

Numéro du document : GAJA/17/2009/0003

Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17e édition 2009, p. 16

Décision commentée : Conseil d'Etat, 19-02-1875 n° 46707

Indexation

ACTE ADMINISTRATIF

1. Acte de gouvernement
2. Définition
3. Intérêt supérieur de l'Etat
4. Décision politique

3

ACTES DE GOUVERNEMENT

CE 19 févr. 1875, PRINCE NAPOLEON

Lebon 155, concl. David (D. 1875.3.18, concl. David)

Marceau **Long**, *Vice-président honoraire du Conseil d'Etat*
Prosper **Weil**, *Membre de l'Institut ; Professeur émérite à*
l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Guy **Braibant**, *Président de section honoraire au Conseil*
d'Etat

Pierre **Delvolvé**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas*
(Paris II)

Bruno **Genevois**, *Président de section du Conseil d'Etat*

Cons. que pour demander l'annulation de la décision qui a refusé de rétablir son nom sur la liste des généraux de division publiée dans l'Annuaire militaire, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte se fonde sur ce que le grade de général de division que l'Empereur, agissant en vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852, lui avait conféré par le décret du 9 mars 1854, était un grade qui lui était garanti par l'art. 1^{er} de la loi du 19 mai 1834 ;

Mais cons. que, si l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852 donnait à l'Empereur le droit de fixer les titres et la condition des membres de sa famille et de régler leurs devoirs et leurs obligations, cet article disposait en même temps que l'Empereur avait pleine autorité sur tous les membres de sa famille ; que les situations qui pouvaient être faites aux princes de la famille impériale en vertu de l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852, étaient donc toujours subordonnées à la volonté de l'Empereur ; que, dès lors, la situation faite au prince Napoléon-Joseph Bonaparte par le décret du 9 mars 1854, ne constituait pas le grade dont la propriété définitive et irrévocable, ne pouvant être enlevée que dans des cas spécialement déterminés, est garantie par l'art. 1^{er} de la loi du 19 mai 1834, et qui donne à l'officier qui en est pourvu le droit de figurer sur la liste d'ancienneté publiée chaque année dans l'Annuaire militaire ; que, dans ces conditions, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte n'est pas fondé à se plaindre de ce que son nom a cessé d'être porté sur la liste de l'état-major général de l'armée ;... (Rejet).

Observations

I. - Le prince Napoléon-Joseph Bonaparte avait été nommé général de division en 1853 par Napoléon III, dont il était le cousin. L'Annuaire militaire, qui reparut pour la première fois, après la chute de l'Empire, en 1873, ne mentionna pas son nom sur la liste des généraux. Il demanda au ministre de la guerre s'il s'agissait là d'une inadvertance ou d'une omission volontaire. Le ministre lui répondit que son nom

n'avait pu être porté sur l'Annuaire, parce que sa nomination, irrégulière au regard des textes, « se rattache aux conditions particulières d'un régime politique aujourd'hui disparu et dont elle subit nécessairement la caducité ». C'est cette décision refusant de rétablir son nom sur la liste des généraux que le **prince Napoléon** déféra au Conseil d'Etat.

1 Le ministre de la guerre opposa au recours le caractère politique de la mesure attaquée, qui en faisait, selon lui, un acte de gouvernement échappant au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement David combattit cette thèse, en exposant ainsi la théorie des actes de gouvernement : « Il est, en effet, de principe, d'après la jurisprudence du Conseil, que, de même que les actes législatifs, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, alors même qu'ils statuent sur des droits individuels. Mais si les actes qualifiés, dans la langue du droit, actes de gouvernement, sont discrétionnaires de leur nature, la sphère à laquelle appartient cette qualification ne saurait s'étendre arbitrairement au gré des gouvernants ; elle est naturellement limitée aux objets pour lesquels la loi a jugé nécessaire de confier au gouvernement les pouvoirs généraux auxquels elle a virtuellement subordonné le droit particulier des citoyens dans l'intérêt supérieur de l'Etat. Tels sont les pouvoirs discrétionnaires que le gouvernement tient en France, soit des lois constitutionnelles, quand elles existent, pour le règlement et l'exécution des conventions diplomatiques, soit des lois de police... Il suit de là que, *pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique.* » Le Conseil d'Etat consacra implicitement cette théorie dans sa décision, en examinant le recours au fond.

