

RFDA 2006 p.661

L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable 📖(1)

Elise Carpentier, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

L'essentiel

Au plan théorique, l' « acte de gouvernement » s'analyse en « un acte constitutionnel institutionnel », autrement dit en un acte pris par un organe constitutionnel dans l'exercice d'une attribution constitutionnelle spécifique, et dont la portée est essentiellement institutionnelle. Au plan pratique, il pourrait être remédié à son « injusticiabilité » par la mise en place d'une procédure de résolution, par le Conseil constitutionnel, des conflits entre organes constitutionnels, voie de droit à laquelle les actes du juge constitutionnel lui-même et les questions politiques paraissent néanmoins, dans une large mesure, devoir rester étrangers.

« La théorie des actes de gouvernement constitue une des matières les plus controversées du droit administratif » 📖(2).

Le 8 septembre 2005, M. Hoffer demandait au Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'enjoindre au Premier ministre de réunir autour de lui les autres membres du gouvernement pour se prononcer sur l'opportunité de saisir le Conseil constitutionnel, afin que ce dernier constate l'empêchement provisoire du Président de la République. Quelle opiniâtreté ! Quel optimisme !

Auparavant, et pour s'en tenir aux décisions rendues en 2005 sur certaines de ses demandes en référé, cet habitué du prétoire de la Haute juridiction administrative 📖(3) avait déjà caressé l'espoir de voir le Conseil d'Etat ordonner la suspension de l'exécution d'un décret du Président de la République tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès 📖(4) ; déclarer nulle et non avenue la décision, prise en 2004 par le Président de la République, de soumettre le traité constitutionnel européen au référendum 📖(5) ; ou encore, ordonner au président du Conseil constitutionnel de faire délibérer à nouveau le Conseil, hors la présence de M^{me} Simone Veil, sur la requête et les demandes d'avis, relatives au même traité, dont il avait été saisi 📖(6).

Dans chaque cas, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent, l'acte en cause se rapportant, soit aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels, soit à l'exercice par le Conseil constitutionnel de ses missions constitutionnelles. En toutes hypothèses, ces questions ne se rattachaient manifestement pas à la compétence de la juridiction administrative.

S'agissant de la demande d'injonction au Premier ministre d'engager la « procédure d'empêchement » du Président de la République, il n'aura pas fallu au Conseil d'Etat plus de quelques heures pour trancher. Il juge, après avoir rappelé la teneur des articles 20, alinéa 3, et 21, 1^{er} et dernier alinéas de la Constitution de 1958 (CF), « qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la mise en oeuvre par le gouvernement de la procédure instituée par le quatrième alinéa de l'article 7 de la Constitution se rattache aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ; qu'il n'appartient pas, par suite, à la juridiction administrative d'en connaître » 📖(7).

Ainsi retrouve-t-on une formule aujourd'hui habituelle dans la jurisprudence administrative pour désigner un ensemble d'actes que la doctrine regroupe couramment, à côté d'une série de mesures touchant aux relations de la France avec d'autres sujets du droit international, sous le label « actes de gouvernement ».

Le spectre de l' « acte de gouvernement » n'a cessé de hanter la jurisprudence administrative depuis ses origines. Quoiqu'irrégulières et souvent fugaces, ses apparitions ont été si fréquentes qu'il n'est pas absurde de penser qu'il pourrait lui être consubstantiel. Sans doute aussi le mystère qui l'entoure n'est-il pas sans lien avec l'intérêt que lui a constamment porté la doctrine.

L' « acte de gouvernement » suscite la curiosité ; il passionne, il agace, à tel point parfois que l'on préférerait le voir disparaître à jamais. Tandis que certains, tels des exorcistes, croyaient pouvoir, au terme de méthodiques démonstrations, annoncer sa disparition en prononçant son éloge⁽⁸⁾, d'autres persistaient à croire à son irréductibilité⁽⁹⁾. On s'est demandé s'il s'agissait plutôt d'un monstre, ou bien d'une victime⁽¹⁰⁾... Tout a été dit sur lui, mais il est demeuré « introuvable »⁽¹¹⁾ ; doublement insaisissable. Par le juge d'abord, et par la doctrine ensuite, pour laquelle l' « acte de gouvernement » s'est avéré « rebelle(s) à toute définition »⁽¹²⁾. Ainsi, de 1822, date où il serait apparu pour la première fois⁽¹³⁾, à nos jours, toutes sortes d'explications ont été avancées pour tenter de rationaliser le phénomène de l' « acte de gouvernement »⁽¹⁴⁾. Quant à son injusticiabilité, aussi, les discussions sont allées bon train. Alors que certains en contestaient le bien-fondé juridique⁽¹⁵⁾, d'autres la soutenaient, soit comme une donnée absolue, conséquence inévitable de la nature même de l' « acte de gouvernement »⁽¹⁶⁾, soit comme un phénomène contingent, résultant simplement des lacunes de l'organisation juridictionnelle française⁽¹⁷⁾...

Pour l'heure, bien qu'aucune de ces explications n'ait été véritablement consacrée par le juge, l' « acte de gouvernement » continue de hanter la jurisprudence administrative. Cette permanence peut probablement être interprétée comme emportant la condamnation implicite des thèses « négationnistes ». Ainsi qu'il a été observé, en effet, « si toutes ces thèses n'ont pas abouti, c'est parce que la notion d'acte de gouvernement avait effectivement une certaine solidité, et que ses fondements n'étaient pas aussi inconsistants que voulaient bien le dire ses détracteurs »⁽¹⁸⁾. Plus encore, il est tentant de reconnaître que « l'acte de gouvernement a une nature spécifique, qu'il constitue bien une catégorie conceptuelle et que c'est cela qui explique son immunité »⁽¹⁹⁾. C'est en tous cas dans cette perspective qu'il paraît opportun, aujourd'hui, de poursuivre la réflexion sur l' « acte de gouvernement ».

Du reste, l'entreprise serait certainement vouée à l'échec si de nouveaux arguments ne pouvaient être avancés. A cet égard, un certain nombre d'évolutions plus ou moins récentes de la jurisprudence administrative ne sauraient être négligées. Par ailleurs, et surtout, une piste n'a peut-être pas été suffisamment exploitée dans la querelle dogmatique autour de l' « acte de gouvernement » : le droit comparé⁽²⁰⁾. Il est pourtant souvent riche d'enseignements, et son utilisation dans le traitement de la problématique des « actes de gouvernement » va en offrir une nouvelle illustration. La connaissance du droit constitutionnel d'un certain nombre d'Etats voisins de la France permet, en effet, de « saisir » l' « acte de gouvernement », lequel s'avère susceptible de recevoir, non seulement, une qualification rendant bien compte de sa nature véritable, mais également un traitement contentieux adapté à ses caractéristiques intrinsèques⁽²¹⁾.

La nécessité d'une requalification

Sans doute la formule « acte de gouvernement » mérite-t-elle, en raison de son grand âge et du respect dû à ceux qui l'ont employée, d'être traitée avec une certaine déférence. Cependant, outre que la Haute juridiction administrative ne s'y est quant à elle pratiquement jamais référée⁽²²⁾, elle apparaît impropre à qualifier un certain nombre d'actes qui, tels les « actes parlementaires », n'émanent pas d'organes gouvernementaux, mais ne sauraient accéder au prétoire du juge

administratif pour des motifs semblables à ceux qui fondent l'injusticiabilité des « actes de gouvernement ».

L'idée n'est pas nouvelle. C'est clairement celle qui animait L. Favoreu (inspiré par C. Eisenmann), lorsqu'il proposait de substituer à l'expression « acte de gouvernement » la formule, plus neutre et plus englobante, d'« acte injusticiable »⁽²³⁾.

Cette dernière n'est toutefois pas encore pleinement satisfaisante, car elle peut être source de confusion entre la nature de l'« acte de gouvernement » et son régime, alors que si celle-là est immuable, celui-ci est assurément contingent. En particulier, elle s'intègre mal dans la perspective comparatiste, dont il ressort que l'« acte de gouvernement » n'est pas absolument injusticiable⁽²⁴⁾. Il paraît dès lors opportun de requalifier l'« acte de gouvernement », d'une part en tenant compte de ce qu'il ne tire pas sa spécificité du caractère gouvernemental de l'organe dont il émane et, d'autre part, en retenant une formule qui rende davantage compte de sa nature profonde que des caractéristiques actuelles de son régime contentieux.

Or, cette double préoccupation peut parfaitement être satisfaite en recourant à la notion d'« acte constitutionnel institutionnel ». La définition et la spécificité du régime contentieux de l'« acte constitutionnel institutionnel » justifient cette option.

La définition de l'« acte constitutionnel institutionnel »

L'« acte constitutionnel institutionnel » étant une espèce du genre des « actes constitutionnels », il convient, avant de présenter les différents types d'actes que regroupe cette catégorie générique, de commencer par rappeler ce qu'est un « acte constitutionnel ».

L'acte constitutionnel

La notion d'« acte constitutionnel » a vu le jour dans la doctrine étrangère⁽²⁵⁾. Sans revenir excessivement sur la présentation qui en a déjà été faite⁽²⁶⁾, on peut rappeler que l'expression désigne les actes pris par les organes constitutionnels dans l'exercice de leurs attributions constitutionnelles spécifiques.

L'auteur de l'acte constitutionnel est donc nécessairement un organe constitutionnel, c'est-à-dire une entité dotée d'une attribution constitutionnelle lui permettant d'exercer, au nom et pour le compte de l'Etat, la souveraineté⁽²⁷⁾. Quant à l'« attribution constitutionnelle », elle ne désigne pas nécessairement un pouvoir qui est donné par la Constitution elle-même, ainsi qu'une lecture « formaliste » de l'expression pourrait le suggérer. L'adjectif « constitutionnelle » doit être entendu dans un sens matériel, comme qualificatif d'un attribut de nature constitutionnelle⁽²⁸⁾. A l'inverse, toute attribution constitutionnelle ne fait pas nécessairement de son titulaire un organe constitutionnel. Il faut encore que cette attribution soit « spécifique », autrement dit qu'elle présente une certaine qualité.

La doctrine étrangère qui s'est intéressée aux conflits entre organes constitutionnels estime généralement qu'une attribution ne remplit cette condition que si elle est « susceptible d'être exercée de manière autonome et indépendante », qu'il « doit être impossible d'identifier un rapport hiérarchique dans l'exercice de cette compétence » et, dès lors, que pour être qualifié d'organe constitutionnel, « l'organe ne doit subir (dans la mise en oeuvre de ses attributions) aucune ingérence de la part d'autres organes »⁽²⁹⁾. Or la souveraineté étant « la négation de toute entrave ou subordination », « le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante », qui « exclut tout obstacle ou limitation »⁽³⁰⁾, il n'est pas inconséquent de soutenir que l'attribution constitutionnelle spécifique apte à caractériser un organe constitutionnel est celle dont l'exercice traduit la mise en oeuvre de la souveraineté.

Il est amusant de constater la proximité entre certaines définitions de l'« acte de gouvernement » proposées par la doctrine et celle de l'acte constitutionnel. A. Gros soutenait ainsi que les « actes de gouvernement » étaient ceux intervenant dans des matières constitutionnelles pour lesquelles, en vertu de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État était incompétent³¹. Auparavant, Ducrocq et Le Courtois s'étaient montrés pionniers en suggérant que « les actes de gouvernement seraient tous les actes et seulement les actes qui sont l'exécution d'une disposition formelle de la Constitution »³². R. Carré de Malberg, tout en s'inscrivant dans le « courant de la fonction gouvernementale », les a suivis en s'efforçant de montrer le fondement constitutionnel de l'acte de gouvernement³³. Et récemment encore, P. Jan écrivait que « l'acte de gouvernement est celui qui découle directement de la mise en oeuvre d'une compétence constitutionnelle »³⁴. Si ces définitions ont parfois été vivement critiquées³⁵, sans doute constituaient-elles au moins un bon point de départ dans le travail d'identification de l'« acte de gouvernement ».

Quoi qu'il en soit, il est possible d'observer que l'acte constitutionnel se définit suivant un mode semblable à celui qui peut être retenu pour toutes les grandes catégories d'actes juridiques, par la combinaison d'un critère organique (il est pris par un organe constitutionnel), permettant d'établir une présomption, et d'un critère matériel déterminant (il se rapporte à l'exercice, par son auteur, d'une de ses attributions constitutionnelles spécifiques)³⁶.

Concrètement, et sans évidemment prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'affirmer que la catégorie des actes constitutionnels englobe les règlements des assemblées parlementaires, les lois quelles qu'elles soient dès lors qu'elles sont entrées en vigueur après la Constitution, le dépôt ou l'adoption d'une motion de censure, les actes législatifs pris par les organes gouvernementaux, les décrets de promulgation, de dissolution, de nomination des membres du Gouvernement (et plus généralement les mesures de nomination prises en vertu de la Constitution), les actes pris dans l'exercice du pouvoir juridictionnel (qu'il s'agisse d'une juridiction ordinaire ou de la juridiction constitutionnelle), les décisions prises par le Conseil supérieur de la magistrature en matière de nomination ou de discipline des magistrats, la décision de ratifier ou approuver un engagement international, la décision de reconnaître ou non à un parlementaire l'immunité, la décision d'opposer le secret-défense, la décision d'engager la procédure de délégalisation, de même que celle d'engager la « procédure d'empêchement » du Président de la République, etc.³⁷

Il faut dire que cette liste ne correspond pas exactement à certaines au moins de celles qui ont pu être proposées à l'étranger par les auteurs ayant consacré des études à la notion d'acte constitutionnel³⁸. Ceci semble procéder d'une vision quelque peu réductrice de l'acte constitutionnel, assimilé à l'« acte constitutionnel institutionnel », alors que ce dernier ne désigne qu'un type particulier d'acte constitutionnel.

Les différents types d'actes constitutionnels

Il est possible d'opérer une distinction au sein des actes constitutionnels, en fonction de leur(s) destinataire(s), ou de leur portée, essentiellement individuelle ou institutionnelle³⁹.

Ainsi, les actes constitutionnels dont les principaux destinataires sont des individus pourront être qualifiés d'« actes constitutionnels individuels », alors que ceux qui s'adressent essentiellement aux organes constitutionnels pourront être dénommés « actes constitutionnels institutionnels ». Tandis que les premiers (telles les nominations, par le chef de l'État ou le Premier ministre, aux emplois civils et militaires, dont les destinataires ne sont appelés à assumer aucune fonction constitutionnelle spécifique) sont susceptibles d'interférer directement dans les droits et intérêts subjectifs des personnes, les seconds (tels un décret de dissolution ou le dépôt d'un projet de loi) ne sont en principe pas de nature à porter directement atteinte aux droits et libertés des individus.

Il faut reconnaître que la présentation de cette distinction a quelque chose d'impressionniste. On ne saurait exclure, en effet, toute part de subjectivité dans sa mise en oeuvre.

Cela tient en premier lieu à la difficulté qu'il peut y avoir à identifier les attributions matériellement constitutionnelles et, du même coup, les organes constitutionnels (s'il est évident que le chef de l'Etat ou le Parlement sont des organes constitutionnels, il peut être plus délicat de se prononcer s'agissant des ministres ou des parlementaires individuellement considérés) ⁽⁴⁰⁾.

