

Pierre Serrand

Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction

1 .- La distinction entre l'administration et le gouvernement est assez récente. Elle n'apparaît en France qu'avec l'affaiblissement du légicentrisme. En effet, tant que l'on considère la loi comme l'expression de la volonté générale exprimée par le souverain, le pouvoir exécutif voit nécessairement son rôle limité à la seule exécution des lois. Il en découle, soit que le gouvernement n'existe pas, soit qu'il est assimilé à l'administration¹.

Dès les travaux préparatoires du Code civil, le légicentrisme dominant laisse place à un certain scepticisme législatif². Ceci provoque d'abord, dans le champ du droit civil, une réhabilitation de la jurisprudence. L'article 4 du Code Napoléon oblige ainsi le juge à statuer lorsque la loi est silencieuse, obscure ou insuffisante. Mais cela provoque aussi, dans le champ du droit constitutionnel, un renforcement du pouvoir exécutif. La Constitution du 25 décembre 1799 le consacre puisqu'elle confie aux trois consuls, non pas le pouvoir exécutif, mais le « gouvernement » (art. 39). C'est ce renforcement du rôle imparti aux organes exécutifs qui allait rendre nécessaire la distinction entre le gouvernement et l'administration, c'est-à-dire la distinction entre les fonctions gouvernementale et administrative.

Cette distinction peut être rattachée à certains textes juridiques. Elle peut l'être d'abord aux textes constitutionnels. En dehors de la Constitution du 25 décembre 1799 déjà citée, celle du 14 janvier 1852 dispose en son article 2 que le Président de la République, puis, à partir de décembre, l'Empereur, se voit confier le gouvernement de la France ; elle mentionne expressément qu'il « gouverne » (art. 3). Mais cette distinction peut être surtout rattachée au décret sur la décentralisation

¹ La position de Jean-Jacques Rousseau illustre cette dernière tendance : « J'appelle (...) *gouvernement* ou suprême administration l'exercice de la puissance exécutive et Prince ou magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration. » (J.-J. Rousseau, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, Livre 3, Chap. I.)

² En ce sens, P. Serrand, « La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2006, n° 42, p. 31.

administrative du 25 mars 1852 dont les termes sont restés célèbres : « Considérant qu'on peut gouverner de loin, mais qu'on n'administre bien que de près ; qu'en conséquence, autant il importe de centraliser l'action gouvernementale de l'État, autant il est nécessaire de décentraliser l'action proprement administrative ».

Si la distinction entre le gouvernement et l'administration peut ainsi trouver un fondement dans quelques textes, elle demeure principalement doctrinale. Elle est pressentie par Sieyès dès la période révolutionnaire : « (...) je ne confonds point le *pouvoir exécutif* avec le *gouvernement*, affirme-t-il ; je regarde, au contraire, la division de ces deux pouvoirs, dans une République, comme une de ces vues qui appartiennent encore au progrès de la science ; c'est au temps à en dévoiler l'importance et à rendre justice. »³ Il faudra attendre une trentaine d'années pour que la doctrine publiciste s'engage sur le chemin ainsi tracé. Dès la première édition de ses *Institutes du droit administratif français* (1829-1830)⁴, le baron de Gérando distingue le « Gouvernement » et « l'administration civile et ordinaire ». Quelques années plus tard, Chauveau fait état de la distinction entre le « Pouvoir exécutif pur » et l'« Administration active »⁵. Au même moment, Henrion de Pansey oppose « la haute administration » ou « le gouvernement » à « l'administration proprement dite »⁶.

2.- Pourquoi rechercher une telle distinction ?

La première raison est que, le pouvoir exécutif se renforçant, il devenait de plus en plus difficile de ranger toutes les attributions exercées par lui sous le label « exécutif » sans faire perdre toute signification à cette notion. En effet, de nombreuses attributions des organes exécutifs sont étrangères à l'idée d'exécution. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux compétences qui leur sont reconnues en matière diplomatique et militaire, ou à celles exprimant ce que Benjamin Constant appelle le « pouvoir neutre »⁷ : nomination et destitution des ministres, sanction

³ *Moniteur universel*, thermidor an III, p. 1237 ; E. Sieyès, *Opinion de Sieyès sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution*, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République, Imprimée par ordre de la Convention Nationale, Paris, Imprimerie nationale, thermidor an III, pp. 12 et 13.

⁴ « L'autorité du Gouvernement, écrit-il, se distingue, surtout dans nos institutions présentes, de l'administration civile et ordinaire. » (J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français*, Paris, Nève, 1829-1830, t. I, n° LXXIII et LXXIV, p. 107.)

⁵ A. Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon et Durand, t. I, 1841, p. 2. V. aussi t. II, p. 3.

⁶ P. P. N. Henrion de Pansey, *Œuvres judiciaires*, Paris, Dussillon, 1843, p. 213.

⁷ « Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie au mouvement général :

pour que les résolutions des assemblées aient force de loi, ajournement et dissolution des assemblées...

La seconde raison est que, du point de vue du contentieux, la jurisprudence commençait à distinguer les actes d'administration susceptibles de recours et les actes de gouvernement à l'égard desquels le juge administratif affirmait son incompétence. De nombreux auteurs vont alors utiliser la distinction entre les fonctions gouvernementale et administrative pour identifier l'acte de gouvernement et expliquer l'incompétence du juge administratif pour le connaître. C'est en ce sens que se prononcent par exemple Aucoc⁸, Béquet⁹, Hauriou¹⁰, Ducrocq¹¹,

mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entre-choquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit impliquée et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile. La monarchie constitutionnelle crée ce pouvoir neutre, dans la personne du chef de l'État. L'intérêt véritable de ce chef n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert.» (B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, 1815, texte repris in *De la liberté chez les Modernes*, Le Livre de poche, 1980, coll. « Pluriel », p. 280.)

⁸ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 2^e éd., 1878, t. I, p. 78 ; 3^e éd., 1885, t. I, p. 92.

⁹ D'après Béquet, le gouvernement « accomplit tous ses actes ou comme *gouvernement* proprement dit ou comme *administration* » (L. Béquet, entrée « Contentieux administratif », *Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, t. VIII, 1891, p. 217). Or, poursuit-il, ceux qu'il fait comme gouvernement « échappent, de leur nature, à tout contrôle juridictionnel » (*ibid.*, p. 218) ; ceux qu'il fait comme administration « sont, de leur nature, susceptibles d'une appréciation d'arbitres » (*ibid.*).

¹⁰ Hauriou écrit ainsi, dans sa note sous l'arrêt *Gugel* du 30 juin 1893 (*S.*, 1895, III, p. 42) : « (...) il y a bien un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative. Le caractère intangible des actes de gouvernement n'est donc plus fondé sur la raison d'État, qui suppose un antagonisme de l'État et du particulier ; elle est fondée sur la raison constitutionnelle, c'est-à-dire sur l'antagonisme des différents pouvoirs de l'État lui-même. » V. aussi M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 3^e éd., 1897, p. 283.