Le commissaire du gouvernement affirma que cette doctrine pouvait être dégagée de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat. En réalité, cette jurisprudence était fondée sur la théorie traditionnelle du mobile politique comme critère des actes de gouvernement, c'est-à-dire des actes échappant à tout contrôle contentieux. Pour ne prendre que deux exemples, le Conseil d'Etat rejeta, sous la Restauration, le recours du banquier Laffitte qui demandait le paiement d'arrérages d'une rente que lui avait cédée la princesse Borghèse, membre de la famille Bonaparte, par le motif que « la réclamation du sieur Laffitte tient à une *question politique* dont la décision appartient exclusivement au gouvernement » (CE 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, Lebon 1821-1825.202) ; de même, sous le Second Empire, la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale et le refus de restituer les exemplaires saisis furent considérés comme « des *actes politiques* qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse » (CE 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, Lebon 472, concl. Aucoc ; S. 1867.2.124, concl. Aucoc, note Choppin). Ce n'est donc que de l'arrêt **Prince Napoléon** que date l'abandon de la théorie du mobile politique.

2 II. - Cet arrêt marque ainsi une étape extrêmement importante dans l'extension du contrôle des actes administratifs par le Conseil d'Etat. Jusqu'alors, dans le cadre d'une justice administrative qui n'était encore que retenue, le Conseil d'Etat ne pouvait connaître d'un acte dès lors qu'il avait un caractère politique. Désormais, le Conseil d'Etat, qui exerce depuis la loi du 24 mai 1872 une justice déléguée, n'admet plus que la nature ou l'objet politique d'une décision la fasse échapper au contrôle contentieux. Au contraire le but politique sera bien souvent, par la suite, un motif d'annulation pour détournement de pouvoir ou erreur de droit, l'administration ne devant pas prendre ses décisions, en règle générale, en fonction de considérations de cette nature. C'est ainsi qu'en 1954, le commissaire du gouvernement Letourneur et le Conseil d'Etat devaient réaffirmer avec force qu'un candidat ne peut être exclu d'un concours donnant accès à la fonction publique en raison de ses opinions politiques (28

mai 1954, *Barel**).

La limitation plus étroite du domaine des actes de gouvernement s'insère dans le cadre d'une politique jurisprudentielle qui, à la même époque et dans la période suivante, accrut la portée et l'efficacité du recours pour excès de pouvoir et de l'action contentieuse du Conseil d'Etat : admission du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation (CE 26 nov. 1875, *Pariset**) ; abandon de la théorie du ministre-juge (CE 13 déc. 1889, *Cadot**) ; élargissement de la notion d'intérêt pour agir (CE 29 mars 1901, *Casanova**) ; admission du recours contre les règlements d'administration publique (CE 6 déc. 1907, *Chemins de fer de l'Est**) ; contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, de la qualification juridique des faits (CE 4 avr. 1914, *Gomel**) et de leur exactitude matérielle (CE 14 janv. 1916, *Camino**).

Pendant, l'arrêt **Prince Napoléon** n'a pas supprimé complètement les actes de gouvernement ; il s'est borné à en éliminer le critère ancien, excessivement large, tiré du mobile politique. A la vérité, ce critère n'a pas été remplacé depuis lors, de telle sorte que les actes de gouvernement ne peuvent faire aujourd'hui l'objet d'une définition générale et théorique, mais seulement d'une liste établie d'après la jurisprudence. Sur cette liste figuraient les actes accomplis par le chef de l'Etat dans l'exercice du droit de grâce (CE 30 juin 1893, *Gugel*, Lebon 544 ; S. 1895.3.41, note Hauriou) ; mais cette jurisprudence a été abandonnée par l'arrêt *Gombert* du 28 mars 1947 (Lebon 138 ; S. 1947.3.89, concl. Céliier ; RD publ. 1947.95, note M. Waline), qui écarte, certes, la compétence du Conseil d'Etat en la matière, mais en se fondant sur le caractère judiciaire de ces décisions, et non plus sur la théorie des actes de gouvernement. Une telle approche a été confirmée dans la période récente à propos des grâces collectives accordées par le président de la République à l'occasion du 14 juillet (CE 30 juin 2003, *Observatoire international des prisons-Section française*, Lebon 296).