En second lieu, le problème peut provenir de la difficulté à bien dissocier l'organe, ou la charge, de la personne qui l'incarne (l'*organträger* de la dogmatique allemande). Si cette dissociation s'opère plutôt aisément s'agissant des organes collégiaux ou de ceux auxquels reviennent les fonctions constitutionnelles les plus « importantes », il peut en aller différemment dans les autres hypothèses (la décision par laquelle le bureau d'une chambre refuse d'accorder l'immunité à un parlementaire doit-elle être regardée comme un acte constitutionnel institutionnel ou individuel ? Et le décret de grâce ? ⁽⁴¹⁾).

La qualification d'un acte en tant qu'acte constitutionnel, et *a fortiori* sa caractérisation en tant qu'« acte constitutionnel institutionnel » ou individuel, peut donc dans certains cas s'avérer délicate et l'on ne saurait exclure absolument toute marge d'appréciation au profit de celui qui entend y procéder. A cet égard, le premier concerné devrait être le juge, puisque c'est au contentieux que la distinction opérée au sein des actes constitutionnels révèle sa portée.

La spécificité du régime contentieux des actes constitutionnels institutionnels

Tandis que la règle générale voudrait que seul le juge constitutionnel puisse connaître des actes constitutionnels, une exception semble devoir être aménagée concernant les actes constitutionnels individuels. S'agissant des actes constitutionnels institutionnels, en revanche, le principe ne saurait souffrir aucune dérogation.

Le principe de l'injusticiabilité des actes constitutionnels par les juges ordinaires

En tant qu'actes de la puissance publique, l'acte constitutionnel et l'acte administratif se ressemblent. Ils ne doivent toutefois pas être confondus. Les actes administratifs procèdent d'autorités administratives et sont, en tous cas, pris dans l'exercice d'un « pouvoir administratif », autrement dit, pour reprendre les termes de la jurisprudence, d'« un pouvoir de décision qui constitue une prérogative de puissance publique » ⁽⁴²⁾. Afin de bien les distinguer des actes constitutionnels, il est possible de dire que ceux-ci sont pris dans l'exercice de prérogatives (matériellement) constitutionnelles, ou suprêmes, de puissance publique, tandis que ceux-là résultent de la mise en oeuvre de prérogatives administratives de puissance publique.

Or, si le juge administratif est le juge naturel de l'administration et de ses actes, il ne peut connaître des actes constitutionnels ⁽⁴³⁾. A leur égard, le juge constitutionnel est exclusivement compétent. Ainsi que l'a souligné A. M. Garcia Cuadrado, en effet, l'acte constitutionnel est un « acte dont le contrôle est réservé au Tribunal constitutionnel dans les procès d'inconstitutionnalité et qui ne peut être l'objet d'un contrôle par les tribunaux ordinaires » ⁽⁴⁴⁾. En 1967 déjà, J. L. Carro et F. Valmayor avaient pu écrire que « bien que les actes constitutionnels (que ces auteurs réduisent toutefois aux actes de relations constitutionnelles) échappent au contrôle du Conseil d'Etat - ce qui est parfaitement explicable par le jeu des règles de la compétence du juge administratif -, ils ne jouissent pas pour autant d'une immunité absolue, précisément en raison de l'existence d'un organe de justice constitutionnelle, qui a comme compétence propre la

compétence pour connaître de ces actes » (45).

Sans doute le Tribunal suprême espagnol ne l'a-t-il jamais reconnu explicitement, mais sa jurisprudence en matière d'actes politiques et parlementaires semble bien pénétrée de l'idée suivant laquelle les actes pris par les organes constitutionnels dans l'exercice de leurs prérogatives constitutionnelles présentent une nature particulière, justifiant qu'ils soient soustraits à la compétence des juges ordinaires, pour ne relever que du juge constitutionnel (46).

De même, bien que la jurisprudence française n'ait jamais consacré, en tant que telles, les thèses, rappelées plus haut, favorables à l'idée de fondement constitutionnel de l'« acte de gouvernement », un certain nombre de décisions des juridictions ordinaires expriment néanmoins assez clairement l'idée d'injusticiabilité par elles des actes pris par les organes constitutionnels dans l'exercice de leurs missions constitutionnelles.

Ainsi par exemple, lorsque M. Hoffer avait engagé un référé tendant à ce que soit ordonné au président du Conseil constitutionnel de délibérer à nouveau, hors la présence de M^{me} Veil, sur des requêtes ou des demandes d'avis relatives au traité constitutionnel européen dont le Conseil constitutionnel avait été saisi, le Conseil d'Etat a rétorqué « qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître d'actes qui se rattachent à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont conférées par la Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement » (47).

Dans l'arrêt *Papon*, c'est parce que l'acte en cause (la décision du collège des questeurs de l'Assemblée nationale de suspendre le versement à M. Papon de sa pension d'ancien député) se rattachait « à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement » que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a décliné sa compétence (48).

Auparavant, cette même formation de jugement avait déjà affirmé qu'il « n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel » (49).

Pour ne pas s'en tenir à la jurisprudence administrative, on peut signaler que, de son côté, la Cour de cassation a décliné sa compétence pour juger un acte du Gouvernement en soulignant que « les orientations de la politique du gouvernement et les actes de mise en oeuvre de cette politique entrent dans l'exercice des prérogatives que la Constitution confère à celui-ci » (50).

Avant de s'interroger quant à la possibilité, dans certaines hypothèses, de déroger au principe d'incompétence des juges ordinaires pour connaître des actes constitutionnels, il convient de faire trois remarques.

La première est que la spécificité du régime contentieux des actes constitutionnels s'étend aux actes qui, bien que ne constituant pas directement la mise en oeuvre d'un pouvoir constitutionnel, en sont indissociables en tant qu'ils en constituent, si l'on peut dire, les « accessoires indispensables » (51).

La deuxième a trait au caractère parfois trompeur du « critère » qui pourrait être tiré du rang des paramètres de référence applicables à l'activité litigieuse. Comme l'explique A. M. Garcia Cuadrado, en effet, le fait que le Tribunal constitutionnel puisse avoir à appliquer un bloc de constitutionnalité contenant des lois ordinaires ne change rien au fait qu'il est seul compétent pour connaître des actes constitutionnels (52). Les paramètres de jugement, et du même coup les vices invoqués, peuvent éventuellement constituer un indice pour déterminer le juge compétent pour le jugement de tel ou tel acte, mais ils ne devraient pas en principe (sous réserve de ce qui sera dit lorsque seront évoqués les conflits

constitutionnels) être décisifs.

La troisième remarque vise à préciser que si les illustrations jurisprudentielles proposées du principe exposé ne concernent que les organes constitutionnels « les plus importants » (Conseil constitutionnel, organes parlementaires, Président de la République et gouvernement), l'incompétence des juridictions administratives à l'égard des actes constitutionnels ne se limite pas aux leurs. Elle couvre tous ceux qui se rapportent à l'exercice de ses attributions constitutionnelles spécifiques par un organe, quel qu'il soit (Conseil supérieur de la magistrature, Conseil économique et social, ministres dans certains cas, etc.)⁽⁵³⁾. Le principe ne rencontre donc aucune restriction « organique ». La seule limite qui puisse lui être assignée est d'ordre matériel.

L'exception concernant les actes constitutionnels individuels

Les exigences constitutionnelles et conventionnelles de protection des droits et libertés fondamentaux mises en regard des caractéristiques de l'organisation juridictionnelle française impliquent de relativiser le principe - dont on peut présumer la valeur constitutionnelle - de l'injusticiabilité des actes constitutionnels par les juges ordinaires. Le risque à prendre en considération est celui du déni de justice, c'est-à-dire du « manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu », étant entendu que l'étendue de ce devoir « correspond à celle définie pour le droit au juge »⁽⁵⁴⁾.

Or, tandis que la garantie du droit au recours appartient, non exclusivement mais immanquablement, aux juridictions ordinaires, le caractère étriqué du schéma de compétences dans lequel est enfermé le Conseil constitutionnel l'empêche de connaître d'un nombre non négligeable d'actes constitutionnels.

Tout d'abord, la France ne dispose pas de procédure de résolution des conflits entre organes constitutionnels, particulièrement adaptée au jugement des actes constitutionnels institutionnels⁽⁵⁵⁾. Mais là n'est encore pas le plus grave dans la mesure où, ainsi qu'il a été expliqué, ceux-ci ne sont en principe pas de nature à interférer directement dans les droits et libertés des individus. Leur injusticiabilité « absolue » en France ne saurait donc s'analyser en un déni de justice⁽⁵⁶⁾.

Ensuite, et surtout, il n'existe pas en France de voie de recours direct permettant aux individus de saisir le juge constitutionnel pour obtenir la protection de leurs droits fondamentaux (du type recours d'*amparo* espagnol ou recours direct allemand)⁽⁵⁷⁾.

Or, telle paraît être la voie idéale pour obtenir le jugement d'actes constitutionnels individuels. Les mécanismes de questions préjudicielles de constitutionnalité s'y prêtent également, mais comme on le sait, le projet entrepris en ce sens au début des années quatre-vingt-dix n'a jamais abouti. Le risque de déni de justice étant réel s'agissant de cette seconde catégorie d'actes constitutionnels, il paraît raisonnable d'admettre que tant que le Conseil constitutionnel ne pourra en connaître, les juges ordinaires puissent le faire. L. Favoreu parle en ce sens du risque de « déni de justice justifiant une transgression exceptionnelle des limites de la compétence de la juridiction administrative »⁽⁵⁸⁾.

Certains arrêts du Conseil d'Etat peuvent d'ailleurs être analysés comme ayant appliqué cette exception, même si la reconnaissance par le juge administratif de sa compétence à l'égard des actes constitutionnels individuels passe souvent par une opération de disqualification de l'acte⁽⁵⁹⁾.

Ainsi en va-t-il des décisions rendues autour des compétences du Président de la République et du Premier ministre de nommer aux emplois civils et militaires⁽⁶⁰⁾.

Il est également possible de citer l'arrêt *M^{me} Richard* rendu en 1997, dans lequel il paraît assez significatif que la Section du contentieux vise expressément l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 3 du Premier Protocole additionnel à cette Convention, relatif au droit à des élections libres, avant d'admettre sa compétence pour juger le refus implicite du Premier ministre d'organiser une élection législative partielle (61). Selon F. Hervouët d'ailleurs, « il est probable que (si la Convention n'avait pas existé) le juge aurait qualifié la décision du Premier ministre d'acte de gouvernement, relatif aux relations entre les pouvoirs exécutif et législatif » (62).

On peut encore évoquer un arrêt *Hoffer* dans lequel le Conseil d'Etat reconnaît qu'une ordonnance ratifiée « ne peut plus en principe être contestée devant la juridiction administrative sauf à ce qu'en raison des circonstances de son adoption la loi de ratification n'ait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable » (63).

Enfin, le même type de considérations a probablement guidé le choix du Conseil d'Etat de se déclarer compétent pour juger - et annuler - la décision du ministre de la Justice sanctionnant un magistrat (M. Stilinovic) par une mise à la retraite d'office (64). Il ne fait aucun doute que cette décision constitue la mise en oeuvre d'une prérogative constitutionnelle et que lorsqu'il exerce son pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats, le ministre n'agit pas en tant qu'autorité administrative, mais il n'est pas douteux, non plus, que la décision portait directement atteinte à la situation juridique subjective du requérant (65).

Au regard de cette dernière solution, cependant, on peut être porté à s'interroger sur les raisons ayant conduit le Conseil d'Etat à se déclarer incompétent pour connaître de la requête de M. Papon tendant à l'annulation de la décision du collège des questeurs de l'Assemblée nationale refusant de rétablir le versement de sa pension de retraite d'ancien député, suspendue en raison de sa condamnation pour complicité de crime contre l'humanité (66). Dans un cas comme dans l'autre, ce qui était attaqué était un acte constitutionnel insusceptible, en l'état présent de ses compétences, d'être déféré au Conseil constitutionnel.

La différence de solution peut s'expliquer de deux façons.

En premier lieu, il est possible que le Conseil d'Etat, tout en admettant que les requérants étaient deux individus lésés dans leurs droits subjectifs, ait entendu faire preuve d'une plus grande réserve à l'égard de la décision prise par un organe parlementaire, ce qui tendrait à laisser penser que, du fait d'une sorte de réminiscence de la souveraineté parlementaire, l'exception consistant à admettre sa compétence à l'égard des actes constitutionnels individuels injusticiables attentatoires aux droits et libertés des personnes ne vaut pas à l'égard des actes émanant des organes parlementaires. Cette explication n'est pas improbable, mais elle ne serait pas la plus consistante juridiquement.

En second lieu, il est possible que le Conseil d'Etat ait vu dans M. Papon, atteint dans les droits attachés à son statut de parlementaire, un organe constitutionnel alors que M. Stilinovic, magistrat du parquet, n'en était pas un. Il était donc saisi d'un acte constitutionnel institutionnel dans le premier cas, et d'un acte constitutionnel individuel dans le second. Sans doute cette interprétation peut-elle être discutée, mais la divergence de solution se comprend alors parfaitement puisque s'agissant des actes constitutionnels institutionnels, le principe de l'incompétence du juge ordinaire ne devrait souffrir aucune exception.

L'indérogeabilité du principe concernant les actes constitutionnels institutionnels

Face aux actes constitutionnels institutionnels, le juge ordinaire doit systématiquement décliner sa compétence. Outre que ces actes ne portent en principe aucune atteinte directe aux droits et libertés fondamentaux des individus, l'exclusivité de compétence du juge constitutionnel est, à leur égard, doublement fondée.

La première justification est commune à l'ensemble des actes constitutionnels. Elle est à relier aux principes généraux qui président à l'organisation constitutionnelle du pouvoir dans tout Etat de droit ; plus particulièrement aux exigences inhérentes à la séparation des pouvoirs et à la position spécifique réservée au juge constitutionnel du modèle européen, au sein de cette organisation. Pour avoir été amplement mises en avant par ailleurs ⁽⁶⁷⁾, ces données ne paraissent pas nécessiter que l'on y insiste davantage aujourd'hui.

La seconde raison du monopole de compétence au profit du juge constitutionnel pour juger les actes constitutionnels est plus spécifique et ne concerne que ceux d'entre eux qui peuvent être qualifiés d' « institutionnels ». Elle procède du constat que lorsque un tel acte se trouve être le coeur d'un litige, ce qui est demandé au juge ne se limite pas au jugement d'un acte constitutionnel, mais s'étend à la résolution d'un conflit constitutionnel.

Or, à cet égard aussi, la compétence du juge constitutionnel est exclusive. Sans, là encore, revenir excessivement sur la présentation qui en a déjà été faite ⁽⁶⁸⁾, on peut rappeler qu'un conflit constitutionnel est un différend opposant des sujets titulaires de fonctions constitutionnelles et portant sur l'interprétation ou l'application de la Constitution, étant entendu que le terme « Constitution » doit ici être compris dans son sens le plus strict, de norme qui opère la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire qui répartit les fonctions constitutionnelles permettant la réalisation de la souveraineté. Or, cette consubstantialité du conflit constitutionnel avec ce qui peut être regardé comme le coeur, ou l'essence, de la Constitution implique que seul le juge constitutionnel puisse en connaître ⁽⁶⁹⁾.