¹¹ Après avoir cité un certain nombre d'actes accomplis par le Président de la République, Ducrocq affirme : « Tous ces actes du Président de la République et tous autres également accomplis par lui en vertu des dispositions des lois constitutionnelles, sont des actes de gouvernement et non des actes d'administration. Ils sont l'exercice direct des attributions gouvernementales dont le président est investi par la Constitution. Il n'est pas sérieusement contestable que les décrets auxquels ces textes donnent lieu sont des décrets

Jacquelin¹², ou Appleton¹³. Soutenant cette idée, Edouard Laferrière écrit que la distinction entre les actes administratifs et les actes de gouvernement doit être déduite des « principes généraux du droit public » et de la « nature même des choses » ; et il poursuit en affirmant : « Ces deux espèces d'actes correspondent, en effet, à des attributions différentes du pouvoir exécutif : administrer et gouverner. »¹⁴ Cette idée sera reprise au siècle suivant et en ces termes par René Capitant : « S'il y a, d'une part, des actes administratifs et, d'autre part, des actes de gouvernement, c'est bien que le pouvoir exécutif est double : d'une part, il comporte le pouvoir de faire des actes administratifs (c'est ce que nous

gouvernementaux, qui ne doivent être confondus, ni au point de vue de leur nature légale, ni au point de vue des règles auxquelles ils sont transmis, avec les décrets administratifs. Les premiers, en tant qu'actes de gouvernement rendus en exécution directe des dispositions de la Constitution, ne relèvent que du droit constitutionnel. Les autres décrets, rendus pour l'exécution directe des lois autres que les lois constitutionnelles, sont seuls soumis aux règles du droit administratif. Cette distinction est trop absolument conforme aux principes pour qu'elle puisse disparaître. Elle est l'inévitable conséquence de la distinction même du droit constitutionnel et du droit administratif et ne pourrait disparaître qu'avec elle. » (T. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A. Fontemoing, 7^e éd., t. I., 1897, n° 52, p. 71.) Il réitère cette idée un peu plus loin dans le même ouvrage : « Il existe un contentieux administratif et non pas un contentieux gouvernemental. (...) Les actes du Président de la République qui constituent l'exercice direct des attributions gouvernementales que les lois constitutionnelles lui confèrent ne sont pas des actes d'administration, mais des actes de gouvernement. C'est par ce motif qu'ils ne relèvent pas du Conseil d'État et ne sont soumis qu'au contrôle du Parlement. La dénomination de décrets gouvernementaux n'a rien d'arbitraire. Elle s'impose en raison de la nature même de la fonction gouvernementale et non administrative, dont elle est l'exercice. Ces décrets ne relèvent que du droit constitutionnel et correspondent exclusivement à la première branche du pouvoir exécutif, le gouvernement, du moment qu'ils s'appliquent directement aux objets très divers soumis à son action. Ce n'est pas comme administrateur que le pouvoir exécutif rend les décrets de cette nature, c'est comme chargé du gouvernement de la France. Il est donc très logique que ces actes ne donnent pas lieu au contentieux administratif et il importe de ne pas les confondre avec les diverses sortes d'actes administratifs. Les décrets par lesquels le Président de la République convoque, ajourne les Chambres, prononce la clôture de leurs sessions, promulgue les lois, ratifie les traités, constitue le Sénat en Cour de justice, etc., sont évidemment des décrets gouvernementaux. » (*Ibid.*, n° 70, p. 87.)

¹² R. Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, A. Giard, 1891, p. 439 ; R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard et Brière, 1899, p. 310.

¹³ Selon Appleton, pour bien comprendre la doctrine de l'acte de gouvernement, « il faut se souvenir que gouverner et administrer sont deux fonctions distinctes, quoique rapprochées l'une de l'autre » (J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1927, p. 288).

¹⁴ É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. II, p. 31.

appelons le pouvoir administratif) et d'autre part le pouvoir de faire des actes de gouvernement (c'est ce que nous appelons le pouvoir gouvernemental). »¹⁵

3.- Comment les auteurs situent-ils la fonction gouvernementale par rapport aux autres fonctions étatiques ?

Selon un premier courant doctrinal, la fonction gouvernementale constituerait une branche de la fonction exécutive. Les auteurs peuvent alors soutenir cette idée à travers une conception, soit dualiste, soit tripartite, des fonctions étatiques. Les uns estiment qu'à côté du pouvoir législatif, existe seulement un pouvoir exécutif au sein duquel l'activité juridictionnelle est incluse et qui, dès lors, se subdivise en trois branches : l'administration, le gouvernement et la juridiction. C'est ce que pensent par exemple Foucart¹⁶, Ducrocq¹⁷, Le Bourgeois¹⁸ ou Saint

¹⁵ R. Capitant, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les cours de droit, 1955-1956, pp. 17 et 18. Il confirme un peu plus loin dans le même ouvrage que : « Les actes de gouvernement - c'est-à-dire les actes accomplis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental - à la différence des actes administratifs - c'est-à-dire des actes accomplis dans l'exercice du pouvoir administratif - sont, selon la formule du Conseil d'État, « insusceptibles » de tout contrôle juridictionnel. Ce refus de contrôle déconcerte d'ailleurs la majorité des auteurs français qui en général se bornent à constater cette règle jurisprudentielle et renoncent à l'expliquer autrement que comme une survivance, irrationnelle, d'un état de droit antérieur, survivance qu'ils déplorent et dont ils appellent et annoncent en même temps la disparition. Mais la disparition perpétuellement annoncée ne se produit jamais. Le Conseil d'État reste ferme et inébranlable dans sa jurisprudence. Il se refuse, aujourd'hui autant qu'hier et probablement demain autant qu'aujourd'hui, à déclarer recevables les recours portés devant lui contre les actes de gouvernement. La jurisprudence a-t-elle tort ? Je ne crois pas. Elle fait simplement application de la distinction que je me suis efforcé d'établir devant vous entre pouvoir gouvernemental et pouvoir administratif. Les auteurs qui se scandalisent sont ceux qui refusent cette distinction et veulent confondre le pouvoir gouvernemental avec le pouvoir administratif. Pour eux, il ne devrait pas y avoir d'actes de gouvernement, parce qu'il n'y a pas de pouvoir gouvernemental, mais seulement un pouvoir administratif. Et, en effet, s'il était vrai que les actes dits de gouvernement fussent en réalité des actes administratifs, s'ils avaient pour but, comme les autres, d'assurer l'exécution des lois, alors il serait absurde de les soustraire au contrôle de légalité et cette lacune, dans notre jurisprudence, devrait être dénoncée comme scandaleuse et absurde. Mais, justement, le pouvoir gouvernemental est autre chose que le pouvoir administratif ; il n'a pas pour but d'assurer l'exécution des lois ; il est une participation de l'organe exécutif à l'exercice du pouvoir législatif et de la souveraineté. » (*Ibid.*, pp. 29 et 30.)

