

# DES ACTES DE GOUVERNEMENT

---

La théorie des actes de gouvernement constitue une des matières les plus controversées du droit administratif. Tout y est sujet à contestation : la définition de ces actes, les règles qui leur sont applicables, et jusqu'à leur existence comme groupe soumis à des principes particuliers. Sur ce dernier point pourtant nous reconnaissons que le nombre des dissidents n'est pas bien considérable et que la presque unanimité des auteurs paraît admettre que les actes de gouvernement forment une catégorie soumise à un droit exceptionnel. La question est cependant discutée, et nous nous rangeons parmi ceux qui pensent qu'il n'y a aucun motif, ni en droit positif, ni en raison, pour scinder en deux grandes classes, à chacune desquelles on appliquerait un régime différent, les actes de puissance publique émanés de l'autorité administrative. Nous nous proposons de démontrer que cette manière de voir est la seule qui puisse s'appuyer sur les textes aussi bien que sur les principes. Mais avant d'aborder cette démonstration il importe de faire un exposé précis et complet de la théorie que nous voulons réfuter.

## I. — Exposé de la théorie courante.

Les partisans de cette théorie ne s'entendent pas sur tous les détails. Il y a deux grandes questions à résoudre : 1<sup>o</sup> Quel est le régime particulier qu'il faut appliquer aux actes de gouvernement ? 2<sup>o</sup> En quoi ces actes diffèrent-ils des actes administratifs ordinaires et à quels signes pourra-t-on les reconnaître ? Sur chacune de ces questions nous aurons à constater des divergences.

1. — RÉGIME PARTICULIER DES ACTES DE GOUVERNEMENT. — Nous rappelons que les actes émanant de l'autorité administrative se divisent en deux grandes classes, d'après le rôle qu'elle remplit en les accomplissant : au rôle de personne privée correspondent les actes de gestion qui ressemblent à ceux que les simples parti-

culiers peuvent faire pour la gestion de leur patrimoine; si l'administration agit comme personne publique, exerçant une portion de la puissance publique, ses décisions reçoivent la qualification d'actes de puissance publique.

Nous n'avons pas à nous occuper des actes de gestion, avec lesquels les actes de gouvernement n'ont aucun rapport. Quant aux actes de puissance publique, ils sont en principe susceptibles de donner lieu à des recours contentieux lorsqu'ils violent un droit privé, ou même, dans certains cas et dans certaines conditions, lorsqu'ils lèsent un simple intérêt. Les particuliers, dont le droit est violé ou l'intérêt lésé, peuvent réclamer par la voie contentieuse, et leurs réclamations appartiennent tantôt aux tribunaux administratifs, tantôt aux tribunaux judiciaires, suivant des règles qu'il est inutile de rapporter, car elles n'ont aucune influence sur la question que nous voulons examiner. Cette possibilité d'un recours contentieux disparaît lorsqu'une disposition formelle ou tacite de la loi donne à l'autorité publique le pouvoir de ne pas tenir compte de certains droits ou de certains intérêts; on dit alors que l'administration a un pouvoir discrétionnaire, et ses décisions, en cette matière, sont désignées sous le nom d'actes discrétionnaires. Il est évident que l'individu, dont le droit ou l'intérêt ont été méconnus par un acte discrétionnaire régulier, n'a pas en principe de recours contentieux contre l'administration qui n'a fait qu'user vis-à-vis de lui d'un droit qu'elle tenait de la loi : *qui suo jure utitur neminem lædit injuste*.

Tels sont les principes auxquels on prétend qu'il faut apporter une dérogation à l'égard des actes de gouvernement. On ne s'entend pas d'ailleurs sur l'étendue de cette dérogation.

L'accord existe en ce qui concerne les recours formés devant les juridictions administratives; on admet que ces recours sont absolument impossibles contre les actes de gouvernement, sur lesquels les tribunaux administratifs ne peuvent statuer, ni directement pour en prononcer la nullité, ni directement pour accorder des indemnités aux particuliers qui prétendraient avoir à s'en plaindre.

Mais il y a divergence sur la question de savoir si l'acte de gouvernement échappe aussi à toute appréciation des tribunaux judiciaires.

Le plus grand nombre est de cet avis, et pense que les actes de gouvernement sont soustraits d'une manière absolue au contrôle de tous les tribunaux. Si ces actes portent atteinte à des droits privés, les titulaires de ces droits n'ont aucune action en justice pour les défendre, et les juridictions judiciaires sont aussi incompétentes que les juridictions administratives pour recevoir leurs réclamations. Les particuliers se trouvent par suite livrés à la discrétion du gouvernement, sauf à faire appel à sa responsabilité politique devant le Parlement.

Quelques jurisconsultes, effrayés des conséquences de cette doctrine, y ont apporté une atténuation. Ils enseignent que les tribunaux judiciaires ont la faculté de vérifier la légalité des actes gouvernementaux invoqués devant eux, et de ne tenir aucun compte de ceux qui leur paraîtraient illégaux, sans pouvoir cependant les annuler. Ces auteurs essaient de satisfaire ainsi aux exigences de la justice, tout en respectant le principe de la séparation des pouvoirs. Les mesures gouvernementales, même lorsqu'elles ne sont pas autorisées par la loi, n'en conservent pas moins leur nature propre ; elles échappent donc à la juridiction de l'autorité judiciaire, qui n'a pas qualité pour en prononcer l'annulation. Mais d'autre part, les tribunaux civils sont compétents pour reconnaître l'existence des droits qui appartiennent aux simples particuliers, et les décisions illégales de l'autorité publique ne peuvent pas faire obstacle à cette reconnaissance ; ces décisions sont comme non avenues pour eux, ils statueront comme si elles n'existaient pas (1).

S'il nous fallait opter entre les deux systèmes, nous choisirions le premier. Les actes de gouvernement sont en effet incontestablement des actes de puissance publique et l'on ne peut par suite admettre que les tribunaux judiciaires aient le pouvoir d'en apprécier la légalité. Il serait étrange qu'on protégât l'administration contre les empiètements des corps judiciaires dans les cas les moins importants et que cette protection disparût précisément à propos des décisions les plus graves. Si, pour assurer la liberté d'action du gouvernement, il était nécessaire de soustraire ses actes à l'examen de la juridiction administrative, *a*

(1) DARESTE. *Justice administrative*, p. 222. AUCOC. *Confér. sur le droit admin.*, t. I., n° 289 ; et *Rev. crit. Nouv. sér.*, t. XII, p. 266.

*fortiori* faudrait-il les soustraire au contrôle des tribunaux judiciaires.

Pour justifier la compétence des tribunaux judiciaires, M. Darest se contente de dire : « De même que les actes législatifs, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à un recours contentieux, ni direct à fin d'annulation, ni indirect à fin d'indemnité, sauf le droit dont les tribunaux ne peuvent être dépouillés de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des simples citoyens contre toutes voies de faits qui ne rentrent pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels. » M. Aucoc se borne aussi à reproduire cette proposition. Elle ne nous paraît pourtant nullement probante. S'il est vrai que les tribunaux ne puissent être dépouillés du droit de garantir l'état civil, la liberté et la propriété, ils doivent pouvoir user de ce droit à l'encontre des actes administratifs ordinaires aussi bien qu'à l'encontre des actes de gouvernement ; et l'on apporte alors à la théorie du contentieux administratif une restriction considérable. Nous reconnaissons que cette restriction a été admise par d'éminents auteurs et notamment par M. Laferrière (1), mais elle est contraire aux principes généralement reçus et aux décisions de la jurisprudence (2). Nous ne croyons pas devoir reprendre cette discussion ici ; elle nous entraînerait trop loin ; qu'il nous suffise de faire observer que le simple pouvoir de ne pas tenir compte des actes de gouvernement illégaux ne donne pas aux tribunaux judiciaires le moyen efficace de garantir les droits privés. La mesure gouvernementale, qui a été laissée de côté aujourd'hui par un tribunal, conserve sa force obligatoire ; et demain, devant un autre tribunal, ou devant le même composé d'autres juges, elle pourra produire des effets. Il faudrait donc, pour être logique, reconnaître à l'autorité judiciaire la faculté d'annuler l'acte irrégulier. Et comme nos adversaires reculent devant cette conséquence, nous avons le droit de conclure qu'ils n'ont pas eux-mêmes grande confiance dans leur principe puisqu'ils n'osent pas en appliquer les conséquences naturelles.

Nous rejetons bien entendu le premier système aussi bien que le deuxième, puisque nous soutenons que les actes dits de gou-

(1) *Juridict. admin.*, t. I, p. 480-487.

(2) BRÉMOND, *Compétence admin.*, nos 750 et s.

vernement sont soumis absolument au même régime que les actes administratifs ordinaires.

2. — DÉFINITION DES ACTES DE GOUVERNEMENT. — Sur cette question aussi deux systèmes sont, ou plutôt ont été en présence.

On a admis d'abord que le caractère gouvernemental des actes dépendait du but visé par leurs auteurs. Dès qu'une mesure était prise pour la défense de l'État ou du gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, ou pour la protection de l'ordre public, on la considérait comme une mesure gouvernementale. Toute décision quelconque pouvait donc revêtir accidentellement le caractère gouvernemental, grâce aux circonstances politiques du moment. « Ce qui fait l'acte de gouvernement, dit M. Dufour, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement (1). » Cette doctrine avait été consacrée par un certain nombre d'arrêts sous la Restauration, sous la monarchie de Juillet et sous le second Empire (2).

Il est facile de voir tout ce qu'elle a de dangereux. Il n'est pas un abus de pouvoir qui ne puisse y trouver sa justification. Et si le danger serait incontestablement plus grand sous un gouvernement qui n'aurait de comptes à rendre à personne, il ne faudrait pas croire cependant qu'il disparaîtrait tout à fait, ni même qu'il serait sensiblement atténué, sous un régime parlementaire, par l'application du principe de la responsabilité ministérielle. Les Chambres sont des assemblées politiques qui feront toujours passer un intérêt politique aussi considérable que celui de la stabilité gouvernementale avant la protection due aux droits des particuliers. On ne peut sérieusement s'attendre à ce qu'elles renversent un ministère qui a leur confiance, au risque de troubler profondément l'ordre public et même de compromettre la sécurité de l'État, tout simplement pour empêcher la violation du droit peut-être discutable d'un simple particulier. Le remède n'offrirait aucune proportion avec le mal.

Ce premier système est abandonné aujourd'hui par la doctrine

(1) *Droit admin.*, t. IV, p. 600.

(2) C. d'Ét., 1<sup>er</sup> mai 1822, Laffitte; 8 décembre 1838, Duchesse de Saint-Leu; 22 août 1844, prince Louis-Napoléon.

et par la jurisprudence. Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits l'ont nettement répudié par des arrêts qui ne laissent subsister aucun doute sur leur pensée. Ce dernier tribunal surtout s'est expressément expliqué dans trois arrêts du 25 mars 1889 (1). Il y déclare « que les instructions verbales invoquées par le préfet de police ne sauraient imprimer à la saisie les caractères d'acte de gouvernement, que la saisie ne change pas de nature par le fait qu'elle est ordonnée par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres ». Il s'agissait de la saisie, pratiquée par le préfet de police à Paris et par les préfets de divers départements, du manifeste que le Comte de Paris avait adressé aux maires de France, par la voie de la poste. Les particuliers, contre qui cette saisie avait été faite, s'étant adressés aux tribunaux judiciaires pour obtenir, soit une indemnité, soit la restitution des exemplaires qui leur avaient été confisqués, le conflit fut élevé. L'administration soutenait que la mesure incriminée, ayant été ordonnée par le ministre de l'Intérieur avec l'approbation des Chambres, et ayant pour objet d'assurer la sécurité de l'État en réprimant une entreprise tentée par un prétendant contre la République, constituait un acte de gouvernement qui échappait au contrôle de toutes les juridictions. C'est dans ces conditions que le Tribunal des conflits répondit par le considérant, que nous avons reproduit ci-dessus, et qui montre bien que dans sa pensée le caractère d'une mesure résulte de sa nature intrinsèque et ne peut jamais provenir des circonstances extérieures et notamment du mobile auquel a obéi son auteur.

Cette modification de la jurisprudence a été approuvée par la doctrine ; les auteurs les plus récents sont unanimes sur ce point. M. Laferrière résume en termes excellents l'opinion qui a triomphé : « Il ne faut pas conclure que tout acte du pouvoir exécutif, inspiré par des considérations d'ordre politique et gouvernemental, soit par cela seul un acte de gouvernement contre lequel les citoyens n'auraient aucun recours d'ordre juridique. La compétence dépend de la nature des actes et non des mobiles qui les inspirent. L'acte d'administration, fait dans un but politique, ne cesse pas pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif.

(1) DALL, 90, 3, 65. SIR. 91, 3, 32.

Si, par exemple, des mesures illégales ou entachées de vices de forme étaient prises, dans un but politique, à l'égard de magistrats inamovibles, d'officiers propriétaires de leurs grades, de membres de la Légion d'honneur, de fonctionnaires auxquels la loi accorde des garanties particulières, les motifs politiques qui auraient inspiré les mesures administratives n'en feraient pas des actes de gouvernement et n'empêcheraient pas qu'elles ne fussent susceptibles d'être déférées au Conseil d'État pour excès de pouvoir (1). »

Cependant la théorie du mobile paraît avoir conservé des adhérents parmi les membres du Conseil d'État. Les commissaires du gouvernement auprès de cette juridiction n'ont pas toujours repoussé bien nettement ce système, et quelques-uns même semblent l'admettre (2).

Il ne suffit pas de poser en principe que les actes gouvernementaux diffèrent des actes administratifs par leur nature intime ; après avoir ainsi admis, parmi les décisions émanant de l'autorité publique, l'existence d'une double nature, gouvernementale chez les unes, et administrative chez les autres, il faut indiquer ce qui distingue ces deux natures et à quels signes on pourra reconnaître chacune d'elles.

Cette distinction, dit-on, dérive d'une distinction primordiale. Les attributions du pouvoir exécutif doivent en effet se diviser en deux grandes catégories : les attributions, on dit aussi la fonction, gouvernementales et les attributions ou la fonction administrative.

