

L'arrêt *Markovic contre Italie* (CEDH, 14 décembre 2006) et la théorie française des actes de gouvernement

L'histoire des relations entre la jurisprudence et la doctrine en droit administratif français est celle d'un profond respect et d'une considération réciproques. Ainsi Jean Rivero, dans sa célèbre « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », constatait-il qu' « *il y eut peu d'épines mêlées aux fleurs des couronnes qu[e la doctrine] tressa [à la jurisprudence]* ¹ ».

Pourtant, parmi ces rares épines, il en est une qui a longtemps fortement opposé la doctrine et la jurisprudence administratives françaises : la théorie des actes de gouvernement.

L'acte de gouvernement, en effet, est un acte pris par une autorité publique mais dont le juge administratif refuse de connaître au motif de son incompétence radicale. L'injusticiabilité de ces actes a été dénoncée par la doctrine comme « *une anomalie choquante* ² ». Ainsi, selon le Professeur René Chapus, « *ce qui aujourd'hui (et depuis plus de quatre-vingts ans) porte le nom d'acte de gouvernement tombe sous le coup d'une réprobation quasi générale et presque instinctive. L'expression même d'acte de gouvernement emporte, dans la plupart des esprits, condamnation de ce qu'elle désigne* ³ ». Cependant, devant l'insistance du juge à constater son incompétence en présence de certains actes de la puissance publique, la doctrine a infléchi sa position et des voix se sont fait entendre pour reconnaître la pertinence

¹ RIVERO (Jean), « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Dalloz*, 1951, chron. XXIII, p. 99.

² A. de LAUBADÈRE, cité par CHAPUS (René), « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », in CHAPUS (René), *L'administration et son juge*, coll. Doctrine juridique, PUF, Paris, 1999, p. 85.

Pour Duez, les actes de gouvernement apparaissent comme « *des taches dans un régime de légalité généralisé et sanctionné* » (DUEZ (Paul), *Les actes de gouvernement*, Dalloz, Paris, 2006 (1^{ère} éd., Sirey, Paris, 1935), p. 26).

Maxime Mignon condamnait « *un illogisme et un anachronisme dont le substratum juridique cache difficilement un opportunisme qui n'est plus de mise* » (MIGNON (Maxime), « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement : progrès nécessaire du concept de légalité », *Revue Administrative*, 1951, p. 31 ; v. aussi, « Une emprise nouvelle du principe de légalité : Les actes de gouvernement », *Dalloz*, 1951, chron. p. 53).

Plus récemment, le Professeur Fabrice Melleray a qualifié cette théorie d' « *entorse au principe de la soumission de la puissance publique au droit* » (préface à DUEZ (Paul), *op. cit.*, p. vi).

³ CHAPUS (René), *op. cit.*, p. 76.

des conclusions du juge⁴, et légitimer, si ce n'est louer⁵, la réserve du juge à l'égard du pouvoir politique. De même, si les auteurs ont longtemps annoncé la disparition prochaine de la théorie des actes de gouvernement⁶, force est de constater qu'elle survit⁷, voire, dans certains domaines, s'épanouit⁸.

Doit-on pour autant, comme l'a fait Michel Virally, accepter cette théorie et tout faire pour la justifier juridiquement ? Le rôle de la doctrine est-il seulement de tenter de comprendre et de construire, à partir des solutions jurisprudentielles, un édifice cohérent ? N'est-il pas également, parfois, de guider le juge dans les choix qu'il opère ? La jurisprudence ne saurait complètement se détacher de ce qui constitue l'ensemble de l'ordre juridique. Notamment, elle ne saurait oublier les valeurs qui dominent cet ordre et elle doit agir en cohérence avec celles-ci. Or, parmi les valeurs fondamentales qui imprègnent les ordres juridiques des sociétés démocratiques

⁴ V. notamment, CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, Dalloz, Paris, 2004 (1^{ère} éd., Sirey, Paris, 1920), p. 524 : « L'intérêt de l'Etat exige donc qu'il y ait, dans la fonction dont est investie l'autorité administrative, un domaine de libre activité » ; CELIER, concl. sur C.E., 28 mars 1947, *Gombert*, Sirey, 1947, III.49 ; CHAPUS (René), *op. cit.* ; VIRALLY (Michel), « L'introuvable acte de gouvernement », *R.D.P.*, 1952, p. 317 à 358 ; CAPITANT (René), « De la nature des actes de gouvernement », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 99 à 115.

V. aussi CHALVIDAN (Pierre-Henri), « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA*, 1982, p. 4 à 19 ; MELLERAY (Fabrice), L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *RFDA*, sept-oct 2001, p. 1090, note 43.

⁵ V. en particulier SERRAND (Pierre), « L'irréductible acte de gouvernement », Dalloz, 2000, jur., p. 340 : « Par conséquent, nous approuvons l'attitude du Conseil d'Etat qui, par l'arrêt Mme Ba, n'a fait que respecter avec sagesse la limite qui sépare le droit de la politique » ; et sa thèse, *L'acte de gouvernement : contribution à la théorie des fonctions de l'Etat*, Paris II, 1996. Aussi CHAPUS, *op. cit.*, p. 79 : « l'existence des actes de gouvernement nous paraît si légitime et normale que nous dirions volontiers que s'ils sont hors-la-loi, ils le sont à bon droit ».

⁶ Par exemple, il est frappant de constater que Raymond Odent, dans son cours de contentieux administratif, parlait au passé de la théorie des actes de gouvernement qui, selon lui, représentait « une exception qui fut très importante mais qui s'est progressivement amenuisée au point d'avoir à peu près disparu » (ODENT (Raymond), *Contentieux administratif*, fasc. I, Les cours de droit, Paris, 1978, p. 391).

V. aussi WALINE (Marcel), *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 6^e éd., 1951, p. 108 : « Il est incontestable que telle la peau de chagrin, la liste des actes de gouvernement se rétrécit grâce au libéralisme croissant de la jurisprudence » ; VENEZIA (Jean-Claude), « Eloge de l'acte de gouvernement », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 724 : « Simplement, en termes de tendance, nous estimons que l'acte de gouvernement est en voie de se raréfier ».

⁷ La tendance générale est de dire que « le domaine d'application de l'acte de gouvernement rétrécit sans disparaître » (MOREAU (Jacques), « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », in *L'internationalisation du droit, mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 298). V. dans le même sens, AUVRET-FINCK (Josiane), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *R.D.P.*, 1995, n°1, p. 147 : « Tant la soumission accrue des actes de gouvernement au droit que leur amenuisement mettent en évidence l'existence d'un noyau irréductible d'actes bénéficiant d'une totale immunité de juridiction ».

