APPENDICE I

La moralité administrative et la théorie des actes dits de gouvernement (1)

Nous savons dans quelle mesure les solutions jurisprudentielles intervenues sur recours pour excès de pouvoir, de même que dans le domaine du contentieux ordinaire, peuvent être considérées, d'une façon plus ou moins directe, comme des cas d'application du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*. Pour nous rendre un compte exact des tenants et aboutissants de la théorie de ce contrôle, il convient, dans un aperçu sommaire et en négligeant les détails qui n'intéressent pas notre sujet, de préciser l'évolution et le sens d'une thèse par laquelle l'autorité juridictionnelle a consacré l'*intangibilité absolue* de certains actes accomplis par le gouvernement ou par ses agents directs. C'est que si les actes discrétionnaires ont disparu, il existe encore aujourd'hui une certaine catégorie d'actes qualifiés communément d'*actes de gouvernement* que le juge s'interdit d'une manière absolue d'assujettir à son contrôle.

(1) Bibliographie: LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 32 et s.; M. HAURIUO, *op. cit.*, 11^e éd., p. 395 et s.; H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 10^e éd., p. 111 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 685 et s.; JÈZE, *Théorie classique des actes de gouvernement*, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 573 et s.; A. BOSCH, *Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 186 et s.; ALIBERT, *op. cit.*, p. 70 et s.; P. DUEZ *op. cit.*, p. 113 et s.; cf. enc. L. MICHOUX, *Les actes de gouvernement*, 1889; BRÉMOND, *Des actes de gouvernement*, *Rev. dr. p.* 1896, t. I., p. 60 et s.; L. TROTABAS, *Les actes de gouvernement en matière diplomatique*, *Rev. crit.*, juin 1925.

§ 1^{er}. — *L'acte de gouvernement*

On peut se demander pourquoi les actes dits de gouvernement ne suivent pas le sort commun de tous les actes administratifs, susceptibles de donner prise au contrôle du juge ; n'est-ce pas là une atteinte grave au principe de légalité et encore bien plus une contradiction manifeste aux règles de la *moralité administrative* ? Quelles sont les causes profondes de cette théorie et en quoi, surtout, pouvait-elle, du moins dans son premier état, être considérée comme en opposition directe avec la conception même de la *moralité administrative* ? Autant de questions dont la solution nous permettra d'apprécier cette théorie à sa juste valeur et de constater les progrès faits, à ce sujet, dans la voie de la réalisation de l'idée de la bonne administration.

Tout d'abord, il apparaît que la justification de la théorie peut être naturellement trouvée dans la préoccupation du juge administratif de ne pas enfermer l'activité administrative dans des limites trop étroites, mais d'abandonner à l'administration active l'appréciation souveraine de certaines questions afin de poursuivre, d'autant plus librement, le développement du contrôle contentieux, sous toutes ses formes, portant sur les autres manifestations de l'activité administrative.

« Ce qui a créé la théorie des actes de gouvernement, dit « M. Hauriou (*op. cit.*, 11^e éd., p. 400), c'est le besoin « d'élever une barrière devant la juridiction administrative « depuis qu'elle est devenue une justice déléguée. Cette « barrière a été placée dans la distinction de ce qui est *gou- « vernement* et de ce qui est *administration*. Moyennant « cette garantie d'indépendance bien modeste, le gouverne- « ment a laissé au Conseil d'Etat pleine liberté pour faire « pénétrer les recours et, avec eux, la régularité dans toute « l'administration... La théorie des actes de gouvernement « est le résultat d'un compromis avantageux, qui donne « au contentieux administratif, et par là au droit public, « un vaste champ de développement. »

On ne peut, ensuite, se dissimuler, quoi qu'on ait dit, que certains actes présentent réellement quelques particularités de fait qui leur assignent une place à part dans l'ensemble des actes accomplis par le pouvoir exécutif.

Pour leur détermination, il importe, tout d'abord, d'écartier comme absolument inadmissible la conception qui, s'attachant exclusivement à la forme des actes, voit des actes de gouvernement dans toutes les décisions de l'autorité publique délibérées en conseil des ministres, dans les actes approuvés par un vote des Chambres, etc., théorie peu sérieuse à laquelle nous pouvons nous dispenser de nous arrêter (cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 396).

Cette élimination faite, nous estimons qu'il y a des actes de gouvernement qui se distinguent, en fait, des actes administratifs ordinaires en ce qu'ils concernent le règlement des *grands intérêts nationaux* et qu'ils ne sont pas accomplis pour assurer *directement* la satisfaction des *besoins courants* du public. Ces actes concernent généralement l'organisation de l'Etat et l'aménagement de la chose publique considérée en elle-même (1).

