



HAL
open science

L'émergence du gouvernement

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. L'émergence du gouvernement. Mélanges Patrice Gélard, Montchrestien, pp.133-139, 1999, 9782707611734. <hal-04762510>

HAL Id: hal-04762510

<https://hal.science/hal-04762510v1>

Submitted on 26 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License

L'émergence du gouvernement

par Michel TROPER

Professeur de droit public à l'université de Paris X - Nanterre

Membre de l'institut universitaire de France

Le mot *gouvernement* a connu depuis le début du xviii^e siècle d'étonnants glissements sémantiques. À cette époque, il avait deux significations bien distinctes. Tout d'abord, il désignait simplement le pouvoir politique, comme dans l'expression « les formes de gouvernement ». Cette signification n'a pas changé et le mot est encore employé de cette manière, par exemple à l'article 89 de la Constitution française de 1958 - *La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision*.

Mais, dans un deuxième sens, il désignait l'autorité chargée de la fonction exécutive, entendue dans un sens très restrictif. C'est dans ce sens que l'emploie Rousseau dans le *Contrat social*. C'est parce que cette fonction exécutive doit rester distincte de la fonction législative que le peuple souverain ne doit pas l'exercer. La loi cesserait en effet d'être générale si le législateur pouvait avoir en vue les modalités d'exécution ou refaire la loi au moment de l'exécuter. C'est pour cette raison que, selon Rousseau, seul un peuple de dieux se gouvernerait démocratiquement¹. En effet, seuls des dieux auraient assez de vertu pour exécuter des lois générales sans être tentés de les modifier à tout moment. Il faut donc que le gouvernement soit confié à un homme ou un petit groupe, qu'il soit monarchique ou aristocratique. Cela ne présente guère d'inconvénients et ne va nullement à l'encontre de la théorie démocratique, puisqu'il s'agit d'une fonction entièrement subordonnée, consistant principalement dans la mise en œuvre matérielle de la loi.

C'est dans ce deuxième sens que le mot *gouvernement* a subi une transformation radicale. Au début de la Révolution, il désigne toujours

¹ Cette formule ne signifie donc nullement, en dépit de ce qu'on écrit parfois, que Rousseau ne croirait pas possible de réaliser la démocratie parmi les hommes.

l'organe de la fonction exécutive, entendue de manière très stricte, comme dans la Constitution de 1791 : « *Titre III, art. 4 - Le gouvernement est monarchique : le pouvoir exécutif est délégué au roi...* ». Mais à la fin de la période, dans la Constitution de l'an VIII, le *gouvernement* est au contraire l'organe le plus puissant, qui exerce non seulement la fonction exécutive, entendue très largement d'ailleurs et comprenant le pouvoir réglementaire, mais aussi une partie importante de la fonction législative. Ce gouvernement, c'est l'autorité formée des trois consuls (*art. 39*).

Comment une transformation aussi profonde a-t-elle pu s'effectuer aussi rapidement ? On peut, sans doute, être tenté d'invoquer des facteurs proprement politiques : Bonaparte n'entendait évidemment pas se laisser enfermer dans l'exécution matérielle des lois et il voulait exercer un pouvoir aussi étendu que possible. Mais une telle explication a des limites : il aurait pu, sans renoncer à la terminologie classique, se faire attribuer le pouvoir exécutif, y ajouter le monopole de l'initiative des lois, un droit de veto, des compétences étendues en matière de relations extérieures. C'est d'ailleurs ce que fera Louis XVIII².

En d'autres termes, ce qui s'est produit et qu'il faut expliquer, ce n'est pas seulement l'extension du pouvoir exécutif, mais bien l'émergence, à la fin de la période révolutionnaire, d'un nouveau concept, celui de gouvernement. L'explication ne peut donc être exclusivement politique, elle ne peut se fonder que sur une analyse des contraintes du discours dans lequel apparaît le concept de gouvernement, c'est-à-dire le discours constitutionnel.

On peut ainsi trouver à l'émergence de ce nouveau concept deux séries de causes : fonctionnelles et organiques.

I. LES CAUSES FONCTIONNELLES

Aussi profonde qu'ait été leur volonté de subordonner le pouvoir exécutif, les membres des assemblées constituantes ont dû constater que certaines attributions ne pouvaient lui être refusées et que ces attributions ne pouvaient cependant pas être facilement classées sous la rubrique « fonction exécutive ». Il en était ainsi des relations extérieures, de la participation au processus législatif et même du pouvoir réglementaire.

A. LES RELATIONS EXTÉRIEURES

Il est clair que ni les négociations internationales, ni les opérations militaires ne peuvent être conduites par une assemblée nombreuse, pour des raisons qui tiennent à la nécessité de délibérer et d'agir avec rapidité et dans le secret. On ne peut d'ailleurs pas assimiler ces activités au vote des lois. Elles ne peuvent donc pas relever du pouvoir législatif. Mais d'un autre côté, il est impossible de les considérer comme relevant de l'exécution des lois, dans la mesure où il n'y a pas dans ces matières de loi à

² Charte de 1814, article 13 : *Au roi seul appartient la puissance exécutive.*

exécuter et où l'action exige nécessairement un pouvoir d'appréciation très important.

La première assemblée constituante va donc se trouver contrainte de construire une théorie propre à justifier l'attribution au roi de certaines compétences dans ces matières. L'ingéniosité de la solution consiste à décomposer ou à grouper ces activités, de telle manière qu'elles apparaissent comme des types d'actes juridiques connus. Les négociations internationales aboutissent à un traité, qui est assimilable à une loi. Les opérations militaires sont menées dans le cadre d'une guerre, déclarée elle aussi dans une forme comparable à celle des lois. Or, le roi, selon la Constitution de 1791, n'est pas seulement titulaire du pouvoir exécutif, il est aussi co-législateur. Une loi est adoptée par le vote du corps législatif et la sanction du roi. Elle résulte ainsi d'une initiative du corps législatif et de l'approbation du roi. Il suffit alors, pour procéder de la même manière pour les traités et la guerre, de partager entre eux le pouvoir selon les mêmes principes, mais de renverser les rôles : le roi exercera l'initiative ; c'est lui qui proposera la guerre, lui qui négociera les traités ; mais c'est l'assemblée qui approuvera, en votant la déclaration de guerre et en ratifiant les traités. Quant à la conduite des opérations militaires, elle consiste bien à exécuter la décision de nature législative de faire la guerre et elle relève ainsi de la fonction exécutive, même si celle-ci est nécessairement conçue de manière large.

Chacun reste bien dans son rôle et le roi participe pour l'essentiel à la conduite des relations extérieures non en tant que pouvoir exécutif, mais en tant que co-législateur.

Le problème se présente cependant différemment lorsque les autorités exécutives perdent leur droit de veto et sont privées de ce fait, comme c'est le cas en 1793 et en l'an III, de toute participation au processus législatif. La logique voudrait alors qu'elles soient privées de tout pouvoir de décision et même de toute initiative en matière de traité, ce qui est évidemment impossible, car on imagine mal que le corps législatif conduise lui-même les négociations internationales.

On est donc contraint de revenir sur le principe et de donner au pouvoir exécutif, au moins dans certains cas, non seulement le pouvoir d'initiative qu'on lui refuse pour la législation ordinaire, mais même parfois le monopole de cette initiative. Aussi la Constitution de 93 confie-t-elle au Conseil exécutif la négociation des traités, qui devront être ratifiés par le corps législatif³. Celle de l'an III adopte naturellement la même solution et fait un pas de plus, puisqu'elle permet au Directoire d'introduire dans les traités des articles secrets. Il en va de même pour la guerre : elle ne peut être déclarée qu'à l'initiative du Directoire.

On a donc cessé de raisonner selon la grande division fonction législative/fonction exécutive. On ne pouvait d'ailleurs plus le faire, puisque les relations extérieures ne font pas partie de l'exécution des lois et que, si on les considérait comme relevant de la fonction législative, il fallait en exclure les autorités exécutives, ce qui était impossible pour des raisons pratiques. La seule solution était alors de se décider selon des considéra

3 Articles 55 et 70.

tions de pure opportunité⁴. Mais si l'on voulait donner à cette répartition des compétences une légitimité rationnelle, il fallait déclarer que les relations extérieures relèvent de la fonction gouvernementale.

B. LA PARTICIPATION AU PROCESSUS LÉGISLATIF ET LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Le principe de spécialisation devait normalement avoir, parmi ses conséquences, celle d'interdire à l'autorité exécutive toute initiative des lois. On sait que ce principe ne s'appliquait pas en 1791, puisque le roi participait au pouvoir législatif. On pouvait donc, si on le jugeait utile, lui confier, outre le droit de veto, l'initiative. L'Assemblée constituante ne l'a pas voulu, de crainte de voir jouer au roi et aux ministres un rôle trop important, mais elle lui a néanmoins reconnu le droit « [d'] inviter le Corps législatif à prendre un objet en considération »^{4,5}. Il s'agit donc ici d'une conséquence normale de la participation du roi au pouvoir législatif.

Néanmoins, lorsque l'autorité exécutive perd cette participation, on ne peut pas, pour des raisons d'opportunité, renoncer à lui accorder ce droit. Aussi la Constitution de l'an III reprend-elle, mais de façon plus explicite, les dispositions de 91 :

Art. 163. - *Le Directoire peut, en tout cas, inviter, par écrit, le Conseil des Cinq-Cents à prendre un objet en considération ; il peut lui proposer des mesures, mais non des projets rédigés en forme de loi.*

Cette tendance à faire céder les principes devant les nécessités fonctionnelles s'illustre de la même façon avec le pouvoir réglementaire. L'idée même d'un tel pouvoir était tout à fait incompatible avec la conception étroite de la fonction exécutive. C'est donc très naturellement qu'on refuse au pouvoir exécutif un quelconque pouvoir réglementaire. La Constitution de 1791 proclame ainsi :

Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution.^{6,7}

Cependant, dès 1792, le roi prend quelques proclamations à caractère réglementaire et le Comité de salut public développera considérablement cette pratique et prendra des arrêtés à caractère réglementaire⁸. Le pouvoir de prendre des arrêtés fut officialisé dans la Constitution de l'an III au profit du Directoire^{8,9}. Dans la pratique, un grand nombre de ces arrêtés

4 Comme l'admet THIBACDEAV dans la séance du 11 thermidor: - il ne s'agit point de savoir si le droit de faire la guerre et la paix est une émanation du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif ; c'est un droit du peuple, il faut donc examiner seulement à quel pouvoir il est plus utile au peuple de le déléguer - (*Moniteur*, t. 25, p. 376).

5 Titre III, chap. III, sect. 17 article premier.

6 Titre III, chap. IV, sect. 1^{re}, article 6.

7 Cf. VEKPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire*. Paris, PUF, 1991, notamment p. 268 s. Que le CSP n'ait pas été une autorité exécutive, mais un organe de l'assemblée ne change rien au fait que l'on admet clairement que l'exécution des lois peut et doit être effectuée au moyen d'actes réglementaires.

8 Art. 152. - *Les ministres sont respectivement responsables, tant de l'inexécution des lois, que de l'inexécution des arrêtés du Directoire.*

9 VERFEAUX M., *op. cit.*, p. 405.

furent pris et nombre d'entre eux furent réellement des actes réglementaires'. L'aboutissement de cette évolution se trouve dans l'article 44 de la Constitution de l'an VIII :

Le gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution.

À nouveau, il faut justifier cet élargissement de la fonction exécutive et le seul moyen de le faire était de substituer, à l'opposition classique fonction législative/fonction exécutive, une division entre trois fonctions : la législation, le gouvernement, l'administration. C'est sous la convention thermidorienne que cette nouvelle formulation est proposée par plusieurs orateurs et non des moindres. C'est ainsi que Sieyès dans son grand discours du 2 thermidor an III déclare :

Je ne confonds point le pouvoir exécutif avec le gouvernement ; je regarde, au contraire, la division de ces deux pouvoirs, dans une République, comme une de ces vues qui appartient encore au progrès de la science... 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.

Il y a donc désormais une fonction gouvernementale et l'existence de cette fonction va justifier le maintien d'un exécutif dualiste, dès lors même que les causes mêmes de la création de cette structure avaient disparu.

II. LES CAUSES ORGANIQUES

Le dualisme du pouvoir exécutif est né sous la Constitution de 1791 de l'impossibilité de laisser un exécutif sans contrôle. Il s'est maintenu en raison de la nécessité de distinguer la délibération et l'exécution.

A. LE DUALISME DU POUVOIR EXÉCUTIF NÉ DE LA NÉCESSITÉ DE LA RESPONSABILITÉ

En 1791, l'équilibre de la Constitution consistait dans l'existence de deux autorités législatives partielles, le corps législatif et le roi. Chacune étant en mesure de s'opposer à l'autre, aucune loi despotique, pensait-on, ne pourrait jamais voir le jour. Mais le maintien de cet équilibre exigeait que le roi soit à l'abri de toute pression visant à le forcer à accorder son consentement à des lois qu'il désapprouverait. On le rend donc irresponsable et inviolable. Cependant, le roi est aussi autorité exécutive et les

