*, 1886, n.p.
- RUZÉ (Robert), « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 1922, p. 256-294.
- BERLIA (Georges), « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1040 », *RDP*, 1944, p. 45-57.
- BERLIA (Georges), « Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental », *RDP*, t. 60, 1944, p. 315-321.

Recueils de normes juridiques

Bulletin des lois de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale hors de Paris (12 septembre 1870-18 février 1871), Versailles, Imprimerie nationale, 1871.

Bulletin des lois de la République française, Paris, Imprimerie nationale, 1794-1931.

Bulletin des lois, arrêtés, décrets et proclamations de la Commune de Paris. Recueil de tous les actes officiels du 26 mars au 23 mai 1871, Paris, Lacroix, Verboeckhoven, 1871.

Bulletin officiel des forces françaises libres, Londres, s.n., [1940-19..].

CHARRIAUT (Félix), *Collection générale des lois et décrets du gouvernement français à partir du 4 septembre 1870, avec compte rendu analytique de la discussion sur chaque loi, renvois et deux tables. Premier volume : gouvernement de la Défense nationale*, Bordeaux, De Laporte, 1871.

DALLOZ (Désiré), DALLOZ (Armand), CAMPIOT (Amédée), *Recueil Dalloz (analytique et critique) de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1945-1955.

DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil-d'État*, 1^{ère} éd., Paris, Guyot et Scribe, 1824-1949.

DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil-d'État*, 2^e éd., Paris, Guyot et Scribe, 1824-1949.

Recueil international des traités du XX^e siècle, éd. DESCAMPS (EDOUARD), RENAULT (Louis), Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1901.

Archives parlementaires, journaux officiels, revues

ARCHIVES PARLEMENTAIRES

Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances. Annexes, 41 vol., Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, 1871-1876.

Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Première série. 1787-1799. Deuxième série. 1799-1860, éd. MADIVAL (Jérôme), LAURENT (Émile), 127 vol., Paris, Paul Dupont, 1862-1913.

Débats de l'Assemblée consultative provisoire (Alger). Du 3 novembre 1943 au 25 juillet 1944, Paris, Imprimerie des journaux officiels, 1946.

Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du comité consultatif constitutionnel, Paris, La documentation française, 1960.

JOURNAUX OFFICIELS

Moniteur universel, Paris [éditeur inconnu], 1811-1901.

Collection du journal universel, publié à Gand pendant le séjour de S. M. Louis XVIII en 1815, précédé d'un avertissement et d'une table des matières, servant d'appendice au moniteur de l'année en 1815, Paris, Chez Mme Veuve d'Agasse, 1825

Journal officiel de l'Empire français, Paris, s.n., 1869-1870.

Journal officiel de la République française, Paris, s.n., 1870-1880.

Réimpression du Journal officiel de la République Française sous la Commune du 19 mars au 24 mai 1871, Paris, Victor Bunel, 1871.

Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Chambre des députés : compte rendu in-extenso, Paris, imprimerie du Journal officiel, 1881-1940.

Journal officiel de la France libre, Londres, Société des éditions de la France libre, 1940-1943.

Journal officiel de la République française, Alger, Imprimerie Pfister réquisitionnée, 1943-1944.

Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Assemblée nationale, Paris, Journaux officiels, 1956-1979.

Journal officiel de la République française. Lois et décrets, Paris, Journaux officiels, 1881-2015.

Journal des journaux de la Commune. Tableau résumé de la presse quotidienne du 19 mars au 24 mai 1871. Lois, décrets, proclamations, rapports et informations militaires, séances de la Commune, etc., t. 1, Paris, Garnier, 1872.

PRESSE D'OPINION

Combat. Le journal de Paris, Paris, 1951-1967.

La gazette de France, Paris, 1631-1848.

Le constitutionnel, Paris, 1815-1914.

Le Petit Journal, Paris, 1863, 1944.

Journal des débats politiques et littéraires, Paris, 1789-1944.

Recueils d'arrêts et de décisions

SIREY (Jean-Baptiste), *et alii*, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale, et de droit public*, Paris, Recueil Sirey, [180?]-1950.

DEVILLENEUVE (Lemoine), CARETTE (Antoine-Auguste), *Recueil général des lois et des arrêts. Avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs, rédigé sur l'ancien recueil général des lois et des arrêts, fondé par M. Sirey, revu et complété*, Paris, M. Pouleur, 1840-1843.

DALLOZ (Désirée), *et alii*, *Dalloz Jurisprudence générale*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1825-1902, Librairie Dalloz, 1903-1944.

Recueil des arrêts du Conseil d'État, Paris, Bureau d'administration du Recueil, 1821-1847, Paris, Delhomme, 1848-1954.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCOLAS (Louis), *Le rétablissement de la légalité républicaine*, [th. droit, Strasbourg], 1946.
- AGULHON (Maurice), *1848 ou l'apprentissage de la République. 1848-1852*, Paris, Éditions du Seuil, 1992 (*Nouvelle histoire de la France contemporaine*, 8).
- ALGLAVE (Émile), RENAULT (Louis), *La personnalité de l'État en matière d'emprunt. Le gouvernement portugais et l'emprunt de 1832*, Paris, Librairie moderne, 1880.
- ALVAZZI DEL FRATE (Paolo), « Pouvoir constituant et responsabilité envers les générations futures. Considérations historico-juridiques », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours (1^{er}-4 juin 2017)*, éd. DEROCHE (Alexandre), Limoges, PULIM, 2019, p. 477-488.
- AMSELEK (Paul), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964.
- AMSON (Daniel), et alii, *Les Grands Procès*, Paris, PUF, 2007 (*Questions judiciaires*).
- ANCEAU (Éric), « Le coup d'État du 2 décembre 1851 ou la chronique de deux morts annoncées et l'avènement d'un grand principe », *Parlement[s], Revue d'Histoire politique*, t. 12, 2009, p. 24-42.
- ANDLAU (Jean d'), *Fonder la République par la loi : Le Comité de législation de la Convention nationale. 1792-1795*, [th. droit, Lille] 2021.
- ANTONETTI (Guy), *Louis-Philippe*, Paris, Fayard, 2002.
- ARRIGHI (PAUL), *Histoire de la Corse*, Toulouse, Privat éditeur, 1971 (*Univers de la France et des pays francophones*).
- ARTUSO (Vincent), *La collaboration au Luxembourg durant la Seconde Guerre mondiale (1940-1944). Accommodation, adaptation, assimilation*, Frankfurt am Main, Peter Lang Editions, 2013.
- AUDREN (Frédéric), HALPÉRIN (Jean-Louis), *La culture juridique française. Entre Mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013.
- AUSTIN (John Langshaw), *How to do things with words*, trad. LANE (Gilles), *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991 (*Points*).
- AVRIL (Pierre), « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, p. 9-23.
- BADIMBOLI ATIBASAY (Jean-Faustin), « La double impuissance du positivisme au regard de la normativité du droit international », *RGD*, t. 33/1, 2003, p. 1-38.
- BADINTER (Robert), « Juger après Vichy », *Histoire de la justice*, t. 29, 2019, p. 7-10.
- BANCAUD (Alain), « L'épuration judiciaire à la libération : entre légalité et exception », *Histoire de la justice*, t. 29, 2019, p. 229-254.

- BANCAUD (Alain), « Les crises peuvent-elles échapper à l'exception judiciaire ? Des débuts de la III^e République à la création de la Cour de sûreté de l'État », *Les Cahiers de la Justice*, t. 2, 2013, p. 41-60.
- BANCAUD (Alain), *Une exception ordinaire. La magistrature en France. 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002 (*nrf essais*).
- BARJOT (Dominique), CHALINE (Jean-Pierre), ENCREVÉ (André), *La France au XIX^e siècle. 1814-1914*, Paris, PUF, 1995.
- BART (Jean), « *Fictio juris* », *Littératures classiques*, t. 40, 2000, p. 25-33.
- BARTHÉLEMY (Joseph), DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.
- BARUCH (Marc-Olivier), *Le régime de Vichy*, Paris, Éditions La Découverte, 1996.
- BASTID (Paul), « Le procès des ministres de Charles X », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 4/3, 1957, p. 171-211.
- BASTID (Paul), *Benjamin Constant et sa doctrine*, 2 vol., Paris, Armand Colin, 1966.
- BEAUD (Olivier), « À la recherche de la légitimité de la V^e république », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, éd. DE BÉCHILLON (Denys) BRUNET (Pierre), et alii, Paris, Economica, 2006, p. 153-166.
- BEAUD (Olivier), « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 257-266.
- BEAUD (Olivier), « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, t. 11, 2013 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html>], n.p.
- BEAUD (Olivier), « La France libre, Vichy, l'empire colonial », *Jus Politicum*, t. 14, 2015 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-France-libre-Vichy-l-empire-colonial-978.html>], n.p.
- BEAUD (Olivier), « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, t. 92, 2000, p. 17-30.
- BEAUD (Olivier), « Ouverture : L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits. Revue française de théorie juridique*, t. 17, 1993, p. 3-18.
- BEAUD (Olivier), « Souveraineté », *Dictionnaire de la philosophie politique*, éd. RIALS (Stéphane), RAYNAUD (Philippe), Paris, PUF, 2003 (*Quadrige*), p. 735-742.
- BEAUD (Olivier), BLANQUER (Jean-Michel), « Introduction », *La responsabilité des gouvernants*, éd. BEAUD (Olivier), BLANQUER (Jean-Michel), Paris, Descartes & Cie, 1999, p. 14.
- BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994 (*Léviathan*).

- BEAUDOUIN (Marcel), *De la responsabilité des communes et de l'État en cas de troubles ou d'émeutes*, Paris, Dalloz, 1913.
- BELRHALI (Hafida), *Responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2020.
- BERCÉ (Yves-Marie) « La Corse anglaise », *Combattre, gouverner, écrire. Études réunies en l'honneur de Jean Chagniot*. Paris, Economica, 2003, p. 93-107.
- BERGEL (Jean-Louis), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, t. 83, 1984, p. 255-272.
- BERLIA (Georges), « La guerre civile et la responsabilité internationale de l'État », *RGDIP*, t. 11/1, 1937, p. 51-66.
- BERNET (Jacques), « Quelques pistes de réflexion sur les serments révolutionnaires : l'émergence du serment politique contemporain », *Le Serment. II. Théories et devenir*, éd. VERDIER (Raymond), Paris, CNRS Éditions, 1992, p. 381-388.
- BIGOT (Grégoire) « L'État de droit selon le droit administratif français », *Revue juridique de l'Ouest*, t. 2, 2004, p. 221-232.
- BIGOT (Grégoire), « “La force du gouvernement” : écritures et réécritures constitutionnelles de l'administration (1789-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, t. 389, 2017, p. 19-38.
- BIGOT (Grégoire), « État et anthropomorphisme », *Des racines du Droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, t. II, Aix-en-Provence, Toulouse, Editions L'Épilogue, 2020, p. 31-44.
- BIGOT (Grégoire), « L'État du droit administratif au XIX^e siècle. Les leçons du droit de la responsabilité administrative », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours (1^{er}-4 juin 2017)*, éd. DEROCHE (Alexandre), Limoges, PULIM, 2019, p. 383-398.
- BIGOT (Grégoire), « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum*, t. 8, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP8-Bigot-2.pdf>], p. 1-17.
- BIGOT (Grégoire), « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Pouvoirs*, t. 177, 2021, p. 5-15.
- BIGOT (Grégoire), *L'administration française*, 2. vol. Paris, LexisNexis, 2014.
- BIGOT (Grégoire), *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999 (*Bibliothèque de science administrative*).
- BLUCHE (Frédéric), *Le plébiscite des Cent-Jours (avril-mai 1815)*, Genève, Librairie Droz, 1974.

- BOBBIO (Norberto), « Giusnaturalismo e positivismo giuridico », trad. GUÉRET (Michel), « Jusnaturalisme et positivisme », *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 39-53.
- BOBBIO (Norberto), « Positivisme juridique », *Dictionnaire de la philosophie politique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003 (*Quadrige*), p. 576-580.
- BOBBIO (Norberto), « Positivisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2010 (*Quadrige*), p. 1176-1177.
- BOBBIO (Norberto), « Sur le principe de légitimité », *Annales de la philosophie politique*, t. 7, éd. BASTID (Paul), *et alii*, Paris, PUF, 1967, p. 47-60.
- BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, éd. et trad. JOUANJAN (Olivier), Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2000.
- BOISSEAU (Pierre), *La Commune de Paris de 1871 à l'épreuve du droit constitutionnel*, Clermont-Ferrand, LGDJ-Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2000.
- BONIN (Hubert), *Histoire de la société générale (I). 1864-1890*, Paris, Librairie Droz, 2006 (*Publications d'histoire économique et sociale internationale*).
- BOUDON (Julien), *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, 2006.
- BRAMI (Frank Joseph), *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, 2013.
- BROGLIE (Gabriel de), *La monarchie de Juillet*, Paris, Fayard, 2011.
- BRUNEL, « Gouvernement révolutionnaire », *Dictionnaire historique de la Révolution française*, éd. SURATTEAU (Jean-René), GENDRON (François), Paris, PUF, 1989 (*Quadrige*), p. 514-516.
- BURDEAU (François), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995 (*Thémis*).
- BURDEAU (Georges), *La politique au pays des merveilles*, Paris, PUF, 1979 (*La Politique éclatée*).
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, t. I, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, t. II, Paris, LGDJ, 1980.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, t. IV, Paris, LGDJ, 1983.
- CABANIS (André), DEVAUX (Olivier), « Prendre le pouvoir selon Benjamin Constant : ni la force, ni la légitimité d'origine », *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, éd. BRUGUIÈRE (Marie-Bernadette), Toulouse, PUSST, t. 6, 2002.
- CAMUS (Albert), *L'État de siège*, Paris, Gallimard, 1998, p. 42.
- CANAL (Jordi), *et alii*, *Histoire de l'Espagne contemporaine. De 1808 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2021 (*Mnémosya*).

- CAPITANT (René), « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la libération », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, t. 4/14, 1954, p. 153-169.
- CAPITANT (René), « Le droit constitutionnel non-écrit », *Recueil d'études sur les sources du droit. En l'honneur de François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 1-8.
- CAPORAL (Stéphane), « Gouvernement révolutionnaire et représentation », *Le concept de représentation dans la pensée politique*, éd. ASSOCIATION FRANÇAISE DES HISTORIENS DES IDÉES POLITIQUES, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 [Actes du colloque d'Aix-en-Provence. 2002].
- CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014 (*Droit fondamental*).
- CARBONNIER (JEAN), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014.
- CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 2 vol., Paris, Sirey, 1922.
- CARTIER (Emmanuel), « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, t. 71, 2007, p. 513-534.
- CARTIER (Emmanuel), *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005.
- CARTOU (Louis), *Étude comparée du gouvernement provisoire du 10 août 1792 et du gouvernement révolutionnaire de 1793-1794*, [th. droit, Paris] 1948.
- CHABROT (Christophe), « Ceci n'est pas une V^e République », *RFDC*, t. 82, 2010, p. 277-272.
- CHAMBOST (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit...” L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *RHFD*, t. 35, 2015, p. 497-538.
- CHAMBOST (Anne-Sophie), *Proudhon, l'enfant terrible du socialisme*, Paris, Armand Colin, 2009.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), TROPER (Michel), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques*, éd. TROPER (Michel), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), GRZEGORCZYK (Christophe), Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2005 (*La pensée juridique*).
- CHARON-BORDAS (Jeannine), *Cour des pairs. Procès politiques II : La Monarchie de Juillet. 1830-1835. Inventaire des articles CC 546 à 670*, Paris, Archives nationales, 1983.
- CHARON-BORDAS (Jeannine), *Deux grands procès politiques de la Seconde République. Archives des Hautes Cours de Bourges et de Versailles*, Paris, Archives nationales, 1992.
- CHAUVET (Clément), « Fonctionnaire, obéir/désobéir », *Pouvoirs*, t. 155, 2015, p. 149-160.

- CHEVALLIER (Jacques), « L'analyse institutionnelle », *L'institution*, éd. CHEVALLIER (Jacques), DRAÏ (Raphaël), *et alii*, Paris, PUF, 1981 (*Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie*).
- CHEVALLIER (Jacques), « L'épuration au conseil d'État », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, éd. FONDATION CHARLES DE GAULLE, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 447-460.
- CHOSSAT DE MONTBURON (Agathe), *L'ennemi en droit pénal (1789-1884)*, [th. droit, Paris] 2021.
- CLARK (Christopher), *Iron Kingdom*, trad. CHÉDAILLE (Éric), HERSANT (Patrick), KLEIMAN-LAFON (Sylvie), *Histoire de la Prusse. 1600-1947*, Paris, Perrin, 2009.
- COHENDET (Marie-Anne), « Légitimité, effectivité et validité », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 201-234.
- COICAUD (Jean-Marc), « Légitimité et responsabilité des gouvernants », *La responsabilité des gouvernants*, éd. BEAUD (Olivier), BLANQUER (Jean-Michel), Paris, Descartes & Cie, 1999, p. 95-117.
- COINET (Jean-Paul) « L'écriture de la Constitution de 1958 : le poids de l'histoire », *L'écriture de la Constitution de 1958*, éd. MAUS (Didier), FAVOREU (Louis), Aix-en-Provence, PUAM, 1992, p. 37- 48.
- COMBACAU (Jean), SUR (Serge), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2019.
- COMMAILLE (Jacques), « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 583-585.
- CORNER (Paul), « Introduction », *Popular opinion in totalitarian regimes*, éd. CORNER (Paul), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1-13.
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018 (*Quadrige*).
- CORNU-THÉNARD (Nicolas), *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, [th. droit, Paris] 2011.
- COSTA (Dominique), « Apparence, fiction et présomption juridique », *Juge et apparence(s). Acte du colloque des 4 et 5 mai 2009*, Toulouse, PUT, 2010, p. 133-149.
- COURTOIS (Gérard), « Le serment : du désenchantement du monde à l'éclipse du sujet », *Le Serment. II. Théories et devenir*, éd. VERDIER (Raymond), Paris, CNRS Éditions, 1992, p. 3-33.
- COUVEINHES-MATSUMOTO (Florian), *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- CRÉMIEUX (Adolphe), « Le procès des ministres en 1848 et l'enquête judiciaire sur les journées de Février », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 9/1, 1907, p. 5-23.

- CRÉPIN (Marie-Yvonne), « La loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes et ses premières applications en Ille-et-Vilaine », *Mémoires de la Société d'Histoire et d'archéologie de Bretagne*, Société d'histoire et d'archéologie de Bretagne, t. 69, 1989, p. 207-222.
- DALBARET (Charles), *Un assassinat juridique (1815). Les généraux Faucher ou Les jumeaux de la Réole. Fusillés à Bordeaux sous La Terreur Blanche*, Paris, A. Bellier et C^{ie}, 1894.
- DANIC (Olivia), « L'évolution de la pratique française en matière de reconnaissance de gouvernement », *Annuaire français du droit international*, t. 59, 2013, p. 511-534.
- DE BELLESCIZE (Diane), « Le Comité général d'études de la résistance », *Revue d'Histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, t. 99, 1975, p. 1-24.
- DE VISSCHER (Charles) « L'occupation de guerre. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Law Q Rev.*, t. 34, 1918, p. 72-81.
- DÉBAX (Hélène), *La féodalité languedocienne. XI^e-XII^e siècles*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2003.
- DELAUNAY (Benoît), « Droit de la responsabilité administrative et droit comparé », *La responsabilité administrative. Actes du colloque organisé les 7 et 8 juin 2021 par l'Association française pour la recherche en droit administrative à l'Université de Toulouse 1 Capitole*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 45-64.
- DELPÉRÉE (Francis), « Le gouvernement provisoire », *Le provisoire en droit public*, éd. VIDAL-NAQUET (Arianne), Dalloz, 2009, p. 85-93.
- DELUERMOZ (Quentin), *Le crépuscule des révolutions. 1848-1871*, Paris, Éditions du Seuil, 2012 (*Histoire de la France contemporaine*, 3).
- DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), *L'État*, Paris, PUF, 2016 (*Que sais-je ?*).
- DENOIX DE SAINT-MARC (Stéphanie), *Les grands procès du XX^e siècle*, Paris, Robert Laffont, 2016 (*Bouquins*).
- DEROUSSIN (David), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012.
- DESCAMPS (Olivier), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.
- DESLANDRES (Maurice), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome premier. De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire (1789-1815)*, Vaduz, Paris, Topos Verlag AG, E. Duchemin, 1977.
- DESLANDRES (Maurice), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870. Tome second. De la chute de l'Empire à l'avènement de la Troisième République (1815-1870)*, Vaduz, Paris, Topos Verlag AG, E. Duchemin, 1977.

- DESLANDRES (Maurice), *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la Troisième république et la Constitution de 1875*, Paris, A. Colin, 1937.
- DESMOULINS (Thibault), *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, [th. droit, Paris] 2018.
- DEUMIER (Pascal), REVET (Thierry), « Ordre public », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 1119-1122).
- Dictionnaire constitutionnel*, éd. DUHAMEL (Olivier), MÉNY (Yves), Paris, PUF, 1992.
- Dictionnaire des parlementaires français*, éd. ROBERT (Adolphe), BOURLOTON (Edgar), COUGNY (Gaston), 5 vol., Paris, Bourloton éditeur, 1889-1891.
- Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècles*, éd. ARABEYRE (Patrick), HALPÉRIN (Jean-Louis), KRYNEN (Jacques), Paris PUF, 2015 (*Quadrigé*).
- DOARÉ (Ronan), « Ordre légal, ordre illégal », *Inflexions*, t. 24, 2013, p. 153-162.
- DUBOUT (Édouard), « “Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France” : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, t. 83, 2010, p. 451-482.
- DUCHARME (Théo), *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, 2019 (*Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*).
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Éditions de Boccard, 1928.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Éditions de Boccard, 1930.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. IV, Paris, Éditions de Boccard, 1924.
- DUMAS (Alexandre), *La Camorra : et autres récits de brigandage*, Paris, Vuibert, 2011.
- DUPUY (Pierre-Marie), « Responsabilité », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 1341-1347.
- DUQUAI (Ernest), *Les grands procès politiques. Les accusés du 15 mai 1848*, Paris, Armand Le Chevalier, 1869.
- DURKHEIM (Émile), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 2020 (*Quadrigé*).
- DUVERGER (Maurice), « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, p. 73-100.
- EISEMANN (Pierre Michel), « Emprunts russes et problèmes de succession d'États », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, éd. JUILLARD (Patrick), STERN (Brigitte), Paris, Pédonne, 2002, p. 53-78.
- EISENMANN (Charles), « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique. Revue internationale des idées, des institutions et de la vie politique*, t. 11/41-44, 1968, p. 5-86.
- EISENMANN (Charles), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 163-192.

- EISENMANN (Charles), « Sur la légitimité juridique des gouvernements », *Annales de la philosophie politique*, t. 7, éd. BASTID (Paul), et alii, Paris, PUF, 1967, p. 97-122.
- ENGIN (Salih), *Les principes généraux de la responsabilité des autorités administratives et leur application au cas d'émeute*, Paris, Sirey, 1939.
- ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914 [rééd. fac. sim. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001].
- ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 vol., Paris, Sirey, 1927-1928.
- FABRE (Michel-Henri), *Le serment politique (étude constitutionnelle : 1789-1914)*, Marseille, Typographie & Lithographie Ant. Ged, 1941.
- FAUCHILLE (Paul), *Louis Renault (1843-1918) : sa vie, son œuvre*, Paris, Pedone, 1918.
- FAVIER (Jean), BRUNTEREC'H (Jean-Pierre), *Archives de la France, t. I : Le Moyen Âge (V^e-XI^e siècle)*, Paris, Fayard, 1994.
- FELDMAN (Jean-Philippe), « Les Constitutions des États confédérés d'Amérique », *RFDC*, t. 59, 2004, p. 503-531.
- FERRERO (Guglielmo), *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris, Plon, 1945.
- FEYERABEND (Paul), *Against method. Outline of an anarchist theory of knowledge*, trad. JURDANT (Baudouin) et SCHLUMBERGER (Agnès), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Éditions du Seuil, 1979.
- FLORY (Maurice), *Le statut international des gouvernements réfugiés et le cas de la France libre. 1939-1945*, Paris, Pédonne, 1952.
- FRANKE (Almut), « La loi de l'indemnité de 1825 dans l'arrondissement de Bordeaux », *Annales du Midi*, t. 109/218, 1997, p. 223-245.
- FURET (François), « Gouvernement révolutionnaire », *Dictionnaire critique de la Révolution française*, éd. FURET (François), OZOUF (Mona), Paris, Flammarion, 1988, p. 574.
- FURTUNA (Alphonse), *Le fait du prince*, Paris, Jouve & C^{ie}, 1924.
- GACON (Stéphane), « 1859 et 1879-1880 : deux amnisties », *Entre violence et conciliation. La résolution des conflits sociopolitiques en Europe au XIX^e siècle*, éd. CARON (Jean-Claude), et alii, Rennes, PUR, 2008 (*Histoire*), p. 351-359.
- GACON (Stéphane), « L'amnistie de la Commune (1871-1880) », *Lignes*, t. 10, 2003, p. 45-64.
- GACON (Stéphane), *La Commune de 1871*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2021 (*coll. Essais*).
- GAUDEMET (Jean), « Le serment dans le droit canonique médiéval », *Le Serment. II. Théories et devenir*, éd. VERDIER (Raymond), Paris, CNRS Éditions, 1992, p. 63-75.

- GAUDEMET (Yves), « Légalité (principe de) », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 917-920.
- GAUDU (Raymond), *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec le gouvernement de fait*, [th. droit Paris] 1913.
- GEFFROY (Gustave), *L'Enfermé*, Paris, Bibliothèque-Charpentier, 1919.
- GÉMAR (Jean-Claude), « De la traduction juridique à la jurilinguistique : la quête de l'équivalence », *Meta*, t. 60/3, 2015, p. 476-493.
- GEMMA (Scipione), « Les gouvernements de fait », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. III, 1924, p. 297-413.
- GEMMA (Scipione), *Politica e diritto negli odierni rapporti internazionali. Discorso letto il 10 novembre 1896 per l'inaugurazione dell'anno accademico nel R. Istituto di scienze sociali "Cesare Alfieri"*, Firenze, G. Civelli, 1897.
- GIBAUD-CROSET (Delphine), « Le rétablissement de la légalité pénale républicaine à la Libération. Entre ruptures et continuité », *Cahiers Jean Moulin*, t. 1, 2015 [en ligne : <https://journals.openedition.org/cjm/119#bodyftn8>], n.p.
- GIRAUDIER (Vincent), *Les Bastilles de Vichy. Répression politique et internement administratif*, Paris, Tallandier, 2009.
- GIRAUDOUX (Jean), *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Gallimard, 2015 (*Folio théâtre*).
- GODECHOT (Jacques), *Les révolutions de 1848*, Paris, Albin Michel, 1971.
- GOHIN (Olivier), *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2019.
- GOLTZBERG (Stefan), « De quoi la fiction indique-t-elle l'absence ? », *Les fictions en droit : actes du colloque intitulé « Les artifices du droit : les fictions »*, éd. CAIRE (Anne-Blandine), Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2015, p. 103-118.
- GONOD (Pascale), « À propos de la responsabilité administrative », *Mouvements*, t. 29, 2003, p. 30-35.
- GOSSENS (Charles), « Les gouvernements de fait en Belgique », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, éd. CARBONNIER (Jean), et alii., Paris, Dalloz, 1960, p. 271-273.
- GOYARD (Claude), « La notion d'épuration administrative », *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, éd. GERBORD (Paul), et alii., Genève, Librairie Droz, 1977, p. 1-48.
- GOYARD-FABRE (Simone), « La légitimité », *Revue de Théologie et de Philosophie*, t. 122/2, 1990, p. 235-252.
- GOYARD-FABRE (Simone), *Philosophie politique. XVI^e-XX^e siècle : modernité et humanisme*, Paris, PUF, 1987.

- Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, éd. LAROUSSE (Pierre), 18 vol., Paris, Administration du Grand dictionnaire universel, 1866-1890.
- GRECH (Fabien), « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *RFDC*, t. 102, 2015, p. 405-428.
- GROISMAN (Enrique I.), « Los gobiernos *de facto* en el derecho argentino », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, t. 4, 1989, p. 35-45.
- GROS (Damien), *Naissance de la Troisième République*, Paris, PUF, 2014 (*Léviathan*).
- GUENIFFEY (Patrice), *Le Dix-huit Brumaire. L'épilogue de la révolution française. 9-10 novembre 1799*, Paris, Gallimard, 2008 (*Les journées qui ont fait la France*).
- GUINCHARD (Serge), DEBARD (Thierry) éd., *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Paris, Dalloz, 2019.
- HABERT (Benoît), *La garantie des libertés (1852-1870)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2022.
- HAESAERT (Jean-Paul), « Louis XVIII à Gand en 1815 », *Revue du Nord*, t. 49/149, 1967, p. 521-533.
- HALPÉRIN (Jean-Louis), « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et culture*, t. 65, 2013, p. 145-163.
- HAMON (Francis), M. TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021.
- HAURIOU (Maurice), « La théorie de l'institution et de sa fondation. Essai de vitalisme social », [rééd. *Cahiers de la nouvelle journée*, t. 4, 1925], *Maurice Hauriou. Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, éd. GOYARD-FABRE (Simone), Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 89-146.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorant ès-sciences politiques*, Paris, LGDJ, 1921.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929.
- HAVAS (Nathalie), *La responsabilité ministérielle en France. Contribution à une approche historique des responsabilités politiques et pénales des ministres de la Révolution de 1789 à la V^e République*, Paris, Dalloz, 2012 (*Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle*).
- HAYAT (Samuel), *1848. Quand la République était révolutionnaire*, Paris, Éditions du Seuil, 2014.
- HEISBOURG (Georges), *Le gouvernement luxembourgeois en exil. 1940*, Luxembourg, Éditions de l'imprimerie Saint-Paul, 1986.
- HELLER (Michel), NEKRICH (Aleksandr), *L'Utopie au pouvoir. Histoire de l'URSS de 1917 à nos jours*, Paris, Calmann-Lévy, 1985 (*Liberté de l'esprit*).
- HENRY (Noël), *Les gouvernements de fait devant le juge*, [th. droit Paris] 1927.
- HERAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946.

- HERRERA (Carlos-Miguel), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.
- HIGUCHI (Yôichi), « La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant », *Jus Politicum*, t. 26, 2021 [en ligne : <http://www.juspoliticum.com/article/La-theorie-constitutionnelle-du-professeur-Rene-Capitant-1404.html>], n.p.
- HOEFER (Ferdinand) éd., *Nouvelle biographie générale. Depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. Avec les renseignements bibliographiques et l'indication des sources à consulter*, 46 vol., Paris, Firmin Didot frères, 1855-1866.
- HUMMEL (Jacky), « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus Politicum*, t. 7, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Histoire-et-temporalite-constitutionnelles-460.html>], n.p.
- IWAŃSKA (Alicja), *Exiled Governments: Spanish and Polish. An Essay in Political Sociology*, Cambridge, Mass. Schenkman, 1981.
- JAURÈS (Jean), *Histoire socialiste de la Révolution française*, t. 4, Paris, Les éditions sociales, 2015 (*Les Essentielles*).
- JEAN (Jean-Paul), « Le serment de fidélité au maréchal Pétain, péché originel des juges ? », *Cahiers de la Justice*, t. 2, 2013, p. 7-11.
- JELLINEK (Georg), *Das Recht des modernen Staates. Erster Band: Allgemeine Staatslehre*, trad. FARDIS (Georges), *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911.
- JELLINEK (Georg), *Das Recht des modernen Staates. Erster Band: Allgemeine Staatslehre*, trad. G. FARDIS, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913.
- JELLINEK (Georg), *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* [1906], trad. JOUANJAN (Olivier), *Révision et mutation constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2018.
- JÈZE (Gaston), « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP*, 1914, p. 48-144.
- JÈZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, 3 vol., Paris, Dalloz, 1930.
- JÈZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1904.
- JOUANJAN (Olivier), « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, t. 17, 1993, p. 125-138.
- JOUANJAN (Olivier), « La suspension de la Constitution de 1793 », *La constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français ?*, éd. BART (Jean), *et alii*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1993, p. 159-174.
- JOUANJAN (Olivier), « Qu'est-ce qu'un discours "juridique" nazi ? », *Le Débat*, t. 178, 2014, p. 160-177.
- JOUANJAN (Olivier), *Justifier l'injustifiable*, Paris, PUF, 2017 (*Léviathan*).

- JOURDAN (Annie), « La journée du 5 septembre 1793. La terreur a-t-elle été à l'ordre du jour ? », *Visages de la Terreur. L'exception politique de l'an II*, éd. BIARD (Michel), LEUWERS (Hervé), Paris, Armand Colin, 2014, p. 45-60.
- KANTOROWICZ (Ernst), *Œuvres*, Paris, Gallimard, 2000 (*Quarto*).
- KELSEN (Hans), *Reine Rechtslehre*, trad. EISENMANN (Charles), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999 (*La pensée juridique*).
- KERCHOVE D'EXAERDE (François de), « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du gouvernement belge en exil à Londres (octobre 1940-septembre 1944) », *RBDI*, t. 23/1, 1990, p. 99-152.
- KOJÈVE (Alexandre), *La notion de l'Autorité*, Paris, Gallimard, 2004.
- KUHN (Thomas S.), *The structure of Scientific Revolutions*, trad. MEYER (Laure), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2018 (*Champs sciences*).
- LA BOÉTIE (Etienne de), *Discours de la servitude volontaire* [1574], Paris, Flammarion, 2016.
- LA CROIX DE CASTRIES (René de), *La Terreur Blanche. L'Épuration de 1815*, Paris, Perrin, 1981.
- LAFERRIÈRE (Edouard), *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, 2 vol., Paris, Nancy, Berger-Levrault et C^{ie}, 1896.
- LAGARDE (Ernest), *La reconnaissance du gouvernement des soviets*, Paris, Payot, 1924.
- LAGOUEYTE (Patrick), *Le coup d'État du 2 décembre 1851*, Paris, CNRS éditions, 2016.
- LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2002 (*Quadrige*).
- LANIOL (Vincent), « Ferdinand Larnaude, un “délégué technique” à la conférence de la Paix en 1919 entre expertise et “culture de guerre” », *Relations internationales*, t. 149, 2012, p. 43-55.
- LAQUIÈZE (Alain), *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002 (*Léviathan*).
- LARNAUDE (Ferdinand), « Les gouvernements de fait », *RGDIP*, t. XXVIII, 1921, p. 457-503.
- LAUBADÈRE (André de), *Traité de droit administratif*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1980.
- LAUVAUX (Philippe), « Régimes (Classification) » *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 1315-1322.
- LAWSON (Gary), SEIDMAN (Guy), *The Constitution of Empire: territorial expansion and American legal history*, New Haven, London, Yale University Press, 2004.
- LE DIVELLEC (Armel), « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, t. 4, 2010 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-de-constitution-259.html>], n.p.

- LE DIVELLEC (Armel), « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre "droit de la constitution" et système de gouvernement) », *Droits*, t. 44/2, 2006, p. 101-138.
- LE GAL (Sébastien), « Justice transitionnelle et état d'exception. L'exemple de l'état de siège (1791-an V) », *Histoire de la justice*, t. 32, 2021, p. 155-165
- LE GAL (Sébastien), « Justice transitionnelle et état d'exception L'exemple de l'État de siège (1791-an V) », *Histoire de la justice*, t. 32, 2021, p. 155-165.
- LE GAL (Sébastien), « La responsabilité personnelle des commandants de place de guerre (XVII^e-XIX^e siècle) », *La responsabilité. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit de Tours (1^{er}-4 juin 2017)*, éd. DEROCHE (Alexandre), Limoges, PULIM, 2019, p. 335-353.
- LE GAL (Sébastien), « Législation d'exception », *Dictionnaire d'administration publique*, Paris, PUG, 2014, p. 295-296.
- LE GAL (Sébastien), *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, [th. droit, Lyon] 2011.
- Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, éd. GAFFIOT (Félix), FLOBERT (Pierre), Paris, Hachette, 2000.
- LE PILLOUER (Arnaud), « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », *RHFD*, t. 25-26, 2005-2006, p. 123-141.
- LE PILLOUER (Arnaud), *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, Paris, Dalloz, 2005 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*).
- LÉCHARNY (Louis), *La validité des actes internes des gouvernements de fait à l'égard des étrangers*, [th. droit Paris] 1929.
- LECOUTURIER (Yves), « La section spéciale de Caen (1941-1944) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, t. 28, 1990, p. 107-114.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code Civil de 1804*, Leiden, Brill, 2008.
- LEGENBRE (Pierre), *Fantômes de l'État en France. Parcelles d'histoire*, Paris, Fayard, 2015.
- LEGENBRE (Pierre), *Jouir du pouvoir*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1976.
- LENTZ (Thierry), *Les Cent-Jours : 1815*, Paris, Fayard, 2010 (*Nouvelle histoire du Premier Empire*, 4).
- LEPOINTE (Gabriel), *Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875)*, Paris, Montchrestien, 1956.
- LEROY (Yann), « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, t. 79/3, 2011, p. 715-732.

- LEUWERS (Hervé), « Construire une nouvelle catégorie politique : Robespierre et la théorie du gouvernement révolutionnaire », *La pensée constitutionnelle de Robespierre*, éd. FOREY (Elsa), CLÈRE (Jean-Jacques), QUIRINY (Bernard), Paris, La mémoire du droit, 2018, p. 183-198.
- LEVENEUR (Laurent), *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990.
- LISSAGARAY (Prosper-Olivier), *Histoire de la commune de 1871*, Paris, E. Dentu, 1896.
- LOCHAK (Danièle), « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1982, p. 252-285.
- LOCHAK (Danièle), « La neutralité de la dogmatique juridique : Mythe ou réalité ? », *Théorie du droit et science*, éd. AMSELEK (Paul), Paris, PUF, 1994 (*Léviathan*), p. 293-309.
- LUCAS-DUBRETON (Jean), « Les frères Faucher », *Revue des Deux Mondes*, 15 août 1956, p. 589-603.
- LUCHAIRE (François), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, t. 11, 2001, p. 67-69.
- LUCHAIRE (François), *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris, Fayard, 1998.
- MAGNOU-NORTIER (Élisabeth) « Fidélité et féodalité méridionales d'après les serments de fidélité (X^e-début du XII^e siècle) », *Annales du Midi*, t. 80/89, p. 457-484.
- MALSARSKI (David), « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, t. 3, 2009 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>], n.p.
- MARIE (Jacques), *La Guerre des Russes blancs. 1917-1920*, Paris, Tallandier, 2017 (*Texto*).
- MARLOT (Samuel), *Les lois révolutionnaires. 11 août 1792 – 22 prairial an II. La codification du salut public*, [th. droit, Paris] 2009.
- MARLOT, « Les lois révolutionnaires. La systématisation de la Terreur (1793-1794) », *Jus Politicum*, t. 26, 2021 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Les-lois-revolutionnaires-La-systematisation-de-la-Terreur-1793-1794-1419.html>], n.p.
- MARRUS (Michael Robert), PAXTON (Robert Owen), *Vichy France and the jews*, trad. DELMOTTE (Marguerite), *Vichy et les juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 2015 (*Diaspora*).
- MARTIN (Jean-Clément), *Violence et Révolution. Essai sur la naissance d'un mythe national*, Paris, Le Seuil, 2006
- MARTIN (Paul), *Portée juridique des révolutions en droit interne*, [th. droit, Montpellier] 1938.
- MATHIEU (BERTRAND), VERPEAUX (Michel), « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, éd. FONDATION CHARLES DE GAULLE, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 805-830.
- MAULIN (Éric), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, (*Léviathan*).

- MAUSS (Marcel), « Sociologie », *La Grande Encyclopédie*, 31 vol., Paris, Société anonyme de la Grande encyclopédie, 1885-1901, p. 165-176.
- MAUTOUCHET (Paul), *Le gouvernement révolutionnaire (10 août 1792-4 brumaire an IV)*, Paris, Edouard Cornély, 1912.
- MAYEUR (Jean-Marie), *La vie politique sous la Troisième république*, Paris, Éditions du Seuil, 1984, p. 18.
- MCERLEAN (John Michael Peter), « Le Royaume anglo-corse (1794-1796). Contre-révolution ou continuité ? », *AHRF*, t. 260, 1985, p. 215-235.
- MCGILVRAY (Evan), *A military government in exile. The Polish Government in Exile, 1939-1945, a study of discontent*, Solihull, Helion & Company Ltd, 2010.
- MELLERAY (Fabrice), « Où était l'État français entre 1940 et 1944 », *RFDA*, t. 4, 2018, p. 770-774.
- MENICHETTI (Johan), « L'écriture de la constitution de l'an VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, t. 18, 2013, p. 68-83.
- MENON (P. K.), *The succession of states in respect to treaties, state property, archives, and debts*, Lewiston, The Edwin Mellen Press, 1991.
- MICHEL (HENRI), MIRKINE-GUETZÉVITCH (Henri), *Les idées politiques et sociales de la Résistance (documents clandestins – 1940-1944)*, Paris, PUF, 1954.
- MICHEL (Hubert), « Les institutions politiques de la République algérienne », *REMMM*, t. 1, 1966, p. 135-159.
- MICHOUD (Léon), « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *RDP*, t. 3, 1895, p. 401-429.
- MICHOUD (Léon), « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents », *RDP*, t. 7, 1897, p. 41-84.
- MICHOUD (Léon), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1932.
- MILLARD (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, t. 30/31, 1995, p. 381-412.
- MILLARD (Éric), « Les disciples administrativistes d'Hauriou », *Revista Opinião jurídica*, t. 3/6, 2005, p. 373-392.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH (Boris), CALLON (Jean-Éric), *La république française (décembre 1943-décembre 1946)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2019.
- MONTAY (Benoît), *L'autorité perdue : pour une théorie des fonctions de l'exécutif*, Paris, PUF, 2021 (*Léviathan*).

- MORABITO (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France, de 1789 à nos jours*, Paris La Défense, LGDJ, 2020 (*Précis Domat*).
- MORIN (Jean), « La préparation du Comité général d'études », *Le rétablissement de la légalité républicaine (1944)*, éd. FONDATION CHARLES DE GAULLE, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 215-222.
- MOUTON (Stéphane), « Le “code génétique” des constitutions françaises », *Demain, la Sixième République ?*, éd. ROUSSILLON (Henry), MOUTON (Stéphane), Toulouse, PUSST, 2007, p. 75-106.
- MULHMANN (Géraldine), PISIER (Évelyne), *et alii*, *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2012 (Quadrige).
- NEMO (Philippe), *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, Paris, PUF, 2014.
- NEWMAN (John Henry), *An Essay in aid of a Grammar of Assent*, trad. OLIVE (Marie-Martin), *Grammaire de l'assentiment*, Paris, Desclée de Brouwer, 1975.
- NICOLOPOULOS (Elie-Georges), *Les notions de légitimité et de légalité en Grèce de 1967 à 1974*, [th. droit Paris] 1980.
- NOUAL (Pierre), « Emprunts russes et immunité de juridiction : épilogue juridique pour contentieux historique », *Les Petites Affiches*, 6 mars 2020.
- NOVICK (Peter), *The Resistance versus Vichy: The purge of collaborators in Liberated France*, trad. TERNOIS (Hélène), *L'épuration française, 1944-1949*, Paris, Seuil, 1991 (*Points Histoire*).
- OZOUF (Mona), *De Révolution en République. Les chemins de la France*, Paris, Gallimard, 2015 (*Quarto*).
- PACE (Alessandro), *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padoue, Cedam, 2002.
- PACTET (Pierre), « Retour sur l'acte dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Le passé et ses suites », *La constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de D.G. Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 491-507.
- PASSERIN D'ENTRÈVES (Alexandre), « Légalité et légitimité », *Annales de la philosophie politique*, t. 7, éd. BASTID (Paul), *et alii*, Paris, PUF, 1967, p. 29-41.
- PAXTON (Robert Owen), *Vichy France, Old Guard and New Order*, trad. BARDOS (Jean-Pierre), *La France de Vichy. 1940-1944*, Paris, Éditions du Seuil, 1997 (*L'univers historique*).
- PAZ (Maurice), *Un révolutionnaire professionnel, Auguste Blanqui*, Paris, Fayard, 1984.
- PERELMAN (Chaïm), FORIERS (Paul), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- PFERSMANN (Otto), « Morale et droit », *Dictionnaire de la culture juridique, Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis) RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 1040-1046.

- PFISTER (Laurent), « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *RGD*, t. 38/2, 2008, p. 303-338.
- PFISTER (Laurent), « La contribution du procureur général Dupin à la construction du principe de réparation du préjudice moral », *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, éd. SALOMON (Renaud), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, p. 125-144.
- PFISTER (Laurent), « Révision des marchés de travaux et “théorie de l'imprévision” : convergence et divergence des jurisprudences administratives et civiles au milieu du XIX^e siècle », *Des racines du Droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, t. II, Aix-en-Provence, Toulouse, Editions L'Épitoge, 2020, p. 449-463.
- PICARD (Kelly), *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique. Essai sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019.
- PIMENTEL (Carlos-Miguel), « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, t. 5, 2010, [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-en-droit-politique-I-l-avenement-de-ce-qui-est-dans-l-ordre-de-ce-qui-doit-etre-280.html>], n.p.
- PIMENTEL (Carlos-Miguel), « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, t. 1, 2008 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-contribution-a-une-theorie-du-droit-politique-9.html>], n.p.
- PINKNEY (David H.), *The French revolution of 1830*, trad. BERTIER DE SAUVIGNY (Guillaume de), *La révolution de 1830*, Paris, PUF, 1988 (*L'Historien*).
- PLESSIX (Benoît), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2020.
- POMMIER (Jean), *Les écrivains devant la révolution de 1848. Lamartine, Hugo, Lamennais, Georges Sand, Michelet, Béranger*, Paris, PUF, 1948 (*coll. du centenaire de la Révolution de 1848*).
- PRADEL (Jean), *Droit pénal général*, Paris, Éditions Cujas, 2019.
- PRÉLOT (Marcel), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1957.
- QUENSON DE LA HENNERIE (Augustin), « Les propos séditieux sous la Restauration dans le département du Nord (1815-1824) », *Revue du Nord*, t. 11/41, 1925, p. 36-53.
- QUINART (Émilien), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Paris, Dalloz, 2021.
- RASSAFI-GUIBAL (Hicham), « Une histoire de France par le Conseil d'État. À propos de la qualification d'archives publiques des télégrammes du Général de Gaulle, Note sous CE, Ass., 13 avril 2018, *Association du Musée des Lettres et Manuscrits et autres*, req. n°410939 », *Revue*

- générale du droit on line*, 2018, numéro 29576 [en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29576].
- RAYNAL, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, t. 7, 2012 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Revolution-et-legitimite-la-dimension-politique-de-l-excursion-sociologique-du-droit-constitutionnel-467.html>], n.p.
- RENAN (Ernest), *Le prêtre de Nemi*, Paris, Calmann Levy, 1886.
- RÉTAT (Laudyce), « Mort, devenir ou résurrection du sacré : *Le Prêtre de Nemi* d'Ernest Renan », *Études Renaniennes*, t. 90, 1992, p. 3-12).
- RIALS (Stéphane), « Constitution sénatoriale », *Dictionnaire Napoléon*, t. I : A-H, éd. TULARD (Jean), Paris, Fayard, 1999, p. 530-532.
- RIALS (Stéphane), « Une grande étape du constitutionnalisme européen. La question constitutionnelle en 1814-1815 : dispersion des légitimités et convergence des techniques », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°3, 1986, p. 167-197.
- RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.
- RIALS (Stéphane), *De Trochu à Thiers. 1870-1871*, Paris, Hachette, 1985 (*Nouvelle histoire de Paris*, 14).
- RIALS (Stéphane), *Le légitimisme*, Paris, PUF, 1983 (*Que sais-je ?*).
- RIALS (Stéphane), *Oppression et résistance*, Paris, PUF, 2008 (*Quadrige*).
- RIGAUDIÈRE (Albert), *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, Economica, 2018.
- RIGAUX (François), « Kelsen et le droit international », *RBDI*, t. 2, 1996, p. 381-408.
- RIPERT (Georges), JESTAZ (Philippe), *Droit naturel et positivisme juridique* [1915], Paris, Dalloz, 2013 (*Tiré à part*), *passim* (le texte de Ripert et la présentation de celui-ci par Philippe Jestaz).
- ROMANO (Santi), *L'ordinamento giuridico* [1918], trad. FRANÇOIS (Lucien), GOTHOT (Pierre), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.
- ROSNALLON (Pierre), *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000 (*nrf*).
- ROSNALLON (Pierre), *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015 (*Points Essais*).
- ROSNALLON (Pierre), *Le sacré du citoyen*, Paris, Gallimard, 1992 (*NRF*).
- ROUGERIE (Jacques), *La Commune et les Communards*, Paris, Gallimard, 2018 (*Folio histoire*).
- ROUMY (Frank), *L'adoption dans le droit savant du XI^e siècle au XVI^e siècle*, Paris, LGDJ, 1998.
- ROUQUET (François), *L'épuration dans l'administration française*, Paris, CNRS Éditions, 1993 (*Histoire – 20^e siècle*).

- ROUSSEAU (Charles), « Le gouvernement de fait en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, éd. CARBONNIER (Jean), *et alii*, Paris, Dalloz, 1957, p. 235- 246
- ROUSSEAU (Dominique), « Une théorie juridique des changements anti constitutionnels est-elle possible ? », *Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu*, t. 3, 2014, p. 63-65.
- ROUVIÈRE (Frédéric), « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *Les fictions en droit : actes du colloque intitulé « Les artifices du droit : les fictions »*, éd. CAIRE (Anne-Blandine), Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2015, p. 83-101.
- ROUVIÈRE (Frédéric), « Les revers du principe “différence de nature (égale) différence de régime” », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 415-448.
- ROUVILLOIS (Frédéric), *Droit constitutionnel. 2. La V^e République*, Paris, Flammarion, 2016.
- SACK (Alexandher-Nahum), *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières. Traité juridique et financier*, t. I, Paris, Siret, 1927.
- SACRISTE (Guillaume), VAUCHEZ (Antoine), « La “guerre hors-la-loi”, 1919-1930 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, t. 151-152, 2004, p. 91-95.
- SAINTE-BONNET (François), « Technique juridique du coup d'État », *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, éd. BLUCHE (Frédéric), Paris, PUF, 2000 (*Léviathan*), p. 123-160.
- SAINTE-BONNET (François), *L'État d'exception*, PUF, 2001 (*Léviathan*).
- SAINTE-BONNET (François), SASSIER (Yves), *Histoire des Institutions avant 1789*, Paris, LGDJ, 2019 (*Précis Domat*).
- SALMON (Jean), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- SALMONOWICZ (Sanislaw), « Les autorités de la Pologne en exil et l'État clandestin polonais », *GMCC*, t. 261/1, 2016, p. 27-56.
- SANDEVOIR (Pierre), « Les modalités juridiques des épurations au XIX^e siècle », *Les épurations administratives. XIX^e et XX^e siècles*, éd. GERBORD (Paul), *et alii*, Genève, Librairie Droz, 1977, p. 105-114.
- SARTRE (Jean-Paul), « Qu'est-ce qu'un collaborateur ? », *Situation, III. Littérature et engagement. Février 1947-avril 1949*, Paris, Galimard, 1949, p. 43-61.
- SAULNIER BLOCH (Marie), *Le statut juridique du régime de Vichy : de Vichy à Sigmaringen : d'un statut à l'autre*, [th. droit, Genève] 2016.
- SAUVÉ (Jean-Marc), « Rétablir la légalité républicaine », *Introduction du colloque organisé, le 27 octobre 2014, à l'occasion du 70^{ème} anniversaire de l'ordonnance du 9 août 1944 par la fondation Charles de Gaulle*

- et le Conseil d'État* [en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/retablir-la-legalite-republicaine>], n.p.
- SCHMITT (Carl), *Legalität und Legitimität* [1932], trad. ROY (Christian), SIMARD (Augustin), *Légalité et légitimité*, Montréal, Paris, Presses de l'Université de Montréal, Édition de la Maison des sciences de l'homme, 2016.
- SCHOELL (Maximilian Samson Friedrich), *Cours d'histoire des États européens. Depuis le bouleversement de l'Empire romain d'occident jusqu'en 1789, t. 41 : Histoire du XVIII^e siècle, 9*, Paris-Berlin, Gide-Duncker et Humblot, 1833.
- SÉNÉLLART (Michel), « Gouvernement », *Dictionnaire de philosophie politique*, éd. RAYNAUD (Philippe), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 293-297.
- SÉRIAUX (Alain), « Droit naturel », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 507-511.
- SERNA (Pierre), « Rigomer Bazin et la Restauration : penser la république dans la monarchie », *AHRF*, t. 325, 2001, p. 53-76.
- SERRE (Philippe), *Essai sur la responsabilité des communes en cas d'émeute*, Paris, Imprimerie Bescherelle-Boissel-Roullet, 1926
- SHAHRJERDI (Payam), « L'indemnisation à raison des mesures soviétiques de nationalisation ou d'expropriation à l'encontre de biens français », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, éd. JUILLARD (Patrick), STERN (Brigitte), Paris, Pédonne, 2002, p. 89-120.
- SILVANIE (Haig), *Responsibility of States for acts of unsuccessful insurgent governments*, New York, Columbia University Press, 1939.
- SIMIEN (Côme), « La Convention interminable : les régicides au tribunal du passé (1815-1830) », *AHRF*, t. 381, 2015, p. 189-211.
- SIMON (Denys), « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique (glissement progressif ou révolution tranquille ?) », *AJDA*, t. 4, 1993, p. 235-243.
- SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la république. Une histoire de l'indignité. 1791-1958*, Paris, Bernard Grasset, 2008.
- STRAUSS (André), « Les négociations franco-soviétiques sur les emprunts russes », *Les crises de la dette publique. XVIII^e-XXI^e siècle*, éd. BÉAUR (GÉRARD), QUENNOUËLLE-CORRE (Laure), Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2019, p. 317-344.
- SZUREK (Sandra), « Mise en perspective de l'accord franco-russe », *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, éd. JUILLARD (Patrick), STERN (Brigitte), Paris, Pédonne, 2002, p. 7-51.

- TERRACOL (Louis), « La doctrine de Vichy. Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité », *Jus Politicum*, t. 25, 2021 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-doctrine-de-Vichy-Penser-la-legalite-et-la-legitimite-autour-de-l-autorite-1364.html>], p. 65-76.
- THEWES (Guy), *Les gouvernements du Grand-Duché du Luxembourg depuis 1848*, Luxembourg, Service information et presse du gouvernement luxembourgeois, 2011.
- THOMAS (Yan), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, t. 21, 1995, 17-63.
- THOMAS (Yan), *Les opérations en droit*, Paris, 2011.
- TORT (Olivier), « Le discours de La Bourdonnaye sur l'amnistie (11 novembre 1815). Un archétype du rôle des conflits de mémoire dans la marginalisation de l'extrême droite », *Histoire, économie & société*, t. 2, 2005, p. 233-252.
- TRIOMPHE (Pierre), « Terreur Blanche, 1815 », *Dictionnaire de la contre-révolution : XVIII^e-XX^e siècle*, éd. MARTIN (Jean-Clément), Paris, Perrin, 2011, p. 491-493.
- TROPER (Michel), « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *Théorie du droit et science*, éd. AMSELEK (Paul), Paris, PUF, 1994, p. 310-324.
- TROPER (MICHEL), « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1982, p. 286-292.
- TROPER (Michel), « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, t. 15, 1993, p. 337-355.
- TROPER (Michel), « Montesquieu », *Dictionnaire des œuvres politiques*, éd. CHATELET (François), DUHAMEL (Olivier), PISIER (Evelyne), Paris, PUF, 1986, p. 570-582.
- TROPER (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.
- TROPER (Michel), *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011 (*Léviathan*).
- TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994 (*Léviathan*).
- TULARD (Jean), « Vol de l'aigle », *Dictionnaire Napoléon*, t. II : I-Z, éd. TULARD (Jean), Paris, Fayard, 1999, p. 953-954.
- TULARD (Jean), *Histoire de France. Tome 4 : Les révolutions : de 1789 à 1851*, éd. FAVIER (Jean), Paris, Fayard, 1985.
- TURCHETTI (Mario), « Droit de résistance, à quoi ? Démasquer aujourd'hui le despotisme et la tyrannie », *Revue historique*, t. 640, 2006, p. 831-878.
- TURCHETTI (Mario), *Tyrannie et tyrannicide, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Classiques Garnier, 2013.
- VEDEL (Georges), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, t. 8, 1954, p. 21-53.

- VEDEL (Georges), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, t. 67, 1993, p. 79-97.
- VEDEL (Georges), *Droit constitutionnel et Institutions politiques (Licence 1^{ère} année)*, Paris, Les cours de droit, 1961.
- VEDEL (Georges), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.
- VERPEAUX (Michel), « L'affaire Papon, la République et l'État. "Ceux qui ont su trahir leur pays sans cesser de respecter la loi" Albert Camus », *RFDC*, t. 55, 2003, p. 513-526.
- VERPEAUX (Michel), *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, Paris, PUF, 1991 (*Les Grandes thèses du droit français*).
- VIGIER (Philippe), *La Seconde République*, Paris, PUF, 2001 (*Que sais-je ?*).
- VILAR (Pierre), *La guerre d'Espagne*, Paris, PUF, 1994 (*Que sais-je ?*).
- VILLEGAS (Diana), *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Paris, Dalloz, 2018 (*Nouvelle bibliothèque de thèses*).
- VILLEY (Michel), « Esquisse historique sur le mot "responsable" », *Archives de la philosophie du droit*, t. 22, 1977, p. 45-58.
- VILLEY (Michel), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013 (*Quadrige manuels*).
- VINCENT (Romain), *Le Parlement réuni en siège commun sous la V^e République*, [th. droit, Paris] 2021 [à paraître : Paris, IRJS Éditions, 2023].
- WACHSMANN (Patrick), « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 350-351.
- WALINE (Marcel), « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *JCP-G*, I, 1945, p. 441-442.
- WALINE (Marcel), *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1946.
- WARESQUIEL (Emmanuel de), « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », *Jus Politicum*, t. 13, 2014 [en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-preambule-de-la-Charte-du-4-juin-1814-942.html>], n.p.
- WEBER (Max), *Herrschaft* [MWG I/22-4, 2005], trad. Kalinowski (Isabelle), *La domination*, Paris, La Découverte, 2015.
- WEBER (Max), *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. FREUND (Julien), et alii, *Économie et société*, 2 vol., Paris, Pocket 1995.
- WEBER (Max), *Wissenschaft als Beruf. Politik als Beruf*, trad. FREUND (Julien), *Le savant et le politique*, Paris, 10-18, 1963.
- WICKER (Guillaume), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997 (*Bibliothèque de droit privé*).
- WOLF (Ernst), « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *RDP*, 1952, p. 39-104.

- WOLF (Ernst), « Le gouvernement de fait en droit suisse », *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XI, éd. CARBONNIER (Jean), et alii, Paris, Dalloz, 1957, p. 246-271.
- WRIGHT (Vincent), « La loi de sûreté générale de 1858 », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, t. 16/3, 1969, p. 414-130.
- XIFARAS (Mikhaïl), « Fictions juridiques : remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Zinbun*, t. 43, 2011, p. 87-146.
- ZANCARINI (Jean-Claude) éd., *Le droit de résistance, XIX^e-XX^e siècle*, éd. J.-C., Lyon, ENS Éditions, 2001.
- ZARKA (Yves Charles), *Métamorphoses du monstre politique. Et autres essais sur la démocratie*, Paris, PUF, 2016.

TABLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE

NB : Les numéros en gras renvoient aux pages. L'arrêt peut être en note.

COUR DE CASSATION

- Cass. Crim., 14 septembre 1815, *Jean Lecos et autres* (S. *refondu*, 1, 5, 1, 99), **282, 284, 393**
- Cass., Crim, 27 octobre 1815 (S. *refondu*, 1, 5, 1, 104), **282, 284, 395**
- Cass., 27 février 1822, *Barbes c. Pasturin* (S. 1823, I, p. 96), **284**
- Cass., 27 juin 1822, *Fournier c. commune de Marseille* (S. *refondu*, 1, 7, 1, 101), **455**
- Cass., 16 juillet 1828, *Mabé c. Kgarion* (S. 1828, I, p. 289), **204**
- Cass., 18 août 1828 *Boucheporn* (S. *refondu*, 1, 9, 1, 158), **171, 287**
- Cass., 26 janvier 1830, *De Layton contre Vauban* (S. 1830, I, p. 153), **104, 170**
- Cass., 14 avril 1830, *Furstenstein c. Boucheporn* (S. 1830, I, p. 280), **171, 287-288**
- Cass., 13 mars 1832, *Syndic Gentil c. Pierre* (S. 1832, I, p. 293), **177**
- Cass., 25 août 1832, *Bastard de St-Germain* (S. 1832, I, p. 571), **180**
- Cass., 14 janvier 1833, *Le procureur général c. Baudoin* (S. 1833, I, p. 566), **69, 177**
- Cass., 16 mars 1841, *Péraldi contre Ponte* (S. 1841, I, p. 505), **69, 203, 298, 317, 352-354**
- Cass., 15 mai 1841, *ville de Paris c. Périer et autres* (S. 1841, I, 373), **457-458**
- Cass., 29 avril 1848, *Migaud c. Hardy* (S. 1848, I, p. 464), **180, 297, 471**
- Cass., 27 janvier 1855, *Turrel et autres* (S. 1855, I, p. 465), **298, 348**
- Cass., 11 mai 1871 (S. 1871, I, p. 110), **309**
- Cass., Crim., 8 juin 1871, *Delvallée* (S. 1871, I, p. 109), **181, 356**
- Cass., 12 octobre 1871 (S. 1871, I, p. 252), **309**
- Cass., Req., 23 janvier 1872, *Guillemon c. Ducarre* (S. 1872, I, p. 80), **308**
- Cass., Req., 27 novembre 1872, *Crédit foncier de France c. Enregistrement ; Compagnie du chemin de fer d'Orléans c. Contribution indirecte et Chemin de fer du Sud de l'Autriche et de l'Italie centrale c. enregistrement* (S. 1873, I, p. 259), **88, 207, 291, 316-318, 359, 473**
- Cass, 6 février 1874, *Bouscarle et autres* (S. 1874, I, p. 281), **309, 310**
- Cass., Req., 8 avril 1874, *Lantal c. Asile d'Anduze* (S. 1874, I, p. 258), **86-87, 210, 307-308, 350**

Cass, Chambres réunies, 22 juin 1874, *Bouscarle et autres* (S. 1874, I, p. 336), **309**

Cass, 23 janvier 1875, *Ministère public c. Costa* (D. 1876, I, p. 331), **350**

Cass., 7 février 1876, *Enregistr. c. société du comptoir communal de Marseille* (S. 1876, I, p. 227), **86, 210, 249, 309, 349-350**

Cass., 3 février 1877, *Cival c. Willemot* (S. 1877, I, p. 187), **87, 240**

Cass., Civ., 4 mai 1881, *Chemins de fer de l'Est, du Nord, d'Orléans et de Lyon contre Ville de Paris* (S., 1881, I, p. 361), **89-90, 208, 249, 458-460**

Cass., 7 août 1883 (S. 1884, I, p. 5), **472**

Cass., 3 novembre 1944 (S. 1945, I, p. 29), **92**

Cass., Civ., 22 février 2017, *Société Librairie Jean-Claude Vrain* (Bull. n°16-12.922), **95**

JURIDICTIONS CIVILES ET CRIMINELLES INFÉRIEURES

CA Paris, 31 mai 1816 *Bourdois contre Cacatte* (S. *refondu*, 1, 5, 2, 153), **34, 67, 171, 177, 215, 281, 285-287**

CA Paris, 8 février 1817 *Liste civile contre Barandon et compagnie* (S. 1817, II, p. 393), **34, 44, 52, 224, 282-285**

Tribunal de Police correctionnelle, 14 mars 1817 (*Moniteur universel*, 14 mars 1817, p. 300), **59, 168, 170, 393**

CA Paris, 19 juin 1818, *Andral c. Barbaia* (S. *refondu*, 1, 5, 2, p. 395), **286-287**

Tribunal civil de Lyon, 17 août 1849 (D. 1849, III, p. 79), **456**

Tribunal de la Seine, 23 décembre 1871, *Crédit foncier c. Enregistrement* (S. 1872, II, p. 82), **207, 316**

CA Paris, 9 juillet 1891 *Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée et Gouvernement de la République du Chili c. Gouvernement provisoire du Chili* (S. 1895, II, p. 305), **24, 209, 249, 436**

Tribunal de Mascara, 6 février 1895 *Ministère public c. Guerbaoni* (D. 1895, II, p. 481), **87, 310, 350, 354**

CA Alger, 19 janvier 1898 *El Guerbaoni Abdallah ben Abdelkader c. Ministère public* (S. 1903, II, p. 97), **87, 350, 355, 358**

Tribunal de commerce de Marseille, 25 mai 1937, *Moulin, ès qual. d'administrateur judiciaire de la Soc. Potas Iberica c. Volatron et Soc. à respons. Limitée Centre d'expansion commerciale internationale* (S. 1938, II, p. 105), **438**

TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 28 juillet 1873, *Pelletier* (Rec. TC 1873, p. 117), **475**

CONSEIL D'ÉTAT

CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte* (Rec. CE 1822, p. 371), **475**

CE, 1^{er} mars 1826 (Rec. CE 1826, p. 125), **475**

CE, 25 janvier 1832, *Méaulle* (Rec. CE 1832, p. 27), **70, 179, 348**

CE, 7 février 1834, *Gervaise* (Rec. CE 1934, p. 107), **474**

CE, 19 février 1873, *Cibille* (Rec. CE 1873, p. 169), **319**

CE, 30 janvier 1874, *Bruneau* (CE 1874, p. 100), **319, 476**

CE, 6 février 1874, *Association générale des ouvriers tailleurs de Paris* (Rec. CE 1874, p. 139), **319, 476**

CE, 5 juin 1874, *Chéron* (Rec. CE 1874, p. 516), **475**

CE, 21 juillet 1876, *Ducatel c. Véron* (Rec. CE 1876, p. 701), **472**

CE, 25 mai 1877, *Thimel, Foucard et autres* (Rec. CE 1877, p. 500), **319**

CE, 2 novembre 1923, *Assoc. Des fonctionnaires de l'administration centrale des postes* (Rec. CE 1923, p. 699), **472**

CE, 10 novembre 1944, *Langneur* (Rec. CE 1944, p. 288), **470-471**

CE, 27 avril 1945, *Colonel Josué* (S. 1945, III, p. 58), **92, 327**

CE, 5 avril 1946, *Sieur Rouy* (Rec. CE 1946, p. 107), **92, 327**

CE, 4 juin 1947, *Frémincourt* (Rec. CE 1947, p. 245), **424**

CE, Ass., 30 janvier 1948, *Sieur Toprower* (Rec. CE 1948, p. 48), **92, 327**

CE, 4 février 1948, *Gauthier* (Rec. CE 1948, p. 56), **92, 327**

CE, 5 mars 1948, *Marion* (S. 1948, III, p. 53), **201**

CE, 12 novembre 1948, *Sieur Quin* (Rec. CE 1948, p. 427), **477**

CE, Sect., 22 février 1950, *Dame Duez* (Rec. CE 1950, p. 118), **92, 327**

CE, 19 mai 1950, *Chambre de commerce de Bayonne* (Rec. CE 1950, p. 303), **477**

CE, 22 décembre 1950, *Terrol* (Rec. CE 1950, p. 637), **92, 327**

CE, 13 juillet 1951, *Époux de Persan* (Rec. CE 1951, tables p. 822), **477**

CE, Ass, 4 janvier 1952 *Époux Giraud* (Rec. CE 1952, p. 14), **43, 92, 329-330, 477**

CE, Sect., 25 juillet 1952 *Demoiselle Remise* (Rec. CE 1952, p. 401), **43, 92, 329, 477**

CE, 12 mai 1954, *Turin de Montmel* (Rec. CE 1954, tables p. 888), **477**

CE, Ass, 6 avril 2001 *Pelletier* (Rec. CE 2001, p. 173), **43, 94, 477, 332**

CE, sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c. Ihsen Mtimet* (Rec. CE 2001, p. 234), **472**

CE, Ass, 12 avril 2002 *Papon* (Rec. CE 2002, p. 139), **43, 94, 477, 332**

CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG* (Rec. CE 2006, p. 154), **273**

CE, 16 février 2009, avis *Hoffman-Glemane* (Rec. CE 2009, p. 43), **94, 477**

CE, 13 avril 2018 *Association du musée des lettres et manuscrits et autres* (Rec. CE 2018, p. 131), **94-96, 287**

TABLE DES PRINCIPAUX GOUVERNEMENTS DE FAIT ÉVOQUÉS

NB : Les gouvernements sont mentionnés dans l'ordre chronologique. Les numéros renvoient aux pages (sans les notes). Les numéros en gras renvoient au chapitre 2 du Titre I de la Première Partie, donnant une description détaillée de chaque gouvernement.

GOUVERNEMENT	DÉBUT	FIN	PAGES DANS LA THÈSE
<i>Gouvernement de l'Assemblée nationale constituante de 1789</i>	17 juin 1789	14 septembre 1791	54-57, 337, 362, 442
<i>Gouvernement de l'Assemblée législative après la chute de la royauté</i>	10 août 1792	21 septembre 1792	107-108 , 378
<i>Gouvernement sous la Convention nationale</i>	21 septembre 1792	23 septembre 1795	109-112 , 114-117 , 185, 188, 339, 378-380, 445, 454
<i>Gouvernement du Royaume corse (ou anglo-corse)</i>	5 mai 1794	19 octobre 1796	69, 199, 202-206, 352-354
<i>Consulat provisoire</i>	10 novembre 1799	24 décembre 1799	119-122 , 186, 188, 340, 364-366, 381, 465
<i>Gouvernement sénatorial</i>	1 ^{er} avril 1814	14 avril 1814	123 , 128-129 , 228, 364, 382, 465
<i>Lieutenance générale du comte d'Artois</i>	14 avril 1814	4 juin 1814	123-124 , 132 , 383
<i>Gouvernement des Cent-Jours</i>	19-20 mars 1815	22 juin 1815	58, 68, 70, 123-127 , 167 , 173-176, 187, 215-216, 226-228, 231-232, 282, 293-295, 340-341, 344-348, 393, 465
<i>Gouvernement en exil de Louis XVIII à Gand</i>	19 mars 1815	8 juillet 1815	123-126 , 173, 187, 211-212, 215-217, 219-220, 226-228, 231-232, 340, 394
<i>Commission de gouvernement nommée par la chambre des représentants</i>	22-23 juin 1815	7 juillet 1815	123 , 129-130 , 173, 228
<i>Commission municipale provisoire</i>	29 juillet 1830	31 juillet 1830	67, 130-132 , 135 , 228-229, 341, 363, 366-367, 378, 415
<i>Lieutenance générale du duc d'Orléans</i>	31 juillet 1830	7 août 1830	67, 130-133 , 229, 366, 378, 416

<i>Gouvernement provisoire de 1848</i>	24 février 1848	4 ou 9 mai 1848	71, 85, 87, 133-138 , 191, 235-240, 342, 347, 364, 369, 374-376, 379-380, 401-403, 466
<i>Gouvernement de l'Assemblée constituante de 1848</i>	4 ou 9 mai 1848	4 novembre 1848	133, 137 , 237-239, 380, 400-403
<i>Gouvernement de Louis-Napoléon Bonaparte</i>	2 décembre 1851	29 mars 1852	72, 87, 133-138 , 298, 348, 368, 382, 407-410
<i>Gouvernement de la Défense nationale</i>	4 septembre 1870	13 février 1871	89, 140-146, 149-160 , 181, 183, 199-201, 241-244, 245-246, 248-250, 265, 300-310, 342, 355-358, 364, 368, 375, 404-406, 430, 467, 475
<i>Délégation du gouvernement de la défense nationale</i>	9 septembre 1871	6 février 1871	146-152 , 199-200, 210-211, 249, 302-303, 307-309
<i>Gouvernements successifs de l'Assemblée nationale de 1871</i>	13 février 1871	~1875 ou 8 mars 1876	82, 87, 88, 144, 147-151 , 185, 200, 207-208, 211, 238, 245-246, 317, 318, 378, 380, 411
<i>Commune de Paris</i>	18 mars 1871	28 mai 1871	88-90, 146-152 , 187, 199-201, 206-211, 244-250, 302, 311-320, 342, 376, 410-415, 429, 458-462, 467, 476
<i>Gouvernement de Vichy</i>	11 juillet 1940	~20 août 1944	91-96, 152-160 , 184, 194-195, 250-251, 260-262, 266, 271, 321-322, 324-326, 326-332, 343, 359, 364, 368, 376, 383, 416-422, 424, 468, 477-478, 487
<i>Gouvernement de la France libre (CDE, CNF, CFLN)</i>	~27 octobre 1940	3 juin 1944	36, 91-95, 152-155, 158, 159, 161 , 211, 216, 219, 250-252, 266-267, 323-328, 330, 342-343, 368, 370, 376, 476
<i>Gouvernement provisoire de la République française</i>	3 juin 1944	27 octobre 1946	93, 96, 99, 158-160 , 252, 271, 326-330, 342, 360, 364, 368, 377, 383, 422-426, 469-470

INDEX NOMINUM

NB : Les numéros renvoient aux pages dans la thèse. Les renvois ne comprennent pas les notes de bas de page. En raison du nombre important d'occurrences pour certains personnages, il est fait renvoi vers la table des gouvernements de fait.

A

Albert (Alexandre Martin, dit), **401**
Arago (Etienne), **133, 142, 148, 210, 236, 237, 357, 401**
Augustin d'Hippone (saint), **62**

B

Barrot (Odilon), **48, 68, 175, 176, 182, 232, 297, 345, 401, 446**
Barthélemy (Joseph), **141, 145, 157, 243, 262, 419, 420, 421, 422**
Bartole, **59**
Bauchart (Quentin), **238, 409**
Bazin (Rigomer), **64, 65**
Billaud-Varenne (Jacques-Nicolas), **17, 109, 111, 112, 114, 117**
Blanqui (Auguste), **72, 242, 401, 402, 403, 405**
Blum (Léon), **418, 420, 423, 424**
Boissy d'Anglas (Jean Gabriel de), **68, 174, 212, 231, 232, 289, 290, 293, 294, 295, 381**
Bonaparte (Louis-Napoléon) *Voir*
Gouvernement du 2 décembre 1851
Bonaparte (Napoléon) *Voir* Consulat provisoire, *Voir* Gouvernemnt des Cent-Jours
Bonnard (Roger), **155, 156, 262, 359**

C

Capitant (René), **262, 263, 265, 266, 268**
Carré de Malberg (Raymond), **30, 371, 372**

Cassin (René), **154, 251, 326, 360**
Charles X, **67, 130, 131, 132, 180, 228, 236, 294, 367, 416, 467**
Chateaubriand (François René, vicomte de), **38, 62, 64, 126, 167, 227**
Cicéron, **62, 295, 353**
Constant (Benjamin), **65, 382**
Crémieux (Adolphe), **136, 147, 150, 236, 265**

D

Danton (Georges), **108, 111**
Daru (Napoléon), **302, 312, 404**
Delpit (Martial), **151, 312, 313, 412, 413**
Desjardins (Arthur), **89, 90, 208, 249, 459, 460**
Dufaure (Jules), **82, 313, 406**
Duguit (Léon), **76, 259, 262, 450**
Dupin (André, dit Dupin aîné), **69, 175, 176, 177, 178, 182, 232, 236, 296, 345**
Duverger (Maurice), **99, 192, 343, 360, 361, 364**

E

Esquiros (Alphonse), **86, 309, 349**

F

Favre (Jules), **141, 142, 143, 147, 150, 151, 242, 245, 246, 357, 406**
Fouché (Joseph), **121, 129, 130, 297, 396**

G

Gambetta (Léon), 147, 148, 150, 151,
199, 200, 210, 265, 302, 357, 380, 414,
416
Gaulle (Charles de), 91, 94, 95, 152, 153,
154, 158, 211, 212, 217, 219, 250, 251,
252, 267, 321, 360, 368, 421, 423,
487, 488
Glais-Bizoin (Alexandre), 143, 147
Grotius (Hugo), 205, 207, 291, 292, 318,
352, 353

H

Hauriou (Maurice), 19, 39, 75, 100, 196,
197, 254, 255, 257, 258, 259, 263

J

Jaubert (Hippolyte François, comte de),
175, 230, 231, 295, 296, 355
Jèze (Gaston), 20, 98, 215, 254, 262,
263, 264, 265, 267, 268, 359, 472, 473

K

Kelsen (Hans), 30, 190, 371

L

Lamarque (Jean-Maximilien), 173, 175,
231, 290, 291, 293, 294, 296
Lamartine (Alphonse de), 136, 137, 236,
239
Lefevre-Pontalis (Amédée), 85, 193, 194
Louis XVIII *Voir* Gouvernement en
exil à Gand

Louis-Numa Baragnon (Louis Numa),
84, 85, 304, 358

Louis-Philippe, 66, 67, 69, 131, 132, 133,
179, 229, 231, 233, 235, 466, 468

M

Mounier (Jean Joseph), 26, 54, 55, 56,
362

P

Pufendorf (Samuel von), 205, 291, 292,
352, 353

R

Robespierre (Maximilien de), 109, 112,
113, 114, 115, 116, 117, 138

S

Saint-Just (Louis Antoine de), 109, 110,
111, 112, 114
Simon (Jules), 210, 241, 300, 357, 406

T

Talleyrand Périgord (Charles Maurice
de), 128, 129, 130, 382, 383, 465
Thiers (Adolphe), 70, 141, 142, 149, 150,
178, 200, 233, 245, 313, 346, 408, 414
Trochu (Jules Louis), 142, 146, 302,
369, 404

V

Vattel (Emer de), 291, 352
Vedel (Georges), 18, 262, 263, 266, 267,
268, 331, 487

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	9
REMERCIEMENTS	11
TABLE DES ABRÉVIATIONS	13
INTRODUCTION	17
§1. Penser le gouvernement de fait	18
1. Dissection ou examen de santé : l'intérêt d'une étude du gouvernement de fait	18
2. De la Révolution à la Libération : l'histoire constitutionnelle française comme cadre de la recherche	21
§2. Comprendre les discours juridiques	27
1. Quelques prérequis épistémologiques nécessaires	28
2. Les discours du droit et sur le droit comme sources	31
3. Une analyse fonctionnelle du langage juridique	34
§3. Saisir juridiquement un concept fuyant	36
1. Quel gouvernement ?	37
2. Entre fait et droit	40
3. Un mouvement vers le droit (problématique)	42
PARTIE I LES CRITÈRES DU GOUVERNEMENT DE FAIT	47
TITRE I PALLIER L'ABSENCE DE TITRE	49
<i>Chapitre 1 Illégalité constitutionnelle</i>	<i>51</i>
Section 1 Le gouvernement de fait : usurpation ou organe de l'État ?	52
§1. L'illégalité réduite à l'illégitimité : la conception politique du gouvernement de fait (1789-1830)	53
A. Genèse : le dualisme révolutionnaire du droit contre le despote	54
B. Évolution : la fabrique de l'usurpation sous la Restauration	57
1. Une usurpation sans titre	58
2. Une accusation de soumission au légalisme	60
C. Critique : L'inadéquation de la notion politique de gouvernement de fait avec le positivisme juridique	62
§2. L'illégitimité dissociée de la légalité à partir de 1830 : la conception institutionnelle du gouvernement de fait	66

A.	Sortir de la dichotomie entre usurpation et gouvernement de droit	67
1.	L'essor de la doctrine du gouvernement de fait sous la Monarchie de Juillet	67
2.	L'affermissement de la notion de gouvernement de fait sous la Seconde République et le Second Empire	71
B.	Les conséquences d'une conception institutionnelle du gouvernement de fait par rapport à la continuité de l'État	73
1.	Le renouvellement de l'objet : intégrer le gouvernement de fait à l'institution étatique	74
2.	L'opportunité d'une méthode : comprendre la dialectique entre les normes juridiques et les faits sociaux	78
Section 2	Illégalité constitutionnelle et légitimité juridique du gouvernement de fait	80
§1.	Un titre à gouverner défini par sa légalité constitutionnelle à partir de 1870	81
A.	Chant du cygne de la notion politique	82
B.	Encadrer les périodes de crises	84
C.	Préserver l'État	86
§2.	La place renouvelée de la légitimité du gouvernement de fait depuis la fin du XIX ^e siècle	88
A.	L'argument d'une légitimité supplétive à l'épreuve des jugements de la Commune de Paris et du gouvernement de Vichy	88
1.	Une légitimité contrebalançant l'illégalité du gouvernement	88
2.	La duplicité de la notion de gouvernement de fait	91
B.	L'hypothèse doctrinale d'une légitimité juridique pour un concept utile de gouvernement de fait	97
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1	101
	<i>Chapitre 2 Nécessité</i>	<i>103</i>
Section 1	Le primat de la nécessité révolutionnaire	106
§1.	La nécessité par l'action : le gouvernement révolutionnaire (1792-1799)	106
A.	Le moment défensif : la préservation du peuple (1792-1793)	107
1.	Le gouvernement face au danger	107
2.	Le gouvernement au-devant du danger	109
B.	Le moment offensif : le Salut du peuple (1793-1794)	112
1.	Le Salut du peuple contre le despotisme	114
2.	La vérité, criterium de la légalité révolutionnaire	115
3.	Le credo du gouvernement révolutionnaire : terreur et vertu	116
§2.	Un discours protéiforme : entre nécessité de préserver les institutions et nécessité de les renverser (1799-1852)	118
A.	Le fléchissement de la nécessité révolutionnaire (1799-1815)	118
1.	Une tentative de syncrétisme : Napoléon et la nécessité de terminer la Révolution (1799)	118
a.	L'urgence de sauver les institutions	119
b.	L'œuvre du Consulat provisoire : terminer la Révolution	121
2.	Une critique de l'évidence : les gouvernements de restauration (1815)	123

B.	La rhétorique du gouvernement provisoire : nécessité de préservation (1814-1830)	127
1.	Pallier la vacance du pouvoir (1814-1815)	127
2.	Minimiser la révolution en 1830 : La défense et la paix	130
C.	Une résurgence de la nécessité révolutionnaire ? (1848-1852)	133
1.	Similarités des gouvernements de fait : l'urgence et la nécessité d'un changement	134
2.	Dissemblances : faire la révolution ou la terminer	136
Section 2	Le déclin de la nécessité révolutionnaire	139
§1.	Le mirage rhétorique d'une nécessité objective (1870-1871)	139
A.	L'argument du dépassement apartisan du droit dans la Défense nationale (septembre 1870-février 1871)	140
1.	Outrepasser la régence	140
2.	Surmonter les oppositions	143
B.	La méfiance envers la nécessité révolutionnaire dans le rejet des discours de la Délégation et de la Commune (septembre 1870-mai 1871)	146
1.	Affrontements	147
2.	Échecs	149
§2.	Une résurgence avortée de la nécessité révolutionnaire (1940-1946)	152
A.	L'opposition des discours entre Vichy et la France libre (1940-1944)	152
1.	La nécessité gaullienne du pouvoir face à l'usurpateur ennemi	152
2.	La tentative manquée de réconcilier le droit et la révolution dans le discours vichyste	155
B.	Le rejet ambigu de la nécessité révolutionnaire à la Libération (1944-1946)	158
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	161
	TITRE II PRÉSUMER LA POSSESSION DU POUVOIR	163
	<i>Chapitre 1 Effectivité</i>	165
Section 1	L'essor de l'effectivité face à la légitimité sous les monarchies censitaires	166
§1.	Un principe initialement rejeté au nom de la légitimité monarchique sous la Restauration	166
A.	Le rejet partisan de l'effectivité du gouvernement de fait	167
B.	Les conséquences de ce rejet	170
§2.	Un principe dégagé empiriquement après la révolution de Juillet 1830	172
A.	Un avènement politique (1831)	173
B.	Une confirmation judiciaire (1832-1833)	177
Section 2	La construction doctrinale d'une reconnaissance du fait accompli	181
§1.	Les éléments constitutifs de l'effectivité à partir de la fin du XIX ^e siècle	181
A.	Première branche : l'effectivité du gouvernement	182
1.	La domination d'un territoire	182
2.	Le contrôle des organes infra-étatiques	185
B.	Deuxième branche : l'effectivité des normes	189

§2.	Effectivité et légitimité : un face à face nécessairement fatal ?	191
A.	L'insubordination de l'effectivité à la légitimité	191
B.	Neutralité axiologique, effectivité et légitimité	194
Section 3	Les aménagements au critère : les cas de souveraineté sérieusement contestée	198
§1.	Le gouvernement de fait local	198
A.	Effectivité morcelée	199
1.	La contestation sérieuse de la souveraineté lors d'une insurrection	199
2.	La sécession et la résolution d'une situation de guerre civile	202
B.	Reconstruction de la souveraineté	203
1.	La tension entre fait accompli et ordre public	203
2.	La fiction unitaire de la souveraineté par la qualification rétroactive du pouvoir	206
§2.	Le gouvernement en exil	211
A.	Un gouvernement sans effectivité du fait d'une occupation du territoire	211
B.	Une difficile reconnaissance de compétences	214
C.	Une utilité à la fiction juridique	218
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1	221
<i>Chapitre 2</i>	<i>Assentiment</i>	223
Section 1	Critère imparfait pour distinguer gouvernement de fait et de droit	225
§1.	Désobéir au gouvernement de fait, obéir au gouvernement de droit (1815-1830)	225
A.	Un argument au renfort de la légitimité dans l'opposition entre Napoléon et Louis XVIII en 1815	226
B.	L'assentiment comme ratification du pouvoir de droit sous la révolution de Juillet	228
§2.	Obéir au gouvernement de fait et reconnaître le gouvernement de droit (1830-1852)	230
A.	La distinction naissante entre acclamation et élection sous la Monarchie de Juillet	230
1.	Les prémices d'une distinction	230
2.	Une distinction encore balbutiante	232
B.	La distinction affermie entre assentiment et absolution dans le sillon de 1848	235
Section 2	Critère adéquat pour distinguer gouvernement de fait et usurpation	240
§1.	Un plaidoyer systématique des gouvernements de fait à partir de 1870	241
A.	Le contenu de l'assentiment précisé (1870-1871)	241
1.	La Défense nationale : concorde et confiance du peuple	241
2.	La Commune et l'adhésion du peuple parisien : tentative inaboutie d'une symbiose entre gouvernants et gouvernés	244
B.	La fonction de l'assentiment encadrée (à partir de 1871)	247
1.	Influence directe : l'assentiment comme marqueur d'une distinction entre usurpation et gouvernement de fait	248
2.	Influence indirecte : la confirmation d'un critère dénué d'empreinte révolutionnaire au fondement du gouvernement de fait	250

§2. Les doctrines juridiques de la place du peuple face au gouvernement de fait au XX ^e siècle : entre assentiment présupposé et assentiment volontaire	253
A. Les manifestations d'adhésion au gouvernement de fait et leur rapport avec le gouvernement de droit	254
1. Le relatif intérêt juridique des manifestations d'adhésion au gouvernement de fait chez Larnaude et Gemma	255
2. Une étude juridique de l'assentiment cantonnée au gouvernement de droit : Maurice Hauriou et la nationalisation du pouvoir	257
B. Une appréciation autoritaire de l'assentiment : la place subsidiaire du peuple dans l'acceptation du gouvernement	260
C. Une appréciation juridique et volontariste de l'assentiment comme frontière entre le gouvernement de fait et l'usurpation	262
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	269

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	271
----------------------------------	-----

PARTIE II LE RÉGIME JURIDIQUE DES GOUVERNEMENTS DE FAIT **273**

TITRE I COMPÉTENCES	275
---------------------	-----

Chapitre 1 Valeur des actes 279

Section 1 Continuités dans la rupture : nullité et validité des actes sous les monarchies censitaires	280
---	-----

§1. L'inapplicable régime de l'usurpation : une nullité substantielle modulée par les cours de justice sous la Restauration	281
---	-----

A. La réprobation des relations juridiques volontaires engagées directement avec le gouvernement de fait	281
--	-----

B. L'assouplissement progressif de la jurisprudence dans les relations entre individus durant l'usurpation	285
--	-----

§2. Le tournant de 1831 : débats et décisions autour de la validité des actes du gouvernement de fait	289
---	-----

A. La nullité substantielle critiquée	290
---------------------------------------	-----

B. Les alternatives proposées : quelle validité ?	293
---	-----

1. La proposition radicale d'une validité de principe	293
---	-----

2. La solution retenue d'une validité conditionnelle	294
--	-----

C. Un principe favorable à la continuité de l'État	296
--	-----

Section 2 Ruptures dans la continuité : faire ses commissions d'enquête en 1871	299
---	-----

§1. Le gouvernement provisoire authentifié : l'application d'une validité de principe pour les actes de la Défense nationale	300
--	-----

A. Les enquêtes parlementaires comme tentatives de rattacher le gouvernement de fait à l'État	300
---	-----

B. Le gouvernement de fait devant le juge : actes d'administration et actes de souveraineté des gouvernements de fait	307
---	-----

§2. Le gouvernement révolutionnaire suspect : la nullité des actes de la Commune	311
A. L'enquête parlementaire et la loi du 19 juillet 1871 : tentative de refermer les plaies ou affirmation de la puissance de l'État ?	312
B. L'insurrection devant le juge : résurgence du régime juridique de l'usurpation	316
Section 3 Antithèse ou synthèse ? La nature hybride du rétablissement de la légalité républicaine	320
§1. La synthèse de l'ordonnance du 9 août 1944	320
A. Un régime de transition	321
B. Un régime de transaction	324
§2. Les prolongements de l'ordonnance du 9 août 1944 et leurs conséquences sur la théorie du gouvernement de fait	326
A. Continuités	326
B. Rupture	328
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	333
<i>Chapitre 2 Étendue des pouvoirs</i>	335
Section 1 Équivoques du pouvoir instituant	336
§1. Une nature incertaine	337
A. Le temps des distinctions : un pouvoir de fait identifiable dès la Révolution française	337
B. Le temps des confusions : fiction et captation des pouvoirs	344
1. Apparence de légalité et compétence normative : l'avis des parlementaires sous la Monarchie de Juillet	344
2. Confusion des pouvoirs et intangibilité du domaine législatif : une doctrine jurisprudentielle à la fin du XIX ^e siècle ?	348
§2. Des limites introuvables ?	351
A. 1841 : Le gouvernement de fait cantonné à des actes d'administration provisoire	352
B. 1871 : Le gouvernement de fait restreint à son objet	355
C. Limitation ou autolimitation du gouvernement ? Les distinctions doctrinales du XX ^e siècle	359
Section 2 Audaces du pouvoir constituant	362
§1. Germination	363
A. La structuration provisoire du gouvernement de fait	364
1. Deux exemples types : l'organisation formelle et concentrée (1799) et l'organisation sommaire et diligente (1830)	365
2. Tentative de synthèse des mesures d'organisation provisoire	367
B. La valeur des « petites constitutions »	370
1. Du point de vue de la science du droit	371
2. Du point de vue du droit politique	372
§2. Métamorphoses	374
A. Une fonction de structuration : enraciner des principes politiques	374
B. Une fonction de pérennisation : engendrer le gouvernement de droit	378
1. Le procédé démocratique : la transmission du pouvoir constituant	378

2. Le procédé autoritaire : la captation du pouvoir constituant	381
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	385
TITRE II RESPONSABILITÉS	387
<i>Chapitre 1 Juger les hommes</i>	389
Section 1 La dimension morale de la justice d'exception	390
§1. Gouvernement de fait et légitimité de la cause politique sous la Restauration	391
A. Amnistie et irresponsabilité du combattant légitime	391
B. Le partisan du gouvernement de fait, responsable ou coupable ?	395
1. Responsable mais pas coupable	395
2. Coupable car responsable	397
§2. Esquisses d'une irresponsabilité pénale et d'une responsabilité politique du gouvernement de fait	400
A. L'insurrection contre le gouvernement de fait condamnée en 1848	400
B. La question de la responsabilité politique du gouvernement de fait en 1870	404
Section 2 La dimension cathartique de la justice d'exception	406
§1. Deux fonctions dans l'usage de la justice d'exception : légitimation et expiation	407
A. La fonction légitimante : la dialectique entre punition et pardon en 1851	407
B. La fonction expiatoire : la répression de la Commune de Paris de 1871	410
§2. Les excès d'un usage politique de la responsabilité des gouvernants	415
A. Le gouvernement de fait juge : le procès de Riom (1942) ou les vicissitudes d'une légitimation manquée	415
1. Accuser pour mieux régner : un procès à la gloire du régime	417
2. L'accusateur accusé : l'échec de la légitimation	419
B. Le gouvernement de fait jugé : les procès de la collaboration à partir de 1945 ou l'anachronique fonction expiatoire	422
1. Purger la société de ses éléments jugés néfastes	422
2. L'indélébile cicatrice de l'usurpation	424
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	429
<i>Chapitre 2 Juger l'État</i>	431
Section 1 L'État parmi les siens	431
§1. Importance d'une responsabilité <i>ratione loci</i> : prérogatives du gouvernement sur la scène internationale	432
A. Une affirmation de la responsabilité et de la compétence internationales du gouvernement de fait : l'affaire du guano (1901)	433
B. Les tribunaux français au diapason de la justice internationale (1891 et 1936)	436
§2. Incertitudes d'une responsabilité <i>ratione temporis</i> : la solidarité des engagements dans le temps	440
A. Le principe de la solidarité des engagements	440
1. Un cas circonscrit à la succession de gouvernement	441

2.	Une affirmation du principe de solidarité dans le temps : le cas de la dette dans la législation française	442
B.	Un principe parfois contesté au nom de la légitimité	444
1.	Oltrepasser la légitimité : une affirmation progressive sous les monarchies censitaires	444
2.	Un cas flagrant de non-respect du principe : les emprunts russes	446
3.	Une tentative doctrinale d'encadrer les abus : la dette odieuse	449
Section 2	L'État face à lui-même	451
§1.	Les structures administratives de l'État : gouvernement de fait local et responsabilité du fait du risque social	452
A.	Le régime initial d'une responsabilité des habitants en cas d'émeute comme de guerre civile	453
1.	Le décret du 10 vendémiaire an IV : du régime de la responsabilité des habitants à celle de la commune personnalité morale	453
2.	Une interprétation judiciaire audacieuse mais sans suite : l'exonération de responsabilité en période de guerre civile	455
3.	Une exception prétorienne : la ville de Paris	456
B.	Le cas limite du gouvernement de fait local et ses répercussions dans la législation	458
1.	Le problème soulevé par les décisions relatives à l'irresponsabilité de la ville de Paris eu égard à la Commune de 1871	458
2.	La législation postérieure (1884 et 1914) : vers une responsabilité sans faute de l'État, du fait du risque social	460
§2.	Les agents de l'État : entre traits d'union et paravents	463
A.	Serment politique ou serment de joueur : la fidélité monnayée de l'agent	463
1.	La faible pratique du serment politique par les gouvernements de fait au XIX ^e siècle	464
2.	Les interrogations relatives au serment au XX ^e siècle : obéissance ou désobéissance du fonctionnaire de fait	468
B.	La difficile reconnaissance d'une responsabilité administrative du fonctionnaire de fait	471
1.	Une théorie fondée sur l'apparence : le fonctionnaire de fait	472
2.	Histoire d'une fuite en avant de l'Administration	474
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	479
	CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	481
	CONCLUSION GÉNÉRALE	483
	« Les bons gouvernements sont les gouvernements où rien ne se passe »	483
	La pérennité de l'État, raison d'être paradoxale des gouvernements de fait	485
	L'avenir du gouvernement de fait	487
	SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	491

SOURCES	491
Ouvrages	491
Articles	497
Recueils de normes juridiques	498
Archives parlementaires, journaux officiels, revues	498
Recueils d'arrêts et de décisions	499
BIBLIOGRAPHIE	501
TABLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE	525
TABLE DES PRINCIPAUX GOUVERNEMENTS DE FAIT ÉVOQUÉS	529
INDEX NOMINUM	531
TABLE DES MATIÈRES	533

LE GOUVERNEMENT DE FAIT

DE LA RÉVOLUTION À LA LIBÉRATION

Résumé

L'histoire des transitions constitutionnelles met en lumière cet irréductible besoin de comprendre des phénomènes qui se déroulent en dehors du cadre légal, mais qui produisent pourtant du droit. Usité de manière protéiforme pour résoudre – parfois pour dissimuler – cette équation, le concept de gouvernement de fait se transforme à mesure que s'impose le positivisme juridique en France. Il semble ainsi l'arbre des mots qui cache la forêt des concepts. Initialement employé pour fustiger une usurpation devant être renvoyée dans le néant juridique d'où elle n'aurait jamais dû sortir, il sert progressivement d'expédient pour qualifier ce gouvernement illégal mais nécessaire pour assurer la vacance du pouvoir dans les meilleures conditions en attendant le retour aux temps paisibles de la normalité et du droit. Il désigne alors un gouvernement illégal, pourtant nécessaire, effectif et bénéficiant d'un assentiment. Ce type de pouvoir se développe durant des périodes de bouleversements constitutionnels et produit des effets juridiques parfois niés *a posteriori* du fait d'une rupture dans la chaîne de validité juridique et d'une responsabilité introuvable ou fuyante. Le droit s'en empare alors, dans l'espoir de préserver la continuité de l'État.

Descripteurs : Gouvernement de fait ; Légimité ; Constitution ; Révolution ; Provisoire ; Transition

***DE FACTO* GOUVERNEMENT**

FROM REVOLUTION TO LIBERATION

Abstract

History of constitutional transitions reveals an irreducible need to understand phenomena that occur outside the legal framework, but which nevertheless have legal effects. The concept of *de facto* government, which is used in a variety of ways to solve - and sometimes to conceal - this equation, is transformed as legal positivism takes hold in France. Thus, it seems the tree of words that hides the forest of concepts. Initially used to denounce the usurper, who should be sent back to the legal void from which he should have never emerged, the term is gradually being used as an expedient to qualify the illegal government, which is necessary to assure the vacuum of power while awaiting the return to the quiet times of legality. It then designates an illegal government, yet necessary, effective and with a real a degree of assent. This type of power grows during periods of constitutional turbulences and produces legal effects that are sometimes denied *a posteriori* because the chain of legal validity has been compromised and responsibility remains unclear or elusive. The law then captures upon it, in the hope of preserving the continuity of the state.

Keywords: *De facto* government ; Legitimacy ; Constitution ; Revolution ; Interim ; Transition