On a contesté la légitimité de cette conception, fondée, cependant, sur l'observation des faits, en soutenant que les prétendus actes de gouvernement ne se distingueraient en rien des actes administratifs ordinaires et qu'ils devraient, par conséquent, en tous points, suivre, à quelques exceptions près, le sort de ces derniers.

Si, en la forme, il n'y a certainement aucune différence marquée entre les deux catégories d'actes, s'ils émanent des mêmes organes et qu'apparemment il n'existe pas de fonction gouvernementale indépendante de la fonction administrative, il faut, néanmoins, reconnaître que lorsqu'on s'attache à l'objet *concret* et *précis* des divers actes accomplis par le pouvoir exécutif, on ne peut que constater une différence certaine entre les deux groupes d'actes. La convocation et l'ajournement des Chambres, la conclusion

(1) Cf. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., p. 396 et 397 et les références.

d'un traité international, les décrets établissant l'état de siège sont, cependant, autre chose que des mesures prises à l'effet d'assurer, d'une façon immédiate, le fonctionnement régulier des services publics pour subvenir aux besoins quotidiens du public (1).

Il est donc inexact de dire, comme le fait M. Jèze, que les motifs sur lesquels est basé le régime des actes du gouvernement sont *uniquement* des motifs d'*opportunité politique*.

M. Jèze accepte la catégorie des actes de gouvernement comme un pur fait qu'il ne servirait à rien de nier. Aussi ne se donne-t-il pas la peine d'expliquer l'existence de la théorie qu'il considère, d'ailleurs, comme contraire à l'esprit général de notre droit positif.

Il n'y a pas lieu non plus de substituer à la catégorie des actes de gouvernement celle des *actes politiques*, ainsi que le veut M. Duguit.

Le regretté doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, qui élimine de sa définition de l'acte juridique public tout élément technique, n'a, évidemment, pu voir dans l'acte que nous qualifions d'acte de gouvernement une manifestation de l'activité administrative qui se différencierait *par sa nature* des autres expressions de cette activité qui revêtent un caractère spécifiquement administratif. Et, cependant, M. Duguit veut bien concéder que, s'il n'existe pas d'actes de gouvernement proprement dits, il y a une catégorie

(1) M. TEISSIER (*La responsabilité de la puissance publique*, p. 42, n° 43). — cité et critiqué par M. JÈZE dans son étude sur les actes de gouvernement (*op. cit.*) — qui prend, d'ailleurs, son point de départ dans une distinction un peu trop formaliste, s'exprime ainsi : « Le pouvoir exécutif est investi d'une mission double: il *gouverne* et il *administre*. « Gouverner .. c'est exclusivement ... veiller au fonctionnement des « pouvoirs publics dans les conditions prévues par la Constitution et « assurer, comme il est dit à l'article 8 de la loi constitutionnelle du « 16 juillet 1875, les rapports de l'Etat français avec les puissances « étrangères. Administrer, c'est assurer l'application journalière des « lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et « des diverses administrations entre elles. Le pouvoir exécutif ac- « complit sa mission gouvernementale sous le contrôle exclusif du « Parlement composé des représentants de la nation. Les actes gou- « vernementaux échappent, par conséquent, à toute censure judiciaire ».

d'actes qui, en raison de leur forme — parce qu'ils émanent du gouvernement agissant en tant qu'*organe politique* — peuvent être considérés comme des *actes politiques*, de nature à être soustraits à l'action du contentieux (*op. cit.*, t. II, 2^e éd., p. 245 et s. ; 3^e éd., p. 306 et s.). C'est revenir, en somme, par un détour, à la conception des actes de gouvernement, établis sur une base purement formelle. Il estime, en ce qui concerne ces actes, que leur nature interne ne s'oppose nullement à l'application du contrôle de l'*excès de pouvoir*. « Mais le droit moderne en général, dit-il, et « le droit français en particulier ne sont pas encore arrivés « à reconnaître la recevabilité des recours contentieux con- « tre les actes émanant d'un organe politique, que ce soient « ceux du gouvernement ou ceux du parlement » (*op. cit.*, 2^e éd., t. III, p. 685) (1).