Il convient de préciser, par ailleurs, que si les conflits constitutionnels portent en principe sur l'interprétation ou l'application des dispositions constitutionnelles fondamentales qui organisent, horizontalement et verticalement, l'exercice de la puissance de l'Etat, il n'est pas absolument exclu qu'ils se nouent autour de l'application ou de l'interprétation de dispositions infra-constitutionnelles. Et le juge ordinaire n'est pas davantage compétent dans ce cas. Dès lors que les paramètres de référence applicables à un conflit institutionnel trouvent leur ancrage dans une disposition de la Constitution formelle relative à l'organisation du pouvoir, ou peuvent être regardés comme participant du droit constitutionnel matériel, le litige relève de la catégorie des conflits constitutionnels, et sa résolution ne peut ressortir qu'à la compétence de la juridiction constitutionnelle ⁽⁷⁰⁾.

Si elle n'a pas toujours été présentée de cette façon et, jamais explicitement, la spécificité du régime contentieux devant être réservée aux actes constitutionnels institutionnels, potentiellement au centre de conflits constitutionnels, apparaît en filigrane dans la doctrine et la jurisprudence des juridictions ordinaires françaises relatives aux « actes injusticiables ».

A ce propos, Michoud a fait figure de précurseur en s'interrogeant de la manière suivante : « il serait peut-être désirable qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de parti pour trancher, avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les différents pouvoirs » ; puis il observait que « ce tribunal, qui serait sans doute difficile à organiser, n'existe pas, et le Conseil d'Etat (...) ne peut en tenir lieu » ⁽⁷¹⁾.

Rendant hommage à son prédécesseur, Bremond expliquait à son tour que « le Sénat et la Chambre des députés auraient (...), en théorie, qualité pour recourir contre les décisions illégales du chef de l'Etat qui méconnaîtraient leurs droits et leurs

privilèges. Mais, sans insister sur l'invraisemblance d'une pareille réclamation, il faut constater qu'en tout cas le Conseil d'Etat serait absolument incompétent (...). Il suit de là qu'aucun tribunal en France n'a compétence pour connaître des prétentions que les deux fractions du Parlement peuvent émettre, soit dans leurs rapports entre elles, soit dans leurs rapports avec le chef de l'Etat ». Il faudrait en effet « statuer sur les prétentions respectives du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ; le Conseil d'Etat ne le peut pas » (72).

Plus tard, F. Batailler reconnaissait encore que le juge administratif, même devenu juge constitutionnel, s'interdit de se pencher sur les différends constitutionnels et démontrait que la méthode de raisonnement du juge administratif en matière d'« actes de gouvernement » traduit « son désir de ne pas se faire le juge des litiges constitutionnels mettant en jeu les rapports entre organes constitutionnels » (73). Plus récemment, enfin, P. Fombeur et F. Raynaud relevaient qu'« en définitive, ce sont les rapports d'ordre constitutionnel entre pouvoirs publics, et non pas seulement les rapports entre l'exécutif et le législatif (...) qui relèvent de la catégorie des actes de gouvernement » (74).

Par une sorte de synergie, il semble bien que ces analyses théoriques, probablement inspirées de la jurisprudence assez pragmatique en matière d'« actes de gouvernement », aient à leur tour fini par emporter la conviction du juge. Tandis qu'auparavant, celui-ci déclinait sa compétence pour juger les litiges relatifs « aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement » (75), il se fondait ces dernières années souvent, de façon beaucoup plus générale, sur son incompétence à l'égard des litiges touchant « aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels », échappant « *par là même* à la compétence de la juridiction administrative » (76). C'est d'ailleurs de cette façon que le juge des référés du Conseil d'Etat a justifié son refus de répondre à plusieurs requêtes présentées par M. Hoffer en 2005, notamment à celle tendant à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre d'accomplir les diligences nécessaires à l'engagement éventuel de la « procédure d'empêchement » du Président de la République (77).

Mais il semblerait que la formule ait à nouveau évolué. Saisie une fois encore par son fidèle requérant, M. Hoffer, lui demandant d'annuler le décret de nomination du Premier ministre et le décret relatif à la composition du gouvernement en tant qu'il nomme le ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, la Haute juridiction administrative répond « qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur la légalité des actes relatifs aux rapports d'ordre constitutionnel institués entre le Président de la République, le Premier ministre et le gouvernement » (78).

La solution n'a rien de très surprenant au fond. Le juge administratif avait en effet déjà jugé, s'agissant du décret par lequel le Président de la République modifie, sur proposition du Premier ministre, la composition du gouvernement qu'« il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de connaître d'une telle décision » (79). Il avait également rejeté une requête de M. Meyet, dirigée contre une déclaration du Premier ministre relative au choix entre la poursuite des fonctions gouvernementales et l'exercice d'un mandat de maire, en considérant qu'elle soulevait « un litige qui, en ce qu'il est relatif à la composition du gouvernement, ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative » (80).

L'évolution formelle, en revanche, a de quoi interpeller (81). Elle ne mérite sûrement pas d'être analysée en une régression de la jurisprudence en matière d'« actes de gouvernement », qui reviendrait au pragmatisme et au laconisme qui jadis la gouvernaient. Il est vrai que le progrès le plus significatif a certainement été accompli avec le passage de motivations elliptiques ou évoquant les « rapports entre le pouvoir exécutif et le Parlement », à la référence aux « rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels », potentiellement significative de l'incompétence du juge ordinaire pour connaître de l'ensemble des conflits constitutionnels. Mais celle-ci présentait le risque d'être entendue comme ne renvoyant qu'aux traditionnels pouvoirs de l'Etat, identifiés par Montesquieu, auxquels ne se seraient ajoutés que la juridiction constitutionnelle et, éventuellement, le Président de la République, dont on reconnaît parfois l'extériorité par

rapport au pouvoir exécutif.

Or, cette vision ne correspond plus à la réalité institutionnelle moderne ¹¹(82). Les ordonnancements constitutionnels contemporains sont en effet marqués par une atomisation des fonctions, perdant leur unité au profit d'attributions constitutionnelles spécifiques, et une pulvérisation des pouvoirs, abandonnant leur globalité au bénéfice d'organes constitutionnels, auxquels sont confiées lesdites attributions. Les schémas constitutionnels actuels sont donc beaucoup plus complexes que ce que suggère la conception classique de la séparation triangulaire des pouvoirs, dont les standards doivent être repensés : le dénominateur pertinent de la division du pouvoir n'est plus la fonction, mais l'attribution constitutionnelle, et l'unité fondamentale de la fragmentation horizontale de la puissance étatique n'est plus le pouvoir, mais l'organe constitutionnel ¹²(83).

Dans cette perspective, le choix du juge administratif, pour désigner un « acte de gouvernement », de substituer à la formule générique de « pouvoirs publics constitutionnels » une énumération d'organes constitutionnels présente cet intérêt qu'il pourrait être significatif d'une prise de conscience du renouvellement de la séparation des pouvoirs.

Plus généralement, on confiera qu'il est aussi troublant que réconfortant d'apercevoir, dans les grandes tendances de la jurisprudence administrative en matière d' « actes de gouvernement », les reflets de l'évolution qu'a connue le concept de séparation des pouvoirs, et de l'élargissement du champ du conflit constitutionnel que celui-ci véhicule. Enfin, ce n'est pas le moindre des mérites du juge administratif que de livrer, à travers cette jurisprudence, la conception qu'il se fait de sa place et de son rôle au sein de l'ordonnancement constitutionnel français.

Au terme de cette première série de développements, l' « acte de gouvernement » semble avoir perdu une part du mystère qui l'entourait. Il peut être qualifié d' « acte constitutionnel institutionnel », objet potentiel de conflit constitutionnel, c'est-à-dire d'un litige mettant en cause la séparation des pouvoirs, entendue comme la répartition des attributions constitutionnelles entre les organes constitutionnels.

Mais l' « acte de gouvernement » n'en demeure pas moins partiellement insaisissable. Les instruments d'identification proposés sont en effet sans incidence aucune sur le régime juridique de l' « acte de gouvernement », dont ils ne font, au contraire, que mettre davantage en lumière l'injusticiabilité par le juge ordinaire. Cependant, en révélant de quelle manière et dans quelle mesure il pourrait donner lieu à un contrôle juridictionnel, la connaissance du droit étranger achève d'anéantir le mythe de l'insaisissabilité de l' « acte de gouvernement ».

La possibilité d'un traitement contentieux

« La tradition française des actes de gouvernement ne s'est pas maintenue en Allemagne » ¹³(84). La même observation pourrait être faite en Italie et, quoique dans une moindre mesure, en Espagne. A la différence de la France, en effet, ces trois Etats se sont dotés de procédures de résolution des conflits entre organes constitutionnels, ouvertes devant le juge constitutionnel, et permettant aux organes constitutionnels d'obtenir la défense de leurs attributions constitutionnelles face aux atteintes que sont susceptibles d'y porter leurs homologues ¹⁴(85).

Or, les potentialités que recèle ce contentieux sont loin d'être négligeables. Ceci tient, en partie au moins, à ce que la fonction dans l'exercice de laquelle est pris l'acte objet du conflit ne présente aucune espèce d'importance au regard de la qualification du litige en tant que conflit entre organes constitutionnels. La procédure de résolution des litiges entre organes pourrait donc constituer la voie adéquate pour garantir la régularité juridique de toute une série d'actes présentement injusticiables en France ¹⁵(86). Au demeurant, il n'est peut-être pas superflu de mettre en évidence les

limites assignées à l'extension de la sphère de justiciabilité dans l'Etat de droit.

La justiciabilité des « actes injusticiables »

N'a-t-on pas déploré « l'existence (en France) d'un noyau irréductible d'actes bénéficiant d'une totale immunité de juridiction »⁽⁸⁷⁾ ? S'il serait assurément fastidieux, et probablement inutile de dresser une liste exhaustive de ces actes, il paraît en revanche très opportun de montrer, suivant une classification fondée sur un critère organique et en recourant à quelques exemples significatifs, que bon nombre d'entre eux ont, à l'étranger, grâce à la procédure de résolution des litiges entre organes, pu faire l'objet d'un contrôle juridictionnel⁽⁸⁸⁾.

Les actes du chef de l'Etat et des organes gouvernementaux

S'agissant des actes injusticiables du chef de l'Etat, trois grands secteurs d'intervention peuvent être distingués.

En premier lieu, il est possible d'évoquer les décisions ayant une incidence sur « la vie » des autres organes constitutionnels, à commencer par celles - dont il vient d'être question - relatives à la composition du gouvernement (ce qui comprend vraisemblablement aussi bien la nomination du Premier ministre et des membres du gouvernement que la cessation de leurs fonctions).

Il est bien évident que ces décisions ne sont pas totalement discrétionnaires, et qu'elles sont de nature à porter atteinte aux attributions du gouvernement ou des ministres à l'encontre desquels elles sont prises. Il pourrait donc s'avérer utile que les décisions du chef de l'Etat (et du Premier ministre) afférentes à la composition du gouvernement puissent être examinées par un juge.

Or, à cet égard, la procédure de résolution des conflits entre organes constitutionnels apparaît comme une voie bien appropriée. C'est précisément de cette façon que la Cour constitutionnelle italienne a pu connaître de la décision du chef de l'Etat confiant l'intérim du ministère de la Justice au Président du Conseil Dini⁽⁸⁹⁾.

La même chose peut être dite des décisions prises par le chef de l'Etat dans l'exercice de son droit de dissolution. Bien que non délié de toute contrainte constitutionnelle, le décret de dissolution ne peut, en l'état actuel du droit positif français, être contrôlé par aucun juge. Le Conseil d'Etat a clairement affirmé son incompétence⁽⁹⁰⁾. Et si certains auteurs n'avaient pas exclu que le Conseil constitutionnel accepte, au prix d'une extension de sa compétence de juge des scrutins nationaux⁽⁹¹⁾, de statuer sur la conformité à la Constitution des décrets de dissolution, celui-ci s'y est constamment refusé⁽⁹²⁾, et il est peu probable qu'il change de position sur ce point⁽⁹³⁾. En toute hypothèse, si le Conseil constitutionnel devait contrôler le décret de dissolution, il serait préférable qu'il en connaisse en qualité, non de juge électoral, mais de juge constitutionnel. Et la voie la plus adaptée serait sans doute, là encore, le conflit entre organes constitutionnels.

C'est d'ailleurs par cette voie qu'ont pu être déférées à la Cour constitutionnelle fédérale allemande les décisions de dissoudre le *Bundestag* prises, en 1983 par le président Carstens à la demande du Chancelier Helmut Kohl, et en 2005 par Horst Köhler à la demande de Gerhard Schröder⁽⁹⁴⁾. En Italie et en Espagne, aussi, il ne fait aucun doute qu'une dissolution anticipée des Chambres pourrait donner lieu à un conflit d'attributions⁽⁹⁵⁾.

Pour finir sur ce point, il convient de préciser qu'un décret fixant la date d'élections nationales, ou de référendums, pourrait également être contesté au titre d'un conflit entre organes constitutionnels⁽⁹⁶⁾. Le recours des députés allemands ayant

subi la dissolution du 6 janvier 1983 portait, en effet, non seulement sur la décision de dissoudre le *Bundestag*, mais encore sur celle fixant la date des élections subséquentes. La Cour constitutionnelle italienne a, quant à elle, déjà été saisie d'un conflit d'attributions entre pouvoirs de l'Etat ayant pour objet la fixation par le président de la République, après délibération du Conseil des ministres, de la date d'une consultation référendaire^[100] (97).

A ce propos, mais en abordant maintenant les interventions du chef de l'Etat dans les processus d'élaboration des normes internes, il n'est pas inintéressant de signaler qu'une procédure de résolution des litiges entre organes aurait permis, et le cas échéant permettrait, de juger la décision du Président de la République de réviser la Constitution en passant par l'article 11 de la Constitution^[101] (98). S'il n'est pas improbable que le Conseil constitutionnel accepte aujourd'hui d'en connaître au titre de sa compétence en matière d'actes préparatoires au référendum, on sait en tout cas que le Conseil d'Etat s'y est refusé^[102] (99).

Aucun doute ne plane, en revanche, sur l'injusticiabilité du décret de promulgation, aussi bien par le juge administratif que par le juge constitutionnel^[103] (100). Il semble qu'il en aille différemment, grâce au contentieux inter-organique, en Allemagne et en Italie^[104] (101). Une telle possibilité de contrôle ne serait pourtant pas sans intérêt en France, car il n'est pas exclu que divers contentieux institutionnels se nouent autour de la promulgation. Ainsi, par exemple, la régularité d'un décret de promulgation pourrait être contestée par les organes constitutionnels qualifiés pour saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la loi à laquelle il se rapporte, si ceux-ci estiment qu'intervenu trop rapidement après la transmission au gouvernement du texte définitivement adopté, le décret les a irrégulièrement empêchés d'exercer leur pouvoir de déclenchement du contrôle de constitutionnalité. Il est également possible d'imaginer un conflit résultant du refus du Président de promulguer une loi^[105] (102). Cette hypothèse en suggère une autre : « le célèbre problème, irrésolu en droit de l'obligation faite, ou non, au Président de la République de signer des ordonnances... »^[106] (103). Ce n'est pas un cas d'école, et bien que l'obstacle puisse être contourné par l'adoption d'un projet de loi susceptible d'être soumis au Conseil constitutionnel, ce contrôle ne porte pas sur la validité du refus présidentiel, alors que le préjudice en résultant pour le gouvernement est peu contestable. Or, selon V. Crisafulli, un refus présidentiel de signer un décret-loi constitue une hypothèse tout à fait concevable de conflit d'attributions entre pouvoirs de l'Etat^[107] (104).