constituants sont dès lors placés devant un dilemme : ou bien l'irresponsabilité du roi, prévue pour sa participation à la législation, s'étend à ses actes de la fonction exécutive ou bien elle est limitée à l'usage du veto. Dans les deux cas, on estime que le risque de despotisme est grand. Dans le premier, il pourra, à l'abri de son irresponsabilité, faire des actes qui n'auront d'exécutifs que le nom, mais qui seront en réalité de véritables lois. Il réunira alors entre ses mains le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Dans le second cas, le corps législatif pourra le poursuivre en apparence pour des actes d'exécution non conformes aux lois, mais s'il risque la condamnation, c'est son pouvoir législatif qui est en réalité me

nacé.

C'est pour sortir de ce dilemme qu'on institue des ministres qui contre signeront les actes du roi dans la fonction exécutive, mais seulement ceux-là, et qui en porteront la responsabilité. La solution est trouvée : le roi ne peut faire un acte d'exécution contraire aux lois, car les ministres refusent leur contreseing, de crainte d'être poursuivis. Les deux fonctions ne seront pas réunies entre les mêmes mains et l'irresponsabilité du roi peut continuer de jouer son rôle dans l'ordre législatif.

Mais dès lors que l'autorité exécutive n'a plus aucune part à la législation, comme c'est le cas après la chute de la monarchie, il semble qu'il n'y ait plus de raison de maintenir une structure dualiste et c'est bien la conséquence que tire le projet girondin. Il prévoit un Conseil exécutif composé de sept ministres responsables.

Pourtant, c'est précisément sur ce point que va porter l'attaque la plus vive des Montagnards.

B. LE DUALISME MAINTENU PAR LA NÉCESSITÉ DE DISTINGUER LA DÉLIBÉRATION ET L'ACTION

Ils critiquent l'unité du pouvoir exécutif sur plusieurs plans. Saint-Just notamment estime qu'elle énerve la responsabilité, puisque chaque ministre individuellement pourra rejeter la responsabilité de ses actes en prétendant qu'il n'a fait qu'exécuter des arrêtés pris collectivement, tandis que le Conseil n'est soumis à aucune responsabilité collective^{10 11}. D'un autre côté, on ne peut laisser l'exécution à l'action individuelle des ministres et, dès lors qu'il existe une marge d'appréciation, il faut une autorité capable de délibérer, de commander, puis de contrôler l'action. Saint-Just préconise donc de maintenir le dualisme, avec un conseil chargé de délibérer et des ministres qui doivent exécuter. C'est ce schéma qui sera réalisé, d'abord dans le gouvernement révolutionnaire, puis dans la Constitution de 1793¹², et qui sera reproduit dans la Constitution de l'an III, avec la distinction du Directoire et des ministres.

*

* *

On en arrive ainsi à concevoir une fonction gouvernementale pour regrouper les attributions non strictement exécutives du pouvoir exécutif, puis à distinguer au sein du pouvoir exécutif une autorité spécialement chargée de l'exercer, enfin - et ce sera l'étape finale qui commence en l'an VIII, mais qui trouve son aboutissement théorique chez Georges Burdeau - à parler d'une fonction gouvernementale pour désigner l'ensemble des fonctions susceptibles d'être exercées par le gouvernement. Si la Charte de 1814 emploie le terme de gouvernement dans son sens ancien,

10 Discours du 24 avril 1793, dans *Œuvres*, édit. Vellay, t. 1, p. 426.

11 DLTRAT J.-P., « Le "monstre acéphale" dans la Constitution de 1793 », ds. AA. W., *La Constitution du 24 juin 1793 - L'utopie dans le droit public français?*, Dijon, EUD, 1997, p. 242 s.

c'est pour des raisons proprement idéologiques : Louis XVIII devait prétendre que tout le gouvernement (*latissimo sensu*) était entre ses mains : le titre de la Charte, « Formes du gouvernement du roi », concerne aussi bien le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif au sens large.

Mais l'apparition du concept allait avoir des conséquences durables et devenir une source de confusion pour la compréhension de la séparation des pouvoirs. Si la fonction exécutive était subordonnée, il était évidemment absurde de parler d'un équilibre entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif. Mais cette absurdité cesse si l'on envisage les relations entre le pouvoir législatif et le gouvernement. Si l'on admet que ce gouvernement est aussi appelé « pouvoir exécutif », on comprend pourquoi la doctrine traditionnelle de la séparation des pouvoirs a pu se répandre au XIX^e siècle.