¹⁶ Selon Foucart, le pouvoir exécutif a une triple mission ; il se divise ainsi en « Pouvoir gouvernemental », « Pouvoir administratif » et « Pouvoir judiciaire » (É.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq, 3^e éd., 1843, t. I, p. 123).

Girons¹⁹. Les autres, constatant la montée en puissance de l'activité juridictionnelle, refusent de faire rentrer cette dernière dans le pouvoir exécutif et préfèrent en faire un pouvoir de l'État à part entière ; mais ils maintiennent la distinction, au sein du pouvoir exécutif, entre le gouvernement et l'administration. Cette idée est notamment soutenue par Hauriou²⁰, Teissier²¹ et Carré de Malberg²².

À la différence de ce premier courant doctrinal, certains auteurs font de l'activité gouvernementale une fonction de l'État à part entière incombant à l'Exécutif, une fonction distincte des fonctions législative, juridictionnelle et administrative. Ces auteurs soutiennent donc une conception quadripartite des fonctions étatiques. Il en va ainsi du baron de Gérando qui, dans la seconde édition de ses *Institutes du droit administratif français*, distingue dans l'État quatre pouvoirs : l'autorité administrative, l'autorité législative, l'autorité judiciaire et ce qu'il appelle le « gouvernement politique de l'État »²³. Cette conception quadripartite des fonctions étatiques sera reprise plus tard, en

¹⁷ Selon Ducrocq, le pouvoir exécutif se subdivise en trois branches : « le gouvernement, l'administration, la justice. » (T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, E. Thorin, 6^e éd., 1881, t. I, n° 24, p. 19 ; T. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, op. cit., t. I, n° 23, p. 22.)

¹⁸ « Le pouvoir exécutif, écrit-il, se divise en trois branches : le gouvernement, l'administration, la justice. » (A. Le Bourgeois, *De la séparation des pouvoirs*, Paris, C. Noblet, 1884, p. 172.)

¹⁹ A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, Larose, 1881, p. 273 et ss. ; A. Saint-Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1884, pp. 323 et 324.

²⁰ Pour M. Hauriou : « La fonction du pouvoir exécutif consiste à gouverner et administrer en assurant l'exécution des lois. » (M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 715.) Il dit ainsi du gouvernement : « Ce n'est pas un pouvoir de plus ; c'est une branche du pouvoir exécutif qui tend à changer de place ; et sous le nom de gouvernement, pour certains actes, le pouvoir exécutif prend des garanties pour sauvegarder son indépendance dans cette nouvelle combinaison des forces. (...) Le gouvernement, au sens juridique du mot, est un aspect nouveau du pouvoir exécutif. » (M. Hauriou, note sous CE, 30/06/1893, *Gugel, S.*, 1895, III, p. 43.)

²¹ « Le pouvoir exécutif, écrit Teissier, est investi d'une mission double : il gouverne et il administre. » G. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, P. Dupont, 1906, p. 41.

²² R. Carré de Malberg écrit que « la doctrine, la jurisprudence et la législation (...) distinguent dans la fonction générale d'administration deux activités différentes : le gouvernement et l'administration *stricto sensu* ; celle-ci, ne consistant qu'en puissance exécutive et ne pouvant s'exercer qu'en vertu de permissions législatives ; celle-là au contraire, se mouvant librement et ne pouvant être ramenée à une idée d'exécution des lois. » (R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, t. I, 1920, n° 176).

²³ J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français*, Paris, Nève, 2^e éd., 1842-1846, t. I, n° 8 et 9, p. 3.

Allemagne par Jellinek²⁴ et en France par La Bigne de Villeneuve²⁵ ; elle sera encore soutenue plus récemment par René Capitant²⁶.

Quelle que soit la manière dont les auteurs intègrent la fonction gouvernementale dans la théorie générale des fonctions étatiques, tous estiment qu'il convient de la distinguer de la fonction administrative. Comment y procèdent-ils ?

4.- Les auteurs proposent plusieurs critères de distinction²⁷. Tous ces critères ne sont jamais organiques, puisque les deux fonctions sont exercées par les mêmes organes. Ils sont exclusivement fonctionnels et ceci même si certains auteurs formulent la distinction en termes

²⁴ Pour Jellinek, l'activité étatique ne peut pas être réduite aux trois fonctions classiques : la législation, la juridiction et l'administration (G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Paris, Giard et Brière, 1913, t. II, « Théorie juridique de l'État », trad. G. Fardis, pp. 318 et 319). Il existe aussi ce qu'il appelle une « activité libre » de l'État (*ibid.*, p. 327), que La Bigne de Villeneuve qualifiera ultérieurement de « fonction gouvernementale » (v. note suivante).

²⁵ « (...) nous estimons à cet égard absolument indispensable de faire à cette fonction d'initiative et de réglementation qui ne saurait rentrer ni dans la législation, ni dans l'administration, la place qui est la sienne parmi les attributions générales de l'État. Quel nom lui donner ? On a proposé celui de fonction exécutive, en réservant pour la besogne proprement subordonnée le terme de fonction administrative. Nous ne sommes pas de cet avis. Déjà Bluntchli, encore embarrassé du mauvais vocabulaire de Montesquieu, signalait les inconvénients de l'expression « pouvoir exécutif », avec des arguments auxquels il faut souscrire. Elle est malheureuse, disait-il ; « elle produit nombre d'erreurs et n'exprime exactement ni le caractère essentiel du gouvernement, ni sa vraie relation avec la législation et les tribunaux ». Le gouvernement ne se borne pas, en effet, à exécuter l'ordre ou le mandat d'autrui ; il a une activité *primaire* ; il décide, il ordonne pour son propre compte et dans sa propre sphère. Même quand il se borne à appliquer la loi, il garde (...) une large faculté d'appréciation. Et cette faculté s'accroît encore en matière de politique extérieure et pour tout ce qui, dans la direction générale de l'État, demande initiative et décision rapide. Il ne reste donc qu'à rectifier le vocabulaire et à dire correctement : "fonction gouvernementale". » (M. de La Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la Séparation des Pouvoirs*, Paris, Sirey, 1934, pp. 88 et 89.)

²⁶ « Le *pouvoir exécutif*, dans l'acception large qui est traditionnellement donnée à cette expression en France, recouvre deux pouvoirs bien distincts, quoique généralement exercés par le même organe. Le premier de ces pouvoirs est le pouvoir *administratif*, qui correspond au pouvoir "exécutif" pris dans son sens étroit ; le second est le pouvoir *gouvernemental*, qui consiste à "gouverner" (...). » (R. Capitant, « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État », *Encyclopédie française*, Paris, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, t. X (L'État), p. 142.)