⁸ SERRAND, th. préc., p. 377-378 ; et concl. F. Salat-Baroux sur CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, *RFDA* 1999, p. 573 : « Pour être clair, l'extension du champ des actes de gouvernement au-delà de son champ traditionnel nous semble inéluctable en raison des particularités des institutions et du mode de fonctionnement de la Ve République » (cité par MELLERAY, *op. cit.*, p. 1091, note 62).

contemporaines, il en est une qui semble en contradiction totale avec la théorie des actes de gouvernement : c'est celle de la poursuite d'un Etat de droit complet.

En effet, « *dans l'Etat de droit authentique, aucun acte juridique, quelle que soit la catégorie à laquelle il se trouve appartenir, ne devrait échapper au contrôle juridictionnel (...). Aucune autorité publique instituée, même la plus haute, ne saurait être située ni se mouvoir en dehors de la sphère du droit*⁹ ». L'immunité juridictionnelle accordée aux actes de gouvernement apparaît donc comme une faille dans la construction d'un Etat de droit posé en objectif de l'Etat démocratique¹⁰.

Plus encore, et au-delà de la contradiction avec la valeur de l'Etat de droit, la théorie des actes de gouvernement peut « choquer » dans la mesure où elle porte directement atteinte à un droit subjectif de l'individu : le droit à un juge¹¹. En effet, l'irrecevabilité abrupte et sans appel à laquelle donne lieu la qualification d'un acte de la puissance publique comme acte de gouvernement apparaît immédiatement comme une forme de déni de justice¹². Sous cet angle particulier, la théorie des actes de gouvernement semblait devoir être battue en brèche par l'introduction, dans les ordres juridiques nationaux européens, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. En effet, celle-ci, en son article 6§1, dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...)* ». De même, son article 13 consacre le droit à un recours effectif. Ces dispositions auraient pu être interprétées comme interdisant toute immunité juridictionnelle s'étendant à une catégorie d'actes.

Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme n'était jamais allée jusqu'à condamner la théorie des actes de gouvernement. On sait, par ailleurs, qu'elle a tendance à adopter une attitude relativement souple à l'égard des questions jugées par les Etats comme les plus sensibles, notamment lorsqu'il est question de préserver la souveraineté de l'Etat en cause. Ainsi, pour M. Ronny Abraham, « *aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre de manière générale l'existence d'un droit de recours des particuliers*

⁹ GOYARD (Claude), « Etat de droit et démocratie », *in Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 303.

¹⁰ CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat de droit*, coll. Clefs, Politique, Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2003, p. 79.

¹¹ TERNEYRE (Philippe), « Le droit constitutionnel au juge », *L.P.A.*, 4 décembre 1991, p. 4 à 14.

¹² FAVOREU (Louis), *Du déni de justice en droit public français*, coll. Bibliothèque de droit public, t. LXI, LGDJ, Paris, 1964, p. 169s.

*contre les actes de l'administration*¹³». C'est donc sans surprise véritable que la Cour de Strasbourg, dans une affaire ayant trait à l'une des fonctions les plus emblématiques de la souveraineté de l'Etat, c'est-à-dire la guerre, a admis que l'application par le juge national de la théorie des actes de gouvernement ne violait pas l'article 6§1 de la Convention et le droit à un procès équitable¹⁴. C'est donc, de façon explicite¹⁵, depuis l'arrêt *Markovic contre Italie*, rendu en Grande chambre le 14 décembre 2006, que la Cour de Strasbourg a, en quelque sorte, délivré à la théorie des actes de gouvernement un certificat de conformité aux droits fondamentaux.

Au départ de cette affaire se trouve la décision prise par les autorités italiennes de prendre part aux opérations lancées par l'OTAN en 1999 contre l'ex-République fédérale de Yougoslavie, dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler « la guerre du Kosovo », notamment en autorisant le décollage des avions destinés aux bombardements aériens, depuis son territoire. Or le 23 avril 1999, ces frappes aériennes provoquèrent la destruction d'un immeuble de la Radio-Televizije Srbije (RTS) à Belgrade, causant la mort des proches et parents des requérants. Sur le fondement de l'article 2043 du Code civil italien, ces derniers saisirent le tribunal de Rome d'une demande en indemnisation dirigée contre l'Etat italien. En effet, cette disposition définit de manière très large la responsabilité civile. De plus, au soutien de leur requête, ils invoquaient les termes de l'article 6 du code pénal italien, qui, selon eux, justifiaient la compétence du juge italien en ce qu'il y est disposé que « *le délit est considéré comme commis sur le territoire de l'Etat quand l'action ou l'omission qui est à son origine y est survenue, entièrement ou en partie (...)* ». Enfin, ils invoquaient également des textes de droit international, notamment le Protocole

¹³ ABRAHAM (Ronny), « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *R.F.D.A.*, 1990, p. 1054. V. aussi RAUX (Cédric), « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Etude à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat de France, Comité contre la guerre en Irak, du 30 décembre 2003 », *R.T.D.H.*, 2005, n°63, p. 864. Il faut cependant noter que dans l'espèce *Markovic*, l'article 6§1 a bien été déclaré applicable par la Cour : il existait donc bien un droit de caractère civil à défendre.

¹⁴ L'article 13 de la Convention n'a pas été invoqué, probablement en raison du fait que les mêmes événements, dans l'affaire *Bankovic et autres contre Belgique et seize autres pays contractants* (12 décembre 2001, Grande chambre), où était invoqué l'article 13 en connexion avec le droit à la vie de l'article 2 et la liberté d'expression de l'article 10, ont donné lieu à une irrecevabilité de la requête, les faits n'ayant pas été commis sous la juridiction des Etats concernés.

¹⁵ De façon implicite, comme le révèle la rédaction des opinions dissidentes des juges Pettiti et Foighel, la préservation des choix politiques représentés par un acte de gouvernement était déjà une préoccupation de la Cour dans l'arrêt *Balmer-Schafroth et autres contre Suisse*, du 26 août 1997.

n°1 du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, en particulier (art. 51), la protection de la population civile.

Mais avant que cette requête n'ait pu être examinée au fond par le tribunal de Rome, la Cour de cassation italienne, sur demande de la Présidence du Conseil et du ministère de la Défense, statua en Assemblée plénière sur le défaut de juridiction des juges italiens et donc déclara la requête irrecevable pour défaut de compétence. Dans cette décision du 8 février 2002 (n°8157), elle indique que « *Le choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement (...). Par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée* ¹⁶ ».