III. - La liste des actes de gouvernement ne comprend plus, aujourd'hui, que deux séries de mesures : les actes concernant les rapports de l'exécutif avec le Parlement, et ceux qui se rattachent directement aux relations de la France avec les puissances étrangères ou les organismes internationaux.

1. - Les actes concernant les rapports de l'exécutif avec le Parlement

Le Conseil d'Etat refuse à ce titre de connaître :

3 a) des décisions prises par l'exécutif dans le cadre de sa participation à la fonction législative : refus de présenter au Parlement un projet de loi (CE Sect. 18 juill. 1930, *Rouché*, Lebon 771 ; - 29 nov. 1968, *Tallagrand*, Lebon 607 ; D. 1969.386, note Silvera ; RD publ. 1969.686, note M. Waline ; JDI 1969.382, note Ruzié) ; décision de le déposer ou de le retirer (CE Ass. 19 janv. 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Lebon 98 ; S. 1937.3.41, note Alibert) ; refus du Premier ministre de prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle (CE 26 févr. 1992, *Allain*, Lebon 659) ; décret de promulgation d'une loi (CE Sect. 3 nov. 1933, *Desreumeaux*, Lebon 993 ; S. 1934.3.9, note Alibert ; D. 1933.3.36, note Gros ; RD publ. 1934.649, note Jèze) ; refus du Premier ministre d'invoquer l'urgence lors de la soumission au Conseil constitutionnel d'une loi organique (CE 9 oct. 2002 *Meyet et Bouget*, Lebon 329 ; JCP Adm. 2002 n° 1143, note Moreau).

4 b) des décisions du président de la République qui affectent les relations entre les pouvoirs constitutionnels et l'exercice de la fonction législative : décision de recourir aux pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 16 de la Constitution de 1958 (CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens**) ; décret soumettant un projet de loi au

référendum (CE Ass. 19 oct. 1962, *Brocas*, Lebon 553 ; S. 1962.307, D. 1962.701 et RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard ; AJ 1962.612, chr. de Laubadère) ; décret portant dissolution de l'Assemblée nationale (CE 20 févr. 1989, *Allain*, Lebon 60 ; RFDA 1989.868, concl. Frydman) ; nomination d'un membre du Conseil constitutionnel (CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, Lebon 124 ; RFDA 1999. 566, concl. Salat-Baroux ; AJ 1999.409, chr. Raynaud et Fombour ; RD publ. 1999.1573, note Camby ; Cah. CC n° 7.109, note Robert ; D. 2000.335, note Serrand) ; refus de déférer au Conseil constitutionnel une loi votée et non encore promulguée (CE ord. 7 nov 2001, Lebon 789, *Tabaka* ; RD publ. 2001.1645, note Jan ; LPA 22 mars 2002, note Curtil).

5 c) des décisions gouvernementales qui ne sont que le préliminaire d'une décision du Parlement, ce dernier pouvant dès lors exercer lui-même un contrôle sur ces décisions (CE Ass. 27 juin 1958, *Georger et Teivassigamany*, Lebon 403 ; D. 1959.121, note Gilli ; AJ 1958.II.310, chr. Fournier et Combarnous : acte portant convocation d'une assemblée chargée de se prononcer sur le sort d'un territoire, et qui est le préliminaire obligatoire du vote d'une loi autorisant la ratification d'un traité).

Dans cette dernière catégorie pouvaient être rangées jusqu'en 1958 les décisions administratives constituant le préliminaire nécessaire des élections aux assemblées parlementaires : ces assemblées étant juges elles-mêmes, par la procédure de la vérification des pouvoirs, de la régularité des élections et de celle des actes administratifs qui les ont préparées, le Conseil d'Etat refusait de connaître de ces derniers. A ce titre étaient considérés comme des actes de gouvernement : le décret portant convocation des collèges électoraux pour une élection parlementaire (CE Ass. 8 juin 1951, *Hirschowitz*, Lebon 320 ; S. 1951.374, concl. J. Delvolvé ; D. 1951.529, note F.M.), les décrets organisant le régime des élections (CE Ass. 2 nov. 1951, *Tixier*, Lebon 512 ; D. 1952.39, note F.M. ; JCP 1952.II.6810, note Vedel).

Sous l'empire de la Constitution de 1958, le contentieux des élections parlementaires et le contrôle de la régularité de l'élection du président de la République sont confiés au Conseil constitutionnel. L'incompétence du Conseil d'Etat en ces matières se justifie désormais, non plus par la notion d'acte de gouvernement mais par l'interprétation donnée des règles constitutionnelles, qui peut elle-même revêtir un caractère évolutif. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé de connaître d'une demande de remboursement de cautionnement et de frais de propagande (CE Ass. 11 janv. 1963, *Rebeuf*, Lebon 18, concl. Henry ; D. 1963.443, note Philip ; AJ 1963.87, chr. Gentot et Fourré) ainsi que du décret de convocation des électeurs pour l'élection des députés (CE 3 juin 1981, *Delmas* Lebon 244 ; AJ 1981.357, note Goyard ; RA 1981.272, note Rials ; RD publ. 1982.186, concl. Labetoulle).

Cette dernière solution a paru mise en cause par l'acceptation du juge de statuer sur la légalité des décisions administratives ayant habilité les groupements à participer aux émissions de propagande pour les élections législatives des 21 et 28 mars 1993 (CE Ass. 12 mars 1993, *Union nationale écologiste*, Lebon 67, RFDC 1993.411, concl. Kessler ; AJ 1993.336, chr. Maugüé et Touvet, RD publ. 1993.1442, note J.-M. Auby).

Mais ultérieurement, compte tenu de l'affirmation par le Conseil constitutionnel de sa compétence pour connaître des décrets portant convocation des électeurs pour l'élection des députés ou celle des sénateurs, le Conseil d'Etat, saisi aux mêmes fins, a opposé une irrecevabilité tirée de l'existence d'une voie de recours devant le Conseil constitutionnel (CE Sect. 14 sept. 2001, *Marini*, Lebon 423 ; AJ 2001.858 chr. Guyomar et Collin).

Dans la mesure où le Conseil constitutionnel décline sa compétence pour statuer sur un recours en annulation d'un acte préparatoire à l'élection d'un député dès lors qu'il n'est pas susceptible de vicier le déroulement général des opérations électorales (CC 8 juin 1995, *Bayeurte*, Lebon 213 ; AJ 1995.517, chr. Schrameck) le Conseil

d'Etat a admis sa compétence lorsqu'est en cause la légalité du décret de convocation des électeurs en vue de procéder à l'élection de parlementaires dans une circonscription déterminée (CE 16 sept. 2005, *Hoffer*, Lebon 894 ; BJCL 10/05. p. 717, concl. Séners ; AJ 2005.2237, note L.T).

6 L'attitude du Conseil d'Etat en matière de référendum a elle aussi subi des inflexions, une distinction devant être faite selon qu'il s'agit d'un référendum national ou d'un référendum local.

Pour ce qui est des *référendums nationaux*, la régularité des opérations elles-mêmes est contrôlée par le Conseil constitutionnel. Les opérations préalables, une fois le référendum décidé, demeurent des actes administratifs.

A ce titre, elles relèvent normalement du juge administratif (CE Ass. 19 oct. 1962, *Brocas*, Lebon 553, S. 1962.307, D. 1962.701 et RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard, AJ 1962.612, chr. de Laubadère). Cette compétence de principe comporte cependant une double limite. L'une est traditionnelle : si les résultats d'un référendum sont devenus *définitifs*, le juge administratif décidera qu'il n'y a plus *lieu* pour lui de porter une appréciation sur les actes préliminaires à ce référendum (CE Ass. 27 oct. 1961, *Le Regroupement national*, Lebon 594 ; S. 1963.28, note L. Hamon ; D. 1962.23, note Leclercq ; AJ 1962.672, note J. Théry). L'autre limite est apparue plus récemment. Dans la mesure où, à l'occasion du référendum du 25 sept. 2000 relatif à la réduction de la durée du mandat du président de la République, le Conseil constitutionnel a admis sa compétence pour connaître de recours formés préalablement à la tenue du scrutin contre les décrets portant organisation du référendum et de la campagne référendaire, le Conseil d'Etat a estimé que cette voie de recours parallèle rendait irrecevable la contestation des mêmes actes devant lui (CE Ass. 1^{er} sept. 2000, *Larrouturou*, Lebon 365, concl. Savoie ; RFDA 2000.989, concl. Savoie, note Ghevontian ; AJ 2000.803, chr. Guyomar et Collin ; DA 2000, n° 10, note Maligner ; - même solution à l'occasion du référendum du 29 mai 2005 : 15 avril 2005, *Meyet et Mouvement républicain et citoyen*, Lebon 895).