²⁷ Les formulations des auteurs peuvent contenir plusieurs critères de distinction. Il ne faut donc pas être surpris de voir certains d'entre eux cités à la fois dans l'une ou l'autre de nos catégories.

organiques, c'est-à-dire opposent le pouvoir (ou l'autorité) gouvernemental et le pouvoir (ou l'autorité) administratif. En effet, c'est toujours en s'appuyant sur la distinction des fonctions gouvernementale et administrative que ces auteurs en déduisent que les organes exécutifs agissent tantôt en qualité de pouvoir gouvernemental, tantôt en qualité de pouvoir administratif. C'est ainsi que sera considérée comme pouvoir gouvernemental, l'autorité exerçant la fonction gouvernementale et, comme pouvoir administratif, celle exerçant la fonction administrative - et dans bien des cas il s'agira d'un même organe. Il en résulte que la distinction du gouvernement et de l'administration, qu'elle soit formulée en termes de fonction ou de pouvoir, est une distinction fonctionnelle.

À l'examen de l'histoire de la doctrine publiciste, ces critères de distinction apparaissent au nombre de quatre.

5.- Le premier critère est hiérarchique. Il procède de l'étymologie du terme « gouverner ». Ce mot signifie diriger avec un gouvernail²⁸. Dans un sens plus large, il signifie aussi détenir l'autorité²⁹. Il existerait ainsi une hiérarchie entre les fonctions gouvernementale et administrative. La première serait une fonction toute d'initiative, d'impulsion, de direction ; se situant à un degré ou un échelon supérieur, elle serait la tête, la pensée et agirait par voie d'impulsion générale. La seconde, en revanche, serait une simple fonction d'exécution, une fonction subordonnée ; se situant à un niveau inférieur à la première, elle serait le bras, l'action et ne s'occuperait que du détail.

Dès la période révolutionnaire, cette idée apparaît chez Sieyès en ces termes : « Le pouvoir exécutif est tout *action*, le gouvernement est tout *pensée* ; celui-ci admet la *délibération*, l'autre l'exclut à tous les degrés de son échelle, sans exceptions. »³⁰ Mais ce critère de distinction est surtout utilisé au XIX^e siècle. On le trouve ainsi sous la plume d'Henrion de Pansey³¹, Macarel³², Trolley³³, Serrigny³⁴, Batbie³⁵ ou Ducrocq³⁶. Vivien, dont les formules sont restées célèbres, exprime ainsi cette idée :

²⁸ G. Dupont-Ferrier relève que : « Déjà, chez les peuples du Nil, le *gouvernement* c'était le maintien de la "grande barque d'Égypte", dont le pharaon ou un dieu était le "*gouvernail, hem*" ; et aussi ce "*câble d'avant, hati*" qui permettait d'atterrir, c'est-à-dire d'aboutir pratiquement. » (G. Dupont-Ferrier, « Le mot "Gouverner" et ses dérivés dans les institutions françaises du Moyen Âge », *Journal des Savants*, 1938, mars-avril, pp. 50 et 51.)

²⁹ *Ibid.*, p. 54.

³⁰ *Moniteur universel*, thermidor an III, p. 1237 ; E. Sieyès, *Opinion de Sieyès sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

³¹ Henrion de Pansey écrit qu'à propos du pouvoir exécutif « on distingue deux choses (...) très différentes, la pensée et l'action, c'est-à-dire le gouvernement et l'exécution » (Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Th. Barrois, 3^e éd., 1827, t. II, p. 329). Il reprend cette idée dans un autre ouvrage :

« Il y a deux sortes d'administrations, l'une générale, l'autre particulière ; l'une qui délibère, l'autre qui exécute. La première, que l'on appelle la haute administration, ou, en d'autres termes, le gouvernement, établit les relations extérieures, surveille et dirige dans l'intérieur tous les mouvements du corps politique, pourvoit à tous les besoins généraux de la société, prévient les attentats à la sûreté publique, maintient l'harmonie entre les différents pouvoirs et fait les règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Au dessous de cette haute administration et dans un degré fort inférieur, figure l'administration proprement dite, qui, placée sous la direction du gouvernement, est, sous plusieurs rapports, à cette grande autorité, ce que le pouvoir exécutif est à la puissance législative. » (P. P. N. Henrion de Pansey, *Œuvres judiciaires*, op. cit., p. 213.)

³² Selon Macarel, « gouverner c'est exercer l'autorité souveraine » (L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs*, Paris, J.-P. Roret, 1828, pp. 1 et 2 ; L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 46). En revanche, « l'administration est toute d'action ; (...) elle n'est que la simple exécution de toutes les lois de l'État » (L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., pp. 2 et 3 ; v. aussi, L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique*, op. cit., pp. 32 à 34). Il reprend cette idée dans ses *Cours de droit administratif*, où l'on peut lire : « Le gouvernement, messieurs, le gouvernement pris dans son sens le plus large et qui est aussi le plus vrai, c'est le pouvoir qui fait les lois, qui a pour mission de diriger la société dans les voies de son développement et de pourvoir à sa conservation. D'autre part, l'administration, c'est l'action vitale du gouvernement ; et, sous ce rapport, elle en est le complément nécessaire : il est la tête, elle est le bras de la société. » (L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif*, Paris, G. Thorel, 1844-1846, t. I, p. 12.)

³³ Distinguant « l'administration politique » de « l'administration civile », Trolley écrit que la première « organise le gouvernement et les grands rapports des gouvernants et des gouvernés » (A. Trolley, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorel et Joubert, t. I, 1844, p. 163), alors que la seconde « règle les intérêts matériels et les rapports secondaires de l'administration et des administrés. Pourvoir à l'exécution des lois, au maintien de l'ordre et aux besoins de la grande famille, voilà sa mission. » (*Ibid.*, p. 164.)

³⁴ Voici ce qu'écrit Serrigny : « Le droit administratif s'occupe de cette partie du droit public qui comprend les rapports des gouvernants et des gouvernés dans les détails de l'exécution des mesures qui les régissent. Il est placé sur les bas degrés du droit public : celui-ci pose les principes et l'autre embrasse les règles qui regardent l'exécution et les conséquences. Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents ; il s'appelle *gouvernement* dans les degrés supérieurs et *administration* dans les degrés inférieurs. » (D. Serrigny, *Traité du droit public des français*, Paris, Joubert, 1846, t. I, p. 96.)

³⁵ Selon Batbie, « ordinairement le pouvoir politique agit par voie d'impulsion générale et s'il fait quelque acte déterminé, c'est qu'il s'agit d'une grande mesure qui entraînera des conséquences très importantes. Le rôle de l'administration consiste, au contraire, dans les attributions de détail auxquelles le pouvoir politique ne descend presque jamais. » (A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861-1868, t. I, pp. 281 et 282.)

³⁶ D'après Ducrocq, « le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a pour mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et

Le pouvoir politique (que Vivien tient pour synonyme de « gouvernement », v. *infra*. § 6) est l'instrument le plus actif du progrès de la civilisation, des lumières et du bien-être général. Il exerce sur la société une surveillance permanente, observe ses besoins, suit ou redresse ses tendances, écoute ses vœux, modère ses passions. Il est au dehors son représentant et son organe et en toute occasion la plus haute expression de la pensée publique. Étroitement associé à l'administration, il ne se confond pourtant pas avec elle. Sa fonction est toute d'initiative, d'appréciation, de direction, de conseil ; c'est lui qui donne à l'administration son esprit général, sa pensée et, si l'on peut ainsi parler, son drapeau ; à celle-ci est réservée l'action, c'est-à-dire l'exécution des lois et l'exercice matériel des pouvoirs confiés au gouvernement. Le pouvoir politique est la tête, l'administration est le bras. C'est ainsi que chaque gouvernement se sert de l'administration pour faire prévaloir son système et donner aux services publics l'impulsion conforme à ses vues (...). Le pouvoir politique trace la voie et l'administration l'y suit.³⁷

Ce critère hiérarchique est repris cinquante ans plus tard par Édouard Laferrière en ces termes :

Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique toute entière, veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure.³⁸

Ce critère est encore soutenu au XX^e siècle par Esmein³⁹ et on le retrouve plus récemment dans les écrits de René Capitant⁴⁰, Francis-Paul Bénéoit⁴¹ et Jean Rivero⁴².

l'action vitale » (T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. I, n° 32, p. 23 ; T. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, *op. cit.*, t. I, n° 32, p. 28).

³⁷ A. Vivien, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 2^e éd., 1852, t. I, pp. 29 et 30 ; 3^e éd., 1859, t. I, pp. 30-31.

³⁸ É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, t. II, p. 31.

³⁹ « La société politique est comme une machine puissante et compliquée : le gouvernement est le moteur ; les fonctionnaires de l'administration sont les organes de transmission et les rouages de la machine. » (A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, p. 14 ; *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 8^e éd., 1927, t. I, p. 35.)

⁴⁰ Pour René Capitant, la fonction administrative consiste à exécuter la loi. C'est la fonction exécutive au sens strict. Parmi les activités d'exécution de la loi, il

Longtemps admis par la doctrine dominante, ce critère de distinction sera contesté à la période plus récente. Il le sera notamment par Charles Eisenmann, qui lui reprochera son imprécision et son caractère flou⁴³.

6.- Le second critère distinctif repose sur le caractère politique ou non des fonctions. La fonction gouvernementale aurait ainsi un caractère politique permettant de la distinguer de la fonction administrative. En ce sens, Trolley distingue l'« administration politique » et l'« administration civile »⁴⁴. Vivien et Batbie, qui tiennent pour synonymes les expressions « gouvernement » et « pouvoir politique »⁴⁵,

distingue l'exécution forcée, la police et le service public (R. Capitant, L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État, *Encyclopédie française, op. cit.*, t. X, pp. 142 à 144). Quant à la fonction gouvernementale, il en dit ceci : « La fonction gouvernementale est très différente de la fonction administrative et, en dépit de l'opinion contraire, le plus fréquemment avancée, il est facile de définir la différence qui sépare ces deux notions. Le sens commun sait bien que "gouverner" est autre chose que "administrer" et le sens commun a ici raison contre la majorité des auteurs juridiques. Gouverner, ce n'est plus, comme tout à l'heure, assurer l'exécution des lois, mais bien diriger, animer le mouvement de la législation. Le mot "gouverner", emprunté à la navigation, exprime bien cette idée de direction imprimée à un mouvement. Gouverner l'État, c'est diriger le progrès de sa législation, comme gouverner un navire est en diriger la progression. » (*Ibid.*, p. 145.)

⁴¹ « La notion de subordination (...) permet (...) de donner un critère précis à la distinction de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative. Le principe à poser est que toute action subordonnée des ministres relève de (...) la fonction administrative, toute action non subordonnée relevant au contraire (...) de la fonction gouvernementale. » (F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 49 et 50.)

⁴² Selon Jean Rivero, d'une part, l'administration « ne s'assigne pas ses propres fins », alors que la fonction gouvernementale a pour objet de définir les grandes options politiques de la Nation (J. Rivero, « La fonction administrative », *Encyclopédie française, op. cit.*, t. X, p. 331) ; d'autre part, « la prise des grandes options n'est pas quotidienne, leur traduction dans la réalité par l'administration se poursuit chaque jour » (*ibid.*). Dans son Manuel écrit en collaboration avec Jean Waline, il réaffirme cette idée : « (...) gouverner, c'est prendre les décisions essentielles qui engagent l'avenir national : l'ouverture d'une négociation internationale, une option en faveur de telle politique économique. L'administration, elle, est une tâche quotidienne qui descend jusqu'aux actes les plus humbles : la tournée du facteur, le geste de l'agent qui règle la circulation. » (J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 15^e éd., 1994, coll. « Précis », p. 11, n° 5.)

⁴³ C. Eisenmann, « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques », *Encyclopédie française, op. cit.*, t. X, p. 302.

⁴⁴ A. Trolley, *Cours de droit administratif, op. cit.*, t. I, pp. 163 et 164.

⁴⁵ A. Vivien, *Études administratives, op. cit.*, t. I, pp. 29 et 30 ; 3^e éd., 1859, t. I, pp. 30 et 31 ; A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, op. cit.*, t. I, pp. 281 et 282.

opposent, l'un « la politique » et « l'administration »⁴⁶, l'autre le « pouvoir politique » et le « pouvoir administratif »⁴⁷. Aucoc aussi abonde en ce sens. Il affirme en effet dans la 3^e édition de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées* (1885) : « Quand on distingue le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques »⁴⁸. Et Béquet soutient la même idée lorsqu'il écrit :

(...) en examinant ces hautes et nombreuses attributions du pouvoir exécutif, on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi les unes ont un caractère essentiellement politique : ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ; elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on a appelée le pouvoir gouvernemental ; - les autres se rapportent à l'administration proprement dite : ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, à garantir l'usage des choses communes, à faire exécuter les mesures d'intérêt général, à gérer la fortune de l'État et à surveiller la gestion des intérêts collectifs. Leur ensemble constitue le pouvoir administratif.⁴⁹

Ce second critère sera, lui aussi, longtemps accepté par la majorité de la doctrine, avant d'être critiqué à la période plus récente. Les doyens Vedel et Favoreu lui reprocheront son manque de pertinence juridique⁵⁰. Charles Eisenmann ira même jusqu'à lui reprocher son irrationalité. En effet, selon lui, la logique voudrait que la fonction législative - ou tout au moins une partie de celle-ci - soit intégrée dans la fonction politique et gouvernementale. Or, les auteurs qui soutiennent cette distinction font de la fonction gouvernementale le monopole des organes exécutifs. Ils réintroduisent ainsi un élément organique dans une analyse fonctionnelle, ce qui, aux yeux de Charles Eisenmann, constitue une « faute rationnelle »⁵¹.

⁴⁶ A. Vivien, *Études administratives*, *op. cit.*, t. I, p. 3 ; 3^e éd., 1859, t. I, pp. 3 et 4.

⁴⁷ A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, *op. cit.*, t. I, pp. 281 et 282.

⁴⁸ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, *op. cit.*, 3^e éd., t. I, p. 92 et en termes presque identiques, la 2^e éd., t. I, p. 78.

⁴⁹ L. Béquet, entrée « Contentieux administratif », *Répertoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁰ G. Vedel, *Cours de droit administratif*, Paris, Les cours de droit, 1955-1956, p. 309 ; L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Thèse, Paris LGDJ, 1965, p. 221.

⁵¹ Selon Eisenmann, « si l'on admet l'idée que faire les actes "de décision politique" constitue une fonction, peu importe - dans la perspective d'une analyse intrinsèque des actes - de quel organe ils émanent ; quel que soit cet

7.- Un troisième critère de distinction repose sur l'opposition entre l'exceptionnel et le normal. En exerçant la fonction gouvernementale, les autorités compétentes s'occuperaient des affaires exceptionnelles ; en accomplissant la fonction administrative, elles s'occuperaient de ce qui est prévu et habituel. Cette position est soutenue par Maurice Hauriou. Voici ce qu'il écrit dans ses *Principes de droit public* :

La fonction gouvernementale se caractérise par son but, qui est de veiller au salut de l'État. Administrer, c'est assurer la marche des services publics régulièrement organisés, y compris les services de la police. Il y a, entre le gouvernement et l'administration, la différence de ce qui est nouveau, imprévu, accidentel, avec ce qui est déjà vu, prévu et habituel. Les services administratifs parent aux besoins habituels du pays, le gouvernement aux besoins accidentels ; l'administration représente la routine de la conduite, le gouvernement, les grandes affaires exceptionnelles⁵².

Cette conception, qui sera reprise plus tard par Appleton⁵³, n'est pas sans rappeler l'idée de raison d'État. Cela ne doit pas surprendre.

organe, ils doivent être rassemblés dans la même fonction. Or, précisément, la théorie de la fonction gouvernementale comme quatrième fonction ne s'applique, délibérément, qu'à des actes ayant pour auteur le gouvernement ou des agents qui relèvent de lui ; elle ne se demande pas si des actes émanant d'autres organes ne présenteraient pas, au moins au même degré, ce caractère de "hautes décisions - ou actions - politiques". Et bien entendu, c'est pour la législation que la question se pose éminemment et pour tous les États : sans doute toute loi, ou plus exactement, toute disposition législative ne présente-t-elle pas ce caractère ; même parmi celles qui, dans leur domaine, sont fort importantes, à plus forte raison les dispositions de détail ou de mise en œuvre. Mais, tant dans la législation ordinaire que dans la législation constitutionnelle, les règles qui présentent ce caractère sont quant même extrêmement nombreuses. Si l'on accepte l'idée d'une fonction de direction politique ou d'une fonction consistant à prendre ou réaliser des décisions politiques majeures, il y aurait donc lieu de l'appliquer à la fonction de législation aussi et peut être - cela paraît dans la logique du point de vue - de faire en conséquence éclater cette fonction en deux tranches. La restriction de l'idée de fonction gouvernementale à des actes émanant du gouvernement, du "pouvoir exécutif", uniquement repose sur l'intrusion d'un élément organique dans une analyse fonctionnelle, intrusion qui représente une faute rationnelle. » (C. Eisenmann, Les fonctions sociales et les fonctions juridiques, *Encyclopédie française, op. cit.*, t. X, p. 301.)

⁵² M. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 716. Il réaffirme cette idée dans son *Précis de droit administratif* : « Gouverner, c'est solutionner les affaires exceptionnelles et veiller aux grands intérêts nationaux ; administrer, c'est faire les affaires courantes du public. » (M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 8^e éd., 1914, p. 15 ; 9^e éd., 1919, p. 484 ; 10^e éd., 1921, p. 432 ; 12^e éd., 1933, pp. 417 et 418 et p. 15.)

⁵³ « Il faut se souvenir que "le Gouvernement a pour fonction de solutionner les affaires exceptionnelles et de veiller aux grands intérêts nationaux, tandis que

Comme l'a bien montré M. Senellart⁵⁴, le concept de gouvernement allait progressivement évoluer dans l'Occident du VI^e au XVII^e siècle, passant de l'art de conduire les âmes (*regimen* médiéval) à l'action de maintenir ou de conserver l'État (XVI^e-XVII^e siècles). On peut alors comprendre pourquoi ce critère n'a pas emporté l'adhésion. L'idée de raison d'État n'est en effet guère compatible avec la doctrine alors dominante de l'État de droit.

8.- Le quatrième et dernier critère distinctif repose sur la norme juridique servant de fondement aux fonctions : la fonction administrative consisterait dans l'exécution des lois, c'est-à-dire qu'elle s'exercerait en vertu de permissions législatives, alors que la fonction gouvernementale serait indépendante des lois et consisterait simplement dans l'exécution des dispositions constitutionnelles. Ce critère, qui apparaît d'abord chez Ducrocq (v. *supra*. note 11), ainsi que dans une certaine mesure chez Édouard Laferrière⁵⁵, est ensuite proposé par Le Courtois dans sa thèse consacrée aux actes de gouvernement⁵⁶. Il est repris plus tard par Dendias, également dans sa thèse⁵⁷. Mais l'auteur le

l'Administration a pour fonction de faire les affaires courantes du public". » (J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 289.)

⁵⁴ M. Senellart, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, 315 p.

⁵⁵ Administrer « c'est assurer l'application journalière des lois », alors que gouverner « c'est pourvoir aux besoins de la société politique toute entière, veiller à l'observation de sa constitution » (É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, t. II, p. 31).

⁵⁶ « Le pouvoir exécutif, en tant qu'il est chargé d'assurer l'application des lois ordinaires, se nomme administration ; mais sa fonction n'est plus la même quand il procure l'exécution directe des lois constitutionnelles. Convoquer les Chambres, déclarer la guerre, signer des traités, envoyer des ambassadeurs, est-ce administrer ? Non, évidemment c'est gouverner, c'est diriger les hauts intérêts de l'État à l'intérieur et à l'extérieur, c'est régler les rapports des pouvoirs publics entre eux. Par conséquent, c'est dans les lois constitutionnelles que nous trouvons la mise en œuvre du principe général contenu dans notre définition du gouvernement. » (M. Le Courtois, *Des actes de gouvernement*, Thèse, Paris, L. Larose, 1899, p. 111).

⁵⁷ Il soutient qu'il existe une différence considérable entre les fonctions gouvernementale et administrative. Il la présente ainsi : « Cette différence dérive directement de la nature intrinsèque des deux fonctions ; elle est une différence de nature et non de forme ni d'organe d'exercice. Voici de quoi il s'agit. Il est indubitable que les deux fonctions consistent toutes deux en exécution et qu'elles sont exercées (...) par les organes exécutifs de l'État. Pourtant, il n'en est pas moins vrai que l'administration consiste surtout en exécution de règles de droit et en général de la manifestation de la volonté des corps législatifs de l'État, autrement dit des lois dans le sens strict de ce mot, alors que le gouvernement (...) consiste surtout en exécution de dispositions constitutionnelles immédiates (...). » (M. Dendias, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice. Les actes de gouvernement*, Paris, Éd. de Boccard, 1936, p. 25).

plus célèbre à soutenir cette idée est, dans le prolongement de Jellinek, Raymond Carré de Malberg. Selon lui, en effet, alors que l'administration « n'est qu'une puissance d'exécution des lois », en ce sens qu'elle est « conditionnée par la législation », la puissance gouvernementale est « une puissance autonome » provenant « d'une concession supérieure aux permissions législatives »⁵⁸. Or, selon Carré de Malberg, « La source supérieure d'où découle ce pouvoir, c'est et ce ne peut être que la Constitution elle-même. »⁵⁹ À ses yeux, « ce critérium est le seul qui fournisse une base ferme à la distinction de l'administration et du gouvernement. Toutes autres définitions des deux fonctions manquent de précision et d'efficacité juridiques. »⁶⁰

Si l'on adopte ce critère de distinction, ne doit-on pas faire rentrer la fonction législative dans la fonction gouvernementale car l'une et l'autre peuvent être considérées comme trouvant leur fondement dans la Constitution ? Carré de Malberg lui-même dit d'ailleurs que le pouvoir gouvernemental « occupe une position constitutionnelle analogue à celle du législateur »⁶¹. C'est cette solution que préconise Georges Burdeau. Il propose en effet de distinguer la fonction administrative de la fonction gouvernementale en s'appuyant sur « la nature » - ou, comme il le dit encore, sur « l'intensité » ou le « degré » - de la puissance utilisée pour l'accomplissement des diverses activités étatiques⁶². Il constate alors qu'il existe deux puissances, l'une « initiale »⁶³ ; l'autre « secondaire », « subordonnée », « dérivée »⁶⁴. Cela le conduit à distinguer seulement

⁵⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I, n° 176.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, en note.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, p. 214. V. aussi en ce sens, G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, t. V, *Les régimes politiques*, 3^e éd., 1985, n° 163, pp. 308 et 309. C'est bien à partir de l'intensité de la puissance étatique qu'il distingue deux catégories d'activité. Voici ses termes : « Ces deux catégories d'activité se rattachent à une diversité dans l'intensité de la puissance d'État qui intervient. Tantôt elle se traduit en un pouvoir de décision inconditionné ; elle apparaît alors comme une puissance juridiquement libre parce que le droit positif ne contient aucune disposition de nature à en restreindre l'étendue. Tantôt il s'agit d'une puissance d'une intensité moindre parce que ses possibilités sont limitées par l'activité des autorités supérieures. » (G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *op. cit.*, pp. 217 et 218 ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. V, n° 166, p. 312.)

⁶³ G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *op. cit.*, p. 217 ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. V, n° 166, p. 311.

⁶⁴ G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *op. cit.*, p. 217 ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. V, n° 166, p. 312.

deux grandes fonctions étatiques⁶⁵ : d'une part la fonction gouvernementale, dans laquelle il intègre la fonction législative⁶⁶ ; d'autre part la fonction administrative. Convaincante d'un point de vue rationnel, cette conception a pour principal inconvénient de mal rendre compte du droit positif. En effet, les actes juridiques exprimant la fonction gouvernementale, c'est-à-dire les actes de gouvernement *et* les actes législatifs, forment deux catégories que la jurisprudence distingue et soumet à des régimes juridiques différents.

9.- Au terme de cette brève histoire doctrinale, il faut bien avouer qu'aucun des critères de distinction proposés n'a réussi à faire l'unanimité. Cela a pu conduire certains auteurs à nier la distinction entre les fonctions administrative et gouvernementale⁶⁷. Toutefois, tirer une telle conclusion de l'absence de critère distinctif semble excessif. Il n'existe pas non plus de critère de la notion de service public, ni de critère permettant de distinguer les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux. Pourtant, la doctrine ne conteste pas l'existence de ces notions. En l'absence d'un critère, c'est-à-dire d'un élément qui à lui seul permet de réaliser une opération de qualification juridique, il est possible d'utiliser la technique du faisceau d'indices, qui fait à l'heure actuelle l'objet d'un regain d'intérêt⁶⁸. Par

⁶⁵ D'après lui : « Il existe essentiellement deux fonctions dans l'État : l'une à travers laquelle se manifeste la puissance étatique dans toute sa plénitude, créatrice autonome et inconditionnée, c'est la fonction gouvernementale. L'autre, embrassant des activités où ne se traduit qu'une puissance dérivée, secondaire subordonnée ; c'est la fonction administrative. » (G. Burdeau, Remarques sur la classification des fonctions étatiques, *op. cit.*, p. 218 ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. V, n° 166, p. 312.)

⁶⁶ G. Burdeau, Remarques sur la classification des fonctions étatiques, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁷ C'est ainsi qu'André Gros affirme dans sa thèse : « En vérité il n'y a pas d'autorité gouvernementale distincte de l'autorité administrative parce que l'on ne voit pas de fonction gouvernementale spéciale à lui confier. C'est tout arbitrairement qu'on pourrait distinguer ainsi une activité supérieure de gouvernement et une activité inférieure d'administration » (*Survivance de la raison d'État*, Thèse, Paris, Dalloz, 1932, p. 201). Roger Bonnard abonde en ce sens. À ses yeux, « les difficultés éprouvées dans certains cas pour distinguer le fait de gouverner et celui d'administrer ont fait abandonner cette distinction. De sorte qu'à la suite de ces échecs, on a fini par reconnaître qu'il n'y avait pas de différences matérielles entre les actes de gouvernement et les autres actes administratifs et qu'ainsi la fonction gouvernementale n'existait pas en tant que fonction matériellement distincte de la fonction administrative. » (*Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1943, p. 62.) Plus récemment, le doyen Louis Favoreu affirme, lui aussi dans sa thèse, « qu'il n'y a pas de distinction juridique entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative » (*Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 221).

⁶⁸ V. par exemple, à propos de la notion de service public, CE, Sect., 22/02/2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (*JCP*, A, 2007, p. 2066, concl. C. Vérot ; *AJDA*, 2007, chron. p. 793).

conséquent, ne pourrait-on pas reléguer les critères distinctifs des fonctions gouvernementale et administrative au rang d'indices et utiliser cette technique ? Nous disposons en effet de quatre indices qui, s'ils convergent dans le même sens, semblent susceptibles de permettre d'opérer la distinction. Si la fonction à qualifier est une fonction d'autorité dont le caractère politique est marqué et qu'elle s'exerce, de manière exceptionnelle, sur le fondement des dispositions constitutionnelles, elle apparaîtra plutôt comme gouvernementale. Si en revanche, il s'agit d'une fonction subordonnée, s'exerçant au quotidien en exécution de la loi et dépourvue de caractère politique, elle sera plutôt de nature administrative. Cette batterie d'indices, qui permettrait de distinguer le gouvernement de l'administration et par voie de conséquence les actes de gouvernement des actes administratifs, ne nous semble pas d'un maniement plus difficile que celle utilisée pour distinguer les fonctions juridictionnelle et administrative, c'est-à-dire les actes juridictionnels des actes administratifs.

En définitive, si les critères de distinction entre les fonctions gouvernementale et administrative n'ont pas été accueillis favorablement par l'ensemble de la doctrine c'est parce que ce sont des critères matériels qui apparaissent à la majorité des publicistes comme juridiquement inutilisables⁶⁹. La doctrine majoritaire préfère en effet les critères de type « organique » car ils sont plus simples à utiliser. Le problème est que les critères organiques ne permettent pas de rendre compte de la diversité des actes accomplis par les organes de l'État. Il suffit pour s'en convaincre de penser qu'un même organe est susceptible d'édicter des actes de nature différente. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le Président de la République était susceptible d'édicter, non seulement des actes administratifs et des actes de gouvernement, mais aussi des lois⁷⁰, ainsi que des jugements⁷¹. Il a même considéré, à propos d'un acte pris par la Commission bancaire, qu'en son article 1^{er}, cet acte, prononçant la radiation d'une banque Franco-Yougoslave, était de nature juridictionnelle, alors qu'en son article 2, ce même acte, prononçant la nomination d'un liquidateur chargé d'administrer

⁶⁹ Le professeur Loschak écrit en ce sens que toutes ces conceptions tendant à définir matériellement la fonction gouvernementale et à la distinguer de la fonction administrative « se heurtent à une même objection, à savoir l'extrême fragilité des critères matériels invoqués, sur le plan juridique. » (D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, p. 28.) Bref, « toute distinction matérielle entre gouverner et administrer est nécessairement artificielle et repose sur des critères arbitraires » (*ibid.*, p. 29).

⁷⁰ C'est le cas des mesures prises en application de l'article 16 de la Constitution dans le domaine de la loi (CE, 2/03/1962, *Sieurs Rubin de Servens et autres*, *GAJA*).

⁷¹ Lorsqu'il statue en appel du Conseil des prises, le Président de la République statue comme une véritable juridiction et les décisions qu'il prend à cette occasion ont ainsi « le caractère de jugements » (CE, 14/03/1924, *Société de navigation à vapeur du Lloyd de Trieste*, *Rec.*, p. 304).

provisoirement la banque, était de nature administrative⁷². Il est clair qu'aucun critère organique ne peut rendre compte de telles solutions. Il faut donc nécessairement chercher ailleurs. C'est le grand mérite des auteurs que nous venons de présenter.

Pierre Serrand est professeur de droit public à l'Université d'Orléans. Il est auteur notamment d'un Manuel d'institutions administratives françaises, publié dans la collection Droit fondamental des Presses universitaires de France (2009).

La distinction entre administrer et gouverner repose pour l'essentiel sur un fondement doctrinal dont cet article esquisse l'histoire depuis le XIX^e siècle. La distinction émergea d'une part parce que l'activité du pouvoir exécutif commença à dépasser ce qui pouvait être qualifié d'exécutif et d'autre part parce qu'il convenait de différencier les actes susceptibles de recours de ceux qui ne l'étaient pas. Pour établir la distinction on utilisa soit un critère hiérarchique, soit un critère politique, soit un critère opposant l'exceptionnel au normal et soit, enfin, un critère reposant sur la norme juridique servant de fondement aux deux fonctions. L'auteur constate qu'aucun de ces critères matériels n'est parvenu à faire l'unanimité auprès d'une doctrine qui préfère les critères organiques qui ici ne peuvent pas servir.

Administering and governing. History of a distinction

The distinction between administering and governing essentially lies on a doctrinal basis. This article aims to present its history since the XIXth century. The distinction appeared when the activity of the Executive started to outreach what could be considered as purely executive. It was also important to distinguish between acts that could be challenged in court and ones that could not. To establish this distinction, the authors of the doctrine used either a hierarchic criterion, or a political criterion, or a criterion opposing the exceptional to the ordinary, or a criterion based upon the juridical basis of the act. None of those criteria have garnered unanimous support, mainly because the doctrine prefers organic criteria that cannot be applied in this case.

Verwalten und regieren. Skizzen zur Geschichte einer Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen verwalten und regieren gründet in erster Linie auf wissenschaftlichen Überlegungen, deren Entwicklungen der vorliegende Beitrag seit dem 19. Jahrhundert skizziert. Ihr Aufkommen ist erstens darauf zurückzuführen, dass die Tätigkeit der modernen exekutiven Gewalt allmählich den Bereich dessen, was man „Exekutive« nennen konnte, überholte. Darüber hinaus entstand sie, um Akte der öffentlichen Gewalt zu differenzieren, zwischen denjenigen, die einer möglichen richterlichen Kontrolle unterstellt werden können und den gerichtsfreien Hoheitsakten. Um diese Unterscheidung aufzustellen, nutzte man verschiedene Kriterien: ein hierarchisches Kriterium, ein politisches Kriterium, das Kriterium des „aussergewöhnlichen Charakters« des Aktes, ferner das Kriterium der

⁷² CE, 3/04/2002, *Beogradska Banka ad Beograd*, RFDA, 2003, p. 74, concl. Seban.

P. Serrand : Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction

Rechtsgrundlage beider Staatsfunktionen. Keines dieser materiellen Kriterien hat sich schliesslich in der Staatsrechtslehre durchsetzen können