La question posée à la Cour de Strasbourg était donc de savoir, une fois constatée l'applicabilité à l'espèce de l'article 6§1, si l'immunité accordée par le droit italien aux actes de gouvernement constituait une immunité interdite par la Convention, ou si au contraire elle entrait dans le cadre des limitations admissibles au droit à un procès équitable, qui n'est pas un droit absolu. A cette question, la Cour répond que « *l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne* ¹⁷ ». Elle constate donc à dix voix contre sept que l'article 6§1 n'a pas fait l'objet d'une violation par l'Etat italien.

Cette décision est lourde de conséquences. Elle valide une théorie que beaucoup pourtant vouaient à la disparition dans le mouvement de parachèvement de l'Etat de droit. Elle ferme une porte par laquelle la soumission de la puissance publique au droit, et la sauvegarde des droits fondamentaux contre l'arbitraire de la raison d'Etat¹⁸ auraient pu s'introduire dans nos ordres juridiques et en parachever l'édifice libéral. Mais ce qui surprend peut-être plus que la conclusion de la Cour elle-même, laquelle, finalement, n'est que très raisonnable étant donné le caractère peu opportun d'une intervention du juge dans une matière où la décision politique est si importante, c'est le raisonnement suivi par la Cour. Des doutes, en effet, surviennent lorsque l'on réexamine un à un les points de l'argumentation, de l'existence d'un droit défendable au titre de l'article 6§1 (I), à celle de l'existence d'une véritable immunité

¹⁶ Cité dans l'arrêt *Markovic*, par. 18.

¹⁷ Arrêt *Markovic*, par. 114.

¹⁸ V. GROS (A.), *Survivance de la raison d'Etat*, th. Paris, Dalloz, 1932.

au profit des actes de gouvernement (II). Une autre voie, plus juridiquement acceptable, était, nous semble-t-il, ouverte aux juges pour respecter tout à la fois la rigueur de la logique juridique et la nécessaire marge de manœuvre politique des Etats nationaux (III).

I L'existence d'un droit juridiquement défendable au titre de l'article 6§1 de la Convention

Selon la Cour de Strasbourg, l'applicabilité de l'article 6§1 en l'espèce résulte de l'absence de précédent jurisprudentiel portant sur la même question. Les requérants disposaient donc d'un droit au moins défendable reconnu par le droit interne¹⁹. C'est là reconnaître implicitement, mais nécessairement, que les actes de gouvernement ne se distinguent pas, *prima facie*, des autres actes de la puissance publique et engageant, au moins de façon soutenable, la responsabilité de l'Etat (A). Ils ne relèvent pas d'une autre fonction juridique que celle normalement soumise au contrôle du juge (B).

A/ Des actes formellement juridiques

A l'origine, le critère de reconnaissance d'un acte de gouvernement était sa détermination par un objectif de nature politique²⁰. Condamnée de manière unanime par la doctrine²¹, cette théorie dite du mobile politique a été abandonnée par le Conseil d'Etat²². D'autres fondements de l'acte de gouvernement furent alors recherchés. En particulier, certains auteurs affirmèrent que la nature même des actes de gouvernement les soustrayait à tout contrôle de la part d'un juge, qui plus est un

¹⁹ Par. 100-102.

²⁰ CE 1^{er} mai 1822, *Lafitte*, *Rec.* 1821-1825, p. 202 ; CE 18 juin 1852, *princes d'Orléans*, *Sirey* 1852, 2, 307 ; CE 9 mai 1867, *duc d'Aumale*, *Sirey* 1867, 2, 124.

²¹ Selon le Professeur Chapus, seul l'acte de gouvernement justifié par la théorie du mobile politique constituait un « *monstre d'arbitraire* » ; l'acte de gouvernement justifié par une vision renouvelée des fonctions de l'Etat n'est donc plus qu' « *une victime, injustement chargée de péchés qui ne sont pas les siens* » (CHAPUS, *op. cit.*, p. 86). Pour Raymond Odent, la théorie du mobile politique revenait à « *ériger l'arbitraire politique en une cause d'irrecevabilité* » (*Contentieux administratif, op. cit.*, p. 394).

²² CE 19 février 1875, prince Napoléon, *Rec.* p. 156 ; LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ, GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 15^eéd., 2005, p. 16 à 26.

juge issu de l'administration et dont la supervision n'était tolérée que parce qu'elle restait limitée²³.

Pourtant, rien ne distingue, formellement, un acte de gouvernement d'un acte administratif ordinaire.

Tout d'abord, l'acte de gouvernement est un acte juridique, par opposition à un fait matériel. Il consiste en une manifestation de volonté destinée à produire des effets dans l'ordonnement juridique. Il résulte toujours d'une décision prise par une autorité publique²⁴. Le Professeur Chapus, tout en étant favorable à la théorie des actes de gouvernement, le reconnaît volontiers : l'acte de gouvernement est un « *acte d'une autorité exécutive française* »²⁵. Il n'est ni un acte parlementaire, ni un acte d'une autorité étrangère, ni un traité²⁶.

Comme tout acte juridique, ensuite, il produit des effets sur l'ordonnement juridique. Il est créateur d'une norme, qu'il s'agisse de décider de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution²⁷, de nommer un membre du Conseil constitutionnel²⁸, de dissoudre l'Assemblée nationale²⁹, de suspendre l'exécution d'un traité³⁰, ou d'accorder à un ressortissant la protection diplomatique³¹. En cela, l'acte de gouvernement est un acte décisive, donc faisant grief³². Or « *ce caractère décisive est la condition posée par le juge administratif à la recevabilité du recours* »³³.

²³ HAURIOU (Maurice), note sous CE 30 juin 1893, *Gugel*, *Sirey* 1895, II.42, et sa célèbre théorie de « *la part du feu* ».

²⁴ Selon Pierre Delvolvé, l'acte administratif se définit comme un acte juridique unilatéral émanant d'une autorité administrative et affectant l'ordonnement juridique (DELVOLVÉ (Pierre), *L'acte administratif*, coll. Droit public, Sirey, Paris, 1983).

²⁵ CHAPUS, *op. cit.*, p. 80.

²⁶ M. le Professeur Chapus s'inscrit donc en faux contre la théorie dite de l'acte mixte, développée par le commissaire du gouvernement Celier sur l'arrêt CE 28 mars 1947, *Gombert*, S. 1947.III.49, que nous aborderons infra.

²⁷ CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, *Rec.* 143.