Mais le difficile est de préciser ensuite en quoi ces deux catégories diffèrent l'une de l'autre. On perçoit bien d'une manière confuse une certaine dissemblance ; mais elle est trop vague et trop indécise pour pouvoir servir de base à une théorie de droit positif, et lorsqu'on essaie d'en fixer les contours, elle s'efface et disparaît.

On peut *a priori* prévoir ce résultat lorsqu'on considère que les mots gouvernement et administration présentent soit dans les textes, soit dans le langage courant, un sens assez flottant. Le mot gouvernement désigne parfois l'ensemble des pouvoirs

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 31. Cfr. : AUCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 289. BÉQUET. *Répertoire général*, V° *Content. admin.*, n° 285. DABESTE. *Op. cit.*, p. 222. DUCROCQ. *Traité de droit admin.*, t. I, n° 64. HAURIOU. *Précis de droit admin.*, n° 71.

(2) Conclusions de M. Marguerie (D. 88, 3, 105), de M. Gauvain (D. 89, 3, 17).

publics ; c'est en ce sens qu'on dit gouvernement parlementaire, gouvernement monarchique ou républicain ; c'est en ce sens qu'il paraît être pris dans les articles 2 et 3 du titre II de la Constitution de 1852. Dans une autre acception, d'un usage courant dans la langue politique, il désigne le pouvoir exécutif par opposition au pouvoir législatif. C'est en ce sens qu'on parle d'interpeller, de renverser le gouvernement ; c'est en ce sens qu'il est pris dans un certain nombre de textes qui exigent pour divers actes l'autorisation du gouvernement, c'est-à-dire du pouvoir exécutif (par exemple art. 152-155 C. for.). D'autres fois le mot gouvernement désigne le pouvoir central par opposition aux administrations locales. Nous le trouvons notamment avec cette signification dans l'article 5 du décret du 25 mars 1852.

Le mot administration est pris aussi dans des sens bien divers. Il désigne quelquefois l'ensemble des attributions du pouvoir exécutif et par extension ce pouvoir lui-même ; c'est ainsi qu'on dit que le Chef de l'État est chargé de l'administration du pays et qu'on parle de l'administration centrale ou supérieure et des administrations locales. Dans le même sens l'article 82 de la loi du 5 avril 1884 déclare que l'administration de la commune appartient au maire seul. Dans une signification plus restreinte, l'expression administration s'oppose : tantôt à gestion ; elle ne comprend alors que les attributions de puissance publique, mais elle les comprend toutes, contentieuses ou non contentieuses ; — tantôt à juridiction ; elle désigne dans ce cas les attributions non contentieuses, celles qui ressortissent à la puissance publique, comme celles qui ressortissent à la personnalité privée des personnes administratives ; — tantôt à aliénation ; elle n'embrasse alors que certaines attributions de gestion. C'est là une acception qu'on rencontre très souvent en droit civil, mais qui est peu en usage en droit administratif ; on peut en voir un exemple cependant dans l'article 162 de la loi municipale du 5 avril 1884. Dans un sens tout à fait inverse d'un de ceux déjà indiqués, administration devient synonyme de gestion. On dit par exemple indifféremment l'administration ou la gestion des biens du domaine privé.

Enfin les deux mots gouvernement et administration s'opposent l'un à l'autre et c'est la signification qu'ils ont alors qu'il faudrait déterminer avec précision.

M. Ducrocq propose la définition suivante : « Le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a pour mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale (1). » Mais où s'arrête la mission directrice et gouvernementale? Où commence la fonction complémentaire et administrative? Il serait fort difficile de tracer entre ces deux catégories d'attributions une ligne de démarcation bien nette. Pour expliquer sa pensée, M. Ducrocq emprunte une autre formule à Serrigny. « Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents; il s'appelle gouvernement dans les degrés supérieurs, et administration dans les degrés inférieurs. » Cela ne nous avance guère, car nous demandons encore à quel échelon de la hiérarchie se trouve la séparation. Les deux formules sont aussi peu précises l'une que l'autre, et M. Ducrocq le comprend si bien que, pour bien déterminer les actes qu'il considère comme gouvernementaux, il finit par avoir recours au procédé de l'énumération. Et il dresse en effet une liste des actes qui, à son avis, doivent être classés dans cette catégorie.

Nous ajoutons que, si l'on appliquait logiquement l'idée théorique qui paraît se dégager de sa définition générale, il faudrait conclure : que la fonction gouvernementale doit se borner à l'établissement d'un programme général de conduite politique; quant aux actes de détail qui constitueraient l'application et la réalisation de ce programme, ils dépendraient de la fonction administrative. Il s'ensuivrait que les actes de gouvernement ne comprendraient que des mesures d'une nature si générale et si impersonnelle qu'elles ne pourraient jamais léser aucun droit ni aucun intérêt particulier. Il serait alors inutile de rechercher si ces actes échappent, à raison de tel ou tel caractère, aux recours contentieux administratifs ou judiciaires. Ces recours seraient en effet impossibles, puisque les actes en question ne pourraient causer aucun grief à personne, et qu'un droit à faire valoir, ou un intérêt légitime à défendre, sont la première condition de toute action en justice.

M. Aucoc se place à un point de vue différent de celui de

(1) *Op. cit.*, nos 24, 32, 64.

M. Ducrocq. « Quand on distingue, dit-il, le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques... L'autorité administrative a une mission toute différente. Elle est chargée de pourvoir aux besoins collectifs des citoyens etc... (1). » Nous avons, dans cette reproduction du texte de M. Aucoc, supprimé tout ce qui était énumération. On voit que ce qui reste est insuffisant pour constituer une définition complète; nous pouvons donc dire qu'en réalité le savant auteur renonce à définir et se contente d'énumérer.

C'est à quoi se résolvent aussi tous les auteurs récents : MM. Batbie (2), Hauriou (3), Laferrière (4), Marie (5), Simonet (6).

Ces énumérations sont quelquefois un peu vagues. M. Laferrière par exemple écrit : « *Administrer* c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. *Gouverner* c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure. » M. Béquet (7) fait observer avec raison que « la délimitation des attributions des deux autorités, ainsi faite, est plus apparente que réelle... Qu'est-ce en effet, en administration, qu'assurer l'exécution journalière des lois ? Qu'est-ce que veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ? Qu'est-ce que, en gouvernement, pourvoir à la sécurité intérieure ou extérieure ? Si le gouvernement, pour pourvoir à la sécurité intérieure, supprime l'exécution d'une loi ; si pour pourvoir à la sécurité extérieure il suspend les rapports des citoyens avec l'administration centrale, accomplira-t-il un acte d'administration ou de gouvernement ?... » Et l'éminent auteur propose une nouvelle liste, en essayant d'indiquer l'idée générale qui lui sert de guide : « En examinant les hautes et nombreuses

(1) *Op. cit.*, t. I, nos 4, 38, 39.

(2) *Traité de droit publ. et admin.*, t. VII, nos 389-395.

(3) *Op. cit.*, n° 71.

(4) *Op. cit.*, t. II, p. 31.

(5) *Éléments de droit admin.*, p. 88.

(6) *Traité élément. de droit public et admin.*, nos 262 et s.

(7) *Op. et verbo cit.*, n° 285.

attributions du pouvoir exécutif on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi les unes ont un caractère essentiellement politique : Ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ; elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on a appelée le *pouvoir gouvernemental* ; — les autres se rapportent à l'administration proprement dite : ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, à garantir l'usage des choses communes, etc... Leur ensemble constitue le *pouvoir administratif* ». Nous ne trouvons pas que cette formule l'emporte en précision sur celle de M. Laferrière et nous pourrions à bon droit retourner contre M. Béquet les critiques qu'il adressait à son prédécesseur. Qu'est-ce en effet que diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ? Ajoutons que si ce sont seulement des actes d'une nature aussi générale qui puissent être classés comme gouvernementaux, la doctrine des actes de gouvernement devient inutile et nous n'avons qu'à reproduire ici l'observation que nous avons déjà présentée ci-dessus à l'occasion de la définition proposée par M. Ducrocq. M. Béquet ne se tient pas d'ailleurs étroitement enfermé dans sa formule ; il admet, par exemple, sans aucune difficulté que les concessions de titres nobiliaires constituent des mesures gouvernementales (1) ; or il nous paraît douteux qu'on puisse ranger ces concessions parmi les actes qui tendent à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques.

Pour avoir une idée complète du système de M. Béquet il faut en outre savoir que cet auteur déclare ne reconnaître le caractère d'actes de gouvernement qu'à ceux « que les lois ou la Constitution autorisent le gouvernement à faire ». Cette condition est aussi exigée par d'autres auteurs, mais ils ne la mentionnent qu'en passant et comme un élément accessoire, ou ne l'exigent que dans des cas déterminés. M. Béquet en fait une condition générale et absolue. Pour mieux expliquer sa pensée il s'attaque à cette proposition émise par M. Vivien : que dans certaines circonstances les mesures prises par les ministres, en vue d'une grande nécessité publique, étaient soustraites au contrôle des

(1) *Op. et verbo cit.*, n° 299.

tribunaux administratifs, parce que sans cela l'action gouvernementale pourrait être paralysée au grand détriment de l'intérêt public. « Cette théorie, dit M. Béquet, qui est celle de la raison d'Etat, ne nous semble pas acceptable et nous ne saurions admettre comme échappant au jugement contentieux des tribunaux civils ou administratifs, que les actes du pouvoir exécutif qu'il a le droit d'accomplir. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas justiciable qu'il ne peut être jugé, c'est parce qu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels et légaux. »

Cette dernière observation nous semble bien renverser complètement la doctrine des actes de gouvernement. Le principe de cette doctrine est en effet que ces actes sont soustraits à l'examen de tous les tribunaux à raison de leur nature même; il suit de là que l'autorité gouvernementale est mise au-dessus des tribunaux, puisqu'aucun de ses actes ne peut leur être soumis; elle n'est donc pas leur justiciable. Si M. Béquet dit le contraire, c'est qu'en définitive il n'est peut-être pas un sincère partisan de la doctrine à laquelle il paraît adhérer. Il exige pour que les tribunaux soient incompétents que le gouvernement se soit tenu dans les limites de ses pouvoirs légaux; mais pour aboutir à un pareil résultat, point n'est besoin de construire une théorie nouvelle qui lui donne l'apparence d'un résultat exceptionnel, alors qu'il est au contraire absolument normal et qu'il découle de l'application des règles ordinaires. Même en matière purement et incontestablement administrative il est certain que les particuliers n'ont aucun recours contentieux contre les décisions de l'autorité publique qui sont prises dans les limites légales; et la raison en est évidente: c'est que la loi, en donnant à l'administration l'autorisation d'agir, valide et légalise d'avance les actes qui seront accomplis conformément à ses prescriptions. Les particuliers dont les intérêts sont lésés ne peuvent ensuite se plaindre que de la loi, mais ils n'ont aucun reproche légitime à formuler contre celui qui ne fait que l'exécuter.

M. Béquet voudrait-il faire allusion aux vices de forme? Son système consisterait alors en ceci: qu'il considérerait comme investis du caractère gouvernemental les actes accomplis par l'autorité publique dans la mesure de ses pouvoirs, mais dans lesquels toutes les formalités nécessaires n'auraient pas été observées; par suite, le recours pour excès de pouvoir ne serait

pas recevable. Le système serait bizarre, et il n'aurait pas en pratique une bien grande importance.

M. Dareste (1) définit les actes de gouvernement : « ceux que la Constitution et les lois réservent à la puissance souveraine sans autre contrôle que celui des grands corps politiques et de l'opinion publique. » Il n'exige pas d'ailleurs que l'exclusion du contrôle judiciaire soit écrite expressément dans les textes : elle peut donc résulter de la volonté seulement implicite du législateur, mais à quels signes reconnaitrons-nous cette volonté implicite ?

Nous faisons en outre observer que cette doctrine confond les actes de gouvernement avec les actes d'administration discrétionnaire. On a toujours admis que, dans les cas où le législateur a expressément ou implicitement interdit les recours contentieux contre les décisions de l'autorité publique, ces recours étaient irrecevables ; et comme la loi s'en rapporte alors absolument à la discrétion de l'administration, on avait appelé les matières dans lesquelles celle-ci a ce pouvoir anormal, et les actes qui en proviennent, les matières et les actes d'administration discrétionnaire. Pourquoi renoncer à cette expression connue et qui dit bien ce qu'elle veut dire, pour lui substituer une autre dénomination qui a le double défaut d'être impropre et de ne pas présenter un sens net et précis ? Ces questions de dénomination ont en pratique plus d'utilité qu'on ne croit. Si l'on rejette en effet la doctrine des actes de gouvernement et qu'on s'en tienne exclusivement à la notion des actes d'administration discrétionnaire, la question de la recevabilité du recours contentieux s'en trouve bien simplifiée : on aura à rechercher seulement dans chaque affaire s'il existe une disposition de loi formelle ou tacite prohibant les recours ; la controverse pourra être sérieuse ; elle portera pourtant, ce nous semble, sur un objet plus tangible que si on est obligé de s'enfoncer dans les profondeurs obscures de la distinction entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative.

La difficulté, que rencontrent tant d'esprits éminents, à formuler avec précision cette distinction, ne proviendrait-elle pas de ce qu'elle n'a aucun fondement rationnel ou du moins de ce qu'elle

(1) *Justice admin.*, p. 221.

n'a pas le fondement qu'on veut lui donner ? Nous ne sommes pas éloignés de croire, en effet, que les deux fonctions ont une nature identique et que la différence qui les sépare est une simple question d'importance. On se sert plus volontiers de la dénomination d'actes de gouvernement pour qualifier les actes les plus importants de la puissance publique ; aux décisions plus modestes on donne la qualification d'actes administratifs. Cette idée se retrouve d'ailleurs expresse ou implicite dans tous les systèmes. Or l'importance d'un acte varie suivant les circonstances et ne constitue pas un élément d'une valeur constante ; il est fort difficile en outre de doser, même d'une manière simplement approximative, la quantité d'importance nécessaire pour élever une mesure à la dignité d'acte de gouvernement. On comprend dès lors qu'il soit impossible de construire une théorie juridique précise sur une base aussi mouvante.

On ne peut donc connaître en pratique les actes de gouvernement qu'en consultant les listes qu'on en a dressées. Ces listes varient d'auteur à auteur. Nous donnons celle qui nous paraît avoir le plus d'adhérents. Les matières gouvernementales comprennent : 1° les rapports du chef de l'État avec les Chambres ; 2° les rapports internationaux ; 3° les mesures concernant la sûreté intérieure ou extérieure de l'État ; 4° les faits de guerre ; 5° les concessions de titres de noblesse ; 6° l'exercice du droit de grâce.

Cette énumération suggère l'observation suivante à M. Michoud dans un excellent article qu'il a publié sur les actes de gouvernement (1) et dans lequel nous avons puisé une grande partie de nos renseignements et de nos arguments. « Il est difficile, dit le savant professeur de Grenoble, de ne pas être frappé à première vue du caractère un peu arbitraire de ces énumérations, il y a des actes ayant une importance gouvernementale de premier ordre, la nomination et la révocation des fonctionnaires, par exemple, qui n'y sont pas compris ; et on y trouve au contraire des actes présentant un intérêt politique relativement moindre, tels que la collation des titres de noblesse. Cela tient, je crois, à ce qu'en faisant ces énumérations les auteurs ne songent pas uniquement au sens naturel des mots *gouvernement* et *administration* ; ils ont une arrière-pensée qui est de ne pas enlever aux

(1) *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, t. I, n° 2.

droits privés la protection à laquelle ils peuvent prétendre. Autant que possible, par conséquent, ils cherchent à ne pas comprendre dans l'énumération des actes de gouvernement ceux qui sont susceptibles de blesser des droits protégés par la loi : la nomination et la révocation des fonctionnaires n'y sont donc pas comprises, parce que la loi a accordé à un assez grand nombre de fonctionnaires des garanties particulières... Au contraire la collation des titres de noblesse ne peut, en elle-même, léser aucun droit ; on la placera donc sans scrupule parmi les actes de gouvernement. Je ne dis pas que tel soit le critérium des auteurs éminents que j'ai cités ; c'est au contraire une théorie rationnelle qu'ils essaient de construire, mais je suis persuadé que, dégagés de cette préoccupation d'ordre juridique, ils donneraient du mot gouvernement une définition plus large » (1).

Nous avons terminé la première partie de notre tâche. On connaît maintenant, dans son ensemble, la doctrine que nous voulons combattre ; nous pouvons en commencer la discussion. Nous nous proposons d'abord, de réfuter le principe même sur lequel cette doctrine est établie ; puis de prendre en détail chacune des applications du principe afin de montrer que dans chaque cas il est inutile ou dangereux.

## II. — Réfutation de la théorie des actes de gouvernement.

Deux catégories d'arguments ont été invoquées à l'appui de cette théorie, un argument de principe et un argument de textes.

1° La première catégorie d'argument, est tirée du principe de la séparation des pouvoirs. Les pouvoirs publics se divisent, dit-on, en pouvoir législatif et pouvoir exécutif, et ce dernier se subdivise en trois branches ou autorités : l'autorité gouvernementale, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Chacune de ces trois branches est distincte et séparée des deux autres, et ses actes sont protégés contre leur ingérence (2).

Ce système n'est pas celui de notre droit positif. La loi des 16-24 août 1790 qui consacre le principe de la séparation des pouvoirs (tit. II, art. 13) ne met en opposition que deux autorités : les juges et les corps administratifs ; il ne mentionne que deux

(1) MICHOUX. *Op. cit.*, p. 82.

(2) DUCROCQ. *Op. cit.*, t. I, nos 32, 33.

catégories de fonctions : les judiciaires et les administratives. Le troisième terme fait absolument défaut ; et si l'on pensait que les fonctions gouvernementales ne fussent pas comprises dans les fonctions administratives, seules nommées par le texte, il faudrait conclure qu'il n'est pas défendu aux tribunaux judiciaires de s'immiscer dans les actes de gouvernement puisqu'aucune loi ne prohiberait cette immixtion. La conclusion est inadmissible ; elle serait par trop contraire aux vues de l'Assemblée constituante ; mais il faut alors reconnaître que cette Assemblée n'a pas considéré les actes de gouvernement comme constituant une classe distincte des actes administratifs, et qu'elle les a tous confondus indistinctement dans l'expression générale *opérations des corps administratifs*. La même doctrine se rencontre d'ailleurs dans la Constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. III, ch. 5, art. 3) : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » On peut consulter aussi la loi en forme d'instruction des 16-20 août 1890 (ch. I, § 1) ; la Constitution du 5 fructidor an III (art. 202 et 203) ; le décret du 16 fructidor an III ; la Constitution du 22 frimaire an VIII (tit. II à 5) ; et enfin le Code pénal (art. 127-2<sup>o</sup>). Partout se rencontrent le même langage et la même doctrine ; partout le législateur ne distingue et ne connaît que deux branches dans le pouvoir exécutif : l'autorité judiciaire et l'autorité administrative.

Un seul texte paraît distinguer la fonction gouvernementale de la fonction administrative. C'est le préambule du décret dit *de décentralisation* du 25 mars 1852 : « Considérant que si l'on peut *gouverner* de loin, on n'*administre* bien que de près. » Mais cette phrase isolée dans les considérants d'un décret ne saurait prévaloir contre l'ensemble des dispositions précises et fondamentales citées ci-dessus. D'ailleurs, comme l'observe très justement M. Michoud (1), le rédacteur de cette phrase « n'a pas eu l'ambition de faire un exposé de droit constitutionnel, ni de présenter une classification quelconque des pouvoirs publics ; il a simplement voulu exprimer sous la forme saisissante d'une

(1) *Op. cit.*, p. 33.

antithèse l'idée fondamentale du décret qu'il était chargé de motiver. On donnait aux préfets le droit de statuer sur beaucoup de questions administratives qui étaient restées jusqu'alors dans la compétence du pouvoir central; la réforme se justifiait d'elle-même par cette considération que les questions décentralisées portaient sur des menus détails d'administration intérieure et qu'elles seraient mieux et plus rapidement réglées sur place que dans les bureaux des ministères. »

2° Les textes invoqués en faveur de la doctrine des actes de gouvernement sont les articles 9 et 26 de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État.

L'article 9 donne au Conseil d'État le droit de statuer sur les recours en matière contentieuse *administrative*, donc, ajoute-t-on, il ne lui permet pas de connaître des recours formés en matière *gouvernementale*.

La réponse est facile. Le législateur de 1872 a parlé la même langue que tous ceux qui l'ont précédé; il a employé l'expression matière administrative dans un sens général embrassant toutes les attributions exécutives.

L'argument tiré de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 mérite plus de développements. Ce texte est ainsi conçu : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » Ce texte, dit-on, semble étranger à la théorie des actes de gouvernement, mais il faut, pour en avoir l'intelligence complète, remarquer qu'il ne constitue pas une disposition nouvelle. Elle se trouvait déjà dans la loi du 3 mars 1849 où elle formait l'article 47; et le législateur de 1872, en la reproduisant dans la loi nouvelle, a voulu certainement lui donner la portée et le sens qu'elle avait dans la loi ancienne. Or, l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 avait été expliqué par M. Vivien dans son rapport à l'Assemblée législative. Pour justifier cette faculté concédée aux ministres d'élever le conflit devant la section du contentieux au Conseil d'État, le savant rapporteur écrivait : « Il est des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité ministérielle, il est des circonstances où en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des

mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. » Quoique l'expression *acte de gouvernement* ne se rencontre pas dans ce développement, il est incontestable que c'est la théorie des actes de gouvernement que formule M. Vivien, et il lui donne comme sanction la disposition de l'article 47. On doit donc conclure aujourd'hui que l'article 26 de la loi de 1872, qui n'est que la reproduction de cet article 47, consacre et sanctionne la même doctrine (1).

Nous faisons à ce raisonnement plusieurs réponses :

1. — En principe c'est le texte seul de la loi qui est obligatoire ; les interprétations plus ou moins autorisées, qui ont pu se produire dans le cours de la discussion, n'ont que la valeur d'opinions individuelles ; or rien dans le texte, que nous avons reproduit, n'évoque l'idée des actes de gouvernement ; la disposition de l'article 26 peut en effet tout aussi bien s'appliquer aux litiges appartenant au contentieux judiciaire ou à ceux relatifs aux actes d'administration discrétionnaire. Il y a là deux grandes catégories d'affaires pour lesquelles le Conseil d'État est incompétent, et à propos desquelles par conséquent le conflit pourrait être élevé devant lui, s'il ne consentait pas à se dessaisir de lui-même.

Des hésitations sont, il est vrai, possibles au sujet de la première catégorie de ces litiges ; et il y a des auteurs qui soutiennent que le ministre n'a pas qualité pour réclamer contre les empiètements du Conseil d'État sur le domaine de l'autorité judiciaire (2). Mais cette solution n'est pas certaine et nous sommes de ceux qui répugnent à l'admettre. En tout cas il est incontestable que l'article 26 s'applique aux litiges concernant les mesures d'administration discrétionnaire ; personne n'en a

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 30.

(2) *Dictionn. d'admin.* de BLANCHE, v<sup>o</sup> *Conflit*, ch. 1, sect. 2, § 2 et chap. 4.

jamais douté ; cela nous suffit pour trouver un sens utile à cette disposition, et il n'est nullement nécessaire, pour l'expliquer, de faire appel aux actes de gouvernement.

2. — Le rapport de M. Vivien ne peut pas nous inspirer une confiance illimitée, car il contient incontestablement une inexactitude. L'éminent rapporteur admet en effet que le caractère gouvernemental peut résulter des circonstances politiques et du but poursuivi ; cette doctrine est nettement affirmée dans le passage que nous avons transcrit ci-dessus. Mais c'est là la théorie du *mobile* et nous avons vu que cette théorie était rejetée par la doctrine et la jurisprudence actuelles. Le rapport de M. Vivien ne fait donc pas loi sur ce point ; pourquoi produirait-il plus d'effet sur une autre question ?

3. — Ce rapport d'ailleurs commente non pas le texte définitivement voté, mais un texte assez différent, dont M. Vivien proposait l'adoption et qui a subi dans la discussion d'importantes modifications. Dans le projet auquel se référerait le rapport, le ministre devait porter la revendication devant l'assemblée générale du Conseil d'État. Mais l'Assemblée législative estima que ce système n'assurait pas aux particuliers une garantie suffisante pour la protection de leurs droits ou de leurs intérêts privés ; elle craignit que le Conseil d'État n'écoutât avec trop de complaisance les réclamations ministérielles tendant au dessaisissement de la section du contentieux ; et pour éviter les dénis de justice que cette complaisance aurait amenés, elle attribua la connaissance du conflit au Tribunal des conflits qui présentait plus de garanties d'indépendance vis-à-vis des désirs ministériels. Il est donc incontestable que, dans son texte définitif, l'article 47 de la loi de 1849 a eu pour objet d'empêcher que les ministres ne pussent trop facilement soustraire leurs actes au contrôle de la juridiction administrative. Et c'est de ce texte que l'on veut faire sortir une théorie qui aurait pour résultat de supprimer de plein droit la compétence des tribunaux de tout ordre à l'égard d'une grande partie des décisions ministérielles ! C'est une interprétation à contre-sens.

4. — Si l'on consulte la discussion, qui eut lieu à l'Assemblée législative au sujet de l'article 47, on n'y voit jamais apparaître, sauf dans le rapport de M. Vivien, ni l'idée, ni l'expression *d'acte de gouvernement*. Ce que partisans et adversaires de

l'article voient dans sa disposition, c'est la protection du domaine de l'administration pure ou discrétionnaire contre les empiètements du contentieux. Tous se placent à ce point de vue. Deux citations suffiront pour montrer la manière dont les membres de l'Assemblée législative envisageaient la question; nous les empruntons au compte rendu de la troisième délibération, c'est-à-dire de celle qui précéda immédiatement le vote; elles nous donnent donc la pensée du législateur au moment psychologique important. M. de Parieu, parlant au nom de la commission, et voulant préciser l'objet en discussion dans l'article 47, distinguait deux espèces de conflits et disait : « Le conflit peut exister entre l'autorité judiciaire et l'autorité qui préside aux jugements des contentieux administratifs... Il existe une autre nature de difficultés qui peut résulter de ce qu'une affaire se présente avec un caractère mixte et indécis comme appartenant d'un côté au contentieux administratif et de l'autre au pouvoir administratif pur, c'est-à-dire au pouvoir exécutif. » Et il ne prévoit que ces deux alternatives. M. Martin (de Strasbourg) disait de son côté : « Il peut arriver que lorsqu'une question en litige est soumise au tribunal administratif... le ministre vienne soutenir qu'il n'y a pas là un véritable litige, une véritable contestation; qu'il n'y a pas une contestation à faire juger par un tribunal, qu'il s'agit d'apprécier un pur acte d'administration; alors l'administration vient revendiquer elle-même le droit de tout décider... Qu'il me soit permis de rendre l'Assemblée juge de quelques exemples, de lui faire voir dans quelle situation les questions pourraient s'élever, et elle verra s'il est possible de laisser les citoyens sans une garantie complète pour leurs propriétés et pour leurs droits. La confection des travaux publics, de routes, de chemins de fer, voilà des actes de pure administration. Eh bien ! il peut arriver que par ces travaux, on touche à ma propriété, qu'on lui cause un dommage, qu'on porte atteinte à ma fortune, qu'on fasse crouler ma maison. Il y a là un tort causé, il y a droit à une réclamation; le propriétaire demande une indemnité, et à qui s'adresse-t-il ? Il s'adresse au tribunal du contentieux, qui examine, qui voit s'il y a eu faute, s'il y a eu tort, s'il y a eu un véritable dommage et apprécie l'indemnité. — Eh bien, où serait la garantie des citoyens, des propriétaires, si dans une question comme celle-là le ministre pouvait venir

dire : Il n'y a eu qu'un acte de pure administration; aucun droit n'est lésé; je suis seul juge de la question du dommage ou tort que j'ai causé; je prétends qu'il n'y a pas eu faute, et, comme je n'ai exercé qu'un acte de pure administration, il ne peut y avoir droit à aucune action véritable; je revendique l'affaire devant la responsabilité ministérielle. » Aucun des deux orateurs ne parle des actes de gouvernement; ils n'ont même pas l'air de supposer qu'il puisse exister quelque chose de ce nom.

Le mot *gouvernement* a été cependant quelquefois prononcé dans la discussion, mais on l'a toujours employé comme synonyme d'*administration*. M. Odilon Barrot, alors ministre de l'Intérieur, dit par exemple : « Quand la question ne s'engage plus entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, qu'elle s'engage entre le contentieux administratif et l'administration pure, il s'agit de savoir si, pour tel acte qui engage sa responsabilité, le gouvernement conservera la liberté même qui est toujours la condition de la responsabilité. » Il est évident que dans la pensée de l'orateur c'est le gouvernement qui accomplit les actes d'administration pure; il confond donc la fonction gouvernementale avec la fonction administrative. Il y a plus. Dans le cours de la discussion l'article 47, après accord du gouvernement et de la commission, avait été rédigé de la manière suivante : « Le ministre de la justice a le droit de revendiquer les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. — Si le ministre allègue que l'affaire est de la compétence judiciaire.... — Si le ministre allègue que l'affaire appartient au gouvernement sous sa responsabilité, il est statué... » On voulait dans ce dernier paragraphe désigner les actes d'administration discrétionnaire, comme le prouve l'ensemble de la discussion qui suivit : notamment les paroles de M. de Parieu, que nous avons citées ci-dessus, et qui se rapportent précisément au texte que nous venons de transcrire. Il est donc incontestable que les législateurs de 1847 ont considéré les expressions *Administration* et *Gouvernement* comme synonymes; ils ne croyaient donc pas à l'existence d'une différence essentielle entre les deux branches du pouvoir exécutif, et par suite ils n'ont pu créer un système qui aurait été absolument en contradiction avec leurs idées générales.

Nous concluons que la doctrine des actes de gouvernement

doit être rejetée, car elle ne trouve aucune base ni dans les principes, ni dans les textes.

### III. — Examen des principaux cas d'application de la théorie des actes de gouvernement.

1. — RAPPORTS DU CHEF DE L'ÉTAT AVEC LES CHAMBRES. — Ces rapports, régis par les lois constitutionnelles, sont soumis à des règles dont la violation par le chef de l'État pourrait constituer un véritable excès de pouvoir. Par exemple, les Chambres ne peuvent être ajournées que pour un mois et deux fois seulement dans le cours d'une session; la Chambre des députés ne peut être dissoute que sur l'avis conforme du Sénat, etc... Si le Président de la République ne tenait pas compte de ces conditions imposées à l'exercice de son droit d'ajournement, de dissolution, ses actes pourraient-ils être attaqués devant le Conseil d'État? Non, dit-on, car ce sont des actes de gouvernement (1).

Nous approuvons cette réponse négative, mais nous faisons remarquer qu'elle se justifie parfaitement par l'application des principes ordinaires, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la théorie des actes de gouvernement. Il est de règle incontestable en effet qu'un particulier ne peut former un recours pour excès de pouvoir contre un acte que lorsqu'il a un intérêt *direct* et *personnel* à l'annulation de cet acte. « L'intérêt doit être direct et personnel; il ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'Administration se renferme dans les bornes de la légalité; un tel intérêt peut suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics, mais non pour justifier une action devant une juridiction contentieuse; cette action ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer » (2). Or aucun simple citoyen ne peut évidemment avoir un intérêt propre à obtenir l'annulation d'un acte prononçant la suspension ou la dissolution des Chambres. On peut remarquer d'ailleurs que la solution est la même pour les décrets de suspension ou de dissolution d'un Conseil général ou d'un Conseil municipal. On n'admettra jamais

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 32.

(2) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 406.

contre ces actes les recours formés par de simples particuliers ; ils ne constituent pas cependant des mesures gouvernementales ; aucun auteur ne leur reconnaît ce caractère. N'est-ce pas la preuve que l'irrecevabilité des recours contentieux contre ces sortes d'actes doit s'expliquer de tout autre manière que par l'application de la théorie des actes de gouvernement ?

Les membres de l'Assemblée suspendue ou dissoute pourraient-ils personnellement se pourvoir contre le décret de suspension ou de dissolution ? La question est douteuse. Nous ne pouvons mieux faire, pour montrer l'état de la doctrine et de la jurisprudence, que de recourir à M. Laferrière. « Les autorités chargées de représenter les diverses collectivités ont seules qualité pour former un recours en leur nom ; en d'autres termes, le recours doit être formé par la collectivité elle-même, véritable partie intéressée agissant par ses organes légaux. Il suit de là que des personnes même investies d'un mandat public, telles que des conseillers généraux ou municipaux, ne peuvent pas former un recours au nom du département ou de la commune ; les membres des corps électifs ne peuvent pas davantage assimiler à un intérêt personnel l'intérêt qu'ils portent, à raison de leur mandat, aux affaires qu'ils contribuent à administrer... On peut cependant se demander si le droit de recours n'appartiendrait pas aux membres d'un corps électif agissant *ut singuli* lorsqu'il s'agirait d'attaquer une décision de l'autorité supérieure prononçant la suspension ou la dissolution de ce corps. Une telle décision, ayant pour effet de paralyser le mandat individuel de chaque membre en même temps que la fonction collective de l'Assemblée, nous pensons qu'elle pourrait être attaquée par chacun des intéressés » (1).

En tout cas, il est certain qu'une Assemblée doit pouvoir elle-même protester par la voie contentieuse contre les actes illégaux de prorogation, de suspension ou de dissolution ; car toute autorité, même collective, peut former un recours, en son nom propre, pour protéger ses prérogatives contre les empiètements d'une autre autorité. Le Sénat et la Chambre des députés auraient donc, en théorie, qualité pour recourir contre les décisions illégales du chef de l'État qui méconnaîtraient leurs droits

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 412-414.

et leurs privilèges. Mais, sans insister sur l'invraisemblance d'une pareille réclamation, il faut constater qu'en tout cas le Conseil d'État serait absolument incompétent. Le président de la République est, il est vrai, une autorité administrative justiciable de ce tribunal; mais il n'en est pas de même des Chambres législatives qui sont essentiellement distinctes et indépendantes aussi bien de la branche administrative que de la branche judiciaire du pouvoir exécutif. Il suit de là qu'aucun tribunal en France n'a compétence pour connaître des prétentions que les deux fractions du Parlement peuvent émettre, soit dans leurs rapports entre elles, soit dans leurs rapports avec le chef de l'État. « Il serait peut-être désirable qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de parti pour trancher, avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les divers pouvoirs. Mais ce tribunal, qui serait sans doute difficile à organiser, n'existe pas, et le Conseil d'État, simple corps administratif, ne peut en tenir lieu » (1). C'est là la véritable explication de l'irrecevabilité des recours contentieux en ces matières.

Et cette explication s'applique aussi bien aux recours qui émaneraient des Chambres agissant en leur nom, qu'aux réclamations qui seraient formées individuellement par les membres de ces Chambres, au cas où on en admettrait la possibilité théorique. Dans les deux cas, ce seraient toujours les droits et prérogatives du Parlement qui seraient en jeu; car le député ou le sénateur qui réclamerait, ne pourrait bien évidemment invoquer que les privilèges du corps auquel il appartiendrait. Pour juger sa réclamation, il faudrait donc statuer sur les prétentions respectives du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif; le Conseil d'État ne le peut pas.

L'usage que le gouvernement croit devoir faire de son initiative législative est aussi soustrait au contrôle des tribunaux administratifs aussi bien que des tribunaux judiciaires; et les mesures, par lesquelles il présente, ou retire, ou refuse de présenter un projet de loi, ne peuvent être discutées devant aucune juridiction. Et il n'y a pas à distinguer, à ce point de vue, entre les lois

(1) MICHOUX. *Op. cit.*, p. 51.

proprement dites et les actes d'administration faits en forme de lois. Le Conseil d'État l'a ainsi décidé à l'égard de projets de lois sollicités par les intéressés, soit pour faire ériger une section de commune en commune distincte, soit pour faire approuver un contrat d'échange entre un particulier et l'État (1).

M. Laferrière rattache ces décisions à la théorie des actes de gouvernement (2); le Conseil d'État est moins affirmatif, et notamment dans l'arrêt de 1888, il se borne à affirmer « que les actes du pouvoir exécutif, concernant ses rapports avec le pouvoir législatif, ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ». L'arrêt évite l'emploi de l'expression *acte de gouvernement*.

Au fond, la solution est incontestable; on ne peut hésiter que sur la manière de l'expliquer. Nous croyons que la véritable explication consiste à dire que l'initiative législative du pouvoir exécutif n'étant soumise à aucune condition, par aucune disposition légale, le gouvernement a, en cette matière, une autorité absolument discrétionnaire et que dès lors aucun recours n'est recevable contre ses décisions.

On fait également entrer dans la classe des actes gouvernementaux les décrets de convocation des électeurs pour la nomination des sénateurs et des députés (3). Nous estimons aussi que ces décrets ne peuvent pas être l'objet d'un recours contentieux, mais pour un tout autre motif. Nous rappelons, en effet, que la jurisprudence est fixée en ce sens que le contentieux des actes préalables à une élection est absorbé par le contentieux de l'élection elle-même (4). Ces actes ne peuvent être déférés directement au Conseil d'État pour excès de pouvoir, parce que par eux-mêmes ils ne peuvent causer aucun grief aux électeurs ou aux candidats; c'est l'élection seule qui peut être la cause d'un dommage réel. On ne doit donc considérer les actes préparatoires que dans leurs rapports avec l'élection pour décider s'ils sont de nature à la vicier. Mais il va de soi qu'une pareille appréciation ne peut être faite qu'après l'élection et par le juge de cette élection. Il suit de là que les mesures préalables à l'élection d'un

(1) C. d'État, 17 mars 1853, Prince de Wagram; 17 fév. 1888, Prévost.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 33.

(3) AUCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 38.

(4) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 320-321.

député ou d'un sénateur ne peuvent être discutées que devant la Chambre des députés ou devant le Sénat lors de la vérification des pouvoirs.

Pour les diverses hypothèses examinées dans ce paragraphe, nous aboutissons, en définitive, aux mêmes solutions que les partisans de la théorie des actes de gouvernement, mais nous y arrivons par une route différente. Cette théorie est donc ici inutile.

M. Hauriou semble cependant contester cette inutilité. « Des auteurs, dit-il, enseignent, en se plaçant au point de vue du droit idéal, que la catégorie des actes de gouvernement doit être supprimée, et d'ailleurs, une savante analyse les conduit à cette constatation que dans la plupart des cas elle est inutile, car pour d'autres raisons les recours n'aboutiraient pas. Ils oublient qu'il s'agit justement de ne pas laisser s'engager la procédure sur ces recours et de les écarter par une question préalable, et, qu'en politique, la question préalable a une grosse importance » (1). L'objection nous paraît mal fondée, et il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux observations qui précèdent. Nous élevons, nous aussi, contre les recours contentieux, une fin de non-recevoir qui constitue bien une véritable question préalable. Seulement, au lieu de fonder cette fin de non-recevoir sur un prétendu caractère gouvernemental, à l'existence duquel nous ne croyons pas, nous la fondons sur le principe que le pouvoir législatif n'est pas justiciable des juridictions administratives. Le résultat, au point de vue de la procédure, est absolument le même.

2. — RAPPORTS INTERNATIONAUX. — Les mesures concernant ces rapports sont généralement rangées parmi les actes gouvernementaux. Mais s'il semble y avoir presque unanimité sur le principe, l'accord disparaît lorsqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences. Cette matière est très confuse, et nous croyons que cette confusion provient en grande partie de l'application de la théorie que nous combattons aux difficultés qu'on avait à résoudre. Partant d'un faux principe, on ne s'est plus rendu un compte exact de la nature des questions que l'on rencontrait, et comme l'observation rigoureuse et logique du point de départ qu'on avait adopté conduisait à des solutions inacceptables en pratique, on a essayé divers biais pour éviter les résultats trop choquants.

(1) *Op. cit.*, p. 192, note 2.

De là une absence d'harmonie dans les diverses solutions de détail, et des divergences entre les auteurs.

Un point admis sans contestation, c'est que les tribunaux, à quelque ordre qu'ils appartiennent, ne peuvent en aucun cas annuler les traités passés par le gouvernement français avec les gouvernements étrangers, ni statuer sur l'étendue des obligations réciproques qui en découlent pour chacun des gouvernements contractants. Cette solution est en effet de toute évidence ; elle résulte de la nature même des traités diplomatiques, qui ne sont autre chose que des contrats. Il est manifeste par suite qu'aucune des parties contractantes n'a le droit d'interpréter à son gré les conditions obscures de la convention ou d'en déléguer l'examen à ses tribunaux. Ces derniers n'ont d'ailleurs aucune autorité sur l'autre partie contractante. Pour avoir un jugement compétent il faudrait un tribunal international placé au-dessus des parties en cause. Ce tribunal n'existant pas, les questions de la nature de celle que nous examinons, ne peuvent être résolues que par l'accord réciproque des gouvernements.

Faut-il généraliser cette règle et décider que l'interprétation d'un traité ne peut jamais être donnée par les tribunaux et doit toujours être l'œuvre des nations contractantes ?

L'affirmative ne semble pas pouvoir faire doute pour ceux qui expliquent par le caractère gouvernemental des conventions internationales l'incompétence des tribunaux judiciaires et administratifs à l'égard des difficultés soulevées par l'interprétation ou l'application de ces conventions. Ce caractère en effet, s'il existe, est adhérent à la convention et par suite ses effets doivent être permanents et continus.

Mais cette solution présente dans bien des cas un grave inconvénient pratique. Il y a des traités qui statuent en effet sur des droits privés, et dont le sens est par suite susceptible d'être contesté entre simples particuliers à propos de leurs affaires privées, sans que les gouvernements contractants soient sérieusement intéressés à la contestation. Faudra-t-il alors que le tribunal saisi de l'affaire attende une interprétation diplomatique ? Voilà, par exemple, une veuve qui discute avec l'héritier de son mari, tous de nationalité suisse, le point de savoir si l'article 5 du traité franco-suisse du 15 janvier 1869, qui régit la liquidation et le partage des successions, s'applique aussi aux règlements des

donations et des conventions matrimoniales ; ils sont en instance devant un tribunal français ; ce tribunal sera-t-il tenu de surseoir jusqu'à ce que les gouvernements français et suisse se soient entendus sur l'interprétation à donner à leur convention ? La pratique n'a pas pu accepter ce résultat qui aurait abouti le plus souvent à un véritable déni de justice et qui aurait été contraire à l'intention des gouvernements contractants ; les tribunaux ont interprété franchement les actes diplomatiques invoqués devant eux dans des affaires de cette nature (1).

Comment justifier leur intervention ?

Avec la théorie des actes de gouvernement, aucune justification logique n'est possible. Ce qu'on a trouvé de mieux à dire est que les traités doivent être considérés comme constituant de véritables lois. M. Béquet, par exemple, enseigne que les conventions internationales présentent un double caractère : simples contrats dans les rapports de nation à nation, véritables lois à l'égard des nationaux de chaque pays contractant (2).

Cette doctrine est manifestement contraire à la réalité des faits, les traités étant en principe l'œuvre exclusive du pouvoir exécutif (art. 8, Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875). Il est vrai que pour quelques-uns d'entre eux la loi constitutionnelle exige le vote des Chambres ; mais cette approbation législative ne modifie pas leur nature propre, conformément à la règle générale que les actes approuvés par le Parlement n'en conservent pas mieux leur caractère naturel et leurs effets particuliers (3). Le texte même de la loi constitutionnelle montre qu'il ne faut pas confondre les traités approuvés et les lois. « Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'*après avoir été votés par les deux Chambres*. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu *qu'en vertu de la loi*. »

Il faudrait, si l'on voulait appliquer logiquement la doctrine du traité-loi, décider que les tribunaux seraient toujours compétents pour interpréter les conventions diplomatiques toutes les fois que le litige s'agiterait entre simples particuliers, puisque cette con-

(1) Paris, 29 juin 1888 ; D. 89, 2, 277. Cass., 5 nov. 1878 ; D. 78, 1, 476.

(2) *Op. et verbo cit.*, n° 294,

(3) Voy. autor. cités dans BRÉMOND. *Compét. admin.*, nos 355, 357, 252, 666 et s.

vention aurait dans ce cas le caractère d'une loi, et il n'y aurait pas à se préoccuper de la nature de la question controversée. Ce n'est pas pourtant la conclusion acceptée par M. Béquet. Il fait dépendre les pouvoirs des tribunaux aussi bien de la nature du débat, que de la qualité des personnes entre lesquelles il surgit. « S'agit-il de matières soumises par le droit des gens à la juridiction locale, telles que celles qui concernent les biens ou leur transmission, ou s'agit-il de régnicoles justiciables, à raison de leur qualité, des tribunaux français, ceux-ci doivent considérer les traités comme des lois qu'ils ont le pouvoir et le droit d'appliquer et d'interpréter. S'agit-il au contraire de matières dans lesquelles l'ordre public, le droit des gens, ou les droits de l'autre nation contractante sont intéressés, l'examen des traités diplomatiques échappe à la compétence des juges, quels qu'ils soient, parce que leur décision pourrait constituer un empiètement sur le droit de souveraineté de la nation avec laquelle la convention internationale est intervenue. » Le système manque ainsi de netteté pratique; on ne saisit pas clairement la ligne de démarcation qu'il trace entre le domaine livré à l'intervention des tribunaux et celui qui leur est interdit. Nous ajoutons que les derniers mots du passage que nous venons de transcrire prouvent que ce n'est pas dans le caractère gouvernemental ou législatif des actes diplomatiques qu'il faut chercher la raison de décider, mais dans des considérations toutes différentes et qui n'ont aucun rapport par suite avec le principe qui sert de base au système.

La théorie, que nous avons admise, fournit au contraire toutes les explications désirées. Nous refusons aux tribunaux d'une nation le droit d'interpréter un acte international, lorsque les gouvernements contractants sont intéressés à cette interprétation, parce que ces gouvernements ne sont pas justiciables des tribunaux indiqués. Mais lorsque la question ne s'agit qu'entre simples particuliers et que les gouvernements étrangers sont désintéressés, de telle façon que la décision du juge ne puisse en aucun cas leur nuire, il n'y a plus aucun motif de décliner la compétence de ce juge et de lui refuser le droit de trancher le différend qui lui est soumis. Ce pourra être une question délicate dans certains cas, de décider si les gouvernements étrangers peuvent s'intéresser au litige; cela constituera une question de

fait, comme on en rencontre tant dans les controverses juridiques ; les tribunaux devront évidemment procéder avec prudence, et tenir grand compte en cette matière des représentations de leur gouvernement.

En tout cas, il est incontestable que les tribunaux judiciaires et administratifs peuvent, dans les affaires de leur compétence, appliquer les clauses des traités qui sont claires et précises ; ils sont même obligés de le faire ; car c'est pour eux un devoir d'assurer dans la nature de leurs attributions l'exécution des actes émanant de la puissance publique. La Cour de cassation a nettement reconnu ce droit d'application, qui appartient aux tribunaux, même à l'égard des traités qu'ils n'auraient pas le pouvoir d'interpréter. « Les traités d'extradition sont, a-t-elle dit, des actes de haute administration qui interviennent entre deux puissances, et que seules lesdites puissances peuvent expliquer ou interpréter quand il y a lieu ; mais il appartient essentiellement à l'autorité judiciaire d'en faire l'application aux espèces, lorsque leur sens et leur portée sont clairs et ne présentent point d'ambiguïté » (1).

M. Michoud a pourtant soutenu une opinion contraire, au moins pour le cas où les tribunaux seraient saisis d'une réclamation dirigée par un particulier contre le gouvernement, à raison d'une obligation contractée par ce gouvernement dans un traité diplomatique. Le motif de cette opinion serait que les obligations provenant d'un acte international constituent nécessairement des obligations dénuées d'action (2).

Ce point de vue nous paraît inexact. Nous reconnaissons qu'en fait, le plus souvent, les obligations naissant des conventions diplomatiques sont privées de sanction, mais nous ne pensons pas qu'on soit autorisé à transformer ce fait en une règle générale ; quand les circonstances permettent de sanctionner les obligations internationales, nous estimons qu'il faut en profiter. Or, lorsqu'un gouvernement a pris dans un acte diplomatique des engagements dont de simples particuliers peuvent tirer avantage, il nous semble qu'il est tout à la fois juste et raisonnable que ces particuliers aient la possibilité

(1) Cass. 25 juillet 1867, *SIR.* 67, 1, 409 ; *DALL.* 67, 1, 281. Cfr. *LAFFERRIÈRE. Op. cit.*, t. II, p. 50.

(2) *MICHOUD. Op. cit.*, p. 57.

d'agir devant les tribunaux dont ce gouvernement est justiciable, pour en obtenir l'exécution de ce qui a été promis.

On peut signaler un arrêt du Conseil d'État du 14 novembre 1884 qui, au premier abord, paraît décider en sens contraire. On lit en effet dans cette décision : « que si le sieur X... se croit fondé à invoquer les droits qui résulteraient des conventions diplomatiques intervenues entre le gouvernement français et les gouvernements étrangers, ce n'est pas par la voie du recours devant le Conseil d'État qu'il lui appartient de faire valoir ses prétentions » (1). Mais il n'est pas facile de voir d'une manière nette ce que juge cette arrêt. Il s'agissait d'une rente perpétuelle, constituée en 1712 par le gouvernement français, en faveur d'une personne de nationalité polonaise, moyennant un capital aliéné. Le créancier de cette rente ne s'était pas conformé, dans les délais voulus, à l'article 29 de la loi du 24 août 1793, aux termes duquel les créanciers de l'État, qui n'auraient pas présenté leurs titres avant le 1<sup>er</sup> juillet 1794, étaient déchus du capital et des intérêts. Plus tard l'héritier du créancier originaire avait réclamé le paiement de sa créance, en se fondant sur l'article 19 du traité du 30 mars 1814 et sur la convention du 20 novembre 1815, qui avaient reconnu les droits des créanciers polonais du gouvernement français. Cette réclamation avait été adressée au ministre des finances qui avait opposé la déchéance résultant de la loi de 1793.

Le créancier se pourvut alors devant le Conseil d'État qui fit la réponse que nous avons reproduite. Cette réponse peut vouloir dire que c'est l'autorité judiciaire qui aurait dû être saisie ; elle peut aussi s'entendre en ce sens : que toute réclamation contentieuse est irrecevable aussi bien devant les tribunaux judiciaires que devant les juridictions administratives ; enfin on peut concevoir une troisième interprétation et c'est même la plus plausible : avant de dire que ce n'était pas par la voie du recours devant le Conseil d'État qu'il fallait agir, l'arrêt constate en effet « que les traités de 1814 et de 1815 ne contiennent aucune disposition qui déroge à celle de la loi du 24 août 1793 ». N'y a-t-il pas là une véritable appréciation de la légitimité de la demande ? Le Conseil d'État juge donc réelle-

(1) D. 86, 3, 40.

ment la prétention, et il la rejette parce qu'il ne la croit pas fondée ; il est vrai qu'il a ensuite l'air de dire qu'il n'est pas compétent, mais le fait du rejet au fond n'en subsiste pas moins.

Pour exécuter les conventions diplomatiques, le gouvernement est obligé quelquefois de s'adresser aux simples particuliers afin d'en obtenir les ressources qui lui sont nécessaires. Tantôt il contractera librement avec des personnes aux services desquelles il fera appel, comme s'il émet un emprunt pour se procurer les fonds nécessaires au paiement d'une somme d'argent fixée par un traité ; tantôt au contraire le gouvernement procédera par voie d'autorité en imposant certains sacrifices aux particuliers, comme lorsqu'il ordonne aux habitants d'une ville de loger un corps de troupe, pour obéir aux dispositions d'une convention internationale. On a dit que ces mesures, prises en vue de l'exécution des traités diplomatiques, revêtaient le même caractère que ces traités, et qu'elles constituaient par suite des actes de gouvernement conformément à la règle que l'accessoire doit suivre le sort du principal (1).

Nous repoussons évidemment ce raisonnement ; et ici nous ne nous élevons pas seulement contre l'argumentation, mais aussi contre la solution elle-même. C'est un des cas où la théorie des actes de gouvernement nous paraît conduire à un résultat déplorable.

Observons d'abord que l'on met sur la même ligne tous les actes accomplis pour l'exécution d'un traité diplomatique, quelle que soit leur nature particulière, qu'ils constituent des actes de puissance publique ou de simples actes de gestion. Si, par exemple, pour loger des troupes ennemies conformément au traité de paix, le gouvernement a recours à des contrats de louage, ces contrats constitueront des actes de gouvernement ! Une telle solution suffit pour démontrer l'inexactitude du principe d'où elle découle logiquement.

Mais, dit-on, les actes d'exécution d'une mesure ne revêtent-ils pas le même caractère que cette mesure dont ils ne sont que l'accessoire ? Nous répondons hardiment : Non ! Autre chose en effet est une mesure générale, autres choses sont les diverses décisions de détail qu'il faudra prendre pour en procurer l'exécution. Ces

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 45. AUCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 289.

deux catégories d'actes pourront sans doute avoir la même nature, mais rien n'indique *a priori* qu'il doive en être ainsi : cela dépendra des circonstances. Un décret, pris pour assurer l'exécution d'une loi, ne devient pas pour cela un acte législatif. M. Laferrière reconnaît dans une autre question, la vérité de notre observation, et il admet nettement que des mesures peuvent présenter un caractère gouvernemental alors que les actes d'exécution auxquelles elles donnent lieu peuvent n'être que des actes d'administration (1).

Or les dispositions prises pour l'exécution des conventions internationales constituent des actes ordinaires, qu'il n'y a aucun motif de soustraire aux règles normales du droit national et qui doivent dès lors, suivant leur nature propre, être rangés dans le contentieux judiciaire ou dans le contentieux administratif, ou dans les matières d'administration discrétionnaire. Si, pour payer une contribution de guerre, le gouvernement fait un emprunt, cet emprunt doit être soumis aux règles ordinaires de compétence. Si le gouvernement s'est engagé par traité à construire une route ou un chemin de fer, il est tenu, dans l'exécution de son obligation internationale, de se conformer aux dispositions du droit national sur l'expropriation et les travaux publics ; s'il a pris l'engagement de loger et de nourrir des troupes étrangères, il doit, s'il veut procéder par voie de réquisition, suivre les règles ordinaires sur les réquisitions de vivres et de logements. Remarquons bien qu'il ne s'agit pas de donner aux tribunaux le droit de fixer l'étendue des obligations contractées par le gouvernement français vis-à-vis du gouvernement étranger ; la question est tout autre ; elle ne s'agit qu'entre le gouvernement français et ses sujets, et elle a pour objet de préciser les conditions dans lesquelles le gouvernement peut imposer des sacrifices aux droits des particuliers. La difficulté est d'ordre purement interne, et, quoiqu'elle s'éleve à l'occasion d'une convention internationale, nous estimons qu'elle ne change pas de nature pour cela.

« Il n'en serait autrement, dit M. Michoud (2), que si le gouvernement, se trouvant sous le coup de la force majeure, était con-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 40.

(2) *Op. cit.*, p. 58.

traint de subir des obligations pour la réalisation desquelles aucune loi interne ne peut être applicable, par exemple, de livrer des otages. Un acte de ce genre ne pourrait pas donner lieu devant les tribunaux à une discussion juridique parce que ce serait un fait de force majeure, un véritable fait de guerre, et que les faits de ce genre ne peuvent donner lieu à aucune action en indemnité contre l'État. »

Nous devons reconnaître que la jurisprudence s'est prononcée dans un sens contraire à notre manière de voir. Les arrêts décident que les mesures, prises par le gouvernement pour l'exécution des conventions diplomatiques, constituent des actes gouvernementaux et sont soustraites, à ce titre, à l'examen des tribunaux. Il faut pourtant faire remarquer que l'affirmation de cette doctrine se rencontre le plus souvent dans des affaires où la question à juger était toute différente ; ce qui diminue sensiblement l'autorité de cette affirmation. Ainsi dans un grand nombre de cas, les particuliers, victimes des ordres du gouvernement, se sont pourvus devant l'autorité judiciaire ; il est incontestable que leurs demandes devaient être rejetées, car les actes dont ils se plaignaient constituaient évidemment des actes de puissance publique, et les tribunaux judiciaires étaient certainement incompétents pour en connaître. Aussi faut-il approuver les arrêts qui proclament cette incompétence. Ils s'appuient, il est vrai, sur le prétendu caractère gouvernemental des mesures incriminées (1), mais ce n'est là qu'une erreur de raisonnement qui n'a aucune influence sur le dispositif. On sait d'ailleurs que les considérants sont presque toujours l'œuvre exclusive d'un des membres du tribunal et ne reproduisent pas par suite d'une manière exacte l'opinion collective du corps entier.

Il est cependant des décisions qui incontestablement nous sont contraires, non pas seulement par leurs motifs mais encore par leur dispositif ; mais elles n'apportent aucun argument nouveau à l'appui de la doctrine qu'elles consacrent.

On considère encore comme rentrant dans la catégorie des actes gouvernementaux les mesures concernant l'action diplomatique du gouvernement auprès des puissances étrangères, à

(1) Conf. 14 décembre 1872, Goulet ; 30 juin 1877, Villebrun ; 15 novembre 1879, Sicard.

l'effet d'obtenir la réparation de dommages causés à nos nationaux. On décide par suite qu'aucun recours ne peut être formé contre l'État à raison du refus, fait par le ministre des affaires étrangères, d'exposer ou d'appuyer les griefs de nos nationaux contre une puissance étrangère, de solliciter pour eux des indemnités ou de prendre toute autre mesure de protection diplomatique (1).

Nous reconnaissons l'exactitude de ces solutions, mais elles s'expliquent parfaitement, en dehors de toute intervention de la théorie des actes de gouvernement. Il n'existe en effet aucune disposition légale qui oblige le gouvernement à exercer une action diplomatique en faveur de ses nationaux. C'est sans doute pour lui un devoir moral de protéger ces derniers dans la mesure du possible ; mais ce devoir n'est sanctionné par aucune action et ne fait naître en faveur des particuliers aucun droit juridique. Le gouvernement, en cette matière, n'est lié par aucune règle du droit positif, il agit à sa discrétion, quand il le veut et comme il le veut, et n'a de comptes à rendre qu'au Parlement. C'est un cas d'administration pure ou discrétionnaire. Et il est facile de comprendre qu'il ne peut pas en être autrement. Comme le fait remarquer si justement M. Laferrière (2), « la demande d'une indemnité ou de toute autre réparation adressée à un gouvernement étranger peut éveiller des susceptibilités, provoquer des résistances ou des demandes reconventionnelles qui risquent de troubler la bonne intelligence, la paix même des États. Le gouvernement a le droit d'apprécier souverainement non seulement la valeur des griefs, mais encore l'opportunité diplomatique de la réclamation et le plus ou moins d'insistance qu'il convient d'y apporter ».

Lorsque le gouvernement a reçu d'une puissance étrangère, à la suite d'accords diplomatiques, une indemnité destinée à réparer les dommages causés aux particuliers, ceux-ci peuvent-ils former une réclamation contentieuse contre la répartition faite par l'État ? La solution négative est généralement soutenue. Les uns, pour la justifier, se contentent de faire appel à la doctrine des actes de gouvernement : la répartition n'est que l'exécution

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 46. AUCCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 289. BATBIE. *Op. cit.*, t. VII, n° 393.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 46.

de la convention diplomatique et participe par suite de sa nature gouvernementale. Nous n'avons plus à refaire la réfutation de cet argument.

Mais on a invoqué en faveur de la même solution une autre considération. Les traités internationaux, dit-on, ne peuvent comme toute convention, produire d'effets qu'entre les parties contractantes. Or les parties sont les nations elles-mêmes considérées dans leur personnalité collective ; quant aux simples particuliers, quelque intérêt qu'ils portent d'ailleurs à l'objet du traité, ils ne sont que des tiers et ne peuvent par suite acquérir en vertu de ces traités aucun droit contre leur gouvernement (1).

On pourrait, ce nous semble, contester sérieusement cette manière de voir. La répartition par le gouvernement entre ses nationaux d'une indemnité est un acte d'administration intérieure qui ne touche en rien aux relations internationales. Qu'importe que la somme à distribuer provienne d'un gouvernement étranger ? L'origine des deniers employés à une dépense n'influe pas en principe sur la nature de cette dépense. Nous pensons donc qu'il est très exact de dire que la répartition faite par l'État, entre les divers ayants droit, constitue un acte administratif ordinaire et que par conséquent ces derniers peuvent recourir aux juridictions administratives. On objecte, il est vrai, qu'ils n'ont aucun droit contre le gouvernement français. Mais nous croyons qu'on peut écarter cette objection par les considérations suivantes : Les particuliers, victimes du dommage dont le gouvernement étranger est responsable, ont contre le gouvernement un véritable droit de créance d'après les principes du droit international. L'imperfection de ce droit ne permet pas de donner une sanction efficace aux obligations qu'il reconnaît, mais ces obligations n'en existent pas moins, et lorsque les circonstances autorisent l'application d'une sanction, il n'y a aucun motif sérieux de se refuser à le faire. En recevant une indemnité pour le compte de ses nationaux le gouvernement français s'est substitué au gouvernement étranger, il y a une sorte de novation par changement de débiteur. Les créanciers français, en acceptant cette substitution, se trouvent donc créanciers de leur gouvernement, et aucun obstacle ne s'élevant plus alors devant l'exercice de leur action, cette action doit être admise.

(1) MICHOUX. *Op. cit.*, p. 59.

Il est incontestable d'ailleurs que, lorsqu'une indemnité a été allouée par le gouvernement, les tribunaux sont compétents pour statuer sur les difficultés qui s'élèvent au sujet de la propriété de cette somme. Le bénéficiaire, désigné par l'administration, peut n'être que le représentant d'une autre personne, il peut avoir à partager avec d'autres. Les litiges de cette nature appartiennent aux tribunaux judiciaires ou administratifs d'après les règles ordinaires de compétence (1).

M. Hauriou considère l'arrêt du Conseil d'État du 18 décembre 1892 (2), comme constituant un nouveau cas d'application de la théorie des actes de gouvernement. Le roi de Cambodge avait concédé à des particuliers la ferme du jeu des trente-six bêtes, sorte de loterie dont le tirage a lieu chaque jour. Le gouvernement du protectorat, voyant dans ce jeu une cause de démoralisation et de troubles, insista auprès du roi pour la suppression de la ferme; le roi céda, et notification de la suppression fut faite aux concessionnaires, qui réclamèrent alors une indemnité au gouvernement français. C'est cette réclamation que rejette l'arrêt précité. M. Hauriou l'apprécie de la manière suivante : « La décision du Conseil d'État dans l'affaire de la cessation du jeu des trente-six bêtes au Cambodge nous paraît très correcte. La pression exercée sur le roi du Cambodge, souverain protégé, en vue de l'amener à faire cesser le jeu des trente-six bêtes, est une variété d'action diplomatique et il appartient bien au Conseil d'État de déclarer qu'il y avait là un acte de gouvernement non susceptible d'être discuté par la voie contentieuse » (3). Cette interprétation peut s'appuyer sur un considérant dans lequel le Conseil déclare, en effet, que l'accord intervenu entre le gouvernement français et le roi de Cambodge se rattache à l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique et internationale et que les effets ne peuvent en être discutés devant le Conseil d'État par la voie contentieuse. Mais, en continuant la lecture de l'arrêt, on voit que loin de se dessaisir de l'affaire, comme il aurait dû le faire après le considérant que nous venons de transcrire, le Conseil d'État discute à fond la réclamation des concessionnaires; il constate que ceux-ci n'ont traité qu'avec le roi Norodom; que le gouvernement

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 47.

(2) D. 92, 3, 41.

(3) *Op. cit.*, p. 192, note.

français n'a pris aucun engagement vis-à-vis d'eux ; qu'il n'a fait avec eux ni contrat, ni transaction, ni compromis et que par suite ils n'ont aucun droit à faire valoir contre lui. Ce n'est pas une fin de non-recevoir que l'arrêt oppose à la requête ; il en apprécie la légitimité au fond et il la rejette pour absence de droit chez les réclamants. Cet arrêt n'applique donc pas la théorie des actes de gouvernement (1).

On assimile aux actes diplomatiques l'exercice du droit d'expulsion que l'article 82 de l'édit de juin 1878 accorde à nos consuls à l'étranger vis-à-vis des Français qui compromettraient l'intérêt général ; on considère les décisions des consuls comme constituant des actes de gouvernement et comme soustraites par suite au contrôle de toutes les juridictions (2).

Cette dernière solution est incontestable, mais le motif qu'on en donne est inexact. Les décisions des consuls ne sont susceptibles d'aucun recours tout simplement parce qu'elles constituent des actes d'administration discrétionnaire.

3. — MESURES DE SÛRETÉ PUBLIQUE. — Le Gouvernement possède des pouvoirs étendus pour défendre l'État contre les périls ou les fléaux qui peuvent le menacer, tels que épidémies, épizooties, inondations, disettes, troubles intérieurs, insurrections, guerre extérieure, et d'une manière générale tout événement capable de troubler l'ordre public. On rencontre, à cet égard, une série de dispositions particulières qui lui donnent des attributions, dont les détails ne sont pas toujours suffisamment spécifiés, mais dont l'existence est incontestable. L'opinion courante range les décisions, prises par l'autorité publique en ces matières, parmi les actes de gouvernement (3).

C'est dans ces cas surtout que la doctrine de l'immunité de l'acte gouvernemental devient dangereuse pour les droits des particuliers. Son application amène en effet cette conséquence, que le Gouvernement, sous prétexte de sûreté publique, peut impunément violer les droits privés les plus incontestables, sans avoir à subir le contrôle d'aucune juridiction. On peut même se demander jusqu'à quel point les tribunaux ont le pouvoir de

(1) BRÉMOND. *Rev. crit., nouv. ser.*, t. XXII, p. 324.

(2) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 50.

(3) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 39. AUCCO. *Op. cit.*, t. I, n° 289. DUCROCQ. *Op. cit.*, t. I, n° 64.

vérifier si la décision du Gouvernement intéresse ou non la sûreté publique. Une pareille vérification constituerait déjà un contrôle ; et s'il était vrai que tout contrôle fût interdit aux tribunaux, il faudrait bien conclure qu'ils devraient s'abstenir de connaître d'un acte, dès que l'administration, en le prenant, aurait invoqué les nécessités de l'ordre public. Ce serait la justification de tous les abus de pouvoir, ce serait en outre une contradiction formelle du principe généralement admis : que le caractère gouvernemental dépend de la nature intime des actes et non du but que se sont proposé leurs auteurs ou du mobile auquel ils ont obéi.

Pour éviter les conséquences regrettables de la doctrine courante, M. Laferrière propose d'apporter à cette doctrine deux restrictions : 1° Il admet d'une part que, si les mesures de sûreté publique ont un caractère gouvernemental, il n'en est pas de même des actes d'exécution auxquels elles donnent lieu dans le détail ; ces actes sont simplement administratifs (1). 2° Il ajoute ensuite : « Nous ne pensons pas que la théorie de l'acte de gouvernement puisse s'appliquer à des mesures individuelles qui seraient reconnues contraires aux lois » (2).

Ces deux restrictions nous paraissent annihiler complètement la théorie qu'elles ont seulement pour objet de restreindre. Il résulterait de la première en effet que le caractère gouvernemental ne s'attacherait qu'à des mesures générales et impersonnelles, qui par suite ne seraient susceptibles de léser aucun intérêt particulier. Il est évident qu'une pareille mesure échapperait à tout recours contentieux, non parce qu'elle serait gouvernementale, mais parce qu'elle ne pourrait faire grief à personne. Supposons, par exemple, un décret proclamant l'état de siège : dans le système de M. Laferrière, aucun recours ne serait possible contre le décret lui-même considéré isolément de tout acte d'exécution ; mais dès que l'application en aurait été faite à une situation déterminée, que, par exemple, l'autorité militaire aurait ordonné l'emprisonnement d'une personne ou la saisie d'une propriété, les particuliers victimes de ces décisions pourraient se pourvoir par la voie contentieuse (3). Nous ne pouvons qu'approuver ces solutions. Tant que la déclaration

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 40.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 43.

(3) *Op. cit.*, t. II, p. 35.

d'état de siège reste sans application, nous ne voyons pas en effet comment elle pourrait devenir l'objet d'une réclamation devant les tribunaux. L'acte n'a produit encore aucun effet pratique, il n'a donc pu ni violer un droit, ni causer un dommage quelconque; il n'existe par suite personne qui ait un intérêt personnel à demander l'annulation. Cet intérêt personnel se montre dès que l'état de siège a fait des victimes; celles-ci ont alors qualité pour se pourvoir et il est conforme aux principes normaux du contentieux administratif de leur ouvrir l'accès des tribunaux. Mais nous constatons qu'on ne trouve plus trace dans ce système de la théorie des actes de gouvernement : il n'en reste plus que l'étiquette.

Quoi qu'il en soit, nous partageons entièrement l'opinion de M. Laferrière sur l'irrecevabilité des recours que formeraient contre le décret déclaratif d'état de siège des personnes auxquelles ce décret n'aurait pas encore été appliqué. M. Michoud conteste cette solution, et pense qu'il serait préférable d'accorder un recours afin de donner aux citoyens des garanties plus complètes. « Sans doute ils pourront, jusqu'à un certain point, se défendre contre les conséquences de l'état de siège irrégulièrement prononcé, en recourant non contre la déclaration elle-même, mais contre les décisions prises en vertu de cette déclaration par les autorités chargées de l'appliquer. Seulement ce recours éventuel est insuffisant, parce que les mesures prises en vertu de l'état de siège (perquisitions, saisies des armes et munitions, interdictions des publications et réunions.....) sont de nature à peser lourdement sur les personnes qui y sont soumises, et à leur causer, avant même que le recours soit matériellement possible, des dommages difficilement réparables. Les particuliers se placeront hors de toute atteinte en faisant tomber la déclaration elle-même dès le moment où elle est prononcée » (1). Cette manière de voir aurait pu s'admettre, mais elle a été rejetée. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour exiger un intérêt *personnel* et *actuel* chez ceux qui veulent intenter un recours pour excès de pouvoir (2). Et dans une matière où la jurisprudence joue un rôle aussi important, on ne doit pas se mettre en contradiction avec elle, sans y être poussé

(1) *Op. cit.*, p. 55.

(2) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 405.

par des motifs très puissants. Ces motifs font défaut dans notre question.

La seconde restriction ne fait que corroborer la conclusion qui se dégage de la première. M. Laferrière enseigne que les autorités politiques ne peuvent pas, même sous prétexte de salut public, s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a oublié de leur accorder ; si elles sortent de leurs attributions, l'excès de pouvoir qu'elles commettent ne paraît pas constituer une raison suffisante pour soustraire leurs actes aux tribunaux compétents. Nous trouvons cet enseignement parfait, et nous ne prétendons pas autre chose nous-même. Lorsque l'administration reste dans les limites de ses attributions et ne fait que ce qu'elle a le droit de faire, aucune réclamation contentieuse n'est évidemment possible contre son action. Et l'idée d'acte de gouvernement n'a rien à voir dans cette solution. Les particuliers ne peuvent pas réclamer, tout simplement parce que la loi le leur défend implicitement en autorisant l'administration à agir comme elle l'a fait. Mais aussitôt que celle-ci dépasse ses pouvoirs et qu'il y a violation d'un droit, ou tout au moins lésion d'un intérêt, le recours devient possible.

On pourrait invoquer contre cette deuxième restriction, acceptée par M. Laferrière, un arrêt du Conseil d'État du 26 février 1857 (1). Le décret du 26 octobre 1854 avait interdit, jusqu'à nouvel ordre, la distillation des céréales et de toute autre substance farineuse servant à l'alimentation, parce qu'on craignait une disette, ou tout au moins un renchérissement des subsistances. Le Conseil d'État fut saisi d'une demande d'indemnité par des industriels qui se livraient à la distillation des céréales ; il décida que le décret incriminé constituait « une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté publique », et il se déclara incompétent. Cependant, aucun texte de loi ne conférait explicitement au gouvernement la faculté de décréter une prohibition de cette nature. Il est vrai que M. Laferrière nous déclare que cette faculté « a été considérée comme ayant un point d'appui suffisant dans la législation et dans la tradition » (2). Si ce renseignement est exact, l'arrêt rentre dans le système proposé par l'éminent auteur. Il reste

(1) *SIR.* 58, 2, 57. *DALL.* 57, 3, 81.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 41, note 5.

toujours pourtant cette considération : que le Conseil d'État, pour affirmer le caractère gouvernemental de la mesure qui lui était déférée, s'est fondé uniquement sur la nature de cette mesure, sans s'expliquer sur le point de savoir si elle était ou non autorisée par la loi, dans un cas où ce point était fort douteux.

En définitive, M. Laferrière aboutit à appliquer aux actes concernant la sûreté publique, les règles générales du contentieux administratif. Ce résultat n'a rien qui nous déplaise, nous demandons seulement qu'on le généralise à tous les actes de gouvernement.

La jurisprudence n'a pas, à notre connaissance du moins, statué d'une manière générale sur la question de savoir si les mesures de sûreté publique sont investies en principe de la nature gouvernementale ; mais on peut trouver un indice de ses tendances dans les arrêts rendus à l'occasion des trois matières suivantes :

1° *État de siège*. — La déclaration de l'état de siège est une des mesures les plus importantes que puisse prendre l'Administration en vue de la sûreté de l'État. Les tribunaux ont rangé ces déclarations parmi les actes de gouvernement ; mais ils se sont cependant reconnus compétents pour statuer sur les réclamations dirigées contre toutes les décisions individuelles prises par l'autorité militaire en vertu de l'état de siège (1). Ils ont donc appliqué ici le système de M. Laferrière tel que nous l'avons exposé plus haut. En pratique on aboutit ainsi à autoriser le recours contentieux dans tous les cas où il est possible et utile, et on ne le refuse que lorsqu'il serait inutile et qu'il n'y aurait d'ailleurs personne pour l'intenter. Autant vaudrait-il reconnaître franchement que l'on n'applique pas la théorie des actes de gouvernement.

Deux arrêts du Conseil d'État (2) pourraient induire en erreur par leurs considérants qui semblent attribuer la nature gouvernementale à des mesures prises contre des journaux en vertu de l'état de siège, et repousser par suite par une fin de non-recevoir les recours formés contre ces mesures. Mais ce n'est là qu'une apparence ; en réalité ces arrêts apprécient les faits et statuent au

(1) Confl. 30 juillet 1873, Pelletier. C. d'Et. 25 juin 1874, Chéron. C. d'Et. 24 décembre 1875, Buzy.

(2) C. d'Et. 5 janvier 1855, Boulé.

fond sur la légalité des actes incriminés; ils confirment donc la doctrine généralement admise, loin de s'en écarter.

2° *Mesures relatives aux membres des dynasties déchues.* — On a soutenu que ces mesures échappaient de plein droit à tout recours direct ou indirect devant les tribunaux, parce qu'elles constituaient nécessairement des actes de gouvernement. Mais la jurisprudence n'a jamais accepté cette idée absolue. Elle a, il est vrai, admis dans certains cas que les mesures en question présentaient le caractère gouvernemental, mais elle se fondait alors sur ce que les circonstances spéciales de l'affaire, qui lui était soumise, donnaient à l'acte incriminé une nature exceptionnelle. Ainsi l'arrêt du 18 juin 1852, rendu sur conflit par le Conseil d'État jugeant la demande en revendication formée par les princes d'Orléans contre le domaine national, à la suite du décret du 22 janvier 1852, qui déclarait réunis à ce domaine les biens contenus dans la donation faite le 7 août 1830 par Louis-Philippe à ses enfants, refuse à l'autorité judiciaire le droit de statuer sur le litige, mais sans invoquer la situation personnelle des demandeurs; il se fonde seulement sur ce que « le décret du 22 janvier 1852 est un acte politique et de gouvernement dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire ».

De même l'arrêt du Conseil d'État du 9 mai 1867, en rejetant le recours pour excès de pouvoir formé par le duc d'Aumale et l'éditeur Michel Lévy contre la décision du ministre de l'Intérieur, qui avait ordonné la saisie de l'histoire des princes de Condé, laisse de côté toute considération tirée de la personne du duc d'Aumale, et s'appuie uniquement sur ce que la mesure attaquée était un acte politique dont le contrôle n'appartenait pas au Conseil d'État.

On peut encore citer dans le même sens l'arrêt de la Cour de Paris du 29 janvier 1876. Le prince Napoléon avait été expulsé de France en vertu d'un arrêté pris en conseil des ministres; il forma devant l'autorité judiciaire une demande en dommages-intérêts qui fut jugée irrecevable, « attendu que l'arrêté d'expulsion est motivé sur ce que la présence du prince en France pouvait, dans les circonstances actuelles, devenir une occasion de troubles; attendu que cet arrêté constitue un acte gouvernemental... » En définitive, loin de créer aux membres des anciennes

familles royales ou impériales une situation exceptionnelle, ces décisions ne font que leur appliquer l'idée générale, qui était alors admise, à savoir que le caractère gouvernemental des actes dépendait du mobile auquel avaient obéi leurs auteurs.

Mais nous avons vu que la jurisprudence avait aujourd'hui renoncé à cette idée, et nous pouvons constater les résultats de ce changement de doctrine dans les arrêts les plus récents rendus relativement à des mesures prises contre des personnages princiers. Ainsi le prince Jérôme Napoléon, rayé de la liste des généraux de division par ordre du ministre de la guerre, forme un recours pour excès de pouvoir contre cette radiation. Le ministre demande que la requête soit écartée par une fin de non-recevoir tirée du caractère politique et gouvernemental de l'acte incriminé; mais le Conseil d'État rejette cette sorte de question préalable et examine l'affaire au fond (1).

La même solution est admise relativement aux pourvois des princes d'Orléans et Murat contre la décision ministérielle qui les avait rayés des cadres de l'armée. Le ministre dans ces litiges invoquait des ordres du jour appratifs émanant des Chambres. Le Conseil d'État n'en a pas moins écarté l'exception tirée de la prétendue nature gouvernementale des actes attaqués, il a gardé la connaissance du fond de l'affaire et a même donné raison à l'un des pourvois, celui des princes Murat, en annulant la décision ministérielle en ce qui les concernait (2).

Enfin nous avons déjà signalé les arrêts du Tribunal des conflits du 25 mars 1889 qui refusent de reconnaître le caractère gouvernemental à la saisie du manifeste du comte de Paris (3).

De cet examen de la jurisprudence il résulte clairement que nos tribunaux ont actuellement une tendance à refuser de reconnaître un caractère gouvernemental aux mesures prises contre les membres des dynasties déchues.

Nous applaudissons des deux mains à ce résultat.

*3° Expulsion des étrangers.* — Les arrêtés ministériels ordonnant l'expulsion d'étrangers constituent incontestablement des mesures de sûreté publique. On s'attend donc à les voir englober dans la catégorie des actes gouvernementaux. Cependant, après

(1) C. d'Ét. 19 février 1875, Prince Napoléon.

(2) C. d'Ét. 20 mai 1887. SIR. 89, 3, 19. DALL. 88, 3, 105.

(3) Voy. ci-dessus, p. 6.

quelques hésitations il est vrai, le Conseil d'État a décidé que ces ordres d'expulsion étaient soumis à la juridiction ; non pas qu'il s'arroge le droit d'en apprécier la sagesse ou l'opportunité ; mais il revendique le pouvoir d'en vérifier la légalité. Il refuse donc nettement à ces actes le caractère gouvernemental (1).

On voit qu'il n'est pas possible d'invoquer la jurisprudence à l'appui de l'opinion qui classe les mesures de sûreté publique parmi les actes de gouvernement. On rencontre bien quelques arrêts en faveur de cette opinion, mais ils sont exceptionnels et la grande majorité des décisions se prononcent en sens contraire.

Et nous ne croyons pas qu'il faille distinguer entre la sûreté intérieure et la sûreté extérieure de l'État. M. Laferrière pense au contraire « que la notion de l'acte de gouvernement est susceptible d'une plus grande extension quand il s'agit des relations extérieures de l'État ; le domaine de l'imprévu y est plus grand, le péril plus soudain, la liberté d'action plus nécessaire. Nous ne voulons pas dire qu'un acte illégal cesserait pour cela d'être illégal. Mais de même que le droit pénal reconnaît des délits excusables, de même le droit public peut reconnaître des excès de pouvoir pardonnables, ceux que la diplomatie conseille et que le patriotisme absout. L'excuse dont de tels actes peuvent être couverts étant d'ordre exclusivement politique et diplomatique, le droit de l'apprécier n'appartiendrait pas aux tribunaux, mais seulement au gouvernement et au Parlement. D'un autre côté, le jugement à porter sur l'acte étant subordonné à l'appréciation des circonstances diplomatiques qui l'ont motivé, c'est à bon droit que les tribunaux administratifs ou judiciaires se déclareraient incompétents pour en connaître (2) ». Et le savant auteur ajoute en note : « Ces considérations nous paraissent être celles qui ont inspiré un jugement du tribunal civil de la Seine, statuant en référé, dans une affaire jugée le 14 octobre 1886 (Peyramont contre le préfet de police). »

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Il nous semble d'abord que le jugement du tribunal de la Seine n'a pas la signification que lui donne M. Laferrière. La publication du journal *La Revanche* avait été annoncée à Paris par des affiches que le

(1) C. d'Ét., 14 mars 1884, Morphy. C. d'Ét., 14 mars 1890, Ribès.

(2) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 43.

gouvernement estimait de nature à nuire à ses rapports avec une puissance étrangère ; aussi avait-il invité le préfet de la Seine à procéder à la saisie et à la lacération de ces affiches. Le directeur du journal forma devant le tribunal de la Seine une demande en restitution des exemplaires saisis. Le tribunal se déclara incompétent parce que la saisie s'était produite « à l'occasion d'une exhibition publique d'un caractère particulièrement grave et susceptible de donner lieu à des désordres de diverses natures... et que le préfet de police, spécialement chargé comme magistrat municipal d'assurer le maintien du bon ordre et de la sécurité sur la voie publique, avait pris les mesures en question en vue de sauvegarder les intérêts confiés à sa vigilance (1) ». Ces considérants se réfèrent, non pas à la théorie des actes de gouvernement, mais à celle du contentieux administratif. Le tribunal constate que l'acte, que l'on attaquait devant lui, était un acte de puissance publique échappant à sa juridiction. Nous rappelons en effet que les actes administratifs sont soustraits à l'examen des tribunaux judiciaires, même lorsqu'ils portent atteinte au droit de propriété privée, pourvu cependant qu'ils ne réalisent pas une expropriation au moins indirecte (2). Or il est incontestable que ni la saisie ni la lacération d'une affiche ne peuvent constituer une expropriation dans le sens particulier que présente ce mot en cette matière. Le tribunal de la Seine se conformait donc aux principes ordinaires du contentieux administratif en refusant la connaissance de l'action formée contre les actes du préfet de police.

Mais nous croyons que les tribunaux administratifs auraient été compétents, car il n'y a aucun motif juridique qui justifie, vis-à-vis des mesures prises en vue de la sécurité extérieure de l'État, l'application d'un régime différent de celui qui est appliqué aux mesures prises en vue de la sécurité intérieure. Les considérations présentées par M. Laferrière ne peuvent prévaloir sur les principes du droit.

4. — FAITS DE GUERRE. — La quatrième catégorie d'actes de gouvernement comprend les faits de guerre (3).

(1) LAFERRIÈRE. *Ibid.*

(2) BRÉMOND. *Compétence admin.*, n° 1078 et s.

(3) AUCCO. *Op. cit.*, t. I, n° 289. M. DUCROCQ. *Op. cit.*, t. I, n° 64. BÉQUET. *Op. et Verbo cit.*, n° 288. BATBIE. *Op. cit.*, t. VII, n° 390.

M. Laferrière en donne la définition suivante : « Le *fait de guerre* n'est pas tout événement occasionné par la guerre, mais seulement celui qui s'impose comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte (1). » Et poursuivant l'application de sa définition, il décide qu'on ne doit pas comprendre parmi les faits de guerre : 1° les opérations préparatoires, telles que l'approvisionnement des armées, la mobilisation, la concentration et le transport des troupes ; les marches et manœuvres d'armées se rendant sur le théâtre des hostilités ; — 2° les mesures préventives de défense, consistant en travaux faits dans les places de guerre ou sur des points stratégiques ; — 3° les réquisitions militaires faites sur le territoire français pour les besoins des armées nationales. Pour ces derniers actes, il ne peut d'ailleurs y avoir le moindre doute puisque la loi du 3 juillet 1877 reconnaît formellement le droit des particuliers à être indemnisés et, en cas de contestation, attribue compétence à l'autorité judiciaire.

On doit au contraire considérer comme faits de guerre : 1° tous les dommages qui proviennent du fait de l'ennemi ; — 2° tous les dommages, quels qu'en soient les auteurs, qui résultent des rencontres armées, des ravages causés par les projectiles et par les combattants, des occupations, démolitions, tranchées, terrassements et autres ouvrages faits sur le champ de bataille ou à ses abords ; — 3° toutes les occupations ou destructions opérées pour la défense des places de guerre pendant l'état de siège spécial prévu par la loi du 10 juillet 1791 et par les décrets du 24 décembre 1811 et du 10 août 1853 ; — 4° et généralement tous les faits qui se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte.

Cette distinction entre les actes commandés par les nécessités immédiates de la lutte et ceux qui sont accomplis par l'autorité militaire, avant la lutte et pour la préparer, est incompréhensible lorsqu'on la fonde sur la théorie des actes de gouvernement. Si les mesures, prises pour défendre l'État contre ses ennemis, sont des mesures gouvernementales, cela doit être vrai pour les mesures préparatoires du combat aussi bien que pour le combat lui-même. N'est-ce pas d'ailleurs forcer le sens des mots que

(1) LAFERRIÈRE. *Op. cit.*, t. II, p. 51 et s.

d'attribuer la qualification d'actes de gouvernement aux dommages résultant par exemple du tir de l'artillerie ? Cette qualification pourrait à bon droit convenir à des actes généraux tels que la déclaration de guerre, la direction d'ensemble des opérations militaires ; mais c'est vraiment en abuser que de s'en servir pour caractériser tous les faits particuliers qui peuvent se produire dans le cours d'une campagne.

Ce n'est pas que nous nous refusions à admettre, au moins dans ses lignes générales, la distinction proposée par M. Laferrière ; nous croyons au contraire cette distinction bien fondée. Mais il faut lui donner son explication véritable qui est la suivante : en principe l'État n'est pas responsable des dommages causés par un fait de guerre proprement dit, parce que ce fait constitue un cas de force majeure, au même titre qu'une inondation, une épidémie, etc... Ce sont là des accidents que chacun est obligé de supporter sans avoir aucun recours contre personne. Et l'on comprend alors la distinction entre les faits accomplis dans le combat et ceux qui ont été réalisés avant le combat. Ces derniers ont été calculés, voulus ; ce sont des actes de prévoyance, ils n'ont donc pas le caractère de cas fortuits qui n'appartient qu'aux premiers.

Nous concluons donc qu'il est vrai de dire que les particuliers n'ont aucun recours devant aucune juridiction à l'occasion des mesures prises par l'autorité militaire pour faire face aux nécessités immédiates de la lutte avec l'ennemi. Les parties ne peuvent, cela va sans dire, ni s'opposer judiciairement à l'exécution de ces mesures, ni même demander une indemnité pour la réparation du dommage qu'elles ont pu leur causer. Mais la théorie des actes de gouvernement n'a rien à voir en cette matière. Le fait de guerre étant un cas fortuit, la partie qui en est victime ne peut en faire supporter la responsabilité à personne, pas plus au gouvernement qu'à d'autres particuliers. Il y aura seulement en pratique à distinguer les faits qui constituent vraiment des cas fortuits et qui excluent toute responsabilité, de ceux qui étant pour partie au moins des actes volontaires, engagent la responsabilité de leurs auteurs.

C'est à ce point de vue que paraît s'être placé le Conseil d'État, lorsqu'il a eu à statuer sur la question, et jamais il ne s'est servi de l'expression acte de gouvernement. Ainsi un requé-

rant réclamait la restitution à son profit d'une somme déposée par son auteur à la banque de Venise, antérieurement à la saisie que Bonaparte avait faite des fonds de cette Banque en 1797. Le Conseil d'État rejeta sa requête, parce que « en admettant que l'armée victorieuse se fût emparée des deniers existants dans les caisses publiques de la République de Venise, ce fait de guerre ne pouvait donner ouverture contre l'État français à aucun recours ou action de la part des créanciers desdites caisses » (1).

Des lois spéciales ont accordé quelquefois des indemnités aux victimes de la guerre et ont organisé des commissions pour répartir les indemnités entre les intéressés. Ces commissions constituent des autorités administratives et leurs décisions sont en principe soumises aux recours contentieux administratifs. Mais en fait il arrivera souvent qu'aucun recours ne sera possible : car d'une part les lois d'indemnité n'imposant d'ordinaire aux commissions qu'elles créent aucune procédure, aucun vice de forme ne pourra se rencontrer dans les délibérations de ces commissions ; et d'autre part, les particuliers n'ayant aucun droit à l'indemnité, qui ne leur est allouée qu'à titre de secours, ne peuvent se plaindre de la décision prise à leur égard.

5° COLLATION DES TITRES DE NOBLESSE. — On met aussi au nombre des actes de gouvernement les décrets portant collation ou reconnaissance des titres nobiliaires (2). Toutefois M. Aucoc (3) fait une réserve :

« Supposons, dit-il, que par impossible l'empereur eût pouvoir disposer d'un titre, actuellement porté par un citoyen qui serait régulièrement investi, et l'attribuer à un autre citoyen, nous croyons qu'il appartiendrait aux tribunaux civils, non pas d'annuler le décret, mais de statuer à côté du décret et de reconnaître le droit contesté, parce qu'il est évident que l'empereur ne peut disposer arbitrairement des propriétés privées. »

M. Batbie trouve avec raison que cette réserve est insuffi-

(1) Cons. d'État, 7 août 1891, Roussel.

(2) Cass. 14 mars 1865. SIR. 66, 1, 435 ; DALL. 1, 66, 266. Cons. d'État. 28 mars 1866, de Montmorency. C. d'État. 11 août 1866, Hamilton. DUCROCQ. *Op. cit.*, t. I, n° 64.

(3) AUCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 289, p. 446, note.

sante. « On peut supposer que par erreur le chef de l'État confère un titre de noblesse qui est porté par le chef d'une famille qui a des droits à le porter. Ce serait disposer d'une propriété matérielle, mais d'une propriété dont la valeur morale peut être considérable... Dire que les tribunaux pourront statuer à côté du décret et reconnaître le droit de la famille qui réclame, ce n'est pas faire complète justice. Cette décision du tribunal à côté du décret n'empêchera pas que le titre pourra être pris par le nouveau titulaire. Ce partage amoindrira la valeur de celui qui était porté depuis longtemps, et pour cette diminution, la décision latérale du tribunal, reconnaissant l'ancien titre à côté du décret qui confère le nouveau, n'accorde pas complète réparation. Le moyen de faire justice complète, c'est d'accorder le recours par la voie contentieuse pour excès de pouvoir » (1). L'éminent auteur vient de dire quelques lignes plus haut : « On met aussi au nombre des actes de gouvernement les décrets portant collation ou reconnaissance de titres de noblesse. » Approuve-t-il ce classement ou le trouve-t-il inexact ? Il est difficile de le savoir au juste.

Nous faisons remarquer que certains jurisconsultes distinguent les collations de titres nobiliaires des collations de noms patronymiques. Ainsi dans ses conclusions relativement à l'affaire de Montmorency, M. le commissaire du gouvernement L'Hôpital séparait très nettement les deux choses. Il s'agissait dans cette affaire d'une réclamation formée par la famille de Montmorency contre un décret impérial qui avait conféré à M. de Talleyrand-Périgord le titre de duc de Montmorency, éteint par la mort du dernier duc. Le commissaire du gouvernement soutint que la collation n'ayant eu pour objet qu'un titre nobiliaire n'avait pu violer aucun droit et que par suite le recours était irrecevable ; mais il reconnaissait que la situation aurait été différente s'il s'était agi d'un décret conférant un nom patronymique (2).

Cette distinction ne nous paraît pas très sûre. Mais nous n'avons pas à la critiquer. Il nous suffit de constater que tout le monde est d'accord pour autoriser les recours contentieux contre les collations de titres ou de noms toutes les fois que ces actes violent un droit privé. On ne discute que sur le point de savoir

(1) BATBIE, *Op., cit.*, t. VII, n° 395.

(2) DALL. 66, 3, 49.

dans quels cas se rencontre cette circonstance de la violation d'un droit. Les uns pensent que la propriété d'un titre de noblesse est de même nature que la propriété d'un nom patronymique, d'autres nient absolument cette assimilation, d'autres encore ont recours à une distinction. Nous ne voulons pas entrer dans cette discussion, nous contentant de faire remarquer que la notion de l'acte de gouvernement n'y joue aucun rôle.

6. — EXERCICE DU DROIT DE GRACE. — Les actes par lesquels le chef d'État exerce son droit de grâce sont considérés comme revêtus du caractère gouvernemental (1).

Le Conseil d'État ne s'est pas expliqué très nettement, il s'est borné à dire que ces actes « ne sont pas susceptibles de lui être déférés par la voie contentieuse » (2).

L'annotateur de cet arrêt, dans le recueil de Dalloz, pense que les décrets, par lesquels le chef de l'État modifie des condamnations prononcées par l'autorité judiciaire, ne peuvent pas être rangés dans la catégorie des actes administratifs, et doivent être considérés comme des actes judiciaires (3). Nous rappelons en effet que certaines attributions d'ordre judiciaire sont confiées à des agents administratifs, par exemple, la fonction d'officier de l'état civil aux maires. Il n'est pas douteux dans ces cas que l'acte, quoique émanant d'un agent administratif, ne conserve sa nature propre d'acte judiciaire et ne soit par suite soustrait à la juridiction du Conseil d'État, laquelle ne s'exerce que sur les actes administratifs (4).

Mais nous ne croyons pas qu'il faille reconnaître le caractère d'attribution judiciaire au droit de grâce appartenant au chef de l'État. Ce droit est concédé par l'article 3 § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 d'une manière générale, sans distinction ni catégorie. Or, si on reconnaissait le caractère d'actes judiciaires aux décrets pris dans les cas de condamnations judiciaires, il faudrait reconnaître le caractère administratif aux grâces accordées dans les cas de condamnations prononcées par les tribunaux administratifs, de sorte que, contrairement au texte de la Constitution, il n'y aurait pas un droit de grâce unique, mais deux attributions d'ordre différent.

(1) AUCOC. *Op. cit.*, t. I, n° 38. SIMONET. *Op. cit.*, n° 262, 269.

(2) C. d'Ét., 30 juin 1893, Gugel.

(3) DALL. 94, 3, 61, note 6.

(4) BRÉMOND. *Compét. admin.*, n° 233 et suiv.

Il est vrai que l'exercice du droit de grâce dans les cas de condamnations émanant des tribunaux judiciaires a pour effet de modifier l'exécution de ces condamnations, mais cela suffit-il pour conclure que le pouvoir en vertu duquel le chef de l'État a agi participe de la fonction judiciaire? Ce n'est pas d'après leurs effets que les actes doivent être classés en administratifs ou judiciaires, mais d'après la nature de l'attribution en vertu de laquelle ils ont été pris. Ainsi les décrets, qui portent nomination ou révocation de magistrats dans les corps judiciaires, produisent à coup sûr des effets très importants dans l'ordre judiciaire ; leur nature administrative n'a cependant jamais été mise en doute (1).

Or en quelle qualité le chef de l'État exerce-t-il le droit de grâce? Ce n'est évidemment pas là une mission judiciaire. Le rôle du juge est d'interpréter et d'appliquer la loi ; faire grâce ne rentre donc pas dans ses attributions. C'est comme administrateur et gardien de l'ordre public matériel et moral, dans l'intérêt général de la justice et de l'équité que le président de la République a été investi de la plus douce de ses prérogatives ; ses décrets en cette matière constituent donc des actes administratifs. Aussi pensons-nous, malgré l'arrêt du Conseil d'État, cité ci-dessus, qu'ils sont soumis aux recours administratifs et notamment au recours pour excès de pouvoir (2).

L'opinion contraire amènerait d'ailleurs ce résultat déplorable que les particuliers, qui prétendraient que leurs droits auraient été violés par la manière dont le chef de l'État aurait exercé vis-à-vis d'eux son droit de grâce, ne pourraient porter leur réclamation devant aucune juridiction. Nous ne connaissons en effet aucun texte qui ouvre dans ce cas un recours devant un tribunal judiciaire quelconque, pas même devant la Cour de cassation. Et l'on peut remarquer qu'une variété au moins de déci-

(1) C. d'Ét., 23 juin 1893, Barlat. Le vice-président du tribunal d'Oran avait été d'office nommé juge au tribunal d'Alger, sans avoir accepté ce changement et sans que le Conseil supérieur de la magistrature eût donné un avis conforme. Ce magistrat prétendit que la loi du 30 août 1883 avait concédé aux juges algériens la même inamovibilité qu'à leurs collègues de la métropole et il forma devant le Conseil d'État un recours pour excès de pouvoir contre le décret dont il n'acceptait pas la décision. Le Conseil d'État a fort bien admis ce recours, dont la recevabilité n'a même pas été contestée ; et si la requête a été définitivement rejetée, c'est par des motifs tirés du fond de l'affaire. Le Conseil a donc reconnu d'une manière non douteuse la nature administrative des actes de nomination ou de révocation des magistrats judiciaires.

(2) GARRAUD. *Traité du droit pénal français*, t. II, nos 90 et 92.

sions gracieuses peuvent donner naissance à des difficultés, voire même à des abus de pouvoir : nous voulons parler des décrets accordant des commutations de peines. Supposons que la peine nouvelle paraisse au condamné plus lourde que celle qui avait été prononcée par le juge ; supposons même qu'elle le soit incontestablement, devra-t-il subir cette aggravation ? Il y aurait là un déni de justice trop contraire aux principes les plus élémentaires de notre droit public et de notre droit criminel pour que l'on ne doive l'accepter que si l'on y est contraint par des arguments irréfutables ; et nous croyons avoir démontré que ces arguments n'existent pas. Nous ajoutons que le contrôle du Conseil d'État ne nous paraît dans aucun cas pouvoir offrir le moindre inconvénient.

**BRÉMOND,**

Professeur de droit administratif  
à la Faculté de droit de Montpellier.