Concernant enfin les interventions du Président de la République en sa qualité de chef des armées, il est clair qu'elles pourraient donner matière à conflits entre organes constitutionnels, tant la répartition des compétences afférentes à la guerre et à la défense nationale est ambiguë^[108] (105). A cet égard, on peut mentionner les décisions d'envoyer des forces militaires françaises à l'étranger^[109] (106). En Allemagne la Cour de Karlsruhe a eu à juger un *organstreit* déclenché par des groupes parlementaires du *Bundestag* contre le gouvernement fédéral, en raison de sa décision d'envoyer des soldats allemands en Somalie et dans l'ex-Yougoslavie pour effectuer certaines missions^[110] (107). On peut encore évoquer, pour terminer avec les actes du chef de l'Etat, la décision de reprendre, préalablement à la négociation d'un engagement international, une série d'essais nucléaires, à l'encontre de laquelle le Premier ministre aurait éventuellement eu intérêt à soulever un litige entre organes s'il avait estimé, à l'instar de l'Association Greenpeace France, qu'une telle décision ne relevait pas du Président de la République en tant que chef des armées, mais de la responsabilité que l'article 21 de la Constitution confie au gouvernement en matière de défense nationale^[111] (108).

L'évocation de cette décision porte à se pencher sur les actes des organes gouvernementaux. Là encore, une procédure de résolution des litiges entre organes permettrait de soumettre à un juge un grand nombre d'actes pour l'heure injusticiables en France. On pense en premier lieu au refus du Premier ministre ou des ministres de contresigner les actes du Président de la République autres que ceux exclus par l'article 19 de la Constitution. Il est vrai que le Conseil d'Etat annule pour vice de forme les actes du Président non contresignés, alors qu'ils auraient dû l'être^[112] (109), mais précisément, le refus lui-même n'est jamais sanctionné, alors qu'il en résulte un blocage évident de l'action du Président de la République. Cette

hypothèse de conflit entre organes constitutionnels a été envisagée par de nombreux auteurs étrangers ⁽¹¹⁰⁾.

La possibilité de soulever un conflit entre organes contre le gouvernement pourrait, en deuxième lieu, s'avérer intéressante s'agissant de ses initiatives dans le processus d'élaboration des lois. Ainsi, par exemple, les Assemblées pourraient-elles avoir intérêt à contester les décisions gouvernementales fixant leur ordre du jour. Car si le juge constitutionnel peut être appelé à se prononcer sur les mesures qui pourraient être prises en ce domaine par les Chambres, en méconnaissance des dispositions de l'article 48 de la Constitution, dans des lois ou dans leurs règlements internes ⁽¹¹¹⁾, les Assemblées sont quant à elles dépourvues de tout recours juridictionnel permettant de sanctionner d'éventuels abus du gouvernement en la matière.

De même, bien que les hypothèses dans lesquelles des organes constitutionnels pourraient avoir intérêt à les contester ne soient pas évidentes, il semble que les décisions gouvernementales de déposer ou de retirer un projet de loi, à l'égard desquelles le Conseil d'Etat s'est à maintes reprises déclaré incompétent ⁽¹¹²⁾, pourraient tout à fait être déférées au juge constitutionnel dans le cadre du contentieux inter-organique. Enfin, il n'est pas douteux que les décisions de déclarer, ou non, l'urgence devant le Parlement pour l'adoption d'un projet de loi, injusticiables par le juge administratif ⁽¹¹³⁾, pourraient être jugées par la voie du conflit entre organes constitutionnels ⁽¹¹⁴⁾.

Celle-ci se prêterait encore, et en troisième lieu, au jugement des décisions ministérielles d'opposition du secret-défense, largement susceptibles d'entraver l'exercice de leurs missions par les juges ou les commissions parlementaires d'enquête. Des conflits ont ainsi régulièrement été soumis à la Cour constitutionnelle italienne par des juges d'instruction qui contestaient une décision du Président du Conseil leur opposant le secret de la défense nationale ⁽¹¹⁵⁾. En Allemagne, aussi, la Cour constitutionnelle avait été saisie par une commission parlementaire, chargée d'enquêter sur les rapports entre l'entreprise Flick et certaines personnalités politiques, en raison du refus du gouvernement, qui invoquait le secret fiscal, de lui communiquer des dossiers fiscaux ⁽¹¹⁶⁾.

Bien d'autres « actes de gouvernement » pourraient être évoqués au titre de ceux qui, actuellement injusticiables en France, pourraient être soumis à un juge par la voie du conflit entre organes constitutionnels (les décisions de mise en oeuvre de l'article 16, celles relatives à l'ouverture et à la clôture des sessions extraordinaires du Parlement, etc.). Mais les illustrations données sont sans doute assez révélatrices et il paraît opportun, à présent, de montrer qu'il pourrait en aller de même d'un certain nombre d'« actes parlementaires ».

Les actes des organes parlementaires

Si la sphère d'injusticiabilité des actes des organes parlementaires s'est trouvée considérablement réduite sous la V^e République ⁽¹¹⁷⁾, il n'en demeure pas moins un certain nombre de décisions de ces organes insusceptibles d'être déférées à un juge. Or, ainsi qu'il a été remarqué, « en tant qu'expression des fonctions constitutionnellement confiées aux Chambres ou aux organes dans lesquels elles s'articulent, tout type d'acte provenant du Parlement (...) doit pouvoir constituer l'objet du conflit d'attributions » ⁽¹¹⁸⁾. Cette assertion concerne aussi bien les actes ayant une portée externe au Parlement que ceux dont la portée n'excède pas la sphère parlementaire.

S'agissant des premiers, on pense d'abord aux mesures parlementaires intervenant dans le processus d'élaboration des lois. Elles ne peuvent, en effet, pas toujours être contrôlées à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi définitivement adoptée. Et pour cause, non seulement ce contrôle n'est pas obligatoire, mais il est également possible que la mesure en question ait fait obstacle à l'aboutissement de la procédure législative. Or, il est clair que pourrait donner lieu à un conflit entre organes le refus d'une Chambre de poursuivre la procédure d'élaboration d'une loi proposée par l'autre ou issue d'un

projet gouvernemental^[119]. Il devrait en aller de même de toutes les décisions prises par des organes parlementaires et portant atteinte aux prérogatives constitutionnelles reconnues aux organes gouvernementaux dans la procédure législative, tel le refus d'une commission d'examiner un projet de loi (art. 43 CF)^[120]. On se souvient d'ailleurs qu'en Espagne, le Tribunal constitutionnel avait été saisi du conflit né du refus du Sénat de donner suite à la déclaration par le gouvernement de l'urgence à examiner un projet de loi^[121].

Concernant ensuite les actes parlementaires de contrôle du gouvernement, dont l'exemple type est la motion de censure, le contentieux inter-organique n'est encore pas sans intérêt. Si le choix de recourir à cet instrument est fondamentalement politique, il ne peut cependant s'exprimer que dans le respect des conditions fixées par la Constitution.

Or, tandis qu'une motion de censure est manifestement de nature à porter atteinte aux prérogatives constitutionnelles du gouvernement, l'irrégularité qui entacherait éventuellement son adoption ne peut, en l'état actuel du droit positif français, être sanctionnée par un juge^[122]. Il fait peu de doute, aussi, qu'aucun juge ne pourrait se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une motion de censure qui serait adoptée à l'encontre d'un seul membre du gouvernement.

Une telle hypothèse n'est pourtant pas absolument improbable. Pour preuve, en Italie, le Sénat avait adopté une motion de défiance individuelle à l'encontre du ministre de la Justice F. Mancuso, lequel a pu obtenir un jugement de cette mesure en soulevant un conflit d'attributions entre pouvoirs de l'Etat à l'encontre de la Chambre^[123].

Enfin, cette procédure permettrait, aux juges qui les estimeraient infondées, de contester les décisions parlementaires de refus de lever l'immunité d'un parlementaire, ou de suspension des poursuites menées à son encontre (art. 26 al. 2 et 3 CF). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne relative aux conflits d'attributions entre pouvoirs de l'Etat le prouve amplement, puisqu'un nombre très important d'espèces jugées par cette voie concernent des recours intentés par l'autorité judiciaire contre des délibérations parlementaires reconnaissant l'immunité au profit de leurs membres^[124].

La justiciabilité des actes d'organes parlementaires par la procédure de résolution des litiges entre organes s'étend par ailleurs à différentes mesures dont la portée ne dépasse pas la sphère parlementaire. Ainsi en va-t-il de l'ensemble des mesures susceptibles de porter anormalement atteinte aux prérogatives constitutionnelles des parlementaires, à commencer par les mesures disciplinaires et de police infligées aux parlementaires. Alors qu'elles ne peuvent, en l'état actuel de notre droit positif, être déferées ni au juge judiciaire, ni au juge administratif^[125], elles pourraient parfaitement relever d'une procédure de résolution des conflits entre organes constitutionnels^[126].

La même chose peut être dite des actes entravant les droits des parlementaires d'initiative, de parole, d'information et de représentation, ou de participation aux commissions. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a, en effet, admis que les groupes parlementaires puissent attaquer par la voie de l'*organstreit* une décision du *Bundestag* limitant le temps de parole^[127]. Elle a par ailleurs accueilli le recours d'un membre du *Bundestag* contestant une mesure l'excluant de certaines commissions parlementaires au motif qu'il n'était rattaché à aucun groupe parlementaire^[128].

D'autres décisions des organes parlementaires actuellement injusticiables en France auraient pu être évoquées dans le cadre de ces développements^[129], mais les quelques exemples donnés sont sans doute suffisants pour comprendre que le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement en connaître s'il était investi d'une compétence générale pour trancher les conflits entre organes constitutionnels. Pareille attribution aurait une portée d'autant plus considérable qu'elle lui permettrait également de connaître de certains actes des organes juridictionnels ordinaires^[130]. Il serait erroné de penser, au demeurant, qu'elle ferait de la France un Etat du « tout-juridictionnel ». Un certain nombre d'actes et de

questions paraissent en effet devoir, au sein de l'Etat de droit, demeurer, dans une certaine mesure au moins, injusticiables.

L' « injusticiabilité » des actes du juge constitutionnel et des « questions politiques »

Si la sphère d'injusticiabilité couvrant aujourd'hui encore un grand nombre d'actes des organes constitutionnels pourrait être considérablement réduite par l'introduction en France d'une procédure juridictionnelle de résolution des conflits entre organes constitutionnels, il n'en resterait pas moins quelques zones, dans une certaine mesure au moins, exemptes de contrôle de juridictionnel : les actes du juge constitutionnel et les questions politiques.

Les actes du juge constitutionnel

Le juge constitutionnel, bien qu'étant un organe constitutionnel, n'est jamais admis dans le cercle des sujets des procédures de résolution des conflits entre organes constitutionnels (131). La *ratio* fondamentale de cette « disqualification » est double. Elle se rapporte, d'une part, au principe général du droit, immanent dans tout ordre juridique respectueux des libertés, selon lequel nul ne peut être juge de sa propre cause (*nemo iudex in causa propria*) (132). D'autre part, elle résulte d'un principe fondamental du droit constitutionnel en vertu duquel il est impossible de recourir contre les décisions du juge constitutionnel. Cette règle est d'ailleurs formalisée dans un grand nombre de Constitutions, notamment aux articles 164-1 de la Constitution espagnole, 137 alinéa 3 de la Constitution italienne et 62, alinéa 2, de la Constitution française. Et si quelques tempéraments sont parfois admis, ils ne consistent généralement qu'en des possibilités de recours devant le juge constitutionnel lui-même (133).

Ce second principe ne se confond pas avec celui de l'autorité de chose jugée. Ses implications par rapport à ce dernier sont tout à la fois moindres (il ne comporte aucune exigence concernant la portée et la nécessaire prise en compte des décisions), et plus importantes (la sphère des actes concernés étant assurément plus vaste).

Sa raison d'être est d'ailleurs bien différente. Elle est à relier aux principes généraux qui président à l'organisation constitutionnelle du pouvoir dans tout Etat de droit ; plus particulièrement à la position et au rôle du juge constitutionnel au sein de cette organisation. Certes le juge constitutionnel est un organe constitutionnel, institué par la Constitution et tenu de la respecter. Mais l'originalité de la mission qui lui revient naturellement (veiller, en toute impartialité, au respect de la Constitution par les organes constitutionnels en s'assurant que la souveraineté est exercée conformément aux aspirations du Constituant) tend inévitablement à le placer dans une position de relative supériorité par rapport aux autres organes de l'Etat. On ne voit pas, dès lors, comment ceux-ci pourraient en contrôler les actes (134).

Le statut constitutionnel du juge constitutionnel, dont l'objet est précisément de mettre celui-ci « à l'abri de toutes « représailles » des pouvoirs, dont il est chargé de contrôler les actes ou comportements » (135), traduit bien cette position spécifique du juge constitutionnel dans l'ordre juridique. Et l'interdiction d'exercer un recours contre ses décisions n'apparaît, en définitive, que comme un élément de ce statut : la garantie « matérielle », offerte aux actes de la juridiction constitutionnelle, venant s'ajouter aux garanties « organiques » dont bénéficient par ailleurs ses membres et l'institution elle-même.

De surcroît, l'indépendance du juge constitutionnel vis-à-vis des sujets potentiels de sa juridiction devant être totale, ce devrait être l'ensemble de ses actes qui échappe au contrôle d'organes extérieurs à la juridiction constitutionnelle elle-même. C'est dire que l'immunité de recours ne devrait pas se limiter aux actes constitutionnels du juge constitutionnel et à ceux qui en sont indétachables.

Il est vrai qu'un problème peut alors se poser du fait que les exigences en matière de droit au recours supposent probablement que certains actes du juge constitutionnel puissent être déférés à un juge (telles les décisions prises à l'égard de ses personnels ou pour la gestion matérielle de l'institution). Cependant, la qualité de leur auteur devrait suffire à justifier qu'ils ne relèvent que d'une « justice domestique ». Il semble en effet que si l'exigence substantielle de l'Etat de droit que constitue le droit au recours implique une relativisation du second principe évoqué à l'ouverture de ces développements (l'impossibilité de recourir contre les décisions du juge constitutionnel), la nécessité de ne pas y porter une atteinte excessive permette à son tour une relativisation du premier (l'impossibilité pour quiconque d'être juge de sa propre cause). Du moins est-ce de cette façon que s'opère, dans certains Etats voisins de la France, la conciliation entre les exigences, à certains égards antagonistes, de l'Etat de droit. En Italie, l'article 14 alinéa 3 de la loi n° 87, du 11 mars 1953, prévoit la compétence exclusive de la Cour pour juger des recours de ses employés. Le même principe est posé en Allemagne ⁽¹³⁶⁾. Encore faut-il, du reste, pour parvenir à ce point d'équilibre, que des voies adéquates soient aménagées au sein de la juridiction constitutionnelle. Dans le cas contraire, le juge administratif pourrait se trouver dans une position fort délicate ⁽¹³⁷⁾...

Pour l'heure il faut admettre qu'un certain nombre d'actes à l'égard desquels la juridiction administrative s'est justement déclarée incompétente n'auraient pu donner lieu à aucune autre forme de contrôle juridictionnel qu'un éventuel contrôle du Conseil constitutionnel lui-même ⁽¹³⁸⁾. De même, bien qu'aucun recours n'ait été envisagé à leur encontre, il ne fait aucun doute que les déclarations par lesquelles le Conseil constitutionnel s'est estimé compétent pour constater la vacance de la Présidence de la République, tout comme la décision par laquelle le Conseil, invoquant le secret qui s'attache à ses délibérations, a refusé de communiquer des documents à un juge d'instruction ⁽¹³⁹⁾, n'auraient pu donner prise à aucun contentieux ordinaire. Enfin, on peut encore imaginer qu'il en irait de même s'il advenait que le juge constitutionnel refuse de se conformer à la déclaration d'urgence du gouvernement pour l'examen de la constitutionnalité d'une loi, ou décide - ce qu'il est vraisemblablement libre de faire cependant - de ne pas constater l'empêchement du Président de la République alors que le gouvernement le lui a demandé.

D'aucuns verront peut-être dans cette immunité de juridiction pratiquement absolue au profit de l'ensemble des actes du juge constitutionnel, dans cette sphère résiduelle d'*autodichia*, un péril majeur. Mais ce danger est inhérent à l'Etat de droit. Il est, précisément, le risque de l'Etat de droit. Aussi bien, faut-il rappeler que, loin de détenir ce « pouvoir monstrueux » jadis dénoncé par Thibaudeau, « le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot » ⁽¹⁴⁰⁾ ; qu'il ne bénéficie, en tant que juridiction, d'aucun pouvoir de décision politique et que, d'ailleurs, il ne saurait en principe s'ériger en juge des questions strictement politiques, dont le sort n'appartient qu'aux organes politiques de l'Etat.

Les « questions politiques »

Tandis qu'en France, la problématique de l'injusticiabilité de certaines décisions de la puissance publique est souvent traitée à travers le prisme des « actes de gouvernement », d'autres Etats, outre-Atlantique surtout, l'envisagent sous l'angle des « questions politiques » (*political questions*).

Il est clair que ces notions ne sont pas sans lien - toutes deux désignent des objets insusceptibles de contrôle juridictionnel -, mais les présupposés et caractères de l'injusticiabilité qu'on leur associe sont bien distincts. A la différence des « actes de gouvernement » - dont on a montré qu'ils pourraient relever du juge constitutionnel -, les questions politiques paraissent naturellement injusticiables.

Sans doute existe-t-il encore aux Etats-Unis différentes théories visant à rationaliser le phénomène des *political questions* ⁽¹⁴¹⁾, et l'on ne saurait prétendre faire, en quelques lignes, un sort à plus d'un siècle et demi de jurisprudence et de

doctrine non moins foisonnantes et controversées que celles qui se sont développées en France autour des « actes de gouvernement ».

Il apparaît néanmoins qu'en dehors des raisons de politique jurisprudentielle (lesquelles n'ont d'ailleurs certainement pas toujours été étrangères à la jurisprudence administrative française en matière d'« actes de gouvernement »), c'est souvent « l'absence de standards judiciairement identifiables et opérationnels pour résoudre le différend ; ou bien l'impossibilité de le résoudre sans une décision de pure opportunité politique d'un type manifestement non juridictionnel » qui justifient le refus de la Cour suprême de se prononcer ⁽¹⁴²⁾. Les décisions correspondant aux questions politiques sont donc injusticiables parce qu'il n'existe pas de paramètre juridique de référence pour opérer un contrôle ; parce que le Constituant a choisi de laisser les pouvoirs politiques libres de décider ; parce qu'elles relèvent, en dernière analyse, du pouvoir discrétionnaire des organes constitutionnels.

Dans ces conditions, il est clair que le juge, fût-il juge constitutionnel, ne saurait, sans excéder la sphère proprement juridictionnelle de ses attributions, connaître des questions politiques. Ainsi qu'il a été souligné, « les limites de la juridiction constitutionnelle se trouvent là où commence le libre champ de la décision politique » ⁽¹⁴³⁾. Outrepasser ces limites reviendrait, de fait, pour le juge, à s'arroger un pouvoir de décision politique que l'ordre juridique n'a entendu reconnaître qu'à l'organe compétent pour prendre l'acte objet du contrôle.

Cela ne signifie pas, du reste, que les questions politiques sont exemptes de toute forme de contrôle. Les mécanismes d'engagement de la responsabilité politique des organes constitutionnels apparaissent au contraire, à cet effet, particulièrement adaptés, ce que les juges eux-mêmes n'hésitent pas à suggérer.

Ainsi le Tribunal constitutionnel espagnol a-t-il affirmé, à propos d'une réponse du gouvernement à une question parlementaire que les actes de ce type, qui intègrent « le noyau des relations entre organes de nature politique », sont insusceptibles « de contrôle juridictionnel ; le contrôle doit être de nature politique » ⁽¹⁴⁴⁾. Plus explicitement encore, la Cour de Karlsruhe a indiqué qu'en cas de désaccord politique entre le Parlement et le gouvernement sur l'opportunité de la conclusion d'un traité, le premier peut voter une motion de défiance à l'égard du Chancelier et ainsi faire tomber le gouvernement ⁽¹⁴⁵⁾. Enfin, il paraît significatif qu'avant d'affirmer son incompétence pour enjoindre au Premier ministre d'accomplir les diligences nécessaires à une éventuelle déclaration d'empêchement du Président de la République par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ait pris la peine de rappeler que selon le troisième alinéa de l'article 20 de la Constitution, le gouvernement est responsable devant le Parlement.

Les formules « acte de gouvernement » et « question politique » désignent donc bien des réalités distinctes, tant s'agissant de la notion que du régime juridique qui y est associé. Cependant, il n'est pas exclu qu'une question politique se niche dans un « acte de gouvernement ». En admettant que la question politique n'est autre que la sphère de pouvoir discrétionnaire laissée aux organes constitutionnels dans l'édiction des actes constitutionnels, pareille imbrication devrait même être extrêmement fréquente. Car si l'existence d'un pouvoir discrétionnaire devrait demeurer plutôt exceptionnelle dans le chef des autorités administratives, elle paraît en revanche devoir être le principe s'agissant des organes constitutionnels ⁽¹⁴⁶⁾.

Est-ce à dire que si une voie de droit était ouverte en France afin de permettre au Conseil constitutionnel de connaître des conflits entre organes constitutionnels et, par là même, des « actes de gouvernement », son contrôle serait pratiquement dépourvu de toute portée ? Certainement pas, tout d'abord parce que les actes constitutionnels institutionnels ne se résument pas à de pures décisions politiques. Outre les règles de compétence, il n'est pas rare que la Constitution pose des conditions de forme, de procédure et parfois même de fond, à l'exercice par les organes constitutionnels de leurs

attributions constitutionnelles. Or, sauf à nier le caractère de norme juridique de la Constitution, il paraît cohérent d'admettre que le respect de ces prescriptions puisse être vérifié par un juge. Ensuite, parce qu'il apparaît que même les questions politiques ne sont pas nécessairement soustraites à tout contrôle juridictionnel.

En premier lieu, il est possible qu'une question apparemment non réglementée, le soit en réalité, non par les textes, mais par des principes non écrits. En France, par exemple, bien que la Constitution n'impose au Président de la République aucun délai minimum pour promulguer une loi définitivement adoptée, il n'est pas absurde d'imaginer que si la promulgation intervenait tellement rapidement qu'elle ferait obstacle à l'exercice de leur prérogative par les organes constitutionnels qualifiés pour saisir de Conseil constitutionnel, une convention de la Constitution pourrait fonder une censure du comportement du Président de la République ¹⁴⁷. En Italie, la Cour constitutionnelle s'est ainsi parfois fondée, pour résoudre des conflits d'attributions entre pouvoirs de l'Etat, sur une sorte de principe général du droit constitutionnel, de loyale collaboration entre les pouvoirs ¹⁴⁸. Son homologue allemande s'est quant à elle référée à un devoir de coopération entre les organes constitutionnels ¹⁴⁹.


En second lieu, il semble que même l'exercice d'un véritable pouvoir discrétionnaire puisse donner lieu à un examen juridictionnel. Il suffit, pour le concevoir, de penser au contentieux administratif de l'excès de pouvoir. Bien sûr, il ne peut s'agir que d'un contrôle extrêmement restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits à laquelle a procédé l'organe constitutionnel pour justifier son action.

L'existence de ce contrôle restreint des questions politiques est d'ailleurs perceptible dans la jurisprudence constitutionnelle allemande en matière de litiges entre organes constitutionnels. La décision rendue à l'occasion du conflit soulevé en raison de la dissolution intervenue en 1983 est tout à fait révélatrice ¹⁵⁰. La doctrine a été unanime pour considérer qu'à la suite de cette décision, la place de la Cour constitutionnelle dans le contrôle des mécanismes du parlementarisme rationalisé est « celle d'un juge de la légalité constitutionnelle exerçant à l'égard des pouvoirs publics un contrôle restreint, n'allant pas au-delà de la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation (*Missbrauchkontrolle*) dans la mise en oeuvre de leur pouvoir discrétionnaire » ¹⁵¹. Sans doute l'application d'un tel contrôle par le juge constitutionnel allemand n'est-elle pas étrangère à la très forte légitimité qui lui est généralement reconnue et - cela est lié - à la place qui lui revient au sein du système institutionnel ¹⁵². Quoi qu'il en soit, il est certain que la Cour ne saurait aller au-delà d'un contrôle du caractère non manifestement irrationnel de la décision politique. Et cette éventualité d'un contrôle juridictionnel très restreint des questions politiques n'est somme toute pas si choquante lorsque l'on apprend, avec le juge Brennan, que dans certains cas, « la barrière de la question politique tombe : « (le) juge n'a pas la liberté de fermer les yeux sur une erreur évidente... » » ¹⁵³.

Conclusion

L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable. Au plan théorique, il s'analyse en un acte constitutionnel institutionnel, autrement dit en un acte pris par un organe constitutionnel dans l'exercice d'une attribution constitutionnelle spécifique, et dont la portée est essentiellement institutionnelle. Au plan pratique, l'injusticiabilité dont il souffre en France est tout à fait contingente, et il pourrait y être remédié par la mise en place d'une procédure juridictionnelle de résolution des conflits entre organes constitutionnels, voie de droit dont l'objet typique est, précisément, l'« acte constitutionnel institutionnel ». Pareille extension de l'office du juge constitutionnel pourrait, au-delà de cette vertu immédiate, s'avérer fort opportune à bien des égards. En effet, bien loin d'emporter une réduction du pouvoir discrétionnaire des organes constitutionnels, elle tend au contraire à les préserver du grief d'arbitraire. Par ailleurs, en permettant le rétablissement des équilibres institutionnels passablement menacés, le contentieux inter-organique apparaît comme un formidable vecteur de protection des droits de l'opposition. Enfin, et surtout, en autorisant la défense de normes constitutionnelles dont les méconnaissances sont actuellement exemptes de sanction juridictionnelle, c'est au renforcement de la normativité

de la Constitution que ce contentieux participe. A l'origine souvent perçue comme une ingérence indue dans un domaine où la politique devait rester souveraine, cette voie de droit apparaît désormais comme le moyen le plus propice à l'achèvement de l'Etat de droit et, partant, comme un attribut essentiel du pouvoir de juridiction constitutionnelle.


Une ultime question vient alors à l'esprit. Le Conseil constitutionnel serait-il apte à assumer pareille mission ? Probablement, même si quelques retouches mériteraient peut-être d'être apportées à la configuration de l'institution  (154). En toute hypothèse, il est clair que la légitimité d'un juge ne se décrète pas ; elle se construit au fil des décisions. L'histoire du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel le prouve ; celle du contentieux inter-organique au sein de ses homologues étrangers en atteste également. Les deux siècles d'histoire du Conseil d'Etat l'illustrent encore davantage. Sa légitimité est aujourd'hui telle que, bien que sa nature l'en empêche, d'aucuns souhaiteraient, plus encore qu'auparavant, le voir juger les « actes de gouvernement ». Dans cette perspective, la fréquence des apparitions du spectre de « l'acte de gouvernement » n'est autre que la traduction au contentieux du décalage entre la conception que certains requérants se font, à un moment donné, de la justice administrative et ce qu'elle est vraiment. M. Hoffer ne serait-il pas, alors, son plus fervent admirateur ?

Mots clés :


ACTE UNILATERAL * Acte de gouvernement * Limites de l'acte de gouvernement * Contrôle de l'acte de gouvernement


(1) Parmi les deux sortes d'actes auxquelles renvoie habituellement l'expression, seuls seront abordés ici ceux relatifs à un type particulier de rapports juridiques internes, à l'exclusion de ceux qui mettent en cause les relations internationales de la France.


(2) Bremond, Des actes de gouvernement, RD publ. 1896, vol. I, p. 23.



(3) Sur « Les requérants d'habitude », cf. F. Lemaire, RFDA 2004, p. 554-572 .

(4) CE, ord. réf., 22 févr. 2005, req. 277842 . M. Hoffer soutenait que le décret en cause était illégal faute d'être revêtu du contreseing du ministre des Affaires étrangères et du ministre de l'Environnement, alors que ces ministres ont, eu égard au double objet de la révision constitutionnelle, la qualité de ministres responsables de l'application du décret au sens de l'article 19 de la Constitution.


(5) CE, ord. réf., 23 févr. 2005, req. 277840 . M. Hoffer estimait que le Président de la République ne pouvait, sans méconnaître l'article 11 de la Constitution, décider de la tenue d'un référendum tendant à l'approbation d'un projet de loi qui n'avait pas encore été déposé sur le bureau de l'une des assemblées ; qu'une telle décision devait en outre, aux termes de l'article 11, être précédée d'une proposition soit du gouvernement, soit des deux assemblées.

(6) CE, ord. réf., 9 mai 2005, req. 280215 . M. Hoffer faisait valoir que la décision de M^{me} Veil de se mettre en congé du Conseil constitutionnel jusqu'à la proclamation des résultats, afin de participer à la campagne en vue du référendum, révélait sa partialité sur les questions relatives à ce traité, quelques mois auparavant soumises au Conseil constitutionnel.

V. également, à ce propos et du même « auteur », la demande d'ordonner la suspension de la décision de M^{me} Veil de suspendre ses fonctions de membre du Conseil constitutionnel à compter du 1^{er} mai 2005 jusqu'à la proclamation des résultats du référendum (CE, ord. réf., 6 mai 2005, req. 280214 ). M. Hoffer considérait que cette décision était contraire à l'article 7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel.

(7) CE, ord. réf., 8 sept. 2005, *Hoffer*, req. 284937 , AJDA 2005, p. 1711 .

(8) Cf. J.-C. Venezia, « Eloge de l'acte de gouvernement », in *Liber amicorum* Jean Waline - Gouverner, administrer, juger, Paris, Dalloz, 2002, p. 723-731.

(9) Cf. J. Auvret-Finck, Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?, RD publ. 1995, p. 130-174 et P. Serrand, L'irréductible acte de gouvernement, D. 2000, Jur. p. 335-340 .

(10) R. Chapus, L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?, D. 1958, Chron. p. 2-10.

(11) M. Virally, L'introuvable « acte de gouvernement », RD publ. 1952, p. 317-358.

(12) Cf. notamment B. Odent, Rép. cont. adm. Dalloz, v° *Actes de gouvernement*, p. 2, § 4 et C. Maugué, Concl. sur CE, Sect., 25 sept. 1998, *Mégret*, RD publ. 1999, p. 256. La doctrine finit en conséquence généralement par s'en remettre à la technique de la liste (cf., déjà, Bremond, article précité, RD publ. 1896, vol. I, p. 36 ; et encore M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2005, p. 19 et s.).

(13) Cf. CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, Lebon p. 202.

(14) V. le rappel des différentes thèses soutenues par la doctrine pour tenter d'expliquer l'injusticiabilité des actes de gouvernement in L. Favoreu, Du déni de justice en droit public français, Paris, LGDJ, 1964, p. 219 et s. et P.-H. Chalvidan, « Doctrine et acte de gouvernement », AJDA 1982, p. 4-19.



(15) Cf. notamment P. Duez, Les actes de gouvernement, Paris, Sirey, 1935, p. 24 (ce sont des « raisons d'art politique » qui conduisent le juge administratif à refuser de connaître des actes de gouvernement).

(16) Cf. par exemple M. Virally, article précité, RD publ. 1952, p. 352 (les « actes du pouvoir exécutif » concernant ses rapports avec le Parlement » (...) ne relèvent que du contrôle parlementaire, en marge duquel il n'y a pas de place pour un contrôle contentieux de la légalité ; ils mettent en jeu la seule responsabilité politique du gouvernement »).

(17) Cette position a été amplement soutenue par L. Favoreu. Cf. notamment L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable, RFDA 1987, p. 544-547.

(18) P.-H. Chalvidan, article précité, AJDA 1982, p. 15.

(19) *Ibid.* p. 6.

(20) V. cependant, F. Melleray, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question - Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, RFDA 2001, p. 1086-1100  et, moins systématiquement mais régulièrement dans ses dernières études consacrées à la question, L. Favoreu, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 615 et Points de vue sur l'arrêt *Brouant*, RFDA 2003, p. 11 .

(21) L'ensemble des décisions des juridictions constitutionnelles citées sont disponibles sur leurs sites internet respectifs.

(22) S'agissant des « actes de gouvernement » relatifs aux rapports juridiques internes de la France, elle semble n'avoir été employée qu'une fois (cf. CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Lebon p. 143).

(23) Cf. L. Favoreu, article précité, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 615.

(24) Ceci n'avait du reste pas échappé à son principal utilisateur (cf. les articles de L. Favoreu cités à la note n° 20).

(25) Cf. A. M. Garcia Cuadrado, *Approximacion a una teoria de los « actos constitucionales »*, Rev. Der. Pol., UNED, 1999, n° 46, p. 39-103 et G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Turin, Giappichelli, 2000. Cf. également, pour une évocation singulièrement précoce de cette catégorie d'actes, J. L. Carro et F. Valmayor, *La doctrina del acto politico (especial referencia al derecho italiano)*, Revista de administracion publica (RAP) 1967, n° 53, p. 111.

(26) Cf. notre précédent article, L'organe, l'acte et le conflit constitutionnels, AIJC 2004, p. 77-83.

(27) Sur le concept d'organe constitutionnel, cf. *ibid.*, p. 58-76.

(28) Bien entendu, l'attribution en question devrait la plupart du temps procéder de la Constitution, mais il se peut également qu'elle procède de dispositions formellement non constitutionnelles, notamment de lois organiques.

(29) A. Pisaneschi, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato - Presupposti e processo*, Milan, Giuffrè, 1992, p. 163-164. Dans le même sens, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 383 ou encore A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, *Enciclopedia giuridica*, Rome, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, vol. XXIII, 1990, p. 7.

(30) R. Carré de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l'Etat - spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français, Paris, Sirey, t. I, 1920, p. 70-72 et 79.

(31) A. Gros, Survivance de la raison d'Etat, Paris, Dalloz, 1932, p. 49.

(32) Cités par P.-H. Chalvidan, article précité, AJDA 1982, p. 8.

(33) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 526 et s.


(34) P. Jan, Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne, LPA, 20 juill. 1999, n° 143, p. 26.

(35) La critique majeure résidait dans le constat de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des nominations effectuées par le Président de la République en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 puis de l'article 30 de la Constitution de 1946 (cf. L. Favoreu, *op. cit.* p. 222).

(36) Cette méthode de définition peut se résoudre uniquement dans le critère matériel, si l'on considère - ainsi que le suggère la définition de l'organe constitutionnel - qu'il rétroagit sur le critère organique.

(37) En revanche, les décisions prises dans l'exercice du pouvoir réglementaire d'exécution des lois, bien que celui-ci soit prévu par la Constitution, ne constituent pas des actes constitutionnels. Etant toujours subordonnées à la loi, elles ne sauraient être regardées comme prises dans l'exercice de la souveraineté.

(38) Cf. les actes constitutionnels successivement étudiés par G. Ferrara, *op. cit.*

(39) Cette distinction est proche de celle proposée par L. Favoreu au sein des actes injusticiables (cf. articles précités, *in* RFDA 2003, p. 11  et Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Paris, Dalloz, 2003, p. 612).

(40) En réalité, l'appréciation devra toujours se faire *in concreto*, en fonction de l'attribution envisagée.

(41) Il semble que pour ce type d'acte, il faille distinguer selon que la grâce ou l'immunité sont accordées, auquel cas la décision a un fort impact institutionnel, ou bien qu'elles sont refusées, hypothèses dans lesquelles l'acte a davantage une portée individuelle.





(42) Cf. P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 35 et s.


(43) Comme le souligne J.-P. Camby, « le Conseil d'Etat est juge des actes de l'administration. Il n'est pas juge des actes des pouvoirs publics dans l'exercice de leurs prérogatives constitutionnelles » (« L'autonomie des pouvoirs publics limite la compétence du juge administratif (Réflexions sur l'arrêt *Brouant* du Conseil d'Etat du 25 octobre 2002) », RD publ. 2002, p. 1862.


(44) A. M. Garcia Cuadrado, article précité, UNED, 1999, n° 46, p. 93.

(45) J. L. Carro et F. Valmayor, article précité, 1967, n° 53, p. 111. Ils ajoutent que c'est la raison pour laquelle le texte réglementant la compétence du Conseil d'Etat « n'a pas besoin de se référer à cette catégorie d'actes de relation constitutionnelle, dont la dynamique s'explique parfaitement, sans qu'il soit besoin de se référer à une théorie aussi peu claire que celle des actes politiques (formule par laquelle sont souvent désignés en Espagne ce que nous appelons « actes de gouvernement ») ».

(46) Cf. les études menées par A. Saiz Arnaiz, *Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1994, n° 134, p. 225-251 et F. Sainz Moreno, *Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa*, 1988, n° 115, p. 233-255.

(47) CE, ord. réf., 9 mai 2005, *Hoffer*, précitée. Le rejet des conclusions de M. Hoffer tendant à la suspension de la décision de M^{me} Veil de suspendre ses fonctions a procédé de la même logique (CE, ord. réf., 6 mai 2005, *Hoffer*, précitée). Pour d'autres déclarations d'incompétence du juge administratif à l'égard d'actes se rattachant à l'exercice par le Conseil constitutionnel de ses attributions constitutionnelles, cf. CE, ord. réf., 2 juin 2005, *Hoffer*, n° 281044  ; CE, Ass., 25 oct. 2002, *Brouant*, Lebon p. 345 ; concl. G. Goulard, RFDA 2003, p. 1-7  , avec les notes de L. Favoreu (préc.), de P. Gonod et O. Jouanjan (p. 14-21 ) ; TA Paris, ord., 11 oct. 2002, *Feler*, RFDA 2003, p. 22  ; ou encore, CE, 7 juin 1989, *Front Calédonien*, Lebon, tables, p. 532 et 831.

(48) CE, Ass., 4 juill. 2003, *Papon*, concl. L. Vallée, RFDA 2003, p. 917-923  ; note J.-P. Camby, L'autonomie des assemblées parlementaires, RD publ. 2003, p. 1227-1235.


(49) CE, Ass., 9 avr. 1999, *M^{me} Ba*, Lebon p. 124, concl. contraires F. Salat-Baroux, RFDA 1999, p. 566  -577 ; note

J.-P. Camby, La nomination des membres du Conseil constitutionnel, ou la liberté absolue de choisir, RD publ. 1999, p. 1573-1583.

(50) Arrêt du 15 janv. 1980, Bull. civ. I, n° 25.

(51) Cette extension est visible dans les arrêts du Conseil d'Etat *Papon* et *Brouant* (précités).

(52) A. M. Garcia Cuadrado, article précité, Rev. Der. Pol., UNED, 1999, n° 46, p. 93-94. De même, bien que ce ne soit pas la situation la plus normale, il n'est pas exclu que le juge administratif ait à juger un acte administratif au regard de prescriptions constitutionnelles.


(53) Bien entendu, lorsque les actes de ces organes sont étrangers à leurs attributions constitutionnelles et se rapportent à l'exercice de missions matériellement administratives, le juge ordinaire est - sous réserve de ce qui sera dit à propos des actes du juge constitutionnel - naturellement compétent pour en connaître. Cet organe peut même alors être considéré comme une autorité administrative, le critère matériel de définition de l'acte (administratif ou constitutionnel) rétroagissant sur le critère organique. Cf. par exemple CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Lebon p. 42 ; concl. C. Bergeal, RFDA 1999, p. 333 .

(54) L. Favoreu, *op. cit.* p. 560 ; une définition plus complète est donnée par l'auteur p. 559.

(55) Sur ce point, cf. *infra*, seconde partie.

(56) La majorité de la doctrine s'accorde sur ce point. Cf. L. Favoreu, article précité, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 615 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 14^e éd., 2000, n° 1152 et C. Maugué, concl. précitées, RD publ. 1999, p. 257.

(57) Il est intéressant de relever qu'en Italie, la Commission bicamérale pour les réformes constitutionnelles, instituée par la loi constitutionnelle n° 1/1997, avait envisagé de modifier l'article 134 de la Constitution en introduisant un recours direct pour la protection des droits fondamentaux lésés par un « acte des pouvoirs publics contre lequel il n'existe aucun remède juridictionnel » (cf. M. Midiri, *Giudici e Parlamento : riequilibrio delle attribuzioni e tutela di situazioni soggettive (I conflitti sull'insindacabilità parlamentare)*, Diritto e società, 1999, n° 4, p. 680).


(58) L. Favoreu, article précité, RFDA 2003, p. 11 . En Italie, F. Sorrentino estime qu'en cas d'atteinte aux droits d'un individu par un acte vicié d'incompétence constitutionnelle, le juge ordinaire peut exceptionnellement juger le litige (*I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, RTDP 1967, n° 3, p. 769).

(59) Il semble que ce type de procédé soit également employé en Allemagne. M. Fromont et A. Rieg expliquent en effet que sont en principe exclus de la définition des actes administratifs les « actes de gouvernement », « comme la nomination ou la destitution d'un ministre », « et qui ne touchent pas directement aux droits et intérêts légitimes des particuliers ; si par contre, une activité du gouvernement ou du Parlement lèse directement et individuellement les droits d'un particulier, comme par exemple, la mesure disciplinaire prise par une commission parlementaire d'enquête à l'encontre d'un témoin qui refuse de témoigner, elle peut être considérée comme un acte administratif et elle est alors susceptible de faire l'objet d'une action en annulation devant un tribunal administratif » (Introduction au droit allemand (République fédérale) - Droit public, droit pénal, Tome II, Paris, Cujas, 1984, p. 149). Ce type d'opération de disqualification peut être critiqué, mais en toutes hypothèses, son résultat concret n'est pas différent de celui auquel conduit la nécessaire conciliation entre le droit au recours et le principe de l'incompétence du juge ordinaire pour connaître des actes constitutionnels : sa compétence pour juger ceux d'entre eux qui portent directement atteinte aux droits et libertés des individus.

(60) Cf. par exemple, CE, Ass., 16 déc. 1988, *Association générale des administrateurs civils c/ Dupavillon*, Lebon p. 450.

(61) CE, Sect., 23 avr. 1997, *M^{me} Richard*, concl. J.-C. Bonichot, RFDA 1997, p. 692-696 , suivies d'une note de R. Ghevontian (p. 697-700 )

(62) F. Hervouët, Les audaces calculées du Conseil d'Etat dans le domaine international, *in* Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, p. 74.

(63) CE, 8 déc. 2000, *Hoffer*, Lebon p. 584, concl. C. Maugüé, RFDA 2001, p. 454 .

(64) CE, Sect., 20 juin 2003, *Stiljinovic*, concl. F. Lamy, Lebon p. 258.

(65) Il paraît intéressant de signaler qu'en Italie, la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable un conflit entre organes constitutionnels soulevé par un magistrat à l'encontre du Conseil supérieur de la magistrature en soulignant que « face aux actes par lesquels le Conseil supérieur de la magistrature, dans l'exercice des attributions que lui confère l'article 105 CI, décide de recrutements, affectations, mutations et promotions, les simples magistrats qui se considèrent lésés ne peuvent opposer leur propre position de pouvoir de l'Etat, mais seulement leur qualité de personne, titulaire de droits et intérêts légitimes qui doivent être défendus devant les juridictions ordinaires » (ACC 309/2001, du 27 juillet). Il est du reste remarquable que la Cour n'évoque pas les mesures disciplinaires, qui sont le cinquième type de mesures relevant, aux termes de l'article 105 CI, de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature.


(66) CE, Ass., 4 juill. 2003, *Papon*, précitée. On peut préciser qu'en Allemagne, les litiges relatifs aux indemnités des parlementaires sont jugés par la Cour constitutionnelle, tantôt à l'occasion de recours constitutionnels (cf. la décision du 5 novembre 1975, citée par D. Kommers, *Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed., Duke University Press, Durham and London, 1997, p. 133-134), tantôt dans le cadre de conflits entre organes constitutionnels (cf. la décision du 16 mars 1955, citée par M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*,

Milan, Giuffrè, 1972, vol. I, p. 232).

(67) Cf. notre article précité, AIJC 2004, p. 82-83 et, sur la position particulière du juge constitutionnel, *infra*, seconde partie.

(68) Cf. notre article précité, AIJC 2004, p. 83-91.

(69) Ainsi que l'explique E. Garcia de Enterría, s'inspirant de la doctrine allemande, tout conflit constitutionnel « met en question le système organisationnel que la Constitution, s'agissant d'une de ses fonctions basiques, a établi. Pour cette raison même, seul le Tribunal constitutionnel, lorsqu'il existe, peut être l'organe adéquat pour la résolution de ces conflits, qui affectent l'essence même de la Constitution, c'est-à-dire la minutieuse distribution du pouvoir et des compétences corrélatives opérée par elle » (cité par F. Fernandez Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 163).

(70) Bien entendu, un conflit constitutionnel n'est jamais soumis comme tel au juge administratif, puisque les organes constitutionnels qui auraient éventuellement intérêt à le lui soumettre n'ont pas qualité pour agir devant lui. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on conservera la formule « actes constitutionnels institutionnels » pour désigner les « actes de gouvernement », sans lui substituer une formule du type « acte objet d'un conflit constitutionnel ». De fait, les conflits constitutionnels sont soumis au juge administratif par des requérants ayant qualité pour saisir le juge administratif (M. Hoffer, par exemple), mais dont l'intérêt concret, direct et actuel à agir est toujours loin d'être évident. Il est vrai cependant que, bien souvent, la priorité et la réponse négative données à l'examen de sa compétence par le juge administratif font que cette question (de l'intérêt à agir) ne se pose pas. Mais lorsque ce juge entreprend de juger des actes constitutionnels institutionnels, la question de l'intérêt à agir de la personne qui le lui soumet reprend toute son importance. Or, dans ce cas, la seule solution pour le juge de sortir de l'impasse dans laquelle il s'est engagé est - outre de confier le dossier à l'une de ses formations les plus solennelles - d'éluder la question (cf. par exemple CE, sect., 25 févr. 2005, *Syndicat de la magistrature*, req. 265482 .



(71) Michoud, cité par Bremond, article précité, RD publ. 1896, vol. I, p. 46.

(72) Bremond, *ibid.*, p. 45-46. On peut également citer M. Waline, bien que son étude ne portât pas directement sur les « actes injusticiables », mais sur la justice constitutionnelle. Cet auteur estimait que « le jugement des conflits d'attributions » est « un cas de juridiction constitutionnelle », parce qu'elle nécessite d'appliquer les règles « établissant la séparation des pouvoirs » ; parce qu'en dernière analyse, « elle touche au fonctionnement et aux rapports des « pouvoirs publics », et aux bases de notre Droit public » (« Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », RD publ. 1928, p. 456-461).



(73) F. Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 235.

(74) F. Raynaud et P. Fombeur, « Régime des actes parlementaires et notion d'actes de gouvernement », *AJDA* 1999, p. 409, spéc. p. 418 .


(75) Cf. par exemple (souligné par nous) CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, Lebon p. 607 (à propos du refus du gouvernement de présenter au Parlement un projet de loi) ou CE, 25 mars 1987, *Goujon*, concl. B. Stirn, RFDA 1987, p. 541-543, avec une note de L. Favoreu, précitée (s'agissant de la lettre par laquelle le ministre de l'Intérieur fait connaître au président du Sénat l'identité du remplaçant d'un sénateur décédé). Cf. également, *a contrario* CE, Sect., 25 sept. 1998, *Mégret*, concl. C. Maugué, précitées, RD publ. 1999, p. 254 (le décret par lequel le Premier ministre nomme un parlementaire en mission « est détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution »).


(76) Cf. par exemple, CE, ord., 7 nov. 2001, *Tabaka*, n° 239761  (incompétence pour enjoindre au Président de la République de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi) ; CE, 9 oct. 2002, *Meyet*, Lebon p. 329 (à propos de la décision du Premier ministre de ne pas user de la faculté qu'il tient de l'article 61 CF de déclarer l'urgence pour le Conseil constitutionnel à examiner un loi) ; ou encore CE, 20 mai 2005, *Alain Y et Hyacinthe X*, req. 280119  et 280216 (à propos de la décision présidentielle de soumettre un projet de loi au référendum, sur le fondement de l'article 11 CF).

(77) CE, ord. réf., 8 sept. 2005, *Hoffer*, précitée. Cf. également les ordonnances des 22 et 23 février 2005, précitées.

(78) CE, 16 sept. 2005, *Hoffer*, req. 282171 , *AJDA* 2005, p. 1757 .


(79) Cf. CE, 29 déc. 1999, *Lemaire*, req. 196858, 197061 .

(80) CE, 15 févr. 2002, *Meyet*, req. 231632 .

(81) Il n'eût pas été choquant que le Conseil d'Etat se déclarât incompétent au motif que les décisions relatives à la composition du Gouvernement se rattachent aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels. Il a, en effet, déjà semblé vouloir qualifier distinctement le Président de la République, le Premier ministre et le Gouvernement de « pouvoirs publics constitutionnels » (cf. respectivement, ord., 7 nov. 2001, *Tabaka*, précitée ; CE, 9 oct. 2002, *Meyet*, préc. ; CE, ord. réf., 8 sept. 2005, *Germain X*, req. 284832 .

(82) Sur le renouvellement du concept de séparation des pouvoirs, cf. note thèse, citée *infra*, p. 154-179.

(83) S'il demeure possible aujourd'hui de parler de « séparation des pouvoirs », et de définir les « actes de gouvernement » comme étant ceux relatifs « aux rapports entre pouvoirs publics constitutionnels », c'est à condition d'admettre que chaque organe constitutionnel constitue un « pouvoir (public constitutionnel) ».

(84) R. Arnold, Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne, AJDA 1999, p. 666 .

(85) Cf. notre thèse de doctorat, La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels, Aix-en-Provence, 18 décembre 2004 (à paraître LGDJ, 2006). L'étude comparative s'appuie principalement sur les expériences allemande (où il est question d'*organstreit*), italienne (où l'on parle de « conflit d'attributions entre pouvoirs de l'Etat ») et espagnole (où il s'agit de « conflits entre organes constitutionnels ») en matière de contentieux inter-organique.

(86) Seule cette virtualité du contentieux inter-organique sera évoquée ici, mais ce n'est pas la seule. Celui-ci est en effet de nature à éviter tout autant qu'à permettre la sanction du mauvais usage qui pourrait être fait des voies d'engagement de la responsabilité des organes constitutionnels et de leurs titulaires (voies qu'il n'a d'ailleurs nullement vocation à suppléer). Il se présente également comme une source d'accroissement des possibilités de contrôle des normes par le juge constitutionnel, et comme un vecteur de protection médiate des droits et libertés fondamentaux.

(87) J. Auvret-Finck, article précité, RD publ. 1995, p. 147.

(88) Seuls seront abordés les actes du chef de l'Etat, des organes gouvernementaux et des organes parlementaires. Les actes des organes juridictionnels ordinaires ne seront pas évoqués car l'injusticiabilité de certains d'entre eux en France est bien plus souvent constatée que décriée. Sans doute voit-on, à l'instar d'H. Kelsen, « dans le seul fait qu'un acte juridique est fait par un tribunal une garantie suffisante de la régularité » (« La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », RD publ. 1928, p. 230 et p. 233). Il n'est cependant pas douteux - bien que l'accès au contentieux inter-organique ne soit ouvert aux juges qu'en Italie - que la procédure de résolution des litiges entre organes permettrait de contrôler la « constitutionnalité institutionnelle » de certains d'entre eux. On pense par exemple aux arrêts de la Cour de cassation statuant sur la responsabilité des parlementaires en méconnaissance, peut-être, de l'article 26, al. 1, CF ; à ceux par lesquels les juridictions ordinaires suprêmes s'arrogent un pouvoir normatif que le constituant n'a pas entendu leur reconnaître ; ou encore à ceux qui empièteraient sur les compétences de la Haute Cour de justice et de la Cour de justice de la République. Et il n'est pas improbable qu'une telle issue soit opportune. La puissance de juger n'est plus, ainsi que la concevait Montesquieu, pratiquement « nulle », et comme l'a observé O. Beaud, « il faudrait être aveugle pour ne pas voir qu'aujourd'hui, la menace qui pèse sur les libertés en France procède, en partie, d'un pouvoir judiciaire qui est enfin émergent, mais auquel ne peut s'opposer, pour l'instant, aucun contre-pouvoir » (Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique, RD publ. 1999, p. 455).

(89) ACC 470/1995, du 27 octobre, suivie de SCC 7/1996, du 18 janvier : le ministre de la Justice F. Mancuso avait attaqué la décision du Président de la République consécutive à la motion de défiance individuelle votée à son encontre par le Sénat.

(90) CE, 20 févr. 1989, *Allain*, Lebon p. 60.

(91) Cette possibilité avait été envisagée suite à la décision *Delmas*, rendue par le Conseil constitutionnel en 1981. Cf.

notamment C. Goyard, AJDA 1981, p. 359, note n° 2.

(92) Cf. les décisions du 4 juin 1988, *Minvielle de Guilhem de Lataillade* et du 13 juillet 1988, *Georges Allain, AN Charente-Maritime*, 1^{re} circ., Rec. p. 97 ; note B. Genevois, RFDA 1988, p. 703 et s. Cf. encore, plus récemment, la décision du 10 juillet 1997, *Abraham*, Rec. p. 157.

(93) En ce sens, J.-P. Camby, Le référendum et le droit (à propos du référendum du 24 septembre 2000), RD publ. 2001, p. 17.

(94) CCFA, 16 févr. 1983 (note M. Lovik, *The Constitutional Court Reviews the early dissolution of the West German Parliament*, Hastings International and Comparative Law Review, 1983, vol. 7, p. 79-124 ; des extraits des principes directeurs de la décision sont reproduits en annexe de l'article de P. Lauvaux et J. Ziller, Trente-cinq ans de parlementarisme rationalisé en République fédérale d'Allemagne : un bilan, RD publ. 1985, p. 1070-1071) et CCFA, 8 et 25 août 2005 (2 décisions, cf. X. V., « Chronique-Allemagne, AIJC 2005, à paraître). Dans chaque cas, la Cour a été saisie par des députés atteints par la mesure. La contestation n'était pas dépourvue de fondement juridique car il n'était pas évident que les conditions posées par l'art. 68 de la Loi fondamentale allemande (LF) étaient remplies, le Chancelier ayant, dans chaque cas, « commandé » le refus de confiance du *Bundestag*, où l'opposition n'était pas majoritaire. Dans les deux cas, cependant, la Cour constitutionnelle a validé la manoeuvre. Cf. égal. CCFA, 23 août 2005, rendue sur le recours de partis politiques contre cette même dissolution (*ibid.*)

(95) En ce sens, G. Zagrebelsky, *op. cit.* p. 379 et A. J. Gomez Montoro, *El conflicto entre organos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, p. 381.

(96) On sait qu'en France, le Conseil d'Etat s'estime incompétent pour statuer sur la décision présidentielle fixant la date et la nature d'un référendum (CE, Ass., 19 oct. 1962, *Brocas*, Lebon p. 553, concl. M. Bernard ; S. 1962, p. 307-312).

(97) Cf. respectivement, CCFA, 16 févr. 1983, précitée, et ACC 131/1997, du 9 mai.

(98) En ce sens J.-C. Beguin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne, Paris, Economica, 1982, p. 40.

(99) Cf. l'extension de compétence du Conseil constitutionnel réalisée avec la décision du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*, Lebon p. 117, et CE, Ass., 19 oct. 1962, *Brocas*, précitée, ainsi que CE, 29 avr. 1970, *Comité des chômeurs de la Marne*, Lebon p. 279.

(100) CE, Sect., 3 nov. 1933, *Desreumeaux*, Lebon p. 993, concl. Celier. Le caractère exclusivement *a priori* du contrôle de constitutionnalité français s'oppose naturellement à ce que le juge constitutionnel puisse juger le décret de

promulgation.


(101) Cf. P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2^e éd., 1998, p. 616 et C. Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, t. II, Padoue, CEDAM, 1976, p. 1454.

(102) Le Conseil constitutionnel est déjà parvenu à exercer un contrôle incident de la décision du Président de la République de ne pas promulguer une loi (décis. n° 85-197 DC, du 23 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70, consid. 21). Mais *quid* si le Président ne promulgue pas la loi dans le délai de quinze jours qui lui est imparti pour le faire, sans pour autant en demander une nouvelle lecture ou en saisir le Conseil constitutionnel ?


(103) D. de Béchillon, *Elargir la saisine du Conseil constitutionnel ?*, Pouvoirs, n° 105, 2003, p. 106.

(104) V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale - II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Padoue, CEDAM, 1984, p. 419.

(105) Cf. notamment les articles 15, 20, 21 et 35 CF.

(106) CE, 5 juill. 2000, *Mégret et Mekhantar*, note Y. Gounin, AJDA 2001, p. 95-101 . Le Conseil d'Etat refuse de juger la décision du Président de la République d'engager les forces françaises dans l'opération de police internationale dirigée contre la Serbie de Milosevic. Les requérants invoquaient, notamment, la violation des droits du Parlement en matière de déclaration de guerre (art. 35 CF), mais le juge n'a pas évoqué ce moyen et s'est contenté de fonder son incompétence sur le lien entre la décision attaquée et la conduite des relations internationales de la France.

(107) CCFA, 12 juill. 1994, note H. Rabault, RFD const. 1994, p. 859-871.

(108) Cf. CE, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, Lebon p. 347, concl. M. Sanson, RD publ. 1996, p. 256-283 ; chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, AJDA 1995, p. 684-688 . Le Conseil d'Etat se déclare incompétent en considérant que la décision se rattache à la négociation d'un traité international.

(109) Cf. R. Chapus, *op. cit.*, I, n° 271 et ss. Le moyen tiré de l'absence de contreseing par le Premier ministre de la décision présidentielle de reprendre les essais nucléaires était invoqué par les requérants, mais n'a pas été traité par le Conseil d'Etat puisque celui-ci s'est déclaré incompétent (CE, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, précitée).

(110) Cf. notamment M. Mazziotti, *op. cit.* vol. II, p. 195.

(111) Cf., par exemple, la décision n° 2003-484 DC, du 20 nov. 2003 (consid. 100), note J.-P. Camby, RD publ. 2004, p. 295-300.

(112) Cf. pour une illustration récente CE, ord. réf., 8 sept. 2005, *Germain X*, précitée.

(113) CE, Sect., 25 juill. 1947, *Société l'Alfa*, Lebon p. 344.

(114) Le Tribunal constitutionnel espagnol a déjà eu à connaître d'un litige de ce type (STC 234/2000, RTC 234, notes M. Pulido Quecedo et I. Torres Muro, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, t. III, respectivement p. 1697-1701 et pp. 1883-1903). Il avait été saisi par le Gouvernement de la décision du Bureau du Sénat refusant de donner suite à sa déclaration d'urgence à examiner le projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Le conflit aurait sans doute pu être soulevé par le Sénat lui-même, contre la décision du Gouvernement de déclarer l'urgence.

(115) Cf. notamment ACC 426/1997, et SCC 110/1998 (obs. T. Di Manno, AIJC 1998, p. 828-831), ou encore, ACC 266/1998, du 15 juillet, et SCC 410/1998, du 16 décembre (note T. F. Giupponi, *Giur. cost.*, 1999, p. 1233). Réciproquement, il est arrivé que ce soit le Président du Conseil qui saisisse la Cour afin de voir sanctionné le non-respect de sa décision par un juge (SCC 487/2000, du 25 octobre). Plus récemment, l'opposition du secret-défense a généré un conflit entre un juge et le Comité parlementaire pour les services d'information et de sécurité (ACC 209/2003, du 11 juin).

(116) CCFA, 17 juill. 1984, chron. M. Fromont, RD publ. 1987, p. 1225-1227.

(117) Sur cette évolution avec la Constitution de 1958, cf. L. Hamon, *Quand les assemblées parlementaires ont des juges* - Quelques réflexions sur l'équilibre constitutionnel de 1959, D. 1959, p. 253-260.

(118) E. Malfatti, « *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato* », in R. Romboli (dir.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1996-1998), Turin, G. Giappichelli, 1999, p. 396 ; dans le même sens en Espagne, R. Punset Blanco, *El control jurisdiccional de la actividad de las asambleas parlamentarias y del estatuto de sus miembros en el Derecho español*, RCG 1985, n° 5, p. 35 et s.

(119) En ce sens F. J. Garcia Roca, *El conflicto entre organos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 142.

(120) Les actes des commissions des lois sont injusticiables par les juridictions ordinaires. Cf. Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996, *Belhomme*, Bull. civ. I, n° 272. Pourraient également constituer l'objet de conflits entre organes constitutionnels les décisions faisant obstacle à l'exercice de leur droit d'amendement par les membres du gouvernement (art. 44, al. 1 CF) ; l'examen, alors que le Gouvernement s'y est opposé, d'un amendement parlementaire qui n'aurait pas été antérieurement soumis à la Commission (art. 44, al. 2 CF) ; le refus d'une Assemblée de se prononcer, à la demande du Gouvernement,

par un seul vote sur tout ou partie d'un texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par ce dernier (art. 44, al. 3 CF) ; le refus de convocation de la Commission mixte paritaire demandée par le Premier ministre (art. 45, al. 2 CF), etc.

(121) STC 234/2000, précitée.

(122) A ce propos, on se souvient qu'en 1961, le Conseil constitutionnel avait refusé d'examiner la question, posée par le président de l'Assemblée nationale, de savoir si une motion de censure déposée par l'Assemblée réunie de plein droit en vertu de l'article 16 alinéa 4 CF était recevable (Cons. const., 14 sept. 1961, *Demande d'avis*, Rec. p. 55).

(123) SCC 7/1996, précitée.

(124) La décision fondatrice en la matière est la SCC n° 1150/1988, du 20 décembre, obs. N. Zanon, *Giur. cost.*, 1988, pp. 5595-5606. Cf., sur cet aspect du contentieux inter-organique en Italie, les chroniques de de J.-J. Pardini, *AIJC* 1998, p. 831-836, 1999, p. 684-687, et 2000, p. 762-773.

(125) Cf. Cass., 30 janv. 1882, *De Baudry d'Asson*, S. 1883, I, p. 111 et CE, Ass., 4 juill. 2003, *Papon*, précitée.

(126) C'est en tous cas ce qu'a admis la Cour constitutionnelle du Bade-Wurtemberg lorsqu'un député souleva un *organstreit* ayant pour objet une mesure de police prise à son encontre par le Président du *Landtag* (décision du 28 janvier 1988, citée par M. Fromont, « Chronique - République fédérale d'Allemagne », *AIJC* 1988, p. 235). Le litige était, certes, interne à un Land, mais on ne voit pas pourquoi la solution ne pourrait pas être transposée au niveau fédéral.

(127) Cf. deux décisions du 14 juillet 1959, citées par M. Fromont et A. Rieg, *Introduction au droit allemand (République fédérale) - Les fondements*, Paris, Cujas, 1977, t. I, p. 99. Une telle issue serait opportune en France si la conférence des présidents répartissait le temps imparti aux questions orales avec ou sans débat de telle sorte que les parlementaires de l'opposition se trouvent lésés dans leur droit d'obtenir des informations du Gouvernement. La protection de cette prérogative, prévue à l'article 48 de la Constitution apparaît d'autant plus nécessaire que, les interpellations ayant disparu de l'ordonnancement juridique, elle constitue un des principaux moyens d'action sur le Gouvernement à la disposition de l'opposition.

(128) Cf. la décision de 1991, citée par L. De Bernardin, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel et del Bundesverfassungsgericht in tema di regolamenti parlamentari*, Dir. Soc. 2001, p. 449.

(129) Par exemple, l'élection du président de l'Assemblée (on se souvient que le Conseil constitutionnel avait refusé de connaître de la contestation de l'élection de J. Chaban-Delmas à la présidence de l'Assemblée : Cons. const., 16 avr. 1986, *Y. Piat*, Rec. p. 41) ; le refus de donner suite à la demande du Premier ministre ou d'un dixième des membres de

l'Assemblée de siéger en comité secret (art. 33 al. 2 CF) ; les décisions de mise en accusation du chef de l'Etat (en Italie, le Président Cossiga avait menacé de saisir la Cour constitutionnelle lorsque les Chambres, bien que dissoutes, avaient manifesté leur intention de poursuivre la procédure de mise en accusation), etc.

(130) Sur ce point, cf. *supra*, note n° 88.

(131) Ceci n'est sans doute pas étranger, en Allemagne et en Espagne, au fait que les juges en général sont exclus du contentieux inter-organique. Mais la raison essentielle de la mise à l'écart du juge constitutionnel se trouve probablement ailleurs.


(132) Cf. J. Luther, « *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato* », in A. Anzon et alii (dir.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 109 et ss. Cette exclusion a ceci de paradoxal qu'elle empêche le juge constitutionnel, chargé de protéger les attributions constitutionnelles spécifiques des autres pouvoirs, de protéger les siennes (c'est la raison pour laquelle certains auteurs, au sein de la doctrine italienne, se prononcent en faveur de la qualité partielle - en tant que demandeur - de la Cour constitutionnelle pour prendre part aux conflits d'attributions). Sa portée mérite toutefois d'être relativisée car il n'est pas rare que le contentieux inter-organique permette, indirectement, au juge constitutionnel de protéger ses attributions constitutionnelles. C'est le cas dès lors que la mesure affectant la juridiction constitutionnelle affecte, dans le même temps, un autre organe constitutionnel. Ainsi, par exemple, s'il advenait qu'un juge ordinaire se déclare compétent pour juger un litige entre organes constitutionnels, alors que le juge constitutionnel est exclusivement compétent pour trancher les conflits constitutionnels, l'organe constitutionnel auquel la décision juridictionnelle a été défavorable pourrait promouvoir un conflit à l'encontre du juge ordinaire.

(133) En France, le Conseil constitutionnel accepte de statuer sur les réclamations relatives à la liste - arrêtée par lui - des candidats admis à se présenter à l'élection présidentielle (décision du 17 mai 1969, *Ducatel c/ Krivine*, Rec. p. 78). Il admet aussi le recours en rectification d'erreur matérielle (décis. n° 87-1026 du 23 oct. 1987, Rec. p. 55 et 93-1209 du 10 mars 1994, Rec. p. 62). Cette seconde exception est également prévue en Italie (art. 21 des « Normes complémentaires » pour les jugements devant la Cour constitutionnelle des 15 et 16 mars 1956).

(134) Le fait que le juge constitutionnel ne jouisse pas de certaines prérogatives potentiellement susceptibles de lui revenir ne paraît pas entamer cette analyse dès lors qu'au moins certaines compétences typiques de la justice constitutionnelle lui sont reconnues et qu'il bénéficie d'un statut constitutionnel correspondant à sa nature.

(135) L. Favoreu, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 124.

(136) En Espagne, en revanche, où l'on répugne en général moins à confier au juge administratif la compétence pour connaître de certains actes constitutionnels (essentiellement ceux qui ont une portée individuelle, cf. l'article 2a) de la loi du 13 juillet 1998 sur la juridiction administrative, commenté par F. Melleray, article précité), l'article 99.3 de la loi

organique sur le Tribunal constitutionnel pose que les résolutions du secrétaire général en matière de personnel pourront faire l'objet d'un recours devant le Président du Tribunal, dont la décision épuise la voie administrative, et que cette décision sera susceptible de recours contentieux administratif. Sur ces questions, cf. les notes sous l'arrêt *Brouant* (précité) de L. Favoreu (précitée) et F. Jacquilot, AJDA 2002, p. 1429-1433 .

(137) Sauf à ce qu'il s'agisse d'un trompe-l'oeil, la formulation de l'arrêt *Brouant* (précité) laisse penser que le Conseil d'Etat a déjà fait son choix et, qu'en l'absence au moins de voie appropriée au sein de la juridiction constitutionnelle elle-même, il n'exclut pas absolument sa compétence pour connaître de certains actes du Conseil constitutionnel.

(138) Cf. les décisions précitées : CE, 7 juin 1989, *Front Calédonien* (s'agissant d'un recours contre la décision par laquelle le secrétaire général du Conseil constitutionnel a rejeté la requête du Front Calédonien tendant à l'invalidation d'une disposition législative) ; CE, Ass., 25 oct. 2002, *Brouant* (concernant une requête contre le Règlement définissant le régime juridique des archives du Conseil constitutionnel) et TA de Paris, ord. du 11 octobre 2002, *Feler* (incompétence pour connaître de la décision du secrétaire général du Conseil refusant d'enregistrer une requête de M. Feler). Cf. également, les ordonnances rendues par le juge des référés du Conseil d'Etat, à la demande de M. Hoffer, les 6 mai, 9 mai et 2 juin 2005 (précitées).

(139) Cf. les déclarations du 28 avril 1969, Rec. p. 65, et du 3 avril 1974, Rec. p. 33, et la décision du 10 novembre 1998, relative à la demande de communication de pièces présentée par M^{me} Perdrix, juge d'instruction, Rec. p. 300.

(140) Cf. L. Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution - Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 24-25 et La légitimité du juge constitutionnel, RID comp. 1994, p. 557-581.

(141) L. H. Tribe distingue les théories « classique », « politique » (ou *prudential*) et « fonctionnelle » du rôle de la Cour suprême au regard des *political questions* (*American constitutional law*, New York, Foundation Press, vol. I, 3rd ed., 2000, p. 366).

(142) Cf. l'opinion de la Cour, lue par le juge Brennan, sur l'affaire *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962), trad. E. Zoller, Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Paris, PUF, 2000, p. 634.

(143) P. Cruz Villalon cité par H. J. Faller, *Defensa constitucional por medio de la Jurisdiccion constitucional en la Republica Federal de Alemania*, Revista de Estudios Políticos, 1979, n° 7, p. 56. Le Tribunal constitutionnel espagnol a par ailleurs déjà souligné que le Gouvernement « détient le pouvoir d'agir dans l'espace inhérent à l'activité politique : il s'agit d'activités juridiquement discrétionnaires s'exerçant, à l'intérieur des limites constitutionnelles, par des concepts qui, s'ils ne sont pas exempts de contrôle juridictionnel, excluent toute ingérence dans la décision politique ». Dès lors, « le Tribunal ne pourrait, sans outrepasser les frontières de sa fonction et de sa responsabilité, s'immiscer dans la décision du gouvernement, et s'il le faisait, cela altérerait les bases de l'ordre constitutionnel démocratique » (STC 111/1983, du 2 décembre).

(144) ATC 426/1990 du 10 décembre, f.j. 3.

(145) CCFA, 1952, Traité commercial. Cf. la traduction d'extraits de la décision *in* D. Kommers, *op. cit.* p. 150-153.

(146) Cette idée est conforme à la théorie de la formation du droit par degrés, en vertu de laquelle « l'importance du pouvoir discrétionnaire diminue à chacun des degrés de formation du droit » (cf. R. Bonnard, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl, RD publ. 1928, p. 678).

(147) G. Vedel, « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? - Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 543.

(148) Cf. SCC n° 379/1992, Giur. cost. 1992, p. 2996 et ss., obs. A. Cariola (p. 3044-3064), rendue sur le conflit né du désaccord entre le Conseil supérieur de la magistrature et le ministre de la Justice quant à la personne à laquelle devait être confiée la charge de président de la Cour d'appel de Palerme. Cf. dans une espèce pratiquement identique : SCC 380/2003, Giur. cost., 2003, pp. 3891 et s., notes S. Bartole (p. 3905-3909), F. Sorrentino (p. 3909-3911) et B. Pezzini (p. 3911-3920).

(149) Cf. la décision du 25 mai 1977, citée par D. Kommers, *op. cit.* p. 123-124. Dans la décision rendue le 17 juillet 1984 (précitée), la Cour semble encore dire que la communication par le gouvernement des documents sollicités par la commission parlementaire requérante est une exigence de la nécessaire collaboration des pouvoirs.

(150) La Cour y juge, en effet, qu'avec son article 68, « la Loi fondamentale elle-même, par l'institution de marges d'appréciation et de jugement ainsi que d'un pouvoir de décisions fondamentales en matière politique donné à trois organes constitutionnels supérieurs, a restreint les possibilités de contrôle par la juridiction constitutionnelle » ; elle ajoute, en conclusion, qu'il « est clair que le Président de la Fédération a procédé à une appréciation d'opportunité. Il a fait connaître qu'il était en présence d'une situation politique dans laquelle le soutien parlementaire n'était plus suffisamment assuré pour le chancelier fédéral et a confronté cette situation à l'alternative d'un refus de dissoudre. Une autre appréciation conduisant à écarter la dissolution ne s'impose pas à la place de l'appréciation du Président de la Fédération. L'examen de la Cour n'a pas à être plus approfondi » (CCFA, 16 févr. 1983, précitée).

(151) P. Lauvaux et J. Ziller, article précité, RD publ. 1985, p. 1066. Cf. également l'analyse de M. Fromont, article précité, RD publ. 1983, p. 956-958.

(152) La Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol apparaissent plus réservés à l'égard des questions politiques. A. J. Porras Nadales rapporte en effet que celui-ci estime qu'il n'existe « pas dans l'ordonnement espagnol d'autres limites au contrôle juridictionnel des actes de l'Etat que celles prévues dans la Constitution elle-même.

Ainsi en est-il des actes relatifs aux relations entre organes tels que la dissolution des Cortes ou de la convocation d'élections qui constituent des actes plus constitutionnels que politiques au sens traditionnel du terme » (cf. « Le droit constitutionnel au juge et ses limites - Rapport espagnol », in P. Bon (dir.), *Etudes de droit constitutionnel franco-espagnol*, Paris, Economica, p. 65). En Italie, la doctrine a relevé « une tendance jurisprudentielle assez constante, selon laquelle tout sujet potentiel de conflits entre pouvoirs se caractérise par la détention d'une sphère de discrétionnalité absolue, soustraite au contrôle de constitutionnalité » (L. Pesole, *I Giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Turin, Giappichelli, 2002, p. 252 ; en ce sens également, S. Niccolai, *Il conflitto di attribuzioni e la politica*, Giur. cost., 1996, p. 79).

(153) CSEU, 1962, *Baker v. Carr*, précitée, trad. E. Zoller, *op. cit.* p. 632.

(154) On pourrait songer, par exemple, avec H. Kelsen, à « accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession » (article précité, RD publ. 1928, p. 227).