Pour une vue plus complète des différents actes reconnus par le juge comme actes de gouvernement, v., parmi de nombreux recensements, LONG, WEIL ..., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 19s. ; AUVRET-FINCK, *op. cit.*, p. 132 s. ; BINCZAK (Pascal) et FRIER (Pierre-Laurent), *Actes de gouvernement*, Rép. Cont. Adm. Dalloz, avril 2006 ; SERRAND (Pierre), th. préc.

²⁸ CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Rec.* 124.

²⁹ CE 20 février 1989, *Allain*, *Rec.* 60.

³⁰ CE Ass. 18 décembre 1992, *Mhamedi*, *Rec.* 446.

³¹ CE 2 mars 1966, *Dame Cramencel*, *Rec.* 157 ; TC 2 décembre 1991, *C.O.F.A.C.E.*, *Rec.* 478.

³² Les professeurs Rouyère et Brisson associent en effet la capacité à faire grief à la nature décisive de l'acte, BRISSON (Jean-François) et ROUYÈRE (Aude), *Droit administratif*, coll. Pages d'amphi, Montchrestien, Paris, 2004, p. 157.

³³ BRISSON et ROUYÈRE, *op. cit.*, p. 156.

Formellement, comme tout acte administratif, l'acte de gouvernement se manifeste soit dans un acte écrit explicite (par exemple, le décret de promulgation d'une loi³⁴), soit dans une décision implicite (par exemple, le refus de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi votée et non encore promulguée³⁵).

L'acte de gouvernement est donc un acte juridique, et au moins en apparence, un acte administratif. Reste à savoir si son contenu ne fait pas de lui un acte différent et par là-même soustrait légitimement au contrôle du juge³⁶.

B/ Des actes relevant de la compétence exécutive.

Parmi les justifications à la théorie de l'acte de gouvernement figure celle tirée de ce que les actes de gouvernement relèveraient d'une fonction de l'Etat différente de la fonction administrative dont le juge peut seule connaître. Ainsi, à côté de l'activité administrative de l'exécutif, il existerait une autre fonction, fonction gouvernementale, dont les actes échapperaient au juge administratif en vertu de ce que « *le juge administratif n'est que le juge de l'administration et (...) ne peut connaître d'actes ou d'activités extérieures à l'administration* »³⁷.

C'est Laferrière qui, le premier, a donné de cette distinction une définition : selon lui, « *Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société tout entière, veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'Etat avec des puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure* »³⁸. Rappelant la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, abandonnée depuis longtemps par la jurisprudence, le *criterium* de différenciation des actes de gouvernement et des actes d'administration, tel qu'énoncé, paraît bien difficile à mettre en œuvre objectivement. La considération de la nature politique de l'acte et de ses motivations n'est pas très loin.

³⁴ CE 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec. 993.

³⁵ CE ord. 7 novembre 2001, *Tabaka*, Rec. 789.

³⁶ Pour Paul Duez, « *les actes de gouvernement soustraits à l'emprise du juge n'ont pas un contenu juridique différent des actes soumis au contrôle juridictionnel. L'acte qualifié acte de gouvernement ne répugne pas par sa nature juridique à ce contrôle* » (DUEZ, *Les actes de gouvernement*, op. cit., p. 23).

³⁷ CHAPUS, op. cit., p. 86.

³⁸ LAFERRIÈRE (Edouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, Paris, 2^e éd., 1896, p. 32, cité par CHALVIDAN, « Doctrine et acte de gouvernement », préc., p. 8 ; et par ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 394.

Raymond Carré de Malberg, et à sa suite le Professeur René Capitant, ont adopté un critère différent. Pour Carré de Malberg, « *la fonction administrative se caractérise et doit être définie par sa subordination à la loi*³⁹ ». Ainsi, « *toutes les fois que l'autorité administrative agit en vertu de pouvoirs légaux, il n'existe aucune raison, quelque larges et discrétionnaires que soient ces pouvoirs, de faire intervenir la notion d'acte de gouvernement*⁴⁰ ». Au contraire, lorsque les autorités exécutives agissent sur le fondement d'une habilitation directe de la Constitution, elles se trouvent placées dans le domaine de l'action gouvernementale et leurs actes échappent au contentieux strictement administratif⁴¹.

C'est une telle conception qu'a retenue la Cour de Cassation italienne dans l'affaire *Markovic*. Ainsi, dans sa décision du 8 février 2002, par laquelle elle constatait le défaut de juridiction du juge italien, elle énonçait que « *le choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement. Ce sont des actes qui constituent la manifestation d'une fonction politique, et leur attribution à un organe constitutionnel est prévue dans la Constitution : fonction qui de par sa nature est telle que l'on ne peut faire valoir, par rapport à celle-ci, une situation d'intérêt protégé, de sorte que les actes par lesquels elle se manifeste ont ou n'ont pas un contenu déterminé (...)*⁴² ».

Il existerait donc deux fonctions, l'une administrative, l'autre gouvernementale⁴³, dont seraient simultanément chargées les mêmes autorités agissant par la voie d'actes juridiques de forme identique. René Capitant, pourtant, rejettera cette thèse que Charles Eisenmann nomme « *quadrialiste* ». En effet, selon

³⁹ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., p. 523.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 526.

⁴¹ Dans une version à peine différente, René Capitant considère que les actes de gouvernement « *ne sont pas des actes administratifs parce qu'ils ne sont pas accomplis en vue d'assurer l'exécution des lois, mission essentielle du pouvoir administratif* » (CAPITANT, « De la nature des actes de gouvernement », *préc.*, p. 111). A quoi l'on peut aisément répondre que les règlements dits autonomes de l'article 37 de la Constitution de 1958 ne sont précisément pas pris en vue de l'exécution des lois, mais n'en restent pas moins des actes administratifs soumis au contrôle juridictionnel du juge administratif (CE Sect. 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs-conseils*, Rec. 394). Prenant en compte cette objection, René Capitant la rejette en considérant que ces actes restent néanmoins soumis au principe de légalité. Mais c'est là prendre le régime de l'acte pour son critère : dire que les actes de gouvernement sont ceux des actes de l'exécutif qui échappent au principe de légalité ne nous aide pas à déterminer objectivement et préalablement quels sont les actes qui précisément doivent y échapper.

⁴² Arrêt CEDH *Markovic contre Italie*, par. 18.

⁴³ Denys de Béchillon a démontré l'existence, au sein des fonctions normatives de l'Etat, d'une fonction diplomatique exercée par le gouvernement. Mais celle-ci ne saurait justifier, dans le meilleur des cas, qu'une partie seulement des actes de gouvernement. BÉCHILLON (Denys de), *Hiérarchie des normes et hiérarchies des fonctions normatives de l'Etat*, coll. Droit public positif, Economica, Paris, 1996.

l'éminent auteur, une telle fonction gouvernementale, fonction d'orientation et de direction, devrait soit être répartie entre les trois fonctions classiques de l'Etat, législative, exécutive et juridictionnelle, car elle est applicable à ces trois types d'activités, soit, si elle est confiée à un seul de ces principaux organes constitutionnels, elle « *aboutirait à mettre à la tête de l'Etat une sorte de dictature incompatible avec toute forme de séparation des pouvoirs* ⁴⁴ ».

