

*Directeur honoraire*  
**Jacques Robert**  
*Professeur émérite de l'Université*  
*Paris-Panthéon-Assas,*  
*Président honoraire*  
*de l'Université*

**THÈSES**  
BIBLIOTHÈQUE  
CONSTITUTIONNELLE  
ET DE SCIENCE  
POLITIQUE  
TOME 164

*Dirigée par*  
**Dominique Rousseau**  
*Professeur de droit public*  
*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,*  
*Membre honoraire de l'Institut*  
*universitaire de France*

# LA DOCTRINE DES « QUESTIONS POLITIQUES »

ÉTUDE COMPARÉE :  
ANGLETERRE, ÉTATS-UNIS, FRANCE

---

---

Claire Saunier

*Préface de*  
*Denis Baranger*

*Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas*



*Directeur honoraire*  
**Jacques Robert**  
*Professeur émérite*  
*de l'Université*  
*Paris-Panthéon-Assas,*  
*Président honoraire*  
*de l'Université*

**THÈSES**  
BIBLIOTHÈQUE  
CONSTITUTIONNELLE  
ET DE  
SCIENCE POLITIQUE  
TOME 164

*Dirigée par*  
**Dominique Rousseau**  
*Professeur de droit public*  
*Université*  
*Paris 1 Panthéon-Sorbonne,*  
*Membre honoraire de l'Institut*  
*universitaire de France*

# LA DOCTRINE DES « QUESTIONS POLITIQUES »

## ÉTUDE COMPARÉE : ANGLETERRE, ÉTATS-UNIS, FRANCE

---

Claire Saunier

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Est Créteil

*Préface de*  
*Denis Baranger*

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

*Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas*

Bibliothèque constitutionnelle et de science politique  
fondée par Georges Burdeau



© 2023, LGDJ, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)  
EAN : 9782275116655 – ISSN : 0523-4948

*À la mémoire de mon père*



## REMERCIEMENTS

Je tiens en tout premier lieu à remercier Monsieur le Professeur Denis Baranger de m'avoir donné la chance d'entreprendre une thèse sous sa direction. Au-delà de mon admiration pour son travail, j'aimerais lui exprimer toute ma reconnaissance pour ses conseils toujours éclairants, ainsi que la grande liberté avec laquelle il m'a laissé mener ces recherches.

Je tiens ensuite à adresser mes remerciements à Mesdames et Messieurs les Professeurs Véronique Champeil-Desplats, Céline Roynier, Idris Fassassi, Aurélien Antoine et Quentin Épron de m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans mon jury de soutenance et de juger mon travail.

Merci également à Monsieur le Professeur Olivier Beaