

L'introuvable « acte de gouvernement » (1)

SOMMAIRE

Introduction.

- I. — Les limites actuelles de la théorie des actes de gouvernement.
 1. Le contenu de la qualification.
 2. Exclusion des actes faisant l'objet de recours contentieux.
 3. Exclusion des actes échappant à tout recours contentieux par le jeu normal des règles de compétence.
- II. — Les motifs juridiques invoqués par la jurisprudence.
 1. La théorie de l'acte mixte ; exposé et rejet.
 2. Les actes se rattachant aux rapports internationaux.
 3. Les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement.
 4. Les mesures d'ordre intérieur.

Conclusion.

(1) L'ouvrage fondamental en la matière reste l'étude du doyen DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, qui constitue l'expression la plus complète de la théorie classique, généralement adoptée par les auteurs. Parmi les ouvrages plus anciens, on peut consulter encore avec intérêt : LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 305 s. ; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 523 s. ; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., p. 246 s. ; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., p. 416 s. ; *La jurisprudence administrative*, t. II, p. 149 s. ; JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. I, 3^e éd., p. 392 s. ; 434-436, t. III, p. 256-265 ; R. D. P. 1924, p. 572 s. ; ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours en excès de pouvoir*, p. 43 s. ; APPLETON, *Traité de contentieux administratif*, n^o 157 s. ; TROTABAS, *Les actes de gouvernement en matière diplomatique*, *Rev. crit. lég. et jurisprudence*, 1925, p. 342 ; BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 12^e éd., p. 112 s. ; GROS, *Survivance de la raison d'Etat*, th. Paris, 1932 ; SCHLOSSER, *Les actes diplomatiques considérés comme actes de gouvernement*, th. Paris, 1933.

Depuis 1935, la question a fait surtout l'objet d'articles et de notes cités dans le cours de la présente étude. *Ad.* : Ch. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, t. I, n^o 264 et 410 s. ; ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, 10^e éd., n^o 84 s. ; WALINE, *Traité élémentaire de*

L'existence d'actes de gouvernement dans notre droit positif, attestée par la doctrine traditionnelle, constitue, si elle est établie, un surprenant défi à la raison et au droit, un véritable objet de scandale.

Rebelles à toute définition, les actes de gouvernement échapperaient à toute règle et à tout contrôle. Le principe de légalité, lentement élevé par une jurisprudence centenaire au-dessus de toutes les démarches de l'exécutif, n'aurait pas de prise sur eux, et pas davantage le juge administratif, dont la compétence générale présenterait ici une injustifiable lacune. En renvoyant le plaideur sans explication, le juge ne se rendrait-il point coupable, cependant, de ce crime majeur : le déni de justice ?

Aussi, après avoir exposé la « théorie des actes de gouvernement », les auteurs la condamnent-ils unanimement — avec plus ou moins de violence — et prophétisent-ils le plus souvent une disparition prochaine, dont ils se félicitent de déceler dans la jurisprudence les signes annonciateurs.

Force est cependant de constater que le nombre des décisions d'irrecevabilité rendues chaque année dans les espèces relevant des domaines traditionnellement attribués aux actes de gouvernement, loin d'être en régression, marque plutôt une tendance à se relever. Récemment, le Tribunal des Conflits comme le Conseil d'Etat ont réaffirmé avec force leur fidélité à une jurisprudence universellement décriée.

Comment expliquer une telle constance ? La loi invoquée pour soutenir la théorie des actes de gouvernement — l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 — ne l'impose point. Sans même discuter la pertinence de l'application, pourtant bien discutable (2), de ce texte en

droit administratif, 6^e éd., p. 103 s. ; DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., p. 89 s. ; DUEZ et DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, n° 486 s. ; et les deux importants articles de M. MIGNON, *L'ameusement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement — Progrès nécessaire du concept de légalité*, *Rev. Adm.*, 1951, n° 19, p. 30 s. et : *Une emprise nouvelle du principe de légalité : Les actes de gouvernement*, D. 1951, chr. p. 53 s., avec de très nombreuses références de jurisprudence.

(2) Par un paradoxe singulier, l'article 26 n'a jamais fait l'objet d'une seule application en jurisprudence, malgré le grand nombre de décisions rapportées à l'idée d'acte de gouvernement ; il a trait à la procédure devant le Tribunal des Conflits, bien que ce soient essentiellement les arrêts du Conseil d'Etat que l'on explique par cette idée ; il ne vise que la compétence de la section du contentieux, alors que l'acte de gouvernement échapperait à la connaissance des tribunaux judiciaires aussi bien qu'à celle des tribunaux

la matière, il suffit de constater que, ne contenant aucune définition, il ne formule aucune exigence sur la nature et l'étendue des questions devant faire l'objet d'une déclaration d'incompétence. La jurisprudence était parfaitement libre de les réduire à peu de chose, et même, si elle n'y était pas autrement forcée, de ne pas utiliser la faculté qui lui était offerte.

En l'absence de toute obligation légale, l'irrecevabilité de tout recours contentieux serait inspirée, assure-t-on, par des préoccupations d'ordre politique (3).

L'explication est peu convaincante. S'il fut longtemps contraint d'observer une certaine réserve à l'égard de gouvernements forts, ou qui le tenaient pour suspect, le Conseil d'Etat a montré depuis, et de façon éclatante, son indépendance. Il est peu croyable que la considération de la « raison d'Etat » (4) l'ait conduit au déni de justice, alors que tant d'autres moyens juridiques lui permettaient d'éviter une solution aussi critiquable. Le domaine des actes de gouvernement, en effet est loin d'être le seul où la Haute Assemblée ait dû tenir compte des impératifs de « l'intérêt public », ou des « difficultés particulières » rencontrées par l'administration. Ailleurs, sa jurisprudence a su admirablement composer avec ces éléments politiques, tout en maintenant l'intégralité de son contrôle, fut-ce pour laisser aux autorités administratives une liberté totale dans l'exercice de leur compétence « discrétionnaire », ou pour leur permettre d'écarter momentanément les exigences de la légalité formelle dans des « circonstances exceptionnelles ». Elle a même

administratifs. Son application à la matière n'est pas commandée par sa rédaction, d'une remarquable obscurité, et qui n'utilise pas l'expression d'acte de gouvernement ; elle ne saurait être comprise, soutient-on, que par référence aux travaux préparatoires de l'article 17 de la loi du 3 mars 1849 (dont il reproduit à peu près les termes) ; or, ces travaux, de l'aveu même de l'un des défenseurs les plus autorisés de la théorie des actes de gouvernement, « ne fournissent aucune indication précise dans un sens ou dans l'autre » (DUEZ, *op. cit.*, p. 37), c'est-à-dire pour ou contre son utilisation dans le domaine considéré. Cette observation suffit à détruire un raisonnement laborieux. L'éminent auteur que nous venons de citer doit se contenter d'affirmer que, la consécration par la jurisprudence des actes de gouvernement étant déjà connue en 1849, le législateur eut dû condamner expressément cette jurisprudence s'il l'avait tenue pour illégale. L'argument nous paraît un peu ténu.

Ad. : Gros, *op. cit.*, p. 28 s., et les auteurs cités, qui rejettent catégoriquement l'interprétation habituelle de l'article 26.

(3) DUEZ, *op. cit.*, p. 79 s.

(4) GROS, *op. cit.*

concilié, par une utilisation ingénieuse de l'idée de risque, le respect qu'elle devait à l'œuvre du législateur, et son souci d'accorder les réparations pécuniaires réclamées au nom de l'équité.

Si l'on s'en tient aux explications classiques, la persistance d'une jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat refuse l'accès de son prétoire, inexplicable en droit et incompréhensible en fait, est bien un paradoxe et un scandale. Pourtant, la liste des actes de gouvernement comprendrait encore, d'après les meilleurs auteurs (5) : les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement, les actes se rattachant à l'exercice des droits de souveraineté, certains actes de sûreté intérieure, les « mesures d'ordre intérieur » (et notamment les punitions militaires), les actes se rattachant aux rapports de la France avec des puissances étrangères et au fonctionnement du service diplomatique, les faits de guerre.

On doit, dans ces conditions, se demander si cette longue liste, qui, à plusieurs reprises déjà, a été écourtée, ne doit pas encore être réduite en biffant certaines catégories qui y figureraient indûment, soit parce que les actes qui les composent font actuellement l'objet d'un contrôle juridictionnel, soit parce que leur immunité contentieuse s'explique par le jeu de règles de compétence déjà reconnues et bien établies en droit positif.

Selon toute vraisemblance, cet examen préliminaire ne nous permettra pas d'épuiser la liste des actes de gouvernement, et de nous rallier, en conséquence, à la « théorie négative », ou plutôt négatrice, soutenue autrefois par d'éminents auteurs (6), mais aujourd'hui abandonnée. Nous devons néanmoins nous demander, dans ce cas, s'il n'existe pas d'explications juridiques des solutions jurisprudentielles, qui légitimeraient la fermeté et la permanence de ces solutions, sans recouvrir un refus de juger d'une insuffisante et détestable raison politique.

I

1. — Comment caractériser l'acte de gouvernement ? Avant de rechercher si toutes les catégories d'actes recevant traditionnellement cette qualification la méritent vraiment, il faut connaître les éléments

(5) M. WALINE, *op. cit.*, p. 106 s. ; ROLLAND, *op. cit.*, n° 86 ; MIGNON, *op. cit.*

(6) MICHOU, Des actes de gouvernement, *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, t. I, 1889, p. 263 ; BRÉMOND, *Des actes de gouvernement*, R. D. P. 1896, t. I, p. 22 ; BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 102 ; ad. l'exposé de cette théorie par DUEZ, *op. cit.*, p. 35 s.

dont la réunion permet de déceler si on est ou non en présence d'un acte de gouvernement.

L'acte de gouvernement serait, avant tout, « un fait jurisprudentiel » (7), et ce fait constituerait, précisément, la meilleure réfutation de la « théorie négative ». C'est dans la jurisprudence, par conséquent, que doivent être recherchés les traits caractéristiques de l'acte de gouvernement.

Or, si les commissaires du gouvernement l'ont fréquemment utilisée, l'expression « acte de gouvernement » ne figure dans aucune décision de jurisprudence (8). Quelques arrêts seulement emploient des formules présentant avec elle des analogies, d'ailleurs assez peu marquées : actes se rattachant « à l'exercice de la puissance exécutive dans les matières de gouvernement » (9) ou « aux pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique » (10) ou encore « à l'exercice du pouvoir souverain dans les rapports entre le gouvernement français et des gouvernements étrangers » (11).

Les arrêts qui feraient appel à l'idée d'acte de gouvernement ne se désignent donc par leur rédaction qu'à travers l'interprétation traditionnelle qu'en donne la doctrine. Celle-ci désigne ainsi les décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat se déclare incompétent, ou le Tribunal des Conflits confirme l'arrêté de conflit, pour le motif que le recours est dirigé contre des actes qui « ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse » (12) ou « ne constituent pas des actes susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse » (13).

L'existence de l'acte de gouvernement en jurisprudence se manifesterait ainsi par l'affirmation d'une règle de compétence, ou, plutôt d'incompétence. Mais quelle est la portée de cette règle ? On ne doit pas, à cet égard, accorder une excessive importance à la généralité des termes employés par le tribunal. Le Conseil d'Etat ne peut

(7) DUEZ, *op. cit.*, p. 37.

(8) Tout au moins depuis l'arrêt du 19 février 1875, *prince Napoléon*, R. p. 156 qui marque l'abandon par la jurisprudence de la théorie dite du « mobile politique » (v. *inf.* note 21). Avant cette date, au contraire, les arrêts d'irrecevabilité se fondaient sur le caractère d'« acte politique et de gouvernement » de l'acte attaqué (C. E. 18 juin 1852, *princes d'Orléans*, S. 1852, 2, 307 ; 9 mai 1867, *duc d'Aumale*, S. 1867, 2, 124).

(9) C. E. 18 mars 1898, *Conseil général du Sénégal*, R. p. 233.

(10) C. E. 5 février 1926, *dame Curaco*, D. P. 1927, 3, 5.

(11) C. E. 23 décembre 1904, *Poujade*, D. P. 1906, 3, 62.

(12) C. E. 17 février 1888, *Prévost*, D. 1889, 3, 45.

(13) C. E. 13 juin 1902, *Parquet*, R. p. 454.

apprécier que les limites de sa propre compétence et de celle des tribunaux relevant de lui par l'appel ou la cassation. Lorsqu'il proclame qu'un acte ne peut faire l'objet d'une discussion contentieuse, il ne saurait donc exprimer qu'une règle valable devant les seuls tribunaux administratifs.

Le Tribunal des Conflits, au contraire, dominant les deux ordres de juridiction, est en mesure de faire apparaître des règles communes. Toutefois, la confirmation par lui d'un arrêté de conflit ne traduit que l'existence d'une règle d'incompétence applicable aux seuls tribunaux de l'ordre judiciaire, à moins qu'il ne prenne soin d'affirmer expressément que l'acte attaqué échappe à tout contrôle juridictionnel. Or, parmi les décisions peu nombreuses rapportées à la théorie des actes de gouvernement, on ne peut guère en trouver qu'une seule ainsi motivée (14).

Enfin, les auteurs ne citent presque aucune décision de tribunaux de l'ordre judiciaire faisant application de la notion d'acte de gouvernement si ce n'est celles refusant d'interpréter certains traités (15) : encore ne sont-ils pas unanimes pour penser qu'elles s'expliquent par cette notion (16). En tout état de cause, ces jugements seraient sans influence sur la compétence en la matière des tribunaux administratifs.

La médiocrité des indications données par la jurisprudence conduit à la conclusion que la théorie des actes de gouvernement, loin de constituer la simple description d'un « fait jurisprudentiel » irréductible, est le résultat d'une construction doctrinale élaborée à partir de matériaux jurisprudentiels peu significatifs.

Quelles seraient donc, d'après la doctrine, les caractéristiques de l'acte de gouvernement ? C'est qu'il ne pourrait faire l'objet d'aucun recours contentieux (17), pas plus devant les tribunaux judiciaires

(14) 2 février 1950, *Société de gérance et de publicité de radio Andorre*, R. p. 665.