René Capitant considère dès lors que l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement se justifie par le fait, non pas qu'ils relèvent d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative, mais directement de la fonction législative elle-même. Ce sont les actes par lesquels l'exécutif prend part à la fonction d'édiction de la loi, qu'il s'agisse des actes relatifs aux rapports du gouvernement avec le Parlement, des actes diplomatiques ou du décret de grâce. Mais il est permis de s'interroger : en quoi, par exemple, la dissolution du Parlement fait-elle participer le Président de la République à l'édiction de la loi ? Il s'agit là d'un acte qui relève des rapports entre organes constitutionnels, fortement lié à des préoccupations d'ordre politique, mais qui ne s'inscrit à aucun moment dans un processus de législation à proprement parler. Ou encore, dans le domaine diplomatique, il est difficile de rattacher l'ensemble de ces actes à un traité : par exemple, le refus des autorités diplomatiques ou consulaires d'appuyer des réclamations présentées par des ressortissants français lésés auprès des gouvernements étrangers, qu'il y ait simple abstention ou diligence insuffisante, ne constitue pas un acte entrant dans le processus de conclusion d'une convention internationale. Rejetant la conception extensive de l'acte administratif adoptée par les détracteurs de l'acte de gouvernement⁴⁵, René Capitant fait preuve, au contraire, d'une conception extensive de la notion de législation.

En outre, le rattachement des actes de gouvernement à la fonction législative, même si on l'acceptait, ne pourrait pas justifier l'immunité totale de juridiction dont ils bénéficient devant le juge administratif. En effet, qualifier un acte d'acte de gouvernement revient à le préserver de tout contentieux, qu'il s'agisse de l'examen de sa légalité comme de la reconnaissance de son caractère éventuellement dommageable au titre de la responsabilité de l'Etat. Or, ni la loi, ni les traités ne

⁴⁴ CAPITANT, préc., p. 110.

⁴⁵ « *La doctrine professe de l'acte administratif une définition large, trop large, qui ne correspond ni à la réalité des choses, ni à la jurisprudence* » (CAPITANT, préc., p. 106).

bénéficient d'une telle immunité. En effet, depuis les arrêts du Conseil d'Etat *Société La Fleurette* de 1938⁴⁶ et *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* de 1966⁴⁷, la loi, comme les conventions internationales, peuvent donner lieu à la responsabilité de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques en cas de préjudice anormal, grave et spécial.

Une autre preuve de ce que la nature juridique des actes de gouvernement ne répugne pas, par elle-même, au contrôle juridictionnel, est que la jurisprudence a pu, dans certains cas, revirer⁴⁸, ou ne pas respecter ses propres critères⁴⁹. On observe également que les commissaires du gouvernement, dans leurs conclusions, contraints de prendre en compte l'hypothèse selon laquelle le juge ne reconnaîtrait pas un acte de gouvernement, opèrent sans difficulté un contrôle de la légalité tant externe qu'interne de ces actes⁵⁰.

Enfin, le Tribunal des Conflits a affirmé, dans une décision *Vincent* du 15 février 1890⁵¹ que l'acte de gouvernement ne saurait en aucun cas servir de couverture à une illégalité flagrante. Un acte de gouvernement n'est donc injusticiable qu'autant qu'il n'est pas manifestement illégal : c'est là porter un jugement sur le fond, proche du contrôle de l'erreur manifeste, en vue de rejeter au titre de l'irrecevabilité.

L'ensemble de ces éléments nous conduit à conclure que l'acte de gouvernement ne se présente point, sur le fond comme sur la forme, comme un acte

⁴⁶ CE Ass. 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. 25.

⁴⁷ CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. 257.

⁴⁸ Par exemple, c'est par l'arrêt d'Assemblée du 28 mai 1937, *Decerf* (Rec. 534), que le Conseil d'Etat retira de la catégorie des actes de gouvernement les décrets accordant l'extradition. Depuis l'arrêt d'Assemblée du 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong* (Rec. 267), il en est de même pour les décrets la refusant.

⁴⁹ Olivier Cayla cite ici le cas étonnant des conclusions du commissaire du gouvernement Scanvic sur l'arrêt CE 14 mai 1993, *Ministre de la coopération contre M. Bonn* : « La circonstance que l'ensemble de cette affaire vous conduise à vous pencher tant sur les stipulations de l'accord franco-congolais que sur le comportement du Zaïre et d'une certaine manière sur la façon dont la France a mené ses relations avec cet Etat, ne nous semble pas devoir vous conduire à voir dans la décision attaquée un acte de gouvernement » (CAYLA (Olivier), « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *R.F.D.A.*, 1994, p. 18). Ces conclusions ont été suivies en l'espèce.

⁵⁰ V. par exemple les conclusions Sanson sur CE Ass. 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, *R.D.P.*, 1996, p. 256 à 283.

⁵¹ Rec. C.E., p. 183. Cité par AUVRET-FINCK, préc., p. 142-143 ; et par MIGNON, « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement : progrès nécessaire du concept de légalité », *Revue Administrative*, 1951, p. 44.

différent des autres actes administratifs que contrôle le juge⁵². La seule différence tient au contexte politique qui entoure l'acte et justifie dans une certaine mesure la réserve du juge. Il existe donc bien un droit à défendre pour les requérants. Mais ce droit n'est pas absolu, ainsi que le prévoit l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Des limitations restent possibles de la part de l'Etat.

II L'existence de limitations au droit à un procès équitable.

Le droit d'accès au juge constitue un élément inhérent au droit à un procès équitable tel que prévu par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵³. Cependant, ce droit n'est pas sans limitations⁵⁴. « *Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ⁵⁵ ». Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'Homme, selon une jurisprudence constante, considère que le fait « *qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6§1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge* ⁵⁶ ». En l'espèce, c'est, contrairement à ce qu'affirme la Cour, une telle immunité qui prévaut pour les actes de gouvernement (A). En outre, il s'agit d'une immunité générale et absolue (B).