Si l'on admet le fait et la légitimité de l'existence des

(1) M. MICHOU, résumant ce qu'il avait déjà dit en 1889, déclare dans son étude sur le *pouvoir discrétionnaire* de l'administration (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 54) : « Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire « des actes de gouvernement une *catégorie à part*, qu'en principe ceux « que l'on qualifie ainsi sont simplement des *actes administratifs* dans « lesquels l'administration a d'ordinaire un pouvoir discrétionnaire très « étendu, mais qu'il n'y a pas de raison de les soustraire en théorie au « recours pour *incompétence*, *vice de forme* et *détournement de pou- « voir*. Si quelques-uns d'entre eux échappent en fait à la compétence « du Conseil d'Etat, c'est pour des motifs divers qu'il n'y a pas lieu « de classer sous une rubrique spéciale » [V. pour la critique de cette théorie M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., p. 435 note (1)].

Nous ne discutons pas ici la question de savoir si l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 reconnaissant aux ministres le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées devant le Conseil d'Etat « et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif » visent spécialement les actes de gouvernement. Ce texte n'étant que la reproduction de l'article 47 de la loi de 1872, il semble qu'il ait été porté par inadvertance et qu'il doive rester sans application pour la distinction qui nous intéresse (V. en ce sens L. DUGUR, *op. cit.*, t. III, p. 690). Du reste, il paraît parfaitement inutile d'aller chercher le fondement de la théorie dans un texte législatif, le principe de son existence étant — ce semble — suffisamment justifié par la nature même des choses (M. MICHOU, *op. cit.*, *Ann. Gren.* 1914, p. 54 et s., estime que l'article 26 de la loi de 1872 doit être interprété en ce sens qu'il constituerait une protection du *pouvoir discrétionnaire* appartenant à l'administration).

actes de gouvernement, il s'agit de savoir de quelle façon ces actes seront déterminés. Or, c'est ici qu'apparaissent toutes les difficultés du problème. C'est qu'il ne suffit pas de dire, pour arriver à un résultat pratique, que doivent être considérés comme actes de gouvernement tous les actes qui touchent de près à la souveraineté de l'État, les actes mettant en œuvre la fonction proprement gouvernementale; il est toujours difficile d'établir, *a priori*, sur la base de définitions aussi vagues, une discrimination bien nette entre les deux catégories d'actes, parce qu'en dépit de la justification de principe donnée ci-dessus, il reste que la parenté entre les actes administratifs et les actes de gouvernement est évidemment très étroite.

On peut concéder, en effet, aux théories contraires à celle que nous soutenons que la différence de nature entre les deux catégories, *quoique réelle*, n'est pas très accentuée, les deux sortes d'actes tendant également à donner satisfaction à des besoins généraux, et le critérium indiqué plus haut ne pouvant, par conséquent, être appliqué pratiquement qu'après un examen attentif des faits. La discrimination aura, nous tenons à insister sur ce point, bien plus un caractère empirique qu'un caractère proprement juridique.

Dans ces conditions, il ne paraît pas étonnant que la doctrine du juge administratif, chargé de dresser, sous l'autorité du Tribunal des conflits, la liste des actes de gouvernement, n'ait pas toujours présenté une netteté parfaite et que l'énumération qui nous est donnée aujourd'hui par la jurisprudence n'ait pu être acquise qu'après une période de tâtonnements et une évolution lente, que nous sommes d'ailleurs en droit de considérer comme n'étant pas encore définitivement close.

Remarquons, au surplus, que le juge s'est efforcé de réduire le nombre de ces actes au fur et à mesure que les idées de moralité se précisèrent, en imposant, dans cette matière, les limites nécessaires dans l'intérêt d'une bonne administration.

Nous rappelons que ce qui caractérise l'acte de gouverne-

ment, c'est que sa nature particulière s'oppose, dans l'état actuel de notre droit, à la recevabilité de tout recours contentieux dirigé contre lui. Sur ce point, l'acte de gouvernement se distingue des actes administratifs auxquels on attribuait autrefois le caractère d'*actes discrétionnaires*. Pour ces derniers, la recevabilité du recours n'était pas toujours exclue; ils pouvaient être critiqués pour vice de forme et incompétence. Pour ce qui regarde les actes de gouvernement, la question du contrôle contentieux ne peut se poser dans aucun cas et sous aucun prétexte. Ils sont soustraits aussi bien au contentieux de l'annulation qu'à celui de la réparation pécuniaire (1). Ils présentent donc en quelque sorte le caractère d'*actes arbitraires*, en ce sens qu'aucun moyen efficace n'est donné aux intéressés pour les faire annuler pour excès de pouvoir ou se prémunir contre leurs conséquences dommageables. En cette matière, le gouvernement possède un pouvoir des plus absolus, tempéré seulement par le contrôle parlementaire. Par suite, ce pouvoir pouvait devenir très dangereux pour les intérêts des particuliers, si, tenant compte des exigences de la justice et des circonstances de fait, le juge ne s'était pas efforcé de rendre la théorie acceptable par une conception de plus en plus réfléchie du caractère distinctif de l'acte de gouvernement et par une limitation toujours plus étroite du nombre des décisions exécutoires soustraites à son appréciation.

§ 2. — *Théorie du mobile politique*

Il est regrettable que, jusqu'à la fin du siècle dernier, sous l'influence des idées politiques de l'époque, le Conseil d'Etat n'ait pas su imposer une théorie restrictive de l'action gouvernementale soustraite à la prise du juge. La jurisprudence de cette époque, en matière d'actes de gouvernement, consacrait nettement l'*immoralité* administrative la plus flagrante.

(1) Cons. d'Et. 18 décembre 1891 *Vandelet et Faraud*, S. 93.3.129; 3 mars 1905 *Mante*; 2 juin 1922 *de Poorter*.

Sous la pression politique et alors qu'il ne jouissait encore d'aucun pouvoir propre, le haut tribunal administratif avait admis, en effet, comme critérium de l'acte de gouvernement, la théorie étrange du *mobile politique* qui enlevait à son examen un grand nombre d'actes qui, par leur nature intrinsèque, ne se distinguaient en rien des actes administratifs ordinaires. De ce fait, tout acte administratif inspiré par des motifs de haute police prenait le caractère d'acte de gouvernement. C'était le régime de la *raison d'Etat*.

On peut croire que c'est cette théorie qu'avait surtout en vue M. Vivien lorsqu'il déclara, au cours des débats ayant précédé le vote de la loi du 3 mai 1849, qu' « il est... des « droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours « par voie contentieuse » et que « dans un gouvernement « représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est « des circonstances où, en vue d'une grande nécessité « publique, les ministres prennent des mesures qui blessent « des droits privés » et dont ils ne sauraient répondre que devant le pouvoir politique, parce que le contrôle contentieux serait de nature à paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et à créer dans l'Etat un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. « Ce qui fait « l'acte de gouvernement, disait, d'autre part, Dufour à « cette époque, 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). »

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'exposer cette théorie du *but*, caractérisé par le *mobile politique*, dans plusieurs arrêts.

Dans une affaire de cession du droit aux arrérages d'une rente concédée par Napoléon à la princesse Borghèse, il opposa à la réclamation du banquier cessionnaire l'argument *politique*, écartant le recours, sous prétexte « que la réclamation... tenait à une *question politique*, dont la décision

(1) *Traité de Droit administratif appliqué*, 1856, t. V, p. 128.

« appartient exclusivement au gouvernement » (Cons. d'Et. 1^{er} mai 1822 *Laffite*).

En 1838, à propos de réclamations élevées par des membres de la famille Bonaparte en vertu du traité de Fontainebleau du 11 avril 1814, le Conseil d'Etat opposa également une fin de non-recevoir en déclarant « que les questions que « présentaient à résoudre les requêtes se rattachaient, soit « à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes « de gouvernement *ayant un caractère essentiellement poli-* « *tique*, dont l'interprétation et l'exécution ne pouvaient lui « être déferées par la voie contentieuse » (Cons. d'Et. 5 décembre 1838 *duchesse de Saint-Leu* S. 39.2.552).

Par arrêt du 18 juin 1852 *Famille d'Orléans* (S. 52.3.307), le Conseil décide que « c'est au gouvernement, à l'exclusion « des tribunaux, qu'il appartient d'apprécier et de connaître « de l'exécution des décrets ou actes du gouvernement ayant « le caractère de mesures de haute administration, alors « même que l'on prétendrait que ces actes portent atteinte « à des droits de propriété privés; que dans cette catégorie « rentre le décret du 22 juin 1852 qui ordonne la restitution « au domaine de l'Etat des biens faisant l'objet de la dona- « tion du 7 août 1830 par le roi Louis-Philippe à ses « enfants ».

Une affaire souvent citée est celle dans laquelle le Conseil d'Etat fut appelé à statuer sur la régularité d'une saisie administrative d'un livre publié par le duc d'Aumale, saisie motivée par la raison d'Etat. Par décision du 9 mai 1867 *duc d'Aumale et Lévy* (S. 67.2.124 avec les conclusions de M. Aucoc), le Conseil, considérant, à titre subsidiaire, « que la mesure par laquelle le préfet de police avait pres- « crit... la saisie des exemplaires et la décision du ministre « de l'Intérieur... qui avait confirmé cette mesure, étaient « des *actes politiques* qui ne sont pas de nature à être déferés « au juge, pour excès de pouvoir, par la voie contentieuse », opposa au recours formé par les intéressés une fin de non-recevoir, alors, d'ailleurs, que les tribunaux judiciaires

avaient déjà admis, dans cette affaire, le déclinaire de compétence proposé par le gouvernement (1) (2).

§ 3. — Solutions actuelles

La chute de l'Empire et l'avènement de la troisième République amenèrent le Conseil d'Etat, dégagé dorénavant de toute pression inopportune et jouissant d'un pouvoir propre, à modifier sa jurisprudence et à renoncer à la théorie, admise jusqu'ici, qui attribuait à tout acte déterminé par la raison d'Etat le caractère d'une mesure gouvernementale soustraite au contrôle contentieux.

Nous avons déjà eu l'occasion de constater dans nos développements antérieurs qu'après 1870 le contrôle du *détournement de pouvoir* se trouvait déjà en pleine évolution, que, par conséquent, l'idée de la *moralité administrative* s'était déjà puissamment affirmée. On ne dut pas manquer de s'apercevoir qu'il y eut à ce moment un certain déséquilibre entre la jurisprudence libérale en matière de recours pour excès de pouvoir et les solutions couramment admises en ce qui concerne les actes de gouvernement. Sur ce dernier point, et pour être logique avec lui-même, le Conseil d'Etat ne put donc persister à maintenir ses anciennes conceptions. Par une série d'arrêts (V. not. Cons. d'Et. 19 février 1875 *prince Napoléon* (3) ; Conf. 5 novembre 1880 *Bouffier* S. 81.

(1) Trib. civ. Seine 20 mai 1863; Paris 16 juillet 1864; Cass.-req. 15 novembre 1865 *Duc d'Aumale et Michel Lévy c. Préfet de police* D. 66.1.49, et la note de M. THIERCELIN.

(2) Cf., d'ailleurs, pour tous ces arrêts et pour plus de détails G. JÈZE, *Mot. dét.*, *Rev. dr. p.*, 1922, p. 425 et s.

(3) Dans cette affaire, le ministre avait essayé de faire écarter le recours en s'appuyant sur la théorie de l'acte de gouvernement fondée sur des considérations tirées de la *forme* de l'acte ainsi que sur la doctrine du *mobile politique*. Il faisait valoir que la mesure dont se plaignait le requérant avait été prise en conseil des ministres. Il estimait « qu'à raison de la forme et des circonstances dans lesquelles elle « était intervenue », la mesure incriminée n'était pas susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, la radiation du prince Napoléon des cadres de l'armée ayant été dictée « par de hautes consi-

3.81 ; Cons. d'Et. 20 mai 1887 *prince d'Orléans et duc d'Aumale* (1), le juge abandonna définitivement la théorie du *mobile politique*, malgré l'opposition qu'on tenta encore de faire au revirement qui s'imposait (2).

La formule définitive rejetant la théorie du *mobile politique* et consacrant nettement les progrès de l'idée de moralité en cette matière a été donnée par le Tribunal des conflits en 1889 dans une affaire de saisies ordonnées illégalement dans un but politique :

« Considérant, dit le tribunal, qu'en admettant que les
 « instructions verbales invoquées par le préfet de police
 « eussent été données pour l'application de la loi du
 « 29 juillet 1881 sur la presse ou de celle du 22 juin 1888,
 « relative aux membres des familles ayant régné en
 « France, elles ne sauraient imprimer au mandat et à la
 « saisie des 5 et 6 juillet 1888 le caractère d'actes adminis-
 « tratifs ou de gouvernement, qu'en effet, 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

dérations politiques ». Le Conseil d'Etat refusa de se rallier à cette argumentation périmée; il ne rejeta le recours qu'après examen au fond.

(1) Le Conseil d'Etat constate que les décisions du ministre de la guerre ayant rayé les requérants des contrôles de l'armée n'étaient pas des actes de gouvernement, mais des actes accomplis par le ministre « dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui appartiennent aux « ministres pour assurer l'exécution des lois au regard de leurs subor- « donnés », qu'elles constituaient ainsi « des actes administratifs suscep- « tibles de lui être déférés ». Il est à remarquer que, dans ses conclusions précédant l'arrêt, M. MARGUERIE, commissaire du gouvernement, tout en déclarant que « la *pensée politique* qui a déterminé un repré- « sentant de la puissance publique à accomplir un acte déterminé, ne « lui enlève pas nécessairement le caractère administratif si cet acte, « par sa nature, est un acte d'administration », défendit une thèse assez singulière et, d'ailleurs, quelque peu obscure qui aboutissait, en somme, à cette conclusion inadmissible que sont à considérer comme actes de gouvernement, soustraits à tout recours contentieux, notamment les actes accomplis par le gouvernement dans un *but de souveraineté*. C'est là une théorie qui ressemble encore étrangement à l'ancien argument du *mobile politique*. Le Conseil d'Etat refusa, bien entendu, de se rallier à cette manière de voir.

(2) Cf. les conclusions de M. RONJAT, commissaire du gouvernement, dans l'affaire Confl. 4 novembre 1880 *Marquigny* S. 81.3.81.

« mesure a été approuvée par les Chambres... » (Confl. 25 mars 1889 *Dufeuille* S. 91.3.32) (1).

Par la suite, les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits n'ont jamais laissé échapper l'occasion qui s'offrait à eux à plusieurs reprises d'affirmer et de constater l'abandon définitif de l'ancienne théorie qui plaçait le critérium de l'acte de gouvernement dans le but politique et de haute police librement poursuivi par l'auteur de l'acte, théorie essentiellement contraire à la moralité administrative (2).

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Couitéas*, du 30 novembre 1923, le commissaire du gouvernement, M. Rivet, relève en termes formels l'abandon de cette théorie funeste au plus haut degré. Il fait remarquer très justement que si cette affaire, où il s'agissait de la non-exécution d'un jugement rendu par un tribunal en Tunisie pour des motifs de *légitime défense* de l'Etat (v. ci-dessus p. 402), s'était présentée il y a quelque 60 ans, « sans doute, le ministre « compétent de l'époque ne lui eût-il pas donné la réponse « que le président du Conseil de 1912 a si nettement formu-

(1) V. encore, en ce sens, Confl. 25 mars 1889 *Usannaz-Joris*. Dans cette affaire, M. MARGUERIE, commissaire du gouvernement, concluait au dessaisissement de l'autorité judiciaire en vertu de la théorie de l'acte de gouvernement. « Nous croyons, dit-il, que les instructions du « ministre de l'Intérieur permettent de qualifier les actes incriminés de « mesures de haute police et de gouvernement, qui, à raison de leur « caractère, échappent au contrôle de l'autorité judiciaire ». Cf. aussi Cons. d'Et. 2 avril 1886 *Fontenau* (S. 88.3.3) ; Confl. 15 février 1890 *Vincent* (S. 92.3.71) (lacération d'affiches apposées pour recommander un candidat aux élections au conseil général).

[Dans les arrêts du 1^{er} février 1889 *Sailhol, Gléna* (S. 91.3.8), le Conseil d'Etat écarta la théorie de l'acte de gouvernement, tout en déclarant dans l'un de ces arrêts, à l'occasion d'un recours formé par un curé contre une décision ministérielle ayant suspendu son traitement, « que « les décisions prises dans l'exercice de ce pouvoir de haute discipline « par le ministre chargé du service et de la police des cultes ne sont « pas susceptibles d'être discutées devant le Conseil d'Etat par la voie « contentieuse ». - Le ministre s'était opposé à la recevabilité des recours sous prétexte que les décisions attaquées avaient été prises dans l'exercice du droit de haute police appartenant au gouvernement.]

(2) V. JÈZE, *Mot. dét.*, p. 434 en note.

« lée. C'était alors le moment où une jurisprudence, avant
 « tout soucieuse de n'apporter nulle entrave à l'action de
 « l'Exécutif, classait les actes d'après les *mobiles* qui les
 « avaient inspirés, et refusait le contrôle du juge à tout acte
 « que son caractère quelque peu politique ou, comme on
 « disait alors, de *haute police*, avait transformé d'acte admi-
 « nistratif en acte de gouvernement ». Et M. Rivet de cons-
 « tater que, depuis le second Empire, la ligne des arrêts du
 « Conseil d'Etat s'est nettement modifiée ». Il déclare que la
 décision portant refus de faire exécuter un jugement rendu
 par un tribunal français en Tunisie au bénéfice d'un Français
 ne saurait être considérée « comme étant, par sa nature,
 « d'essence gouvernementale », « la *nature intrinsèque* de
 « l'acte étant devenue le critérium *unique* de la distinc-
 « tion des actes *administratifs* et des actes de gouverne-
 « ment ». Il est vrai, dit-il, qu'une telle décision apparaît
 « inspirée par des préoccupations supérieures, qui l'appa-
 « rentent, en quelque sorte, à certaines manifestations de
 « souveraineté ». Mais c'est là question de « mobiles » et
 le critérium « mobile » est aujourd'hui abandonné par la
 jurisprudence (cf. égal. les concl. de M. Rivet dans l'aff.
Cotte du 31 octobre 1924 ; destruction d'affiches suspectes
 par ordre du gouvernement au début de la guerre,
Rev. dr. p., 1924, p. 597).

A l'heure actuelle, il n'y a d'actes de gouvernement
 reconnus comme tels que ceux figurant dans la liste dres-
 sée sous l'autorité du Tribunal des conflits.

Parmi ces actes, on relève, notamment, ceux ayant trait
 aux rapports du gouvernement avec les Chambres, les actes
 se rattachant directement au fonctionnement des organes
 constitutionnels, les décrets établissant l'état de siège, les
 décrets de grâce, les actes diplomatiques et conventions
 internationales et tout ce qui participe du caractère de ces
 actes, les actes se rattachant à la conduite de la guerre, les
 annexions de territoires.

M. Rivet, dans ses conclusions mentionnées ci-dessus,
 cite comme actes de gouvernement les actes « destinés à

« assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics par la collaboration du gouvernement et du parlement », d'autre part, les « actes concernant, soit, pendant les dernières hostilités, la conduite de la guerre, soit, en tout temps, les rapports de l'Etat français avec les les Etats étrangers ».

En examinant ces actes de plus près, on comprendra facilement qu'il serait inopportun, sinon impossible, de les soumettre à l'appréciation du juge, dont les moyens d'investigation sont nécessairement limités et qui, de ce fait, n'est pas à même de se rendre compte de toutes les exigences de la situation. Cette remarque ne s'applique qu'à la recevabilité du recours en *annulation*. Car, en ce qui concerne l'allocation pécuniaire pour préjudice subi comme conséquence d'un acte de gouvernement, la question ne se présente pas de la même manière. On ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat ne se déciderait pas à allouer une compensation pécuniaire chaque fois que l'*équité* l'exige et que le droit à indemnité pourrait être reconnu sans que le juge fût obligé d'examiner, au préalable, d'une manière spéciale, les éléments mêmes de l'acte.

En tout cas, abstraction faite, même, de la question de savoir si un contrôle contentieux de ces actes est désirable ou non, leur nature intrinsèque les place bien en dehors des actes administratifs ordinaires.

Remarquons, cependant, quoique ce point ne présente plus le même intérêt du point de vue particulier de notre étude, que les difficultés de précision inhérentes à la matière ont amené le Conseil d'Etat et plus spécialement le Tribunal des conflits à donner des solutions qui dépassent souvent de beaucoup les exigences de la théorie. Pour attribuer à un acte émané de l'autorité publique le caractère d'acte de gouvernement, il ne suffit pas, en effet, de constater qu'en apparence, il se rattache d'une façon plus ou moins directe aux diverses fonctions gouvernementales. Avant tout, il s'agit de vérifier si, vraiment, le caractère concret et particulier de l'acte justifie, *en lui-même*, son classement parmi les

actes de gouvernement, tels qu'ils sont définis par les directives générales de la jurisprudence. C'est ce que le Conseil d'Etat a souvent négligé de faire lorsqu'il a attribué, à plusieurs reprises, le caractère d'acte du gouvernement à des mesures administratives qui, ne présentant que des ressemblances assez lâches avec celles qui doivent être considérées, *a priori*, comme des actes de gouvernement, ne sortaient pas, *par elles-mêmes*, du cadre des actes administratifs ordinaires (1).

(1) Nous n'avons pas à insister sur ces détails. Nous renvoyons, sur ce point, aux études spéciales déjà citées.

Parmi les arrêts ayant fait une application trop large de la théorie, nous pouvons citer comme exemples les arrêts du Conseil d'Etat *Ravero* du 5 août 1904 (refus de remboursement, après l'annexion de Madagascar à la France, d'un prêt fait au gouvernement malgache) et *Bachatori* du 12 février 1904 (révocation par le consul général et le ministre des affaires étrangères d'une protection accordée à un particulier par l'autorité royale); 1^{er} juin 1923 *Comp. des forges et aciéries électriques Paul Girod* (difficultés soulevées à l'occasion de l'interdiction de certains paiements faite à la Banque de France à la suite de la révolution russe).

Une décision qui a été beaucoup critiquée (cf. not DUCUIT, *op. cit.*, t. III, p. 694 et s.) est l'arrêt *du Graty* du 4 janvier 1918 par lequel le Conseil d'Etat a opposé une fin de non-recevoir au recours d'un sujet belge qui, au cours des hostilités, avait été interné dans un dépôt spécial. On a pu prétendre, à juste titre, qu'en l'espèce le juge avait fait fausse route; car l'acte ordonnant l'internement d'un sujet allié pendant la guerre ne constitue nullement un acte de gouvernement qui se rattacherait à la conduite même de la guerre. C'est une décision administrative *ordinaire* qui ne saurait échapper au contentieux. Pour éviter l'annulation, le juge aurait facilement pu appliquer ici une autre théorie, moins dangereuse, à savoir celle des *pouvoirs de guerre*.

Remarquons encore, pour caractériser l'attitude de la jurisprudence administrative, que le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont su résister aux tentatives du gouvernement qui, sous prétexte de considérations d'ordre diplomatique, cherchait à soustraire au contentieux certains actes notoirement dépourvus de tout caractère proprement gouvernemental.

Dans l'arrêt *Rouzier* (S. 11.3.105) rendu par le Tribunal des conflits le 25 mai 1911, il est reconnu, par exemple, que le refus opposé par un agent diplomatique français, de célébrer un mariage à l'étranger pour des raisons d'ordre diplomatique, ne saurait être considéré comme un acte de gouvernement. « Ce ne sont point, déclare M. CHARDENET dans « ses conclusions ayant précédé cet arrêt, les motifs de la décision d'un « fonctionnaire qui impriment à un acte son caractère essentiel; ce ca-

§ 4. — *Attitude de la jurisprudence judiciaire*

En ce qui concerne l'attitude de la Cour de cassation et des tribunaux judiciaires en général à l'égard de la théorie des actes dits de gouvernement, nous pouvons nous borner à quelques remarques très brèves.

Il est évident que le juge ordinaire, toujours préoccupé de ménager le plus possible les prérogatives de l'administration et évitant scrupuleusement toute intervention qui pourrait être considérée comme une intrusion injustifiée dans l'activité administrative et gouvernementale, ne pouvait être que très favorable à une application très large de la théorie des actes de gouvernement.

Encore en 1873, le tribunal de la Seine, par jugement en date du 19 février 1873 *prince Jérôme Napoléon S. 76. 2.300*, déclare que l'arrêté du ministre de l'Intérieur aux termes duquel le prince Napoléon devait être immédiatement reconduit à la frontière, arrêté pris par ordre du Président de la République, le conseil des ministres entendu, et *motivé* sur ce que la présence du prince en France pourrait devenir une occasion de troubles, constitue « un acte « *gouvernemental*, accompli par le pouvoir exécutif dans « l'exercice de la puissance publique » et que, de ce fait, il devait échapper à la connaissance et à l'appréciation de l'autorité judiciaire. Et la Cour d'appel de Paris, par arrêt

« ractère résulte de la nature même de l'acte, de son objet... le motif « *d'ordre diplomatique*, donné pour refuser de célébrer un mariage à « l'étranger, ne peut point faire que le refus n'ait pas été opposé par « l'agent diplomatique agissant dans l'exercice de ses fonctions d'offi- « cier de l'état-civil... pas plus que le *but* essentiellement *politique*, « poursuivi lors des saisies de brochures du comte de Paris, n'avait « enlevé à l'acte des préfets le caractère d'un acte accompli par eux « dans l'exercice de leurs attributions de police judiciaire, et n'avait « fait échec au principe que l'autorité judiciaire était seule compétente « pour apprécier la responsabilité des préfets à raison d'actes accom- « plis par eux en qualité d'officier de police judiciaire ». La cause est donc, aujourd'hui, entendue; ce n'est plus au *but* qu'on reconnaît les actes de gouvernement, mais uniquement à l'*objet* poursuivi par l'autorité publique.

du 29 janvier 1876 S. 76.2.297, adoptant les motifs des premiers juges, confirme le jugement.

Lorsque, malgré la résistance assez vive opposée par les commissaires du gouvernement appartenant au parquet de la Cour de cassation, le Tribunal des conflits se fut définitivement prononcé sur la question en repoussant formellement les interprétations abusives auxquelles avait donné lieu la théorie, les tribunaux judiciaires ne purent, bien entendu, que se ranger au revirement qui s'ensuivit (cf. Cass.-crim. 10 janvier 1885 *Cunéo d'Ornano* S. 85.1.89).

L'argument tiré du *mobile politique*, en contradiction flagrante avec tout principe de *moralité*, avait vécu ; l'idée de *moralité administrative* avait remporté une victoire décisive.