(15) Sur cette jurisprudence, v. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 410 s.

(16) Les tribunaux judiciaires n'invoquent pas la théorie des actes de gouvernement, mais se déclarent incompétents lorsqu'ils estiment être en présence de clauses ou de traités « d'ordre public international » ou « de droit public international ». Sur le sens de ces expressions, v. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 413.

(17) DUEZ, *op. cit.*, p. 175 ; pour cet auteur, la « caractéristique fondamentale qui décele l'acte de gouvernement est l'impossibilité absolue pour le juge d'en apprécier la légalité », par voie d'action ou d'exception. Mais l'acte de gouvernement échappe aussi au contentieux de la responsabilité,

que devant les tribunaux administratifs. Les motifs généraux invoqués par le Conseil d'Etat dans de nombreux arrêts auraient ainsi une portée doctrinale dépassant largement le cadre de la juridiction administrative. Le rapprochement des jurisprudences permettrait, très facilement, de dresser la liste exacte des actes de gouvernements : ils apparaîtraient dans tous les domaines dont le Tribunal des Conflits interdit aux tribunaux judiciaires de connaître et que le Conseil d'Etat refuse en même temps de soumettre à son contrôle, et dans tous ceux où ce refus du Conseil d'Etat se rencontrerait avec un refus identique des tribunaux judiciaires, quels que soient par ailleurs les motifs invoqués.

Comme l'ont senti la plupart des auteurs, cette première caractéristique est insuffisante. D'une part, en effet, il existe de nombreux actes qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours juridictionnel et que, cependant, nul n'a jamais songé à qualifier d'actes de gouvernement ; on peut citer, à titre d'exemple : les actes parlementaires (18), les actes administratifs ne constituant pas des décisions, les mesures intérieures administratives, certains actes du « service judiciaire » (19). D'autre part, la constatation qu'un acte échappe, en fait, à tout contrôle juridictionnel ne permet pas de conclure à l'existence d'une règle délibérément établie en vue d'imposer ce résultat. Il se peut qu'il y ait simple interférence accidentelle de deux règles distinctes, applicables respectivement aux tribunaux judiciaires et aux tribunaux administratifs. C'est le cas, par exemple, pour les mesures intérieures administratives, qui échappent aux tribunaux judiciaires plus par leur caractère administratif que par leur caractère intérieur. C'est également le cas de certaines mesures d'exécution de jugements civils ou répressifs, tels les arrêtés d'interdiction de séjour (19). Il serait imprudent de vouloir établir une catégorie juridique sur le hasard de telles rencontres.

On doit donc préciser la nature de la double incompétence engendrée par l'acte de gouvernement. C'est ce qu'ont fait certains auteurs en la qualifiant d'anormale (20). Quel est le sens de ce qualificatif ? On veut dire par là que cette incompétence ne se rattache

« de lege lata » tout au moins, et, dans une large mesure, au contentieux de l'interprétation. V. dans le même sens, GROS, *op. cit.*, p. 3 ; WALINE, *op. cit.*, p. 103 ; ROLLAND, *op. cit.*, n° 85 ; M. MIGNON, *op. cit.*

(18) Nous ne citons pas les actes législatifs, puisqu'ils font l'objet à la fois d'un contentieux en interprétation et d'un contentieux en indemnisation.

(19) Voir *infra*, note (44) et p. 329.

(20) DUEZ, *op. cit.*, p. 20.

pas aux principes généraux qui gouvernent l'organisation des deux ordres de juridiction, et qu'elle joue comme une exception à l'application des règles tirées de ces principes généraux, comme un élément de perturbation ne s'expliquant pas sur le plan juridique, mais seulement parce que les actes de gouvernement constituent une « catégorie relative à l'ordre politique » (21).

(21) DUEZ, *op. cit.*, p. 23. Cette définition sur le plan purement rationnel, nous paraît receler de graves contradictions qui doivent la faire condamner.

Quelle que soit leur diversité, les actes de gouvernement, dans la théorie classique, constituent incontestablement une catégorie juridique, puisqu'ils sont groupés précisément en raison d'un caractère juridique commun, à savoir leur immunité juridictionnelle.

Peut-il y avoir coïncidence parfaite entre une catégorie juridique et une catégorie « relative à l'ordre politique », c'est-à-dire dont « la soustraction... à l'emprise juridictionnelle se recommande par des raisons d'art politique » ? (DUEZ, *op. cit.*, p. 24).

Les termes mêmes dans lesquels se pose le problème font apparaître que l'expression « catégorie relative à l'ordre politique » n'est pas parfaitement adéquate. On veut dire, en réalité, que ne seront inclus dans la catégorie des actes de gouvernement (et, ne recevront, en conséquence, le traitement juridique auquel ceux-ci sont soumis) que les actes désignés par des considérations d'opportunité ou d'« art politique ».

Les actes en cause ne devront donc pas être regardés par le juge uniquement sous leur aspect juridique, mais encore sous leur aspect politique, c'est-à-dire en tenant compte soit des objectifs d'ordre politique qui les ont inspirés, soit de leurs conséquences politiques.

Pour tenir compte des objectifs d'ordre politique qui ont inspiré les actes qui lui sont déférés, le juge a à sa disposition deux procédés. Le premier respecte le caractère subjectif des représentations psychologiques des auteurs des actes, ou, pour employer la terminologie juridique consacrée, des mobiles. Il est exclusif de tout contrôle juridictionnel. C'est le procédé qu'utilisait la jurisprudence jusqu'en 1875, lorsqu'elle consacrait la théorie dite du « mobile politique » ; elle se contentait alors, pour attribuer à l'acte le régime juridique des actes de gouvernement, de constater qu'il avait été inspiré par un « mobile politique », dont, en sa qualité de juridiction, il ne lui appartenait évidemment pas d'apprécier la valeur.

Le second procédé consiste à objectiver les facteurs politiques, les éléments de fait en considération desquels l'acte est pris. On ne tiendra plus compte, alors, des mobiles réels de son auteur, mais bien des circonstances auxquelles celui-ci a dû faire face. Par cette analyse, le juge se donne le moyen de tenir compte encore des « mobiles politiques », mais en appréciant leur valeur ; il peut ainsi contrôler la régularité de l'acte lui-même. C'est ce que fait la jurisprudence, par exemple, par l'utilisation de la théorie des « circonstances exceptionnelles ».

Sans se préoccuper des mobiles, réels ou supposés, qui ont inspiré l'édition d'un acte, le juge peut-il encore déterminer le régime juridique auquel

Présentée sous cette forme absolue, l'observation est sans doute exagérée. En réalité, la totalité des actes de gouvernement, ou, du moins, des actes figurant sur la liste des actes de gouvernement, échappent manifestement à l'application des règles du droit privé (22), ce qui suffit à expliquer l'incompétence des tribunaux judiciaires à leur égard, sans faire apparaître une exception à l'application normale des règles de compétence. On comprendrait ainsi que l'acte de gouvernement n'apparaisse pas dans la jurisprudence

il soumettra ce dernier, en ne tenant compte que de ses conséquences politiques (c'est, semble-t-il, l'explication que les auteurs ont en vue lorsqu'ils invoquent l'idée de « catégorie relative à l'ordre politique ». Voir DUEZ, *op. cit.*, p. 79 s.) ? Sans aucun doute, mais c'est alors, par un étrange transfert, reprendre la théorie du mobile politique pour en faire application au juge. Loin de constituer un progrès, la jurisprudence nouvelle constituerait une très grave régression : si on peut, à la rigueur, admettre que le gouvernement se dégage parfois, dans l'intérêt général, d'une stricte observation du droit, il est inadmissible que le juge, dont la fonction sociale est d'assurer cette observation, renonce à la remplir par crainte des incidences politiques de ses jugements.

En outre, les conséquences politiques d'un acte étant absolument étrangères à ses effets de droit, n'importe quel acte, comme aux beaux jours de la théorie du mobile politique, pourra devenir acte de gouvernement. Or, par une contradiction manifeste, la théorie classique définit les actes de gouvernement par des éléments, tels que leur rattachement aux rapports internationaux ou aux rapports entre le gouvernement et les chambres, ne relevant pas, malgré les apparences, de l'ordre politique. Si l'explication conserve une certaine vraisemblance dans de nombreux cas, ses contradictions la conduisent souvent à de véritables absurdités. Elle se condamne, par exemple, à attribuer à la crainte de se heurter au Parlement le refus, par le Conseil d'Etat, de contrôler si le gouvernement se trouvait ou non dans l'obligation de déposer un projet de loi prévoyant l'érection d'une commune nouvelle (C. E. 17 février 1888, *Prévoit et autres*, R. p. 151 ; 13 novembre 1896, *Jacquot et autres*, R. p. 709) ; elle s'oblige à affirmer que la perspective de complications diplomatiques éventuelles retient le même Conseil d'examiner si une dépense imposée par un accord international doit être supportée par le budget d'une commune frontalière ou par celui de l'Etat (C. E. 21 janvier 1927, *commune de Lanne*, R. p. 80).

(22) Au contraire, lorsque certains actes, bien que se rattachant à une des rubriques de la liste, sont soumis au droit privé, ils peuvent faire l'objet de recours portés devant les tribunaux judiciaires (v. pour les actes des consuls : T. C. 25 mars 1911, *Rouzier*, R. p. 400 ; C. E. 23 juin 1928, *Davin*, D. P. 1929, 3, 25, note Capitant ; 8 juillet 1932, *Banque Union Franco-Chinoise*, D. P. 1933, 3, 7, conclusions Rousselier). C'est seulement si le droit privé, contrairement à l'appréciation du juge judiciaire, n'est pas applicable à l'espèce, que le Tribunal des Conflits confirme l'arrêté de conflit (T. C. 30 juin 1877, *Villebrun*, R. p. 662).

judiciaire. C'est seulement la compétence des tribunaux administratifs qui se trouverait perturbée par les facteurs politiques, attachés à la notion d'acte de gouvernement.

Entrer dans l'examen de ces facteurs risquerait d'apporter plus de confusion que de lumière. Nous nous contenterons donc de cette constatation dans laquelle la doctrine dominante nous autorise à voir le véritable critère de l'acte de gouvernement : en droit positif l'existence d'un tel acte se traduit par l'irrecevabilité de tout recours contentieux le concernant, sans que cette immunité absolue puisse être expliquée à l'égard de la juridiction administrative par les règles ordinaires de compétence. Ce critère permet, en effet, d'écarter de la liste des actes de gouvernement les actes qui ne sont pas soustraits de façon absolue à tout contrôle juridictionnel, ainsi que ceux dont l'immunité à l'égard des tribunaux administratifs résulte de l'application pure et simple des règles générales de compétence.

2. — Nous devons tout d'abord écarter de la liste des actes de gouvernement tous les actes qui peuvent faire l'objet de recours contentieux en appréciation de leur régularité ou de la responsabilité qu'ils entraînent, puisqu'ils ne présentent pas la caractéristique fondamentale de l'acte de gouvernement.

a) Nous ne pouvons donc suivre les auteurs qui qualifient actes de gouvernement indistinctement tous les actes se rattachant à la conduite d'opérations militaires, c'est-à-dire les « faits de guerre ». Sauf de rares exceptions, ces faits ne soulèvent de difficultés contentieuses que sur le plan de la responsabilité. Or, pour apprécier la recevabilité des recours en indemnité, la jurisprudence a opéré une distinction très nette entre les opérations militaires conduites à l'étranger, et les faits de guerre survenus sur le territoire national (23).

Les faits de guerre sur un territoire étranger « ne sont pas susceptibles d'être discutés par la voie contentieuse » (24), et ne « peuvent donner lieu à la présentation de réclamations par la voie contentieuse » (25), ce qui entraîne l'incompétence du Conseil d'Etat

(23) Nous n'envisageons pas ici le cas particulier des mesures prises à l'égard de navires neutres, qui sera examiné plus loin (voir *infra*, p. 333 s.).

(24) C. E. 1^{er} février 1950, *Spahn*, R. p. 66.

(25) C. E. 3 mars 1903, *Mante frères et Borelli de Régis*, R. p. 226 ; *ad. C. E. 11 février 1931, Sobiesczanski*, R. p. 157 ; *Pancrazi*, R. p. 240 et la jurisprudence citée par M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr. p. 55, note 38, R. A. p. 39.

pour en connaître. Ce sont les formules dans lesquelles la théorie classique voit la consécration de l'idée d'acte de gouvernement.

A l'égard des faits de guerre survenus sur le territoire national, au contraire, le Conseil d'Etat examine si, « eu égard aux circonstances de temps et de lieu où ils se sont produits », les faits dommageables « se rattachent à la conduite d'opérations militaires », ou « constituent des faits de guerre ». Dans l'affirmative, le tribunal déclare que ces faits « ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de la Puissance publique, en dehors de la législation spéciale sur les dommages de guerre » (26).

Le Conseil d'Etat ne se borne donc pas à examiner les circonstances lui permettant de qualifier les faits constitutifs du dommage, à la suite de quoi il devrait se déclarer incompétent s'il reconnaissait qu'ils sont des « faits de guerre ». Il retient sa compétence et tranche le point de droit qui lui a été soumis, en appliquant une règle du fond du droit : l'irresponsabilité de la Puissance publique pour dommages de guerre, en dehors de l'application d'une législation spéciale. S'il n'examine pas ensuite si cette législation permet l'indemnisation du préjudice subi, c'est que cette appréciation appartient exclusivement aux juridictions spéciales établies à cet effet. Que l'on approuve ou que l'on regrette la consécration par le Conseil d'Etat de l'irresponsabilité de la Puissance publique — hors les exceptions posées par le législateur, ce qui suffit, à notre avis, à légitimer le principe — on doit constater qu'il n'existe, dans ce domaine, aucune application de la théorie des actes de gouvernement (27-28).

(26) La jurisprudence, sur ce point, n'a jamais varié (V. dans ce sens, DUEZ, *op. cit.*, p. 237, et les espèces citées par LAFERRIÈRE, *Traité*, t. II, p. 54 et 58). Pour la guerre de 1939-1945, v. par exemple : C. E. 6 février 1946, *Merle*, R. p. 43 ; 18 juin 1947, *Piccinin*, R. p. 271 ; 30 janvier 1948, *dame Veuve Bordet, Boutagnon, Varny, dame Veuve Ravail, Farmi* (5 arrêts), R. p. 49 ; 19 mai 1948, *Baux*, R. p. 221 ; 31 juillet 1948, *Oger*, R. p. 384 ; 16 février 1949, *Demoiselle Lassarade*, R. p. 812 ; 25 février 1949, *dame Vve Manche*, R. p. 811 ; 22 mars 1949, *Zegab*, R. p. 143 ; 22 juillet 1949, *dame Alazard*, R. p. 372 ; 27 juillet 1949, *dame Vve Néron-Bancel, Delomenède, Dejax, dame Vve Chapuis* (4 arrêts), R. p. 812 ; 2 novembre 1949, *Salavn*, R. p. 812 ; 16 décembre 1949, *Soc. Légumia, dame Vve Allard* (2 arrêts), R. p. 558 ; 5 mai 1950, *Clémencelle*, R. p. 265 ; 24 novembre 1950, *Borrot*, R. p. 574 ; 1^{er} décembre 1950, *Vaucon*, R. p. 868 ; 8 décembre 1950, *Pignot*, R. p. 614.

(27) Dans le même sens, cf. DUEZ, *op. cit.*, p. 237 et 238. Il semble que ce soit Laferrière qui soit responsable de la confusion dénoncée au texte (cf. son *Traité*, t. II, p. 515). En outre, certains arrêts du Conseil d'Etat, à

b) Cette théorie devrait être également écartée pour certaines catégories d'actes autrefois qualifiés d'actes de gouvernement, mais qui ont donné lieu à un renversement de jurisprudence (29) ; après avoir déclaré irrecevables les recours dirigés contre eux, le Conseil d'Etat les accueillerait désormais. On cite ainsi (30) :

propos de faits de guerre survenus en territoire étranger, ou de prises maritimes, semblaient bien poser le principe d'une incompétence absolue de la juridiction administrative à l'égard de toutes les mesures se rattachant à la conduite de la guerre, quelle que soit leur localisation (cf. notamment C. E. 17 juin 1921, *Société de navigation maritime Romania*, R. p. 583 : « ces mesures se rattachent à la conduite de la guerre et aux rapports internationaux, et échappent ainsi à ce double titre, à la compétence du Conseil d'Etat »). Ces motifs s'expliquent cependant, selon nous, par une toute autre idée (v. *infra*, p. 346).

(28) Très proche des actes se rattachant à la conduite de la guerre, il existe un acte que l'on a longtemps considéré comme acte de gouvernement (LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 33 s. ; GRÔS, *op. cit.*, p. 974 (opinion implicite) ; DUEZ, *op. cit.*, p. 47 s.), mais auquel ce caractère est maintenant refusé par plusieurs auteurs (MIGNON, *op. cit.*, D. chr. p. 57, R. A. p. 41 ; WALINE (opinion implicite), *Traité*, p. 106) : le décret déclarant l'état de siège. La première opinion reposait uniquement sur des considérations théoriques qui nous paraissent fort contestables. Elle ne s'appuyait sur aucune décision de jurisprudence, car il semble qu'aucun recours n'ait jamais été directement dirigé contre un décret déclaratif d'état de siège. Au contraire, de nombreux recours ont été présentés contre les mesures prises en application d'un tel décret, et ont toujours été accueillis par le Conseil d'Etat (C. E. 5 juin 1874, *Chéron*, R. p. 515 ; 6 avril 1915, *Delmotte, Senmartin* (2 arrêts), R. p. 275, concl. Corneille ; 28 juin 1919, *dames Dol et Laurent*, R. p. 208, *ad.* la jurisprudence citée par Gros, *op. cit.*, p. 98 et M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr. p. 58, R. A. p. 41). L'un d'entre eux arguait de l'illégalité du décret déclaratif d'état de siège pour faire tomber ses mesures d'application (C. E. 5 juin 1874, *Chéron*, précité). En examinant ce moyen au fond, la Haute Assemblée a rejeté explicitement l'application de la théorie des actes de gouvernement (V. M. MIGNON, *eod. loc.*).

(29) Dans d'autres hypothèses la théorie des actes de gouvernement a été abandonnée depuis longtemps par tous les auteurs : actes discrétionnaires (malgré sa conception très large des actes de gouvernement, Laferrière, déjà, ne les fait pas figurer sur sa liste), mesures prises en matière de police sanitaire (leur inclusion dans les actes de gouvernement par LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 39 s., résulte uniquement d'une interprétation de la loi du 21 juillet 1881 qui n'a jamais été sanctionnée par la jurisprudence).

(30) M. WALINE, *op. cit.*, p. 108 ; M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr., p. 57, R. A. p. 44. Nous n'examinons pas ici l'évolution jurisprudentielle qui a pu réduire le nombre des espèces à l'égard desquels tout recours est irrecevable, sans que la rubrique correspondante, sur la liste des actes de gouvernement, s'en trouve affectée (réduction du nombre des actes diplomatiques, par exemple,

— les mesures de police prises à l'égard des étrangers en temps de guerre ; le Conseil d'Etat, dont l'attitude a longtemps manqué de netteté (31), en contrôle aujourd'hui la régularité (32) ;

— les mesures de police prises par des agents consulaires à l'égard de français à l'étranger (33) ;

— les actes modifiant le statut juridique d'un territoire colonial (34).

Les arrêts consacrant l'incompétence du juge administratif sont, dans ces trois hypothèses, fort peu nombreux. A l'égard des mesures de police prises contre des étrangers, les deux arrêts cités s'expliquent vraisemblablement par les circonstances particulières des espèces. Les deux arrêts invoqués en matière de modification du statut de territoires coloniaux se rattachent, en réalité, à la jurisprudence relative aux actes se rapportant aux relations internationales (35). Le seul arrêt concernant la police des français à l'étranger, semble bien résulter d'une méprise. Il est la reproduction d'un arrêt antérieur à l'abandon de la « théorie du mobile politique » (36), et invoque lui aussi l'aspect international de telles

par l'utilisation de la technique des « actes détachables », mais seulement les hypothèses où les variations de la jurisprudence permettraient de rayer totalement une rubrique de cette fameuse liste (Sur les « actes détachables », v. *infra*, p. 342 s.).

(31) Décisions n'étant pas « de nature des actes pouvant être déferés au Conseil d'Etat au contentieux » : C. E. 14 janvier 1948, *du Graty*, R. p. 5 ; même solution : 13 juillet 1923, *Keil*, R. p. 554. Dans un second arrêt *Keil*, du 26 décembre 1924 (R. p. 1062), le Conseil d'Etat s'est toutefois reconnu compétent pour contrôler la légalité de l'une des mesures attaquées.

(32) C. E. 8 février 1939, *Guéron*, D. H. 1939, p. 325 ; 21 octobre 1949, *Persager*, R. p. 431 ; *ad.* la jurisprudence citée par M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 44, note 141.

(33) « Ancienne » jurisprudence : C. E. 8 décembre 1882, *Laffon*, R. p. 983. « Nouvelle » jurisprudence : 4 décembre 1925, *Cobrat*, R. p. 983.

(34) « Ancienne » jurisprudence : C. E. 18 mars 1898, *Conseil Général du Sénégal*, D. P. 1899, 3, 51 ; 13 décembre 1935, *Ravanondahy et autres*, R. p. 1189. « Nouvelle » jurisprudence : C. E. 1^{er} juin 1934, *Prévoit*, R. p. 64. Dans ce cas, la « nouvelle » jurisprudence serait antérieure d'un an à l'une des deux décisions se rattachant à l'« ancienne ».

(35) Dans l'espèce *Conseil Général du Sénégal*, le territoire se trouvait placé, du fait de la décision attaquée, sous le régime du protectorat, qui est un régime international. Dans l'espèce *Ravanondahy et autres*, la décision déferée au Conseil d'Etat avait été prise en vertu de pouvoirs que le gouvernement tenait d'accords internationaux. Aucun aspect de droit international, au contraire, n'était présenté par l'espèce *Prévoit* (v. *infra*, p. 346).

(36) C. E. 11 mars 1855, *Youtob Lévy et autres*, R. p. 195.

mesures de police, de façon très contestable. On ne doit donc pas être surpris de la rectification réalisée par l'arrêt postérieur.

L'évolution de la jurisprudence, si évolution il y a, ne fait donc nullement apparaître un véritable renversement des solutions, mais plutôt des variations de détail concernant des arrêts d'espèce. A l'exception des mesures de police prises à l'encontre d'étrangers, on ne se trouve pas en présence de catégories originales d'actes de gouvernement, mais d'actes rentrant dans des catégories dont la disparition ne s'annonce pas prochaine.

3. — Les auteurs, cependant, ne sont-ils pas unanimes à constater un « amenuisement de l'emprise des actes de gouvernement » (37) ? Il y a, plutôt, un recul sensible de la *théorie* des actes de gouvernement, qui n'est plus invoquée pour expliquer, comme par le passé, certains cas d'irrecevabilité. Grâce à l'utilisation, dans les motifs des arrêts, de formules moins elliptiques, ou à une analyse plus rigoureuse de ces motifs, voire même par suite d'un changement de motifs, l'immunité juridictionnelle dont bénéficient certains actes, apparaît désormais comme l'application correcte — sinon heureuse — des règles générales de compétence de la juridiction administrative.

a) Jusqu'en 1947, la doctrine presque unanime (38) a fait figurer les mesures se rattachant à l'exercice du droit de grâce parmi les actes de gouvernement, sur la foi de deux arrêts déjà anciens (39), dans lesquels le Conseil d'Etat avait jugé que ces actes n'étaient pas « de nature à être portés devant la juridiction contentieuse ». C'était la formule sybilline et bien connue où l'on voulait voir le signe des actes de gouvernement. Aussi les commentateurs de l'arrêt *Gugel* (40) se rallièrent-ils à cette explication. Ils avaient auparavant examiné et rejeté celle selon laquelle l'incompétence de la juridiction administrative résulterait du caractère d'acte juridictionnel du décret de grâce. Matériellement — et ce fut seulement

(37) M. MIGNON. *op. cit. Ad. DUEZ*, p. 168 s. ; WALINE, *op. cit.*, p. 108.

(38) HAURIU, note au S. 1895, 3, 41 ; GROS, *op. cit.*, p. 90 ; DUEZ, *op. cit.*, p. 44 s. ; *contra* : GOBRON, *Le droit de grâce*, et l'annotateur au Dalloz de l'arrêt *Gugel*. Laferrière n'y fait pas allusion, mais les arrêts qui ont été à la base de cette extension de la théorie sont postérieurs à son *Traité* (1^{re} édition, 1888).

(39) C. E. 16 mai 1890, *de Condunguy*, R. p. 496 et surtout 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895, 3, 41, note Hauriou, D. 1894, 3, 61.

(40) V. cependant note (38 *supra*).

la « nature » matérielle du décret qui fit l'objet de ces recherches — le décret de grâce n'est certainement pas un acte juridictionnel. Constitue-t-il pour autant un acte administratif ? Dans un arrêt récent, l'arrêt *Gombert* (41), le Conseil d'Etat a précisé sa pensée avec netteté, et rattaché sa décision à l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, aux termes duquel le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en annulation formés contre les actes des diverses autorités administratives. « Dans l'exercice du droit de grâce, dont dépend l'exécution des peines infligées par des juridictions de l'ordre judiciaire », le chef de l'Etat n'agit pas « comme autorité administrative ». Le Conseil fait ainsi application d'une jurisprudence ancienne et constante selon laquelle les décisions relatives au fonctionnement du service judiciaire ou à l'exécution des jugements prononcés par les tribunaux judiciaires ne peuvent être considérés comme émanant d'autorités administratives (42). On peut regretter cette jurisprudence — et on doit regretter en tout cas ses conséquences pratiques (43) — force est de reconnaître qu'elle repose sur une argumentation juridique sérieuse, et qu'elle élimine définitivement la théorie des actes de gouvernement d'un domaine où son extension ne résultait que d'une méprise sur les motifs des arrêts (44).

(41) C. E. 28 mars 1947, S. 1947, 3, 89, concl. Célier. R. D. P. 1947, p. 95, note Waline.

(42) V. la jurisprudence citée par WALINE, *Traité*, p. 129 ; *ad. C. E.* 15 juin 1951, *Philippe*, S. 1952, 3, 96, note critique Bouzat.

(43) V. la note Bouzat précitée et la note Drago, S. 1952, 3, 12.

(44) Cette méprise s'explique par le fait que les tribunaux judiciaires ne se reconnaissent pas davantage compétents pour apprécier la régularité de la plupart des actes accomplis par des agents de l'administration pour le compte du service judiciaire, ou pour déterminer la responsabilité de la puissance publique à raison de tels actes. On se trouve donc, par suite de l'interférence accidentelle de deux règles distinctes de procédure, en présence d'une situation analogue à celle qui apparaît avec les actes de gouvernement.

Ce résultat est profondément regrettable (v. la note précédente), moins d'ailleurs en matière de grâce, où les recours en annulation sont rares, que dans les autres actes qualifiés de « judiciaires » par le Conseil d'Etat. Il importait cependant de déterminer exactement les causes juridiques qui le provoquent. Celles-ci connues, il semble que le remède ne puisse être trouvé que dans une intervention du législateur, élargissant la compétence des tribunaux judiciaires, ou, peut-être, dans une jurisprudence novatrice du Tribunal des Conflits, s'il était saisi du problème par le jeu de la procédure dite du conflit négatif.

b) Il existe une seconde hypothèse où le Conseil d'Etat et les tribunaux judiciaires se déclarent incompétents pour des motifs différents tirés des règles gouvernant leurs compétences respectives : c'est celle des actes des autorités étrangères. Il n'appartient pas aux tribunaux administratifs français d'apprécier la régularité des actes émanant d'une autorité non française (45), pas plus que de condamner un Etat étranger à réparer les conséquences dommageables de ses actes (46). Il n'en est autrement que s'il existe un traité ou une loi mettant à la charge de l'Etat français (provisoirement ou définitivement) le paiement des indemnités, après reconnaissance du droit à indemnisation (47) ; dans ce cas, en effet, malgré la nature du fait générateur du dommage, ou la qualité des agents qui l'ont provoqué, c'est uniquement la responsabilité d'une collectivité publique française qu'il s'agit d'apprécier suivant les règles ordinaires gouvernant cette responsabilité.

De leur côté, les tribunaux judiciaires ne refusent d'examiner la régularité des actes des agents d'un Etat étranger ou la responsabilité de cet Etat que dans l'hypothèse où les actes attaqués échappent à l'application des règles du droit privé (48).

La théorie des actes de gouvernement ne peut certainement être invoquée ici, puisque les tribunaux judiciaires se bornent à appliquer les règles ordinaires gouvernant leur compétence, et que le Con-

(45) Autorité étrangère, ou organisme international : C. E. 19 janvier 1927, *Cosmetto*, R. p. 54 ; 25 février 1940, *Scholtes*, R. p. 78.

(46) C. E. 12 juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin* ; R. J. P. U. F., 1951, p. 255, note J. D. de Vabres ; ad. la jurisprudence citée par M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 37, notes 50 et 51.

Au contraire, lorsque le recours en indemnité est dirigé contre l'Etat français, le Conseil d'Etat est compétent, et accueille effectivement le recours qu'il rejette ensuite au fond : l'Etat français, en dehors de toute disposition contraire de la loi ou des traités, ne peut être déclaré responsable des conséquences dommageables d'actes pris par des autorités étrangères (C. E. 11 octobre 1929, *Caussègue et Cot*, R. p. 893 ; 1^{er} juin 1932, *Collard*, R. p. 256). L'attitude du juge administratif dans les cas de l'espèce est donc très nettement différente de celle qu'il prend vis-à-vis des actes dits de gouvernement.

(47) C. E. 28 janvier 1948, *Lecanu*, R. D. P. 1948, p. 472, note Waline ; 18 février 1949, *dame Cusson*, R. p. 86 ; 18 mai 1949, *dame Vve Rolland*, R. p. 229 ; ad. A. PLANTÉY, *La réparation des dommages causés dans la métropole par les membres des forces alliées de 1944 à 1946*, D. 1951, chr. p. 9 s.

(48) V. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 208 s., n° 190 et la jurisprudence citée.

seil d'Etat fait application, dans ce domaine, de la règle selon laquelle il n'est compétent que pour apprécier la régularité des actes des autorités administratives françaises — règle résultant implicitement de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 — et pour définir les obligations financières des seules personnes administratives françaises.

Cette jurisprudence a pris une grande importance pratique, du fait des analyses opérées par le Conseil d'Etat suivant une technique analogue à celle qu'il utilise pour définir les actes « judiciaires ». Il ne suffit pas qu'un agent soit placé statutairement dans les cadres de l'administration française pour qu'il agisse toujours, dans l'exercice de ses fonctions, comme autorité administrative française : nous avons vu qu'il pouvait agir comme autorité judiciaire ; il peut également intervenir comme autorité étrangère. C'est ce qui résulte d'arrêts nombreux et concordants (49), dans lesquels le Conseil d'Etat a exprimé nettement les motifs de son incompétence : les actes en cause « ne constituent pas des actes d'une autorité administrative française » (50).

Les principales applications de cette jurisprudence ont trait aux décisions prises par des agents français agissant comme autorités d'un protectorat ou d'un territoire sous mandat, ou dans l'exercice de pouvoirs délégués par un gouvernement étranger (51), ou encore aux décisions prises par le président de la République agissant en qualité de co-prince des Vallées d'Andorre (52). Le Conseil d'Etat

(49) V. à titre d'exemple : C. E. 6 janvier 1926, *Tranchessec*, D. P. 1926, 3, 57, note J. J. Chevallier ; 9 mai 1928, *Lefébure*, R. p. 597 ; 11 octobre 1929, *Caussègne et Cot*, D. 1931, 3, 36 et la note ; 15 mai 1931, *Houbron*, *ead. loc.* ; 1^{er} décembre 1933, *Société Le Nickel*, S. 1935, 3, 1, note Ch. Rousseau ; 19 octobre 1939, *Lurin*, R. p. 535 ; 26 janvier 1944, *Wang Yu Kong*, R. D. P. 1945, p. 267, note Jéze ; 28 septembre 1945, *Darrieusecq et autres*, R. p. 196 ; 7 juin 1946, *Société sud-marocaine d'exportation* ; 21 février 1947, *Bessis*, R. p. 65 ; 18 avril 1947, *Lemaigre-Dubreuil*, R. p. 149 ; 10 décembre 1947, *Dlle Daumard*, R. p. 535 ; 16 décembre 1949, *Marchal*, R. p. 554 ; *Ad. a contrario* (actes à l'égard desquels le C. E. a reconnu sa compétence parce qu'ils constituent des « actes administratifs français ») : C. E. 21 décembre 1888, *Péris*, D. P. 1890, 3, 13 ; 11 juillet 1890, *Cauro*, D. P. 1892, 3, 21 ; 30 janvier 1948, *Lehéricy*, R. J. P. U. F. 1948, p. 248, note Colliard ; 1^{er} avril 1949, *Cassagne*, R. p. 159.

(50) C. E. 9 mai 1928, *Lefébure*, précité. *Ad.* : C. E. 18 juin 1941, *Rovera, Nicod* (2 arrêts), R. p. 141-142.

(51) C. E. 26 janvier 1944, *Wang Yu Kong*, précité.

(52) C. E. 1^{er} décembre 1933, *Soc. Le Nickel*, précité.

considère qu'un agent administratif français agit en qualité d'autorité étrangère chaque fois qu'il se borne à appliquer des lois étrangères, à faire fonctionner un service public non français, ou à utiliser des prérogatives attachées à des fonctions qui ne lui ont pas été conférées en application de la loi française (53).

C'est donc encore une importante catégorie de décisions qu'il convient d'éliminer de la liste des actes du gouvernement, où certains auteurs la font encore figurer (54).

c) De cette jurisprudence se rapprochent certains arrêts, que les circonstances ont multipliés depuis quelques années, et dans lesquels le Conseil d'Etat se déclare incompétent parce que les mesures attaquées ne sont « que de simples mesures d'exécution d'une décision prise par des autorités étrangères » ou des « décisions ne se rattachant pas à une opération administrative » (55). Ces arrêts sont considérés également par certains auteurs comme des actes de gouvernement (56).

Les motifs de ces solutions sont exposés avec beaucoup de netteté par les arrêts de l'espèce : quelle que soit leur nature — simples actes matériels (57) ou actes juridiques constituant normalement des décisions tels que des contrats (58) ou des réquisitions (59) — les actes de l'autorité administrative française n'ont pas en réalité le caractère de décisions, mais constituent de simples mesures d'exécution. Dès lors, aux termes d'une jurisprudence bien connue, le recours en excès de pouvoir est irrecevable (60). Pour la même raison, ils ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat, bien que le recours en indemnisation dirigé contre eux soit parfaitement recevable.

(53) Sur tous ces points, v. la note Ch. Rousseau, S. 1931, 3, 129.

(54) M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr., p. 55, *ad. R. A.* p. 37; *contra* : WALINE, *Traité*, p. 128; ROLLAND, *op. cit.*, p.

(55) C. E. 22 novembre 1944, *Hiriart*, R. p. 303; 26 juin 1945, *dame de Polignac*, R. p. 146; 29 juin 1945, *Gros*, R. p. 346; 17 août 1945, *Charpillat*, R. p. 181; 23 décembre 1947, *Soc. des Grands Magasins du Louvre*, R. p. 495; 7 septembre 1945, *Cie d'assurances La Paternelle*, R. p. 189; 27 mai 1949, *Mosny*, R. p. 232; 27 avril 1949, *dame Meulin*, R. p. 373; 12 novembre 1949, *Soc. Maison René Guérin*, R. p. 473.

(56) M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr., p. 55, R. A. p. 37.

(57) C. E. 17 août 1945, *Charpillat*, précité.

(58) C. E. 12 novembre 1949, *Soc. Maison René Guérin*, précité.

(59) C. E. 22 novembre 1944, *Hiriart*, précité.

(60) Le Conseil d'Etat n'est pas davantage compétent pour apprécier la régularité de telles mesures par rapport à l'acte étranger pour l'exécution de laquelle elles sont prises (C. E. 18 mai 1949, *dlle Guichené*, R. p. 804).

Pour apprécier la nature exacte de l'acte administratif français soumis à son contrôle, le Conseil d'Etat s'attache uniquement à rechercher la mesure de liberté et de pouvoir discrétionnaire dont l'autorité française a disposé. Si l'acte n'est que la reproduction d'une décision antérieure de l'autorité étrangère, si l'autorité administrative française a été obligée de le prendre sans pouvoir en déterminer le contenu, mais s'est bornée à revêtir d'une forme juridique française ou à exécuter matériellement une décision dont toutes les dispositions de fond avaient été arrêtées par l'autorité étrangère, il y a simple mesure d'exécution. Au contraire, si l'autorité française a été libre d'agir ou de s'abstenir, et, *a fortiori*, a été maîtresse du contenu de son acte, celui-ci a le caractère d'une décision susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours en excès de pouvoir, et d'entraîner la responsabilité de la Puissance publique (61).

Devant des décisions aussi parfaitement claires, et s'appuyant sur une argumentation juridique aussi précise et conforme aux règles générales de recevabilité du recours en excès de pouvoir et de responsabilité de la Puissance publique, on ne saurait, ici encore, faire appel à la théorie des actes de gouvernement.

d) Il est enfin une dernière série d'hypothèses où le Conseil d'Etat, tout en maintenant intégralement ses décisions d'incompétence, invoque des motifs excluant clairement l'idée d'acte de gouvernement, alors que la doctrine recourait généralement à cette explication (62) : ce sont les hypothèses des mesures prises, en temps de guerre, à l'égard de navires étrangers.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a, en effet, déclaré irrecevable un recours en indemnisation invoquant la faute qui aurait été commise par l'autorité française en ordonnant la vente d'une cargaison saisie, pour le motif que la compétence de Conseil des Prises pour accorder des indemnités pour déroutement et saisie de navires ou de cargaisons était exclusive de celle du Conseil d'Etat (63).

Toutefois si elle a maintenu la solution de fond déjà consacrée, la jurisprudence a modifié ses motifs. Les arrêts anciens justifiaient, en effet, l'incompétence du Conseil d'Etat par le fait que les mesures en cause se rattachaient « tout à la fois à la conduite de la guerre

(61) C. E. janvier 1944, *Lecocq*, R. D. P. p. 322, note Jèze.

(62) DUEZ, *op. cit.*, p. 72; M. MIGNON, *op. cit.*, D. chr., p. 55, R. A. p. 39.

(63) C. E. 11 janvier 1946, *Cie belge des mines, minerais et métaux*, R. p. 9.

et aux rapports internationaux de l'Etat français » et échappaient « à ce double titre, à la compétence du Conseil d'Etat statuant au contentieux » (64), formule classique où l'on voit l'application de la théorie des actes de gouvernement.

Il est vraisemblable que le Conseil d'Etat continuerait à invoquer les mêmes motifs, si le décret du 2 septembre 1939, complétant le décret du 28 novembre 1859, n'était venu étendre la compétence du Conseil des Prises aux demandes d'indemnité pour saisie ou déroutement sans motif suffisant (65). Le revirement dans les motifs a donc été provoqué par un fait nouveau et non par le désir de restreindre le champ d'application des actes de gouvernement.

La constatation la plus remarquable, en effet, qui se dégage de l'examen auquel nous venons de nous livrer, est la permanence des solutions jurisprudentielles. Certes, la liste des actes de gouvernement se raccourcit sans cesse, mais, sauf sur un point contesté, et de faible importance pratique, les mêmes catégories d'actes donnent lieu aux mêmes déclarations d'incompétence qu'au lendemain de l'abandon de la théorie du « mobile politique ». Les éliminations opérées sur la liste résultent uniquement d'interprétations nouvelles données par la doctrine à des arrêts conformes aux précédents.

Malgré cela, cette liste reste fort imposante, puisqu'elle comprend encore les faits de guerre survenus à l'étranger, les conventions internationales et les mesures prises pour leur application, les actes du service diplomatique, les actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement, l'exercice des droits de souveraineté internationale et, selon certains auteurs, au moins les « mesures d'ordre intérieur », telles que les punitions militaires.

Même si certains des actes figurant sous ces rubriques — les « actes détachables » — font désormais l'objet de recours contentieux — et nous aurons à voir dans quelle mesure la jurisprudence marque sur ce point une évolution — il est difficile de parler d'un véritable recul des actes de gouvernement.

Peut-on, dans ces conditions, se contenter d'explications de caractère politique ? Comment serait-il possible que le Conseil d'Etat

(64) C. E. 17 juin 1921, *Société de navigation maritime Romania*, R. p. 583 ; 3 mars 1922, *Cie Van den Bergh's Limited*, R. p. 189, cité par M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 39 ; *ad. la jurisprudence citée eod. loc.*, notes g4 à 98.

(65) Cf. GERVAIS, *La jurisprudence française des prises maritimes dans la seconde guerre mondiale*, R. G. D. I. P. 1948, p. 88 s. et spécialement p. 89 et 147 s., et note S. 1948, 3, 77.

n'essaie pas d'effacer une telle tache dans sa jurisprudence ? Devant une telle persistance, on est en droit de se demander si l'incompétence des tribunaux administratifs ne repose pas sur un fondement juridique, que n'a pas fait apparaître jusqu'ici la théorie classique.

II

La théorie des actes de gouvernement peut-elle être renouvelée, en lui donnant un fondement juridique qui expliquerait globalement l'incompétence du juge à l'égard de tous les actes dont elle a dressé la liste ? Une tentative ingénieuse a été faite récemment en ce sens, par l'utilisation de la notion d'« acte mixte », dont l'examen nous retiendra tout d'abord.

Ce n'est que dans l'hypothèse où cette tentative se heurterait à des objections décisives, que nous devrions rechercher si des causes juridiques distinctes ne sont pas à l'origine de l'immunité juridictionnelle dont bénéficient les différentes catégories d'actes qualifiés encore d'actes de gouvernement.

1. — « Ce qui caractérise l'acte de gouvernement, affirme M. Céliier dans ses conclusions sous l'arrêt *Gombert* (66), c'est qu'il est accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant au contrôle du juge administratif. C'est en quelque sorte un acte mixte, et le Conseil d'Etat, qui n'est qu'un démembré du pouvoir exécutif, ne peut connaître d'une décision à laquelle le pouvoir exécutif n'est pas seul intéressé ».

L'observation qui est à la base de cette démonstration est exacte : à l'exception des « mesures d'ordre intérieur » — dont le caractère, nous l'avons dit, est discuté — tous les actes subsistant sur la fameuse liste se rattachent, directement ou indirectement, aux relations entre le gouvernement et des autorités extérieures à l'administration : Parlement, gouvernements étrangers.

Mais ce fait est-il suffisant pour constituer une catégorie juridique nouvelle ? Comment va-t-elle se définir sur le plan du droit ? Les actes pris par l'autorité administrative à l'occasion de ses relations avec le Parlement ou un Etat étranger ne diffèrent pas matériellement des autres actes administratifs : ce sont le plus souvent des décisions exécutoires, individuelles ou réglementaires. Même les traités, considérés comme créateurs de règles générales ou de droits

(66) S. 1947, 3, 89.

et obligations de nature contractuelle, ne présentent pas un caractère matériel particulier (67).

Doit-on alors faire appel aux éléments formels de l'acte ? Pas davantage malgré les apparences. Mis à part les traités, les actes en cause ne font intervenir que l'autorité administrative, tant pour leur préparation et leur édicition que pour leur exécution. Ils sont pris, le plus souvent, sous forme de décrets ou d'arrêtés, ou bien résultent du silence gardé par l'administration. Les « actes mixtes », à l'exception des traités, ne se différencient en rien, sur le plan formel, des actes administratifs ordinaires.

Cette différenciation apparaîtrait-elle en ce qui concerne le régime juridique ? Oui, certes, si on considère la soumission au contrôle juridictionnel, mais c'est alors répondre à la question par la question. A tous autres égards on ne conçoit pas que le fait qu'un acte soit émis par une autorité à l'occasion de ses rapports avec une autre autorité puisse déterminer l'application d'un régime juridique spécial, dès lors que ce fait est sans influence sur les éléments matériels et formels de cet acte.

En définitive, la théorie de l'acte mixte, loin d'être une théorie juridique sur la nature des actes de gouvernement, comme on l'a soutenu (68), ne constitue qu'une présentation nouvelle et très habile de la conception traditionnelle : le refus de contrôler l'acte de gouvernement est inspiré au juge administratif par des motifs purement politiques, et, partant, l'acte de gouvernement ne présente une nature particulière que sur le plan politique. On n'en veut pour démonstration que les conséquences tirées de sa théorie par M. Céliier lui-même. A propos des demandes d'ouverture de crédit, il s'exprime ainsi : « Reconnaître l'obligation pour le gouvernement de présenter une telle demande, ce serait en effet reconnaître implicitement l'obligation du Parlement d'y faire droit et empiéter ainsi sur son domaine ». L'obligation du Parlement ne pouvant évidemment pas être une obligation juridique, il ne peut s'agir ici que

(67) Certes, par leur objet, les traités se différencient des autres actes de l'autorité administrative en ce sens qu'ils règlent les relations de l'Etat français avec des autorités étrangères, mais l'observation ne peut être étendue aux autres « actes mixtes » qui, bien souvent, se bornent à définir les droits ou obligations de simples particuliers (voir, néanmoins, *infra* p. 346, pour les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement). En outre, il s'agit des relations internationales de l'Etat français, et non de celles de l'administration en tant que telle.

(68) M. MIGNON, *op. cit.*

d'une obligation morale, et, par conséquent, d'une pression politique qui serait exercée par le Conseil d'Etat sur le Parlement. Il en est de même des actes de caractère diplomatique, qui ne sauraient relever du contrôle des tribunaux administratifs « parce qu'ils mettent en cause les relations du gouvernement avec une autorité qui ne peut être soumise, même indirectement à la censure du juge de l'excès de pouvoir ». Ici encore, il ne peut s'agir que d'une censure de caractère politique. Le Conseil d'Etat reculerait donc seulement devant les conséquences politiques que pourraient entraîner ses arrêts, et non pas du tout devant un obstacle juridique, résultant de la nature des actes soumis à son contrôle.

Mal fondée sur le plan juridique, la théorie de l'acte mixte, par voie de conséquence, ne fournit aucun critère de l'acte de gouvernement. Où commencent et où finissent les relations entre le gouvernement, d'une part, les gouvernements étrangers et surtout le Parlement, d'autre part ? Est-ce qu'un décret-loi ou un décret pris pour l'application d'une loi qui a soulevé des difficultés politiques mettant en jeu l'existence du gouvernement (telle la récente loi « Barangé »), ne se place pas au premier chef dans le cadre de ces relations ? En quoi, au contraire, la répartition entre des ressortissants français d'une indemnité versée par une puissance étrangère les concerne-t-elle ? Avec la théorie classique, on retrouve toutes les difficultés qu'elle n'a pas su résoudre. D'une définition purement politique il est impossible de faire découler une classification juridique cohérente et précise.

La circonstance que les actes de gouvernement ont trait aux relations du gouvernement avec des autorités extérieures à l'administration française ne permet pas, par conséquent, de les soumettre à une définition juridique unique. Cette circonstance constitue, cependant, avec leur immunité juridictionnelle, le seul caractère commun présenté par ces actes. L'expression « actes de gouvernement », d'ailleurs, nous l'avons vu (69), n'est plus utilisée par la jurisprudence depuis l'abandon de la théorie du mobile politique. Les motifs invoqués par les arrêts sont extrêmement divers, et seules les interprétations doctrinales permettent de les grouper autour d'une idée unique. Dans ces conditions, et puisque, comme nous croyons l'avoir démontré, l'explication politique est insuffisante, on est en droit de se demander si toutes les difficultés rencontrées en la matière ne proviennent pas de ce que

(69) V. *supra*, note (8).

l'on a arbitrairement réuni, pour des raisons de pur « contentieux », des actes dont on était unanime à souligner, par ailleurs, les fondamentales dissemblances. N'est-il pas plus légitime de rechercher si les éléments juridiques particuliers à certaines des catégories d'actes dits de gouvernement ne pourraient fournir une explication également particulière de l'attitude des tribunaux à leur égard ? Nous croyons qu'une telle recherche permettrait de rendre compte avec plus de vérité des solutions de la jurisprudence, et de décrire avec plus d'exactitude leur évolution.

2. — Par delà une indéniable diversité de rédaction, les motifs invoqués par la juridiction administrative font apparaître un premier groupe nettement différencié de décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat se déclare incompetent parce que les actes qui lui sont déferés se rattachent soit aux rapports internationaux de l'Etat français, soit à l'exercice des pouvoirs du gouvernement dans ses rapports avec des gouvernements étrangers. Ces décisions ont trait à des actes que la doctrine ne réunit pas toujours en une catégorie unique : conventions internationales et mesures prises pour leur application, actes du service diplomatique, actes se rattachant à la conduite de la guerre en territoire étranger (70).

(70) Les actes du service diplomatique sont ainsi qualifiés : « actes se rattachant à l'exercice des pouvoirs reconnus à la France par les traités et conventions internationaux » (C. E. 12 février 1904, *Bachatori* dit *Bachadour*, R. p. 105 et la note), « actes se rattachant à l'exercice du pouvoir souverain dans les rapports entre le gouvernement français et les gouvernements étrangers » (C. E. 23 décembre 1904, *Poujade*, D. P. 1906, 3, 62, concl. Teissier); les mesures d'application de conventions internationales : « décisions relatives à l'application d'un acte touchant les rapports de la France avec une puissance étrangère » (C. E. 28 mai 1937, *Decerf*, S. 1937, 3, 73, note P. Laroque), « actes se rattachant aux pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique » (C. E. 5 février 1926, *dame Caraco*, D. P. 1927, 3, 5, note Devaux); la signature et l'exécution de conventions internationales : « mesures se rattachant aux rapports entre la France et une puissance étrangère » (C. E. 1^{er} juin 1951, *Soc. des étains et wolfram du Tonkin*, R. J. P. U. F. 1951, p. 255, note J. D. de Vabres); les mesures prises en temps de guerre à l'égard de navires étrangers (dans le cas où le décret du 2 septembre 1939, v. *supra*, p. 18, est inapplicable) : « mesures se rattachant aux rapports internationaux de l'Etat français avec d'autres puissances » (C. E. 12 novembre 1949, *Sohr*, R. p. 473); les faits de guerre survenus à l'étranger : « mesures ayant trait tant à la conduite d'opérations militaires qu'aux rapports internationaux de l'Etat français » (C. E. 27 février 1929, *Pancrazi*, R. p. 240).

Existe-t-il une raison juridique expliquant ce premier groupe de décisions ? Quelle est exactement la portée de l'incompétence résultant de la règle de droit qui se trouverait ainsi dégagée ? Cette raison se trouve-t-elle également à l'origine de décisions intervenues à propos d'autres catégories d'actes de gouvernement ?

a) Sur le plan juridique les rapports entre la France et les Puissances étrangères se caractérisent essentiellement par le fait qu'ils sont soumis au droit international conventionnel ou non. Les pouvoirs gouvernementaux en matière diplomatique et les actes se rattachant à l'exercice de ces pouvoirs sont eux-mêmes soumis, au moins partiellement, au droit international.

Ne serait-ce point là la véritable explication du refus de contrôle opposé par le juge français ? La lecture des motifs invoqués par lui pour rejeter, dans d'autres espèces, des conclusions d'irrecevabilité invoquant la nature diplomatique des actes attaqués, ne permet guère d'en douter. Dans un arrêt récent, la requête est déclarée recevable parce qu'« elle tend à l'annulation d'une décision du ministre des Affaires étrangères prise au sujet de l'application d'un texte législatif français : qu'une telle décision est de celles qui peuvent être valablement déferées au Conseil d'Etat par la voie du recours en excès de pouvoir » (71). Sans présenter toujours la même clarté de rédaction, de nombreux autres arrêts, anciens et récents, expriment la même pensée : la haute juridiction peut connaître d'un acte, même pris à l'occasion de rapports internationaux, lorsqu'il n'est soumis qu'à des règles de droit interne (72).

Ainsi donc, en parlant d'actes se rattachant aux rapports internationaux la jurisprudence entend simplement viser le régime juridique auxquels ils sont soumis, et dont dérive l'incompétence des

(71) C. E. 30 janvier 1948, *Lehéricy et Basset* (2 arrêts), R. p. 41.

(72) V. par exemple : C. E. 23 décembre 1904, *Poujade*, D. P. 1906, 3, 62; C. E. 27 juin 1924, *Goldschmidt et Strauss*, R. p. 607; 5 février 1926, *dame Caraco*, R. p. 125; 8 novembre 1935, *Bizet*, R. p. 1028. *Ad.* : T. C. 25 mars 1911, *Rouzier*, R. D. P. 1911, p. 663, note Jèze.

Il est frappant, au contraire, de constater que, pour interdire tout contrôle juridictionnel dans l'affaire « Radio Andorre », le Tribunal des Conflits se soit senti obligé d'invoquer une responsabilité internationale de l'Etat français, et, par conséquent, d'affirmer que l'action du gouvernement français devait être appréciée à la lumière du droit international, dans une hypothèse où, cependant, de l'avis unanime des commentateurs, cette responsabilité était fort contestable (V. notamment les notes Rivero, J. C. P. 1950, 2, 5542, et Waline, R. D. P. 1950, p. 418 s., et les conclusions Odent, S. 1950, 3, 73).

tribunaux administratifs. Une telle solution est d'ailleurs en harmonie avec les règles générales définissant la compétence de la juridiction administrative : celle-ci ne peut connaître des recours en annulation ou en indemnisation dirigés contre les actes des différentes autorités administratives lorsque ces actes échappent à l'application du droit public et sont soumis au droit privé. Il n'est pas, *a priori*, surprenant que le Conseil d'Etat ne puisse pas davantage accueillir les recours concernant des actes échappant au droit interne et soumis au droit international.

De leur côté, les tribunaux judiciaires, comme nous l'avons déjà noté, ne se refusent pas à appliquer le droit international — et spécialement le droit des traités — mais se déclarent incompétents lorsqu'il s'agit de règles de droit public, ou qu'ils considèrent comme telles (73). Il résulte de ces deux jurisprudences que toute une catégorie de contestations ne pourra trouver de juge.

Les regrettables conséquences qu'entraîne l'attitude du Conseil d'Etat ne condamnent-elles pas sa jurisprudence ? Se refuser à connaître des litiges soumis au droit privé, parce qu'il existe un juge spécialement chargé de régler de tels litiges est parfaitement légitime ; autre chose est de rejeter des requêtes soulevant des points de droit international, alors qu'aucun autre tribunal ne pourra les accueillir.

Il n'est pas inutile, cependant, de rappeler que le droit international — et le droit né d'accords internationaux, en particulier — est appliqué dans des conditions entièrement différentes par les particuliers et par les autorités administratives. Les premiers ne sont affectés par les accords internationaux que parce qu'ils sont sujets d'un Etat signataire, ou placés, à un autre titre, sous son autorité. A leur égard, les règles issues de ces accords ne présentent pas un caractère juridique particulier (74), mais prennent place parmi les règles issues d'autres sources (75) ; leur exécution se poursuit intégralement dans le cadre du droit interne : le contrôle judiciaire de l'application de ces règles aux rapports entre particuliers ne pré-

(73) Sur cette jurisprudence, et les critiques qui peuvent lui être adressées, v. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 414. *Ad. supra*, note 16.

(74) Ce qui se marque formellement par le fait qu'elles reçoivent « force de loi » en droit interne à la suite de l'accomplissement de certaines formalités (actuellement déterminées par l'art. 26 de la Constitution du 27 octobre 1946 : ratification et publication régulières).

(75) Conformément au principe défini par l'art. 28 de la Constitution du 27 octobre 1946.

sente pas de différences substantielles avec celui de l'application de la loi interne. Les autorités administratives, au contraire, lorsqu'elles agissent — même dans l'ordre interne — dans l'exercice des droits et des pouvoirs que leur confère le droit international, ou pour l'exécution d'obligations auxquelles il les soumet, demeurent dans le cadre du droit international : les mesures qu'elles prennent produisent, directement ou indirectement, des effets de droit de caractère international et, notamment, engagent la responsabilité de l'Etat français vis-à-vis de puissances étrangères. La validité de ces mesures, ou la responsabilité qu'elles pourraient entraîner, même à l'égard de ressortissants français, ne saurait être appréciée, en conséquence, par référence au seul droit interne — ce qui justifie la réserve du Conseil d'Etat, et l'attitude différente des tribunaux judiciaires.

En outre, en dehors de toute question de principe, on doit bien reconnaître que le juge administratif (non plus que le juge judiciaire), n'est pas en mesure de critiquer l'interprétation donnée par le gouvernement à une convention internationale ; or, le plus souvent, l'acte administratif pris pour l'application d'un accord comporte en lui-même une interprétation du traité qui, pour être implicite, n'en est pas moins incontestable. Suivant l'expression employée par quelques arrêts, il se « confond » avec la convention. Le tribunal n'a pas davantage les moyens de contrôler efficacement la conformité avec le droit international des actes du service diplomatique dans ses relations avec les gouvernements étrangers. Enfin, le Conseil d'Etat se trouverait souvent en présence de conflits à peu près insolubles pour un juge interne entre le droit interne et les obligations internationales assumées par le gouvernement : incompétent, sans doute possible, pour apprécier la responsabilité internationale de l'Etat, il l'est tout autant pour engager, par ses décisions, cette même responsabilité. Il risquerait cependant de le faire en annulant les actes pris pour assurer l'exécution d'engagements internationaux. Il ne saurait, pour autant, se transformer en chambre d'enregistrement des mesures, contraires au droit interne, prises par le gouvernement sous couleur d'exécuter des accords diplomatiques (76).

Dans ces conditions, le seul moyen dont dispose la jurisprudence

(76) Nous ne comptons pas les difficultés politiques qu'il rencontrerait pour statuer. Cependant, si, comme nous l'avons dit (*V. supra*, p. 318), de telles difficultés paraissent insuffisantes à expliquer, à elles seules la majeure partie des arrêts intervenus dans ce domaine, il est incontestable qu'elles peuvent être, parfois, absolument décisives.

est de distinguer, lorsqu'ils seront séparables, les éléments de droit interne et les éléments de droit international qui constituent le régime juridique d'un acte, afin d'examiner sa validité ou la responsabilité qu'il peut faire encourir, par référence aux premiers seulement : c'est dans ce sens que le Conseil d'Etat s'est efforcé de limiter la portée de son incompétence.

b) La convention internationale elle-même est entièrement soustraite à l'appréciation du juge : aussi bien ne constitue-t-elle pas un acte administratif (77). Dans des cas exceptionnels, cependant, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour en constater l'absence de validité, lorsque celle-ci résultait avec évidence de nombreux actes législatifs et administratifs (78).

Les actes relatifs à la négociation, à la signature, à la ratification, à la dénonciation d'accords internationaux bénéficient de la même immunité (79) : le « treaty making power » est, en effet, un pouvoir gouverné à beaucoup d'égards par le droit international, le droit interne se bornant à en désigner le titulaire et à régler la procédure selon laquelle il s'exerce.

Le Conseil d'Etat refuse également, en principe, d'interpréter un accord international, lorsque cette interprétation commande la solution du problème de droit qui lui est soumis (80), mais il applique les dispositions du traité qui lui paraissent « claires » (81) et même

(77) C. E. 5 décembre 1884, *Soc. anonyme belge des Chemins de fer*, R. p. 885; 5 août 1921, *Goffart*, R. p. 833; 29 mars 1935, *Eudes et Cie*, R. p. 411.

(78) Convention d'armistice du 18 mai 1940 : C. E. 12 novembre 1949, *Soc. Maison René Guérin*, R. p. 473.

(79) C. E. 5 février 1926, *dame Caraco*, D. P. 1927, 3, 5; 5 mars 1926, *Gramat*, D. H. 1926, p. 206; 1^{er} juin 1951, *Soc. des étains et wolfram du Tonkin*, R. J. P. U. F., 1951, p. 255, note J. D. de Vabres.

(80) C. E. 26 octobre 1934, *Duhamel*, S. 1935, 3, 25, note P. L.; 11 juin 1937, *Soc. des établissements Alkan et C^{ie}*, D. 1939, 3, 47, note Silz, ad. la jurisprudence citée par ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 415. V. cependant comme exemples d'interprétations, contraires d'ailleurs à l'interprétation gouvernementale : C. E. 12 juin 1901, *Duceaux*, D. 1902, 3, 113; 23 janvier 1907, *Comolet*, D. 1909, 3, 59; 28 février 1913, *Chemins de fer de l'Est*, R. p. 307 (V. sur ce point Ch. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 673).

(81) C. E. 11 juin 1920, *Rodrigo*, R. p. 571; 27 janvier 1922, *Cie française de tramways et d'éclairage de Shanghai*, R. p. 87; 23 juillet 1924, *Paulat*, R. p. 723; 9 janvier 1925, *Baléchat*, D. 1925, 3, 65; 4 août 1926, *Amondruz*, R. p. 847; 21 mai 1926, *Saurer*, R. p. 528; 1^{er} juin 1951, *Soc. des étains et wolfram du Tonkin*, précité. Dans certains cas, il considère que seul le ministre des Affaires étrangères peut donner une interprétation valable

les interprète lorsqu'il s'agit de traités auxquels une promulgation a donné force de loi en droit interne français (82). En tout état de cause, il se refuse à critiquer une interprétation gouvernementale (83) mais se réserve d'apprécier les fautes qui ont pu être commises à l'occasion des mesures de publicité destinées à faire connaître cette interprétation aux intéressés, spécialement lorsqu'elle est anormale (84).

Les mesures d'exécution des conventions internationales ne peuvent faire l'objet d'un recours contentieux lorsqu'elles constituent la mise en œuvre de droits ou de pouvoirs conférés au gouvernement français par ces conventions (85), l'application pure et simple de leurs dispositions (86), ou l'exécution, au profit d'un gouvernement étranger, des obligations assumées par le gouvernement français (87). Les mêmes principes sont valables, *mutatis mutandis*, pour les actes du service diplomatique, soumis au droit international, conventionnel ou non (88).

Au contraire, il n'existe aucune raison de droit pour que le juge administratif se refuse à contrôler les mesures dont la validité

(C. E. 4 juillet 1931, *Karl et Toto Samé*, S. 1931, 3, 129, concl. Ettore, note Ch. Rousseau), alors que dans d'autres cas il s'incline devant l'interprétation donnée par un autre ministre (C. E. 23 juillet 1924, *Paulat*, R. p. 723 : ministre de la Marine) (V. également note 80, *supra*, in fine).

(82) C. E. 8 février 1939, *Guéron*, R. p. 65; 21 octobre 1949, *Persager*, R. p. 431 (convention de Genève du 28 octobre 1933, sur le statut international des réfugiés). Depuis la constitution du 27 octobre 1946, une simple publication est suffisante (art. 26).

(83) C. E. 14 novembre 1884, *Szaniawski*, R. p. 779; C. E. 7 décembre 1945, *Soc. Ranc, Tiburce et C^{ie}*, S. 1946, 3, 29, concl. Lefas.

(84) C. E. 7 décembre 1945, *Soc. Ranc, Tiburce et C^{ie}*, précité.

(85) C. E. 12 février 1904, *Bachatori dit Bachadour*, R. p. 105; 15 mars 1931, 3, 36; 6 juin 1934, *Tep Suon*, R. p. 544; 11 mai 1938, *Gondal*, R. p. 412.

(86) C. E. 22 juillet 1921, *Huter*, R. p. 727; 10 janvier 1930, *Soc. française Radio-électrique et Cie générale de T. S. F.*, R. p. 25; 10 mars 1933, *Reitlinger*, R. p. 299; 11 août 1944, *Boussac*, R. p. 229.

(87) C. E. 22 décembre 1922, *Foltzer*, R. p. 992; 21 janvier 1927, *Commune de Lanne*, R. p. 80; 26 mai 1937, *Decerf*, S. 1937, 3, 73, note P. L.; 3 juillet 1946, *Lotti*, R. p. 190; T. C. 2 février 1950, *radio Andorre*, R. p. 665.

(88) V. la jurisprudence citée par M. MIGNON, *op. cit.* R. A. p. 36, notes 41 à 49. Toutefois, dans ce domaine, l'incompétence du juge administratif découlera, très souvent, du fait que de nombreux actes consulaires, non soumis au droit international, se rattachent à l'exercice de fonctions judiciaires ou notariales (V. *supra*, note 22).

s'apprécie par référence au seul droit interne, bien qu'elles émanent du service diplomatique (89) ou ne soient pas sans rapports avec l'exécution d'une convention internationale. Il en est ainsi lorsque la conformité de ces mesures avec le droit ou un accord international est indifférente (90) ou bien, ne constituant qu'une condition de leur régularité en droit interne, apparaît comme une simple question préjudicielle (91). Dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat se déclare effectivement compétent, et qualifie parfois les mesures de cette nature d'« actes détachables » des conventions et accords internationaux (92).

Dans cette recherche des « actes détachables », la jurisprudence semble bien avoir marqué d'appréciables progrès : les espèces où elle a été effectuée sont relativement récentes, et enregistrent peut-être une audace croissante du Conseil d'Etat. De nombreux auteurs ont cru y voir l'indice que la Haute Assemblée était moins paralysée par les craintes politiques qui la retenaient jusqu'alors pensaient-ils, et même la promesse d'un abandon total de sa jurisprudence en matière d'actes de gouvernement » (93). Certains lui ont proposé de systématiser au moins la technique des actes détachables, en distin-

(89) C. E. 23 décembre 1904, *Poujade*, D. P. 1906, 3, 62 ; 31 mai 1918, *Bastide*, R. p. 525 ; 16 février 1949, *dlle Lassarade*, R. p. 179. Cf. note (22).

(90) Cette indifférence provient habituellement de l'absence de dispositions pertinentes dans l'accord international à l'exécution duquel la mesure est liée, ce qui laisse une entière indépendance à l'autorité administrative, qui ne se trouve ainsi soumise qu'au droit interne : 27 juin 1924, *Goldschmidt et Strauss*, R. p. 607 ; 8 novembre 1935, *Bizet*, R. p. 1028 ; 5 février 1926, *dame Caraco*, D. P. 1927, 3, 5 ; 30 janvier 1948, *Lehéricy et Basset* (2 arrêts), R. p. 41. *Ad. supra*, p. 338.

(91) Lorsqu'une autorité administrative ne pouvait valablement prendre de décision que sur la base des dispositions d'une convention internationale (C. E. 11 juin 1937, *Soc. des établissements Alkan et Cie*, D. 1929, 3, 47), ou lorsque la convention réalise une simple extension du droit interne à des actes qui y auraient normalement été soustraits (C. E. 26 octobre 1934, *Duhamel*, S. 1935, 3, 25 ; 28 janvier 1948, *Lecanu*, R. D. P. 1948, p. 472, note Waline ; 18 février 1949, *dame Cusson*, R. p. 86 ; 18 mai 1949, *dame Veuve Rolland*, R. p. 229 ; 22 février 1940, *Dlle Herraes*, R. p. 118 ; *ad. : A. PLANTEY, op. cit.*).

(92) L'expression ne vaut pas pour les actes du service diplomatique qu'il contrôle (V. note 87), puisqu'ils ne se rattachent en aucune façon au droit international : ce sont des actes administratifs ordinaires.

(93) DUEZ, *op. cit.*, p. 62 ; JÈZE, R. D. P. 1911, p. 663 ; DEVAUX, D. P. 1927, 3, 5 ; LAROQUE, S. 1935, 3, 25 ; WALINE, R. D. P. 1948, p. 472 ; M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 43, D. chr. p. 58.

quant entre les « mesures d'exécution tournées vers l'ordre international » et les « mesures d'exécution tournées vers l'ordre interne » (94), ces dernières ne devant jamais constituer des actes de gouvernement. La distinction, fragile sur le plan juridique (95) méconnaît le fait que la validité de mesures « tournées vers l'ordre interne », telles qu'une réquisition opérée pour le compte des forces alliées (96) ne peut être appréciée par rapport au seul droit interne lorsqu'est en cause l'exécution d'une obligation internationale assumée par le gouvernement français (97).

En réalité, comme nous croyons l'avoir montré, la compétence du Conseil d'Etat à l'égard des « actes détachables », loin de se présenter comme une exception à sa jurisprudence en matière d'actes se rattachant aux relations internationales, en constitue au contraire une application d'une impeccable logique. Les arrêts déjà intervenus poussent fort loin l'analyse juridique, et celle-ci n'est vraisemblablement pas susceptible d'être beaucoup plus développée.

(94) DUEZ, *op. cit.*, p. 65 s.

(95) Pour des raisons analogues à celles qui nous ont fait rejeter la théorie de l'« acte mixte ». Comment définir en droit chacune de ces mesures ?

(96) C. E. 3 juillet 1946, *Lotti*, R. p. 190.

(97) Dans son très important commentaire de l'arrêt *Lecanu* (R. D. P. 1948, p. 472 s.) M. Waline subordonne l'existence de l'acte détachable à une triple condition : que la mesure intervienne uniquement dans les rapports de l'Etat français et de ses propres nationaux ; que le jugement ne soit susceptible d'aucune répercussion sur l'Etat étranger ou ses nationaux ; qu'il ne puisse aboutir à la constatation juridictionnelle d'une situation irrégulière où se seraient trouvés les agents d'un Etat étranger par rapport au droit interne français. Cette définition complexe ne nous paraît pas entièrement exacte. On conçoit fort bien, précisément dans une espèce analogue à celle de l'arrêt *Lecanu* (substitution de la responsabilité de l'Etat français à celle de l'Etat allié pour la réparation des dommages causés en France par les véhicules des forces alliées), que le Conseil d'Etat se déclare compétent, même si le requérant est un étranger, voire un ressortissant civil de l'Etat allié en cause (sauf dispositions contraires de la convention). D'autre part, les agents d'un Etat étranger et cet Etat lui-même n'étant pas soumis au droit interne français, comme le remarque M. Waline, les jugements du Conseil d'Etat ne sauraient les déclarer en situation irrégulière vis-à-vis du droit interne français que si la Haute Assemblée se déclarait compétente pour juger des actes soumis au droit international, et faisait prévaloir le droit interne sur les obligations internationales de la France. Nous croyons donc expliquer plus simplement et plus exactement les solutions jurisprudentielles en faisant uniquement appel au caractère interne ou international du régime juridique auquel sont soumis les actes déférés au Conseil d'Etat.

Sur le terrain de la responsabilité, le Conseil d'Etat procède à une analyse analogue, mais dont l'utilisation est alors plus aisée : lorsqu'il est saisi d'un recours mettant en cause des actes soumis au droit international, il examine au fond tous les moyens tendant à faire déclarer l'Etat responsable conformément aux règles de la responsabilité de la puissance publique en droit interne (98) et ne nécessitant pas le contrôle de la régularité ou de l'opportunité de mesures soumises au droit international. Ce n'est qu'en l'absence de tels moyens qu'il déclare le recours irrecevable.

Afin d'éviter sur ce plan toute décision d'irrecevabilité, plusieurs auteurs ont suggéré de consacrer d'une façon générale la responsabilité de la Puissance publique pour les actes de gouvernement sur la base du risque (99). Dans ce cas, en effet, « l'octroi de l'indemnité à la victime du dommage n'implique plus, de la part du Conseil d'Etat, une censure de l'action administrative » (100). Les « victimes de l'acte de gouvernement » seraient indemnisées « sur le fondement de l'égalité des individus devant les charges publiques, se traduisant techniquement par la simple exigence d'un préjudice exceptionnel et anormal » (101).

Cette proposition est commandée par l'idée, conforme à la théorie classique, que l'irrecevabilité opposée par le juge est inspirée par le respect de la raison d'Etat, et que l'acte soustrait au contrôle juridictionnel porte nécessairement atteinte aux intérêts légitimes d'un particulier, victime de l'intérêt général. Cette conception nous paraît radicalement fautive, au moins pour la catégorie d'« actes de gouvernement » que nous examinons présentement. C'est, nous l'avons vu, une règle de droit qui commande l'abstention du tri-

(98) Qu'il s'agisse de la responsabilité pour faute contractuelle ou extra-contractuelle (C. E. 5 décembre 1884, *Soc. anonyme belge des chemins de fer*, R. p. 885 ; 10 février 1893, *Thubé-Lourmand*, R. p. 113, concl. Levasseur ; 22 décembre 1905, *dame Ramiadana*, R. p. 967 ; 12 novembre 1911, *époux Olszensky*, R. p. 551 ; 8 novembre 1935, *Bizet*, R. p. 1028 ; 7 décembre 1945, *Soc. Ranc, Tiburne et C^{ie}*, S. 1946, 3, 29) ou de la responsabilité sans faute (C. E. 7 novembre 1945, *Worms*, R. p. 189). Il est à noter que l'utilisation de la technique des « actes détachables » permet d'accroître les hypothèses dans lesquelles le recours en indemnisation est recevable (V. l'arrêt *Soc. Ranc, Tiburce et C^o*, précité).

(99) JÈZE, R. D. P. 1924, p. 77 ; DUEZ, Rapport à l'Institut international de droit public, 1930 et *op. cit.*, p. 176 s. ; GROS, *op. cit.*, p. 202 ; TROTABAS, *op. cit.*, p. 349 ; M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 45.

(100) DUEZ, *op. cit.*, p. 177.

(101) DUEZ, *eod. loc.*

bunal, et il n'existe aucune raison apparente pour que, en dehors d'une faute de service, les actes des autorités administratives violent l'égalité des particuliers devant les charges publiques lorsqu'ils sont soumis au droit international plus que lorsqu'ils relèvent du seul droit interne.

Enfin, la proposition que nous critiquons méconnaît le fait que la mise en jeu de la responsabilité sans faute de la Puissance publique exige, sinon la critique de la régularité de l'acte qui engage cette responsabilité, au moins l'interprétation de la volonté de son auteur, et — lorsque ce n'est pas le législateur — du droit qu'il applique (102). Faute de cette interprétation, à laquelle le juge administratif refuse précisément de se livrer dans le cas présent, on aboutirait à une garantie généralisée rappelant plus l'assurance « tous risques » que la responsabilité sur la base du risque : tout refus de protection diplomatique, par exemple, entraînerait logiquement l'obligation pour l'Etat de réparer les dommages supportés par un national à l'étranger. De même devrait être indemnisé le préjudice causé par une mesure inspirée précisément par la volonté — fondée sur une règle internationale — de refuser toute indemnité (103), ou de créer une obligation pécuniaire (104). On comprend que le Conseil d'Etat ait refusé de se laisser entraîner à de telles solutions (105). Son incompetence, découlant du régime juridique des actes se rattachant aux rapports internationaux doit d'étendre aussi bien à l'appréciation de la responsabilité qu'ils entraînent, fut-ce sur le fondement du risque, qu'à celle de la légalité. C'est la même solution qui s'est imposée à l'égard des actes administratifs soumis au droit privé.

(102) V. p. ex., pour la responsabilité du fait des lois, ODENT, *Contentieux administratif*, p. 273 s.

(103) V. p. ex. les espèces des arrêts *Baléchat* (précité) ou *Société française Radio-électrique et Compagnie générale de T. S. F.* (C. E. 10 janvier 1930, R. p. 25).

(104) V. p. ex. l'espèce de l'arrêt *Houbron* (C. E. 15 mars 1931, D. 1931, 3, 36).

(105) Cf. l'arrêt *Worms* précité, dans lequel le Conseil d'Etat, après avoir examiné au fond, dans une espèce soulevant des « questions ayant trait tant à la conduite de la guerre qu'aux rapports internationaux », si la responsabilité de l'Etat n'était pas engagée sur le fondement du risque, a rappelé fort opportunément que le fonctionnement de tous les services n'est pas de « nature à entraîner la responsabilité sans faute de la puissance publique ». *Ad. C. E.* 12 novembre 1949, *Soc. Maison René Guérin*, R. p. 473 ; 8 février 1950, *Eternot*, R. p. 86.

c) Nous avons, jusqu'à présent, raisonné exclusivement sur les actes du service diplomatique et les mesures d'application d'accords internationaux; les mêmes solutions sont valables cependant pour les recours en réparation de dommages consécutifs à des opérations militaires menées en dehors du territoire national, à l'égard desquels la juridiction administrative — nous l'avons vu — motive son incompetence parce que les mesures dommageables se rattachent à la fois à la conduite des opérations militaires et aux rapports avec les pays étrangers, et, sous ces deux aspects, se trouvent donc soumises au droit international (106).

C'est encore le caractère international du régime juridique auquel sont soumis les actes se rattachant à l'exercice des « droits de souveraineté » (107) qui rend compte des décisions de la jurisprudence, malgré des différences dans la rédaction des motifs : lorsque les droits exercés ont leur origine dans des accords internationaux ou le droit international, le Conseil d'Etat se déclare incompetent (108). Il contrôle au contraire les actes pris en vertu de pouvoirs relevant de seul droit interne (109 et 110).

3. — Ainsi se trouve expliquée la masse la plus considérable des arrêts encore rapportés à la « théorie des actes de gouvernement ». Les actes se rattachant aux rapports internationaux se trouvent, en conséquence, totalement détachés des actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement auxquels les réunissait la théorie de l'acte mixte. Il faut donc chercher une autre explication pour rendre compte de l'immunité juridictionnelle dont bénéficient ces derniers.

Si on se rapporte aux arrêts du Conseil d'Etat, on constate qu'ils distinguent en réalité deux groupes d'actes, à l'égard desquels l'incompétence de la juridiction administrative n'est pas fondée sur les mêmes motifs.

a) Le premier groupe est constitué par les décrets fixant la date-

(106) La même explication est évidemment applicable à la jurisprudence en matière de mesures prises, en temps de guerre, à l'égard de navires étrangers (et ne relevant pas de la compétence du Conseil des Prises, V. *supra*, p. 334).

(107) Et de modification du statut de territoires coloniaux (V. *supra*, p. 327 et 328).

(108) C. E. 5 août 1904, *dame Ravero*, R. p. 662; 3 mars 1905, *Mante frères et Borelli de Régis*, R. p. 226; 5 juillet 1907, *Humblot*, D. 1909, 3, 31; 21 juillet 1911, *Saïd Ali ben Saïd Omar*, R. p. 847.

(109) C. E. 1^{er} juin 1934, *Prévol*, D. P. 1936, 3, 17, note Gros.

(110) V. dans le même sens : *DUEZ*, *op. cit.*, p. 77.

d'élections législatives et convoquant les collèges électoraux, et par les refus d'enregistrer une déclaration de candidature à une élection législative. Le Conseil d'Etat justifie l'irrecevabilité du recours sans ambiguïté : il considère que l'appréciation de la légalité de ces actes relève de la compétence exclusive des assemblées législatives (111).

Ici encore, par conséquent, le Conseil d'Etat invoque un argument purement juridique, tiré cette fois des principes de notre droit public en matière de séparation des pouvoirs (112). Il y a d'autant moins place pour l'idée d'acte de gouvernement que, dans ce cas, les contestations pourront être portées devant un organe compétent, qui les examinera, il est vrai, sans offrir les garanties d'une procédure juridictionnelle.

b) Le second groupe comprend les « actes par lesquels le gouvernement collabore avec les chambres à la confection de la loi » (113) : dépôt (ou refus de dépôt) de projets de loi (114) ou de demandes de crédits (115), interventions en vue d'obtenir un vote rapide (116),

(111) C. E. 6 août 1912, *Maitre*, R. p. 982; 26 juillet 1946, *Pebellier*, R. p. 218; 2 novembre 1951, *Tixier*, D. 1952, J. 39, note F. M.; *contra* : 26 janvier 1912, *dame Durand*, D. 1914, 3, 41, qui semble s'expliquer par des raisons particulières à l'espèce.

(112) Contrairement à ce qu'on a soutenu (M. MIGNON, *op. cit.*, R. A. p. 33, note 8), il n'y a pas ici application de l'exception de recours parallèle, puisque le recours devant l'assemblée législative n'est pas contentieux, et ne permet pas d'obtenir un résultat aussi satisfaisant que le recours en excès de pouvoir. Le juge administratif ne se déclare pas incompetent parce que l'assemblée législative est également compétente, mais parce qu'elle est « seule compétente, à moins d'un texte contraire ».

(113) *DUEZ*, *op. cit.*, p. 42. La doctrine adjoint généralement au premier groupe, sous la dénomination générale d'« actes par lesquels le gouvernement exerce une action constitutionnelle sur l'activité des chambres » (*DUEZ*, *op. cit.*, p. 38), des actes tels que la convocation du Parlement en sessions extraordinaires, etc... qui ont perdu leur intérêt avec la constitution de 1946 (à l'exception de la dissolution de l'Assemblée nationale), et qui n'ont jamais fait l'objet d'une décision de jurisprudence. Ils ne peuvent, en tout état de cause, être rapprochés des mesures préliminaires aux opérations électorales, puisque les raisons invoquées par la haute juridiction administrative pour justifier son incompetence à l'égard de celles-ci ne sont certainement pas valables pour ceux-là.

(114) C. E. 12 mars 1853, *prince de Wagram*, R. p. 329; 17 février 1888, *Prévoost*, D. P. 1889, 3, 45, concl. (contraire) *Levasseur de Précourt*; 13 novembre 1896, *Jacquot et autres*, R. p. 709; 30 juillet 1949, *Laengy*, R. p. 621.

(115) C. E. 18 juillet 1930, *Rouché*, R. p. 771; 16 juillet 1934, *Préfets de Police et de la Seine*, R. p. 787; 19 mars 1947, *Panaget*, R. p. 114.

(116) C. E. 25 juillet 1947, *S. l'Alfa*, R. p. 344.

décret de promulgation d'une loi (117). Dans toutes ces hypothèses, le Conseil d'Etat ne fait pas allusion à la place de ces actes dans la procédure législative, contrairement à ce que laisse supposer leur dénomination traditionnelle en doctrine; il déclare, en utilisant toujours à peu près la même formule, que les « actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ne peuvent faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ».

La formule utilisée ici ne rappelle que très superficiellement celle qu'employait le Conseil d'Etat à propos des actes diplomatiques. Il parlait alors d'actes *se rattachant* à l'exercice des pouvoirs de la France dans ses rapports avec l'étranger, et l'on sait que leur « rattachement » aux relations internationales n'était souvent que très indirect. Il s'agit maintenant, non pas simplement des actes pris à l'occasion des relations entre le gouvernement et les Chambres, mais bien des actes du pouvoir exécutif « concernant ses rapports avec le Parlement », et différant ainsi matériellement, de tous les autres actes administratifs.

Or, dans notre système de droit public, ces rapports ne relèvent que du contrôle parlementaire, en marge duquel il n'y a pas de place pour un contrôle contentieux de la légalité; ils mettent en jeu la seule responsabilité politique du gouvernement, à l'exclusion de toute responsabilité civile de l'Etat (118). La haute juridiction administrative, en s'immisçant dans ces rapports constitutionnels, aurait incontestablement violé les limites de sa compétence (119). Son

(117) C. E. 3 mars 1933, *Desreumeaux*, D. 1934, 3, 36, note Gros, S. 1934, 3, 9, note Alibert. On y ajoute parfois les réponses ministérielles au Président d'une assemblée législative au sujet de pétitions, mais de telles réponses ne constituent pas des décisions, et ne sauraient donc faire l'objet d'un recours contentieux. Le Conseil d'Etat a donc pu déclarer ce dernier irrécusable en appliquant les règles habituelles de la procédure (C. E. 13 juin 1902, *Parquet*, R. p. 454).

(118) C'est bien la doctrine qui fut exposée par le Conseil d'Etat, dans l'unique arrêt où, contrairement à la jurisprudence constante rappelée plus haut (V. notamment les notes précédentes), il a discuté au fond un moyen invoquant la faute qu'aurait constituée le retrait d'un projet de loi: « ... le dépôt ou le retrait d'un projet de loi par le gouvernement constitue, de la part de ce dernier, l'exercice d'attributions qui, en raison de leur nature, ne sont pas susceptibles de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat ». (C. E. 19 janvier 1934, *Cie Marseillaise de Navigation à vapeur Fraissinet*, S. 1937, 3, 41, note Alibert).

(119) V. dans le même sens Gros, *op. cit.*, p. 62. On peut se demander, toutefois, si le Conseil d'Etat n'a pas parfois élargi exagérément sa concep-

abstention, dans ce cas encore, découle de l'existence d'une règle juridique.

Les inconvénients pratiques de cette règle sont d'ailleurs très réduits. Les droits et les intérêts des particuliers ne sont que rarement affectés, de façon directe tout au moins, par des actes de cette nature (120). Si le Conseil d'Etat ne peut que déclarer irrecevables tous les moyens mettant en cause la validité d'un acte concernant les rapports de l'exécutif avec les Chambres ou invoquant une faute commise à l'occasion d'un tel acte, il ne manque pas d'examiner au fond les autres moyens invoqués qui rentrent dans sa compétence. Sur le plan de la responsabilité, il lui est possible ainsi de donner fréquemment satisfaction aux requérants, les droits qu'ils invoquent ayant, le plus souvent, leur source dans des actes administratifs ordinaires.

4. — C'est précisément ce caractère d'acte administratif que dénie la jurisprudence aux « mesures d'ordre intérieur », qui constituent la dernière rubrique de la liste des actes de gouvernement, omise d'ailleurs par certains auteurs (121). L'attitude du Conseil d'Etat, refusant d'en connaître au contentieux, nous paraît cependant légitimer leur examen.

Rentrent dans cette catégorie les mesures n'ayant pas un caractère statutaire, prises par l'autorité militaire à l'égard d'officiers, sous-officiers ou soldats : affectation d'office (122) ordre d'entrer ou internement dans un hôpital militaire (123), permissions (124), puni-

tion des « actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ». Les décrets de promulgation, en particulier, méritent-ils véritablement cette qualification ?

(120) En particulier, le dépôt d'une demande de crédits est totalement indépendant de la créance dont un particulier peut être titulaire à l'encontre de l'Etat. La haute juridiction administrative ne manque pas de le souligner dans ses motifs (V. notamment C. E. 16 juillet 1934, *Préfets de Police et de la Seine*, précité).

(121) DUEZ, GROS et M. MIGNON, notamment.

(122) C. E. 26 février 1897, *Ferret*, R. p. 159.

(123) C. E. même arrêt; 3 avril 1914, *Digard*, R. p. 441. Dans ce dernier arrêt, le Conseil d'Etat a statué au fond, ce qui semble s'expliquer par les conditions particulières de l'espèce.

(124) C. E. 18 octobre 1918, *Volline*, R. p. 908; 10 janvier 1919, *Weis-thenrisch*, R. p. 15.

tions militaires, depuis le simple blâme (125) jusqu'aux arrêts de rigueur (126) et aux arrêts de forteresse (127).

Le juge administratif voit dans ces actes des mesures n'ayant pas le « caractère d'actes administratifs susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat statuant au contentieux », ou ne rentrant pas « dans la catégorie des actes administratifs qui peuvent être déferés au Conseil d'Etat ».

De tels motifs, au premier abord énigmatiques, expriment cependant clairement l'idée que, pour le Conseil d'Etat, ces mesures ne constituent pas des actes administratifs. Cette opinion ne peut, sans doute, être comprise — sinon approuvée — qu'en prenant en considération le caractère juridique très particulier des pouvoirs en vertu desquels elles sont prises. La discipline militaire présente des caractères de fait et de droit très particuliers. Elle met entre les mains du supérieur hiérarchique, jusqu'à un échelon très bas, des pouvoirs sur la personne du subordonné (et non pas seulement sur sa situation administrative), sans équivalent dans les services civils. En outre, l'autorité militaire, ainsi que le rappelle très justement l'arrêt *Dewavrin*, dispose à la fois de sanctions disciplinaires ayant un caractère administratif, et de punitions militaires qui peuvent être privatives de liberté, et qui sont fréquemment liées au prononcé de peines par les tribunaux militaires. L'autorité militaire agit comme autorité administrative lorsqu'elle inflige une sanction disciplinaire de la première catégorie, elle ne présente plus cette même qualité lorsqu'elle fait application d'un droit disciplinaire proprement militaire, et même lorsqu'elle prend, dans l'intérêt de la discipline, certaines mesures, telles qu'un ordre d'entrer à l'hôpital, qui débordent très largement les pouvoirs d'un supérieur hiérarchique dans les services civils.

Les caractères spécifiques du droit disciplinaire (*lato sensu*) dans l'armée justifient ainsi l'abstention du Conseil d'Etat devant les actes qui y sont soumis (128).

..

(125) C. E. 6 mars 1946, *Bilière*, R. p. 442 ; 7 mai 1946, *Blaise*, R. p. 132 ; 20 décembre 1946, *Corbeau*, R. p. 344.

(126) C. E. 7 novembre, *Giordana*, R. p. 872 ; 5 juillet 1946, *Glachart*, R. p. 346.

(127) C. E. 11 juillet 1947, *Dewavrin*, R. p. 307 et les références.

(128) La solution, incontestable en droit positif, ne semblait pas s'imposer et est critiquée (WALINE, *op. cit.*, p. 130). L'absence de recours fait craindre, avec raison, l'impunité des abus possibles. Toutefois, l'ouverture d'un

La liste, aussi longue qu'hétéroclite, des actes de gouvernement, se trouve ainsi épuisée ; nous avons dû successivement en effacer : les faits de guerre sur le territoire national, le décret établissant l'état de siège, les mesures se rattachant à l'exercice du droit de grâce, les actes des autorités étrangères, les mesures d'exécution des décisions d'autorités étrangères, les mesures prises en temps de guerre à l'égard de navires étrangers, ou de particuliers étrangers.

Abordant le « paradis des actes de gouvernement » (129), le Ministère des Affaires étrangères et son activité, nous avons constaté que l'incompétence de la juridiction administrative à l'égard des actes se rattachant aux rapports internationaux — conventions diplomatiques et mesures prises pour leur application, actes du service diplomatique, actes de « souveraineté », faits de guerre survenus à l'étranger — était motivée par une raison de droit unique : le régime juridique de ces actes. Au contraire, deux explications juridiques distinctes rendent compte de l'immunité juridictionnelle dont bénéficient les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement : compétence exclusive des assemblées législatives — à l'égard des opérations préliminaires à l'élection de leurs membres — actes exprimant des relations constitutionnelles — dans les autres cas. Enfin, le Conseil d'Etat suspend son contrôle devant les « mesures d'ordre intérieur » à cause des caractères particuliers du droit auxquels elles obéissent.

L'acte de gouvernement, soustrait à tout examen juridictionnel pour des motifs purement politiques, demeure introuvable. Il a disparu de la jurisprudence depuis le célèbre arrêt *prince Napoléon Bonaparte* (130). On a dit de cet arrêt qu'il avait marqué l'abandon de la théorie du « mobile politique ». En réalité, jusqu'en 1875, l'acte de gouvernement n'était pas autre chose qu'un acte administratif inspiré par un mobile politique, et bénéficiant en conséquence d'une immunité juridictionnelle absolue. En affirmant son droit de contrôle sur tous les actes administratifs, quels qu'aient été les

recours serait probablement désastreuse pour la discipline, et créerait certainement des difficultés considérables. Les frontières entre le droit disciplinaire « militaire » et le droit disciplinaire « administratif » sont d'ailleurs incertaines (V. un arrêt *Wannick*, C. E. 5 novembre 1920, R. p. 923, dans lequel le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour examiner la légalité d'une mutation d'office et des conditions anormales — allant jusqu'à l'incarcération — dans lesquelles elle avait été exécutée).

(129) DUEZ, *op. cit.*, p. 52.

(130) V. *supra*, note (8).

motifs qui avaient déterminé leur auteur, le Conseil d'Etat détruisait, du même coup, la notion même d'acte de gouvernement (131).

La conception de la doctrine était tout autre, aussi ne doit-on pas être surpris qu'elle ait conservé cette notion malgré le revirement de la jurisprudence. Pour elle, il existait une « fonction gouvernementale » distincte de la « fonction administrative », et à laquelle correspondaient, tout naturellement, des « actes de gouvernement » distincts eux-mêmes des actes administratifs (132). Il lui a donc semblé qu'en abandonnant l'idée de « mobile politique », le Conseil d'Etat ne faisait que reconnaître le caractère spécifique des actes de gouvernement : ceux-ci seraient désormais reconnus comme tels en raison de leur « nature ».

Lorsque la théorie de la « fonction gouvernementale » fut elle-même rejetée en doctrine, en raison des critiques décisives qui lui furent adressées (133), on était habitué à penser que, malgré l'arrêt de 1873, la jurisprudence continuait à faire appel à l'idée d'acte de gouvernement. Cette croyance se trouvait renforcée par le fait que, dans un grand nombre d'arrêts, l'incompétence du Conseil d'Etat était encore affirmée, et motivée avec un laconisme plein d'obscurité. La prudence dont faisait preuve notre haute juridiction paraissait lui être imposée par des considérations de pure opportunité politique. Les commissaires du gouvernement eux-mêmes invoquaient ouvertement le concept d'acte de gouvernement et étaient suivis dans leurs conclusions. Aussi la doctrine, reconnaissant l'im-

(131) On a dit que l'affirmation par le Conseil d'Etat de son incompétence devant les actes de gouvernement était une conséquence du système de « justice déléguée », une sorte de « soupape de sûreté », permettant à la juridiction administrative de faire accepter son contrôle souverain dans les autres domaines. L'existence de ces actes semble liée, au contraire, au système de la « justice retenue » : comment le Conseil d'Etat aurait-il pu demander au chef de l'Etat de signer un projet de décret annulant une décision que ce dernier avait prise ou autorisée en méconnaissant délibérément les règles légales, dans un but de « haute police » ? Comment même lui demander de reconnaître la responsabilité de l'Etat à propos d'une telle mesure ? Juridiction souveraine, elle était en mesure, en revanche, de censurer de tels actes, comme l'a montré l'arrêt du 19 février 1875, et le gouvernement lui-même pouvait accepter un contrôle aux décisions duquel il restait étranger.

(132) V. en particulier les développements célèbres de LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 305 s.

(133) V. notamment les critiques de CARRÉ DE MALBERG, *loc. cit.*

possibilité de définir des actes de gouvernement « par nature », en vint-elle à une explication méta-juridique, réintroduisant, en réalité, la raison d'Etat là où la jurisprudence l'avait solennellement rejetée.

Ce n'est pas à dire que les soucis auxquels répondait la théorie de l'« acte de gouvernement », ou du « mobile politique », aient disparu d'un seul coup. Mais si la jurisprudence n'est pas insensible à leur évocation elle ne se laisse convaincre que lorsqu'elle aperçoit, confusément peut-être à l'origine, un obstacle juridique à côté de l'inconvénient politique. Parce qu'elle sent que les relations de l'Etat français avec l'étranger, ou les rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement ne sauraient être soumis au droit qu'elle élabore, elle se déclare incompétente. La perception de plus en plus nette de la raison juridique véritable de son abstention lui permettra ensuite de procéder à ces analyses juridiques d'une grande finesse, au terme desquelles apparaît l'« acte détachable », et resurgit le contrôle juridictionnel.

Dès les premiers arrêts, en tout cas, le problème était posé dans ses termes exacts : admirons que les motifs des arrêts rendus il y a plus de soixante-dix ans soient encore invoqués aujourd'hui presque dans les mêmes termes pour justifier l'incompétence de la juridiction administrative. Certes, leur permanence s'explique surtout par une brièveté, peut-être excessive, qui est à l'origine de constantes erreurs d'interprétation. Il n'en reste pas moins que les distinctions nécessaires ont toujours été faites, sinon clairement exposées. Elles n'ont pu être méconnues qu'en raison du maintien, accidentel mais funeste, de l'expression d'« actes de gouvernement », qui, en paraissant couvrir des décisions en réalité étrangères les unes aux autres, exigeait une explication unique — dont l'expérience a montré l'impossibilité.

Reconnaissons que la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits présente des inconvénients pratiques certains. Nous ne saurions pour autant la condamner : l'observation attentive de l'évolution jurisprudentielle montre qu'une telle condamnation serait platonique. Contrairement à ce qu'on a prétendu, cette évolution ne montre aucun signe de régression. En outre et surtout, l'attitude du juge décline de nécessités juridiques impérieuses, dont il ne saurait s'affranchir et les principes juridiques sur lesquels il s'appuie sont presque toujours inattaquables. Comme l'ont signalé tous les auteurs, la juridiction administrative a su d'ailleurs, par la

hardiesse de ses conceptions juridiques, atténuer autant que faire se pouvait les conséquences de l'abstention à laquelle elle se trouvait condamnée.

Si une critique doit cependant être faite, on ajoutera que la détermination concrète des actes qui « ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse » a parfois été opérée avec une excessive « prudence ». Il serait désastreux que les raisons de droit légitimement invoquées deviennent des prétextes commodes pour rendre à la raison d'Etat l'impunité qui lui est refusée depuis 1875.

M. VIRALLY,

Chargé de cours à la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques de Strasbourg.