⁵² FAVOREU (Louis), *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 170 s., spéc. p. 232 s. : « *Sous-Section 2 : L'explication proposée : les actes dits de gouvernement, actes justiciables par nature, injusticiables par accident* ». Aussi, du même auteur, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 611 : « *On constate, en réalité, pour peu que l'on connaisse les systèmes de justice constitutionnelle des pays voisins, que la « nature » des actes considérés ne fait nullement obstacle à leur justiciabilité* ».

⁵³ CEDH, aff. *Golder contre Royaume-Uni*, 21 février 1975, par. 35 s.

⁵⁴ CEDH, aff. *Ashingdane contre Royaume-Uni*, 28 mai 1985, par. 57.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ CEDH, arrêt *Markovic*, par. 97 ; CEDH, aff. *Fayed contre Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, par. 65

A/ Une immunité procédurale.

Dans l'arrêt *Markovic contre Italie*, la Cour a considéré que l'irrecevabilité opposée aux requêtes dirigées contre les actes de gouvernement ne constituait pas une immunité mais découlait des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne⁵⁷. Ce faisant, elle distingue l'espèce du cas de l'affaire *Ashingdane*, qui présentait pourtant de frappantes similitudes. En effet, dans l'affaire *Ashingdane contre Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le fait, pour un requérant, d'avoir accès à un tribunal uniquement pour entendre déclarer son action irrecevable ne satisfaisait pas nécessairement aux impératifs de l'article 6 de la Convention⁵⁸. L'irrecevabilité constitue donc une barrière procédurale limitant le droit d'accès au tribunal garanti par la Convention.

L'argument du gouvernement italien dans l'affaire *Markovic*, selon lequel la théorie des actes de gouvernement ne crée pas d'obstacle procédural au droit d'accès au juge car il s'oppose *in limine* à l'action contre l'Etat, semble bien faible⁵⁹. L'irrecevabilité est bien une question de procédure. S'il s'était réellement agi de définir la portée du droit matériel des requérants, c'est sur le fond que la requête aurait dû être rejetée. Le fait que le résultat final soit concrètement le même ne change rien à ce que, en droit, irrecevabilité et rejet au fond soient complètement différents.

Si l'irrecevabilité est bien une barrière procédurale, il convient pour la Cour de vérifier qu'une telle limitation poursuit un but légitime et assure un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁶⁰. Quant au but légitime d'une telle limitation, le gouvernement défendeur invoque l'Etat de droit et le principe de séparation des pouvoirs.

L'Etat de droit, on l'a vu, ne saurait justifier une irrecevabilité. Bien au contraire, il tend à ce que tous les actes juridiques soient potentiellement soumis à un contrôle juridictionnel et à ce que soit assurée leur conformité aux normes et valeurs supérieures.

⁵⁷ Arrêt *Markovic*, par. 114.

⁵⁸ Arrêt *Ashingdane*, préc., par. 56-57. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire de placement en hôpital psychiatrique et de refus de transfert. La requête a été jugée irrecevable par le juge britannique, mais la Cour a constaté que la requête, différemment fondée, aurait été accueillie. La limitation ne portait donc pas atteinte à la substance du droit et n'était pas disproportionnée.

⁵⁹ Arrêt *Markovic*, par. 78.

⁶⁰ Arrêt *Fayed*, préc., par. 65.

Le principe de séparation des pouvoirs apparaît sur ce point bien plus pertinent. Que le juge ne s'immisce pas dans les décisions prises par les autres organes constitutionnels dans l'exercice de leurs fonctions propres est un principe accepté et admis dans les démocraties libérales contemporaines. Mais, étrangement, le gouvernement italien en vient à se contredire en affirmant que les actes de gouvernement sont des « *actes "politiques" qui concernent l'Etat dans son unité, par rapport à laquelle le pouvoir judiciaire ne peut être considéré comme une "tierce personne"* ⁶¹ ». La loi constituerait un tel acte. Quant aux actes de guerre, le pouvoir judiciaire, « *par définition dépourvu de légitimité démocratique* ⁶² », ne saurait en connaître. Il est très étonnant, alors que les progrès du constitutionnalisme au cours du siècle écoulé ont été si grands, de voir soutenir à nouveau la thèse légicentriste de la souveraineté de la loi, pour justifier la souveraineté d'actes de l'exécutif, même contre la loi, la constitution et le droit international.

Si le but poursuivi, à savoir éviter le tant redouté « gouvernement des juges » en laissant aux autorités démocratiquement désignées le soin d'assumer la responsabilité politique de certaines décisions engageant l'Etat, apparaît légitime, il semble néanmoins que les moyens employés, du fait du caractère général et absolu de l'interdiction, soient quelque peu disproportionnés.

B/ Une limitation générale et absolue.

L'irrecevabilité opposée aux requêtes dirigées contre des actes de gouvernement est fondée sur l'incompétence du juge. Après quelques hésitations de la jurisprudence, qui s'appuyait parfois sur la nature de l'acte, le Conseil d'Etat a admis, dans l'arrêt *GISTI et MRAP*, du 23 septembre 1992⁶³, qu'il s'agissait bien d'une incompétence du juge administratif⁶⁴. Cette distinction n'est pas procéduralement neutre. Ainsi, le juge statuant seul peut rejeter des requêtes pour irrecevabilité manifeste mais pas pour incompétence manifeste⁶⁵. Surtout, incompétence et irrecevabilité, n'ayant pas le même objet, n'ont pas la même signification. L'irrecevabilité affecte la requête elle-même, sa capacité à donner lieu à une décision juridictionnelle. L'incompétence, suivant Olivier Cayla, « *disqualifie en*

⁶¹ Arrêt *Markovic*, par. 80.

⁶² *Ibid.*, par. 81.

⁶³ CE 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Rec. 346 ; AJDA 1992, p. 752, concl. D. Kessler.

⁶⁴ SERRAND, art. préc., p. 337 ; CAYLA, art. préc., p. 14 à 17.

⁶⁵ CE avis 29 novembre 1991, *M. Landrée*, RFDA 1993, p. 760, concl. H. Legal, cité par CAYLA, art. préc., p. 15.

effet les actes qui n'apparaissent pas comme imputables à l'administration et qui, de ce fait, ne sont pas justiciables devant le juge administratif, uniquement parce qu'il est le juge de l'administration. Ce qui ne signifie pas que ces actes ne sont pas contestables du tout, au contraire : la déclaration d'incompétence "est un signe au requérant qu'il peut s'adresser ailleurs" ⁶⁶ ».

Cet ailleurs, ce pourrait être, comme l'a soutenu le Doyen Favoreu, un juge constitutionnel⁶⁷. Cette thèse trouve principalement à s'appliquer aux actes de gouvernement concernant les rapports entre le gouvernement et le Parlement, ou plus généralement, entre les organes constitutionnels. Ainsi, selon Elise Carpentier, « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable ⁶⁸ ». Il constitue en effet un « acte constitutionnel institutionnel » qui, s'il est injusticiable devant le juge ordinaire, pourrait trouver, devant un juge constitutionnel chargé des litiges afférant aux relations entre les pouvoirs constitutionnels, un juge compétent. Ces actes de gouvernement n'échappent donc au principe de légalité que pour des raisons contingentes, qui tiennent, en France, à la faible étendue du domaine de compétence de notre juge constitutionnel, dont les compétences d'attribution ne concernent pas de manière générale les relations entre les organes constitutionnels, comme ce peut être le cas en Allemagne, par exemple⁶⁹.

Pourtant, ce n'est pas simplement l'incompétence particulière du juge administratif qui est affirmée par la théorie des actes de gouvernement, c'est bien la compétence de *tout* juge. Ainsi, la Cour de cassation italienne l'a affirmé très nettement dans l'affaire Markovic : « *par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée* ⁷⁰ ». L'immunité dont bénéficient ces actes est donc affirmée de manière générale et absolue. Or une telle interdiction saurait difficilement passer pour proportionnée aux buts poursuivis, et ce d'autant plus qu'il existait, pour aboutir au même résultat préservant la souveraineté politique des décisions des autorités publiques, une autre voie juridiquement plus acceptable, mais que la Cour a refusé d'emprunter.

⁶⁶ CAYLA, art. préc., p. 15, citant les concl. Legal, préc. (souligné dans le texte).

⁶⁷ FAVOREU, *op. cit.*, p. 232 s.

⁶⁸ CARPENTIER (Elise), « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, p. 661 à 677.

⁶⁹ Art. 93 (1), de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 : « *La cour constitutionnelle fédérale statue : 1 sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême (...)* ».

⁷⁰ Décision du 8 février 2002 (n°8157), cité par la CEDH, arrêt *Markovic*, préc., par. 18 (nous soulignons).

III L'existence d'une autre voie possible.

L'acte de gouvernement est donc, en théorie, un acte justiciable, quel que soit le juge compétent pour en connaître. A ce titre, et comme tout acte administratif, il peut donner lieu à deux types de contentieux : un contentieux de la légalité (A), et un contentieux de la responsabilité (B).

A/ La légalité des actes de gouvernement.

Les actes de gouvernement peuvent faire l'objet d'un contrôle minimum de leur validité. Le premier pas en ce sens est le contrôle de leur existence. La *validité* est, en effet, selon Kelsen, le mode spécifique d'*existence* des normes juridiques. Ce contrôle de l'existence des actes de gouvernement est souvent opéré dans le domaine des actes tournés vers l'ordre international⁷¹. Le Conseil d'Etat accepte ainsi de vérifier l'existence de la ratification d'un traité international afin de conclure sur son opposabilité⁷², alors que l'acte de ratification est considéré comme un acte de gouvernement. De même, dans l'arrêt *Mhamedi*⁷³ de 1992, le juge administratif vérifiera l'existence et l'opposabilité d'un acte de suspension d'un accord international, acte de gouvernement. Ainsi, selon Olivier Cayla, « *il n'est pas exclu que le souci du juge d'assujettir la suspension d'un traité, comme sa ratification, au contrôle de l'existence, ne soit le signe discret, car inavouable, d'une justiciabilité minimale des actes de gouvernement pourtant les moins détachables dudit traité* ⁷⁴ ».

Par ailleurs, certains commentateurs ont souligné le fait que, dans l'arrêt *Rubin de Servens*⁷⁵, le Conseil d'Etat constatait l'existence de la décision du Président de la République de mettre en application l'article 16 de la Constitution⁷⁶. Ce contrôle semble pourtant relever plutôt d'un contrôle de la régularité formelle de l'acte que de sa seule existence. En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat prenait soin de constater que toutes les conditions procédurales imposées par la Constitution à la mise en œuvre de son article 16, c'est-à-dire les consultations qu'elle prévoit, ont bien été respectées. Cette retenue des auteurs s'explique par le

⁷¹ AUVRET-FINCK, art. préc., p. 145 s.

⁷² CE Ass. 16 novembre 1956, *Villa*, Rec. 433.

⁷³ CE Ass. 18 décembre 1992, *Mhamedi*, R.F.D.A. 1993, p. 336.

⁷⁴ CAYLA, préc., p. 5.

⁷⁵ CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143.

⁷⁶ AUVRET-FINCK, préc., p. 145 ; GAJA, préc., p. 549.

fait que la portée d'un tel contrôle, revendiqué également par la Cour de cassation sur le même acte⁷⁷, n'aurait pu être que très limitée, même si le juge avait eu à constater l'irrégularité de la procédure suivie. Pourtant, un pas supplémentaire est fait, qui nous semble important, dans la direction d'une atténuation de l'injusticiabilité des actes de gouvernement.

Pour aller plus loin encore, le juge administratif devrait se saisir du contrôle de la légalité interne des actes de gouvernement. Bien sûr, pointe alors le « *spectre du gouvernement des juges* »⁷⁸. Le juge serait celui qui détient le dernier mot sur des questions dont le caractère politiquement sensible les rend impropres à un contrôle juridictionnel objectif et pacifié. Il s'agit de décisions engageant une certaine conception de la politique, du rôle de l'Etat, et des valeurs de la société. Ce sont des décisions qu'il ne revient manifestement pas au juge, dépourvu de l'onction de l'élection démocratique, de prendre au nom du Peuple. De nombreux ordres juridiques reconnaissent d'ailleurs l'incompétence du juge pour traiter des questions politiques⁷⁹. D'une certaine façon, la théorie des actes de gouvernement présente un caractère nécessaire, inéluctable. « *Elle correspond, en effet, à une certaine raison d'Etat qui est dans la nature des choses politiques et gouvernementales* »⁸⁰. Ainsi, entre l'immunité excessive dont bénéficient aujourd'hui les actes de gouvernement et le risque antidémocratique d'un juge trop puissant, il faut trouver un juste équilibre⁸¹.

Sur ce point, la position déjà adoptée par Paul Duez en 1935 semble la plus judicieuse. Elle permet le contrôle de légalité externe comme interne des actes de gouvernement tout en préservant, quant au fond, la marge de manœuvre nécessaire à l'action politique. En effet, « *la théorie de l'acte de gouvernement, sans inconvénients pratiques, peut disparaître pour venir se fondre dans la théorie du pouvoir discrétionnaire* »⁸². Il s'agirait donc d'exercer un contrôle minimum sur les éléments réglés de l'acte de gouvernement. Celui-ci ne se place pas en-dehors du droit et est soumis à des règles juridiques supérieures, ne serait-ce que la

⁷⁷ Cass. Crim. 21 août 1961, *Fohran*, *Bull. crim.*, p. 695; 20 mai 1962, *Docevar et Piegets*, *J.C.P.*, 1962.II.12736, note Michaud.