En ce qui concerne les *référendums locaux*, le Conseil d'Etat a admis de connaître d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret du président de la République consultant des électeurs sur des évolutions institutionnelles outre-mer, sur le fondement de l'art. 73 de la Constitution. Tout en se reconnaissant compétent, il a estimé que son contrôle ne devait pas porter sur l'opportunité de la consultation et le choix de la date. Il lui appartient en revanche de vérifier la régularité et la sincérité de la consultation à venir (CE 4 déc. 2003, *Feler*, Lebon 491 ; AJ 2004.594, note Verpeaux ; RFDA 2004.549, note Thiellay ; JCP Adm. 2004.1258, note Maillard Desgrées du Loû).

2. - Les actes mettant en cause les rapports du gouvernement avec un Etat étranger ou un organisme international

Traditionnellement l'ensemble de l'activité diplomatique de la France échappe au contrôle des tribunaux français. La jurisprudence a cependant sensiblement atténué la portée de cette orientation et les limites de l'acte de gouvernement en cette matière sont assez délicates à déterminer.

7 a) Constituent des actes de gouvernement l'ensemble des actes se rattachant directement aux rapports internationaux de la France : protection des personnes et des biens français à l'étranger (CE 2 mars 1966, *Dame Cramencel*, Lebon 157 ; AJ 1966.349, chr. Puissochet et Lecat ; RGDIP 1966.791, note C. Rousseau ; - Sect. 28 juin 1967, *Société des transports en commun de la région d'Hanoï*, Lebon 279 ; JCP 1968.II.15.393, note Ruzié) ; refus de soumettre un litige à la Cour internationale de

justice (CE 9 juin 1952, *Gény*, Lebon 19) ; mesure destinée à soustraire des biens à l'emprise ennemie pendant la guerre (Sect. 12 nov. 1949, *Sohr*, Lebon 473) ; ordre de brouiller les émissions d'un poste étranger, (TC 2 févr. 1950, *Radiodiffusion française*, Lebon 652 ; S. 1950.3.73, concl. R. Odent ; RD publ. 1950.418, concl. R. Odent, note M. Waline ; JCP 1950.II.5542, note Rivero) ; création d'une zone de sécurité dans les eaux internationales pendant des essais nucléaires (CE Ass. 11 juil. 1975, *Paris de Bollardière*, Lebon 423 ; AJ 1975.455, chr. Franc et Boyon ; JDI 1976.126, note Ruzié) ; décision de reprise des essais nucléaires dans un contexte lié à la discussion d'un engagement international qui interdirait de tels essais (CE Ass. 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, RD publ. 1996.256, concl. Sanson ; AJ 1995.684, chr. Stahl et Chauvaux ; JCP 1996.II.22.582, note Moreau ; RFDA 1996.383, note Ruzié ; RD publ. 1996.1162, note Sabète) ; décision d'engager des forces militaires en Yougoslavie en liaison avec les événements du Kosovo (CE 5 juill. 2000, *Mégret et Mekhantar*, Lebon 291 ; AJ 2001.95, note Gounin) ; décision d'autoriser les avions militaires américains et britanniques accomplissant des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français (CE 30 déc. 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, Lebon 707 ; DA avril 2004, p. 27, note Lombard ; RGDIP 2004.543, note Poirat ; RTDH 2005.855, comm. Raux).

Parmi les actes échappant à ce titre au contrôle juridictionnel une mention spéciale doit être faite des traités et accords internationaux. Le juge administratif refuse, en effet, de connaître de la légalité des conditions de signature de ces accords (CE Sect. 1^{er} juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Lebon 312 ; RJPUF 1951.584, note J.D.V.) ainsi que de la décision de ne pas procéder à la publication d'un traité (CE 4 nov. 1970, *de Malglaive*, Lebon 635). Une solution identique vaut pour les actes d'exécution des traités qui sont indissociables des rapports internationaux ou considérés comme tels : vote du ministre français au Conseil des Communautés européennes CE Ass. 23 nov. 1984, *Association « Les Verts »*, Lebon 382 ; décision de suspendre l'exécution d'un traité (CE Ass. 18 déc. 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi* ; Lebon 446, concl. Lamy ; AJ 1993.82, chr. Maugüé et Schwartz ; RFDA 1993.333, concl. Lamy, note Ruzié ; RGDIP 1993.429, concl. Lamy ; D. 1994.1, note Julien-Laferrière) ; décision de suspendre la coopération scientifique et technique avec l'Irak, pendant la première guerre du Golfe, y compris l'interdiction d'inscription des étudiants irakiens dans les universités (CE 23 sept. 1992, *GISTI* Lebon 346 ; AJ 1992.752, concl. Kessler, obs. R.S. ; RRJ 1993.665, note Poli).

8 b) La théorie de l'acte de gouvernement connaît cependant une double limite.

D'une part, les traités internationaux constituent depuis 1946, en application de la Constitution, une source de la légalité nationale : les requérants sont donc recevables à invoquer leur violation par un acte administratif au même titre que la violation de la loi (CE Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Lebon 291 ; RD publ. 1952.781, concl. Letourneur, note M. Waline ; S. 1953.3.33, note Bouzat ; - Ass. 20 oct. 1989 *Nicolo**). Le juge administratif est par là-même conduit à exercer un contrôle sur les modalités d'introduction du traité dans l'ordre juridique interne. Limité pendant longtemps à la vérification de l'existence d'un acte de ratification ou d'approbation (CE Ass. 16 nov. 1956, *Villa*, Lebon 433, RD publ. 1957.123, concl. Laurent ; AJ 1956.II.487, chr. Fournier et Braibant) ainsi qu'à l'appréciation de la régularité de la publication (Ass. 13 juill. 1965, *Société Navigator*, Lebon 423, concl. Fournier ; AJ 1965.470, chr. Puybasset et Puissochet), le contrôle a été étendu au respect par l'exécutif des dispositions constitutionnelles qui exigent que pour certains traités, tels ceux qui modifient des dispositions législatives ou engagent les finances de l'Etat, la ratification soit autorisée par le Parlement (CE Ass. 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Lebon 483, concl. Bachelier ; RFDA 1999.315.concl. ; AJ 1999.127, chr. Raynaud et Fombeur). Ce contrôle ne porte pas cependant sur la constitutionnalité du

contenu du traité (CE 8 juill. 2002, *Commune de Porta*, Rec 260 ; AJ 2002.1005, chr. Donnat et Casas ; RGDIP 2003.491, note Laugier-Deslandes ; RD publ. 2003.1481, note Guettier). En cas de suspension d'un traité, le juge vérifie l'existence d'une décision prise en ce sens par une autorité ayant qualité en matière de relations internationales et de son opposabilité (Ass. 18 déc. 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*, préc.).

De plus, par sa décision du 29 juin 1990, *GISTI**, le Conseil d'Etat a estimé que le juge administratif avait en principe compétence pour interpréter lui-même un traité sans être astreint à un renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères comme l'exigeait sa jurisprudence antérieure (CE Ass. 3 juill. 1931, *Karl et Toto Samé*, Lebon 727 ; S. 1932.3.129, conc. Ettori, note C. Rousseau). La nouvelle solution n'est pas applicable au traité de Rome, pour lequel la compétence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes est consacrée par ce traité (v. nos obs. sous CE 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit**).

9 D'autre part, dès avant la Constitution de 1946, le juge administratif a accepté de connaître des mesures qu'il considère comme détachables des relations diplomatiques ou des conventions internationales, c'est-à-dire des mesures qui peuvent être appréciées indépendamment de leurs origines ou de leurs incidences internationales (v. par ex., CE 5 févr. 1926, *Dame Caraco*, Lebon 125 ; D. 1927.3.1, note Devaux ; - Sect. 16 déc. 1955, *Epoux Deltel*, Lebon 592 ; D. 1956.44, concl. Laurent ; RD publ. 1956.150, note M. Waline ; AJ 1956.II.243, note Copper-Royer ; - CE Sect. 22 déc. 1978, *Vo Thanh Nghia*, Lebon 523 ; AJ 1979.4.36, concl. Genevois).

C'est ainsi, en particulier, que les décrets d'extradition sont depuis 1937 des actes susceptibles d'être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE Ass. 28 mai 1937, *Decerf*, Lebon 534 ; S. 1937.3.73, note P. Laroque ; - Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood* préc.) et que le juge administratif contrôle depuis 1977 la qualification juridique des faits qui les ont motivés (CE Ass. 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, Lebon 290 ; D. 1977.695, concl. Genevois ; AJ 1977.490, chr. Nauwelaers et O. Dutheillet de Lamothe ; Gaz. Pal. 1977.640, note Ladhari ; RD publ. 1978.263, note Robert ; JDI 1978.71, note Ruzié ; - Ass. 3 juill. 1996, *Koné**). Le Conseil d'Etat a également décidé que les demandes d'extradition adressées par le gouvernement français à un gouvernement étranger ne constituent pas des actes de gouvernement (CE Sect. 21 juill. 1972, *Legros*, Lebon 554 ; AJ 1974.259, note Blumann). De façon plus audacieuse encore, il a admis sa compétence pour connaître de la légalité d'une décision du gouvernement français rejetant une demande d'extradition formulée par un Etat étranger (CE Ass. 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, Lebon 267, concl. Vigouroux ; RFDA 1993.1179 et RUDH 1994.217, concl. ; AJ 1993.848, chr. Maugüé et Touvet ; RGDIP 1994.1016, note Alland ; JDI 1994.89, note Chappez, JCP 1994.II.22253, note Espuglas ; RD publ. 1994.525, note Fines ; D. 1994.108, note Julien-Laferrière ; Gaz. Pal. 1994.I.102, note Chabanol ; RSC 1994.498, comm. Rolin ; RFDA 1994.21, étude Labayle).

La tendance profonde de la jurisprudence est donc d'admettre de plus en plus largement qu'un acte ou des agissements sont détachables des relations internationales : mise en jeu de la responsabilité de l'Etat en raison d'une éventuelle insuffisance des mesures prises pour assurer la protection des membres d'une mission diplomatique (CE Sect. 29 avr. 1987, *Consorts Yener*, Lebon 152 ; AJ 1987.450, chr. Azibert et de Boisdeffre ; RFDA 1987.636, concl. Vigouroux) ; destruction par la marine nationale d'un navire abandonné en haute mer (CE Sect. 23 oct. 1987, *Société Nachfolger Navigation*, Lebon 319 ; RFDA 1987.963, concl. Massot et 1988.345, note Ruzié ; AJ 1987.725, chr. Azibert et de Boisdeffre ; RD publ. 1988.836, note J.-M. Auby) ; décision arrêtée par les pouvoirs publics en ce qui concerne le site

d'implantation du laboratoire européen de rayonnement « Synchrotron » (CE Ass. 8 janv. 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, Lebon 2 ; RFDA 1988.25, concl. Daël ; AJ 1988.137, chr. Azibert et de Boisdeffre ; JCP 1988.II.21084, note R. Drago ; RA 1988.141, note Terneyre) ; inscription d'une association suspectée d'avoir des liens avec des organisations terroristes internationales sur la liste des personnes pour lesquelles les opérations de change et les mouvements de capitaux sont soumis à autorisation ministérielle (CE 3 nov. 2004, *Association Secours mondial de France*, Lebon 548 ; AJ 2005.723, note Burgorgue-Larsen ; D. 2005.824, note Clamour) ; refus du Premier ministre de notifier à la Commission européenne une disposition législative instaurant un mécanisme pouvant être constitutif d'une aide d'Etat au regard des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne (CE Ass. 7 nov. 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*, RFDA 2009.111, concl. Glaser, note Mondou et Poteau ; RJEP févr. 2008.23, concl. ; AJ 2008.2384, chr. Geffray et Liéber ; JCP Adm. 2009.2027, étude Pelletier ; JCP 2009.I.130, § 8, chr. Plessix ; RFDA 2009.346, comm. Cassia ; LPA 7 juill. 2009).

10 IV. - Traditionnellement, l'immunité de juridiction qui caractérise l'acte de gouvernement concernait à la fois le contentieux de la légalité et celui de l'indemnité ; on ne pouvait ni contester devant le juge la régularité de la décision ni demander réparation de ses conséquences dommageables. Cependant, de ce dernier point de vue, la jurisprudence a ouvert depuis un arrêt d'assemblée du 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique**, une perspective intéressante en admettant que les dommages causés par une convention internationale régulièrement introduite dans l'ordre juridique interne pouvaient donner lieu à indemnisation sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques. Pourquoi cette solution, dégagée à propos d'une catégorie particulière d'actes insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, ne serait-elle pas étendue aux actes de gouvernement ?

V. - Certains auteurs se demandent si la théorie de l'acte de gouvernement correspond pleinement au droit positif. Les arrêts, sauf de rares exceptions (TC 24 juin 1954, *Barbaran*, Lebon 712 ; - CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens**), n'emploient pas les termes d'« acte de gouvernement ». Le juge s'en tient à des périphrases qui ne font pas apparaître cette expression. Sur une longue période, la notion d'acte de gouvernement apparaît comme en régression. Une partie de la doctrine estime même que le refus du juge administratif de connaître des actes dits de gouvernement s'explique par le jeu normal des règles de compétence : selon les explications avancées, il s'agirait d'« actes mixtes » qui n'émanent pas exclusivement des autorités françaises, d'actes relevant de la fonction gouvernementale comme opposée à la fonction administrative, d'actes ressortissant au droit international ou d'actes participant à la fonction législative.

11 Ces diverses approches ont le mérite de cantonner une notion qui, en raison de l'immunité juridictionnelle qui lui est attachée, contraste avec le développement général de l'Etat de droit. Ainsi, après que le Conseil d'Etat eut estimé le 3 juin 1981 (*cf. Delmas* précité) ne pas devoir statuer sur la légalité du décret de convocation du corps électoral pour l'élection des députés, le Conseil constitutionnel reconnu sa compétence pour apprécier la régularité de cet acte (CC 11 juin 1981, *Delmas*, Lebon 97 ; AJ 1981.357, note Goyard et 481, note Feffer ; RD publ. 1981.1347, note Favoreu ; JCP 1982.II.1975, note Franck ; D. 1981.589, note F. Luchaire ; RA 1981.272, note Rials et 489, note de Villiers ; Gaz. Pal. 1981.2.709, note Turpin). De même, le juge constitutionnel apprécie la régularité du décret par lequel le président de la République demande une nouvelle délibération d'une loi (CC n° 85-197 DC du 23 août 1985, Lebon 70 ; AJ 1985.607, note L. Hamon ; D. 1986.45, note F. Luchaire ; RA 1986.395, note Etien).

Par ailleurs, alors que le Conseil d'Etat estimait que le décret par lequel le président de la République décide de soumettre un projet de loi au référendum a le caractère d'un acte de gouvernement (CE Ass. 19 oct. 1962, *Brocas*, préc.) le Conseil constitutionnel a admis sa compétence pour en connaître (CC 25 juill. 2000, *Hauchemaille*, Lebon 117 ; LPA 2 août 2000, obs. Schoettl ; RD publ. 2001.3, obs. Camby).

Mais la compétence du Conseil constitutionnel ne s'étend pas au décret de dissolution de l'Assemblée nationale (CC 10 juill. 1997, *Abraham*, Lebon 157 ; AJ 1997.684, note Schoettl).

Aux Etats-Unis, on observe une grande retenue de la Cour suprême face aux décisions touchant aux relations internationales en raison de leur caractère politique par nature : ainsi elle a refusé en 1979 de connaître de la décision du président Carter de dénoncer le traité de défense liant les Etats-Unis et Taiwan (*Carter v. Goldwater*).

On comprend mieux dans ce contexte l'attitude du juge administratif français. La théorie des actes de gouvernement s'explique fondamentalement par le souci du Conseil d'Etat de ne s'immiscer ni dans les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, ni dans l'action diplomatique considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle de l'exécutif. Ainsi, se retrouvent, sous une forme nouvelle et dans des limites plus étroites, les considérations de caractère politique qui sont à l'origine, historiquement, de la notion « d'acte de gouvernement ».

- Fin du document -