⁷⁸ TROPER (Michel), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in BRONDEL (Séverine) ; FOULQUIER (Norbert) et HEUSCHLING (Luc), *Gouvernement des juges et démocratie*, Série science politique, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 22 à 37.

⁷⁹ KDHIR (Moncef), « La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international », *Journal du droit international*, 2003, n°4, p. 1062.

⁸⁰ ODENT, *op. cit.*, p. 398.

⁸¹ DUEZ, *op. cit.*, p. 11 ; RAUX, art. préc., p. 865.

⁸² DUEZ, *op. cit.*, p. 194.

Constitution⁸³. Certes, ces règles supérieures n'enserrent pas de manière étroite l'exercice du pouvoir qui est ainsi confié aux autorités politiques, mais ce pouvoir ne saurait être sans limites, et ce sont ces limites qu'il revient au juge de sanctionner.

Ce contrôle de la légalité interne des actes de gouvernement n'est pas juridiquement impensable. Par exemple, Xavier Dupré de Boulois a démontré que la Cour de Justice des communautés Européennes exerçait un plein contrôle sur des actes communautaires similaires à des actes nationaux de gouvernement, appelant le juge français à s'inspirer de cette jurisprudence⁸⁴. De même, en Espagne, le contrôle des *actos políticos* a été ouvert au juge par une loi de 1998⁸⁵. Celui-ci s'étend au contrôle des éléments réglés de ces actes et au respect des droits fondamentaux⁸⁶. Cette ouverture résulte en partie de l'interprétation de l'article 24 de la Constitution espagnole qui dispose que « *toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée* »⁸⁷. La comparaison devient pertinente dans l'affaire *Markovic* dans la mesure où il existe une disposition similaire dans la Constitution italienne. En effet, en son article 113, celle-ci prévoit que « *la protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l'administration publique* ». Une interprétation nouvelle du rôle du juge face aux actes de gouvernement pourrait donc trouver un fondement juridique non négligeable dans la Constitution italienne. En France, une telle disposition n'existe pas. Mais le Conseil constitutionnel a tiré de l'interprétation de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui consacre « la garantie des droits », un droit constitutionnel d'accès au juge⁸⁸ qui viendrait invalider l'éventuel fondement de la théorie des actes de gouvernement dans la loi de 1872.

Concrètement, le résultat final sur l'ordonnancement juridique serait probablement le même qu'actuellement dans la mesure où le juge ne pourrait toujours pas contrôler l'opportunité de ces actes. Mais du point de vue subjectif des

⁸³ CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 527.

⁸⁴ DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier), « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *R.D.P.*, 2000, n°6, p. 1791 à 1823.

⁸⁵ MELLERAY (Fabrice), « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », art. préc.

⁸⁶ Le contentieux indemnitaire est également ouvert contre ces actes. V. *infra*.

⁸⁷ Cité par MELLERAY, préc., p. 1093.

⁸⁸ CC Décision n° 96-373 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *Rec.* 43 ; TERNEYRE (Philippe), « Le droit constitutionnel au juge », art. préc.

requérants, le changement serait radical. Leur droit à être entendu par un tribunal serait reconnu et effectif. La « zone de non-droit » que constitue la théorie des actes de gouvernement dans le contentieux administratif serait enfin effacée au profit d'un plus grand respect des droits fondamentaux. Les irrégularités les plus flagrantes des actes de gouvernement pourraient être sanctionnées sans recourir au subterfuge de la détachabilité⁸⁹.

Un autre changement pourrait venir améliorer la situation des individus face aux nécessités de la raison d'Etat : la reconnaissance des conséquences dommageables de l'acte de gouvernement.

B/ Le contentieux de la responsabilité.

La réforme espagnole de 1998 a ouvert le contentieux indemnitaire des actes de gouvernement. Ainsi est reconnu le droit des individus de ne pas souffrir personnellement des conséquences dommageables des décisions prises par les autorités politiques. On pourrait, dans une certaine mesure, imaginer pareille réforme en France. En effet, le droit administratif français de la responsabilité permet au juge administratif d'accorder aux justiciables la réparation des préjudices qu'ils ont subis sans pour autant porter de jugement sur le fond de la norme en cause. On pense évidemment à la jurisprudence relative à la responsabilité sans faute du fait des lois et des conventions internationales⁹⁰. Cette responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques est soumise à des conditions restrictives (le préjudice doit être anormal, grave et spécial), mais elle met fin aux situations les plus contestables. Ce type de responsabilité pourrait logiquement être étendu aux actes de gouvernement dont on a démontré, en outre, que, contrairement aux lois⁹¹ et conventions internationales, ils pourraient être considérés comme justiciables.

Pour autant, et pour finir, une requête similaire à celle de l'affaire *Markovic* en Italie, aurait été, en France, rejetée, non pas pour irrecevabilité du fait de la présence d'un acte de gouvernement, mais au fond, du fait de l'irresponsabilité de l'Etat du fait

⁸⁹ CAYLA, art. préc., p. 9 : « *Il est alors permis de se demander si, à la faveur d'un tel raisonnement, la question de la détachabilité de l'acte, partant sa justiciabilité, ne se trouve pas intrinsèquement liée à la question de sa légalité au fond* » (souligné dans le texte).

⁹⁰ CE Ass. 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. 25 ; CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. 257.

⁹¹ Ce jugement est à nuancer : les lois sont justiciables quant à leur validité devant le juge constitutionnel.

des actes de guerre⁹². Ainsi, bien que qualifiés d'acte de gouvernement quant à leur légalité, le juge administratif français examine sur le fond les requêtes en indemnité. En cela, le droit des requérants à un procès équitable aurait été pleinement respecté, puisque la Convention ne crée aucun droit matériel à la réparation⁹³. Peut-être le juge administratif acceptera-t-il un jour d'ouvrir son prétoire au moins aux requérants lésés matériellement et inéquitablement par un acte de gouvernement.

Moea VONSY

Allocataire de recherches

CERCCLÉ – Université Montesquieu Bordeaux IV

⁹² V. WALINE (Marcel), note sur CE 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina et Cie Guyot* (2 arrêts), *R.D.P.* 1967, p. 150.

⁹³ Arrêt *Markovic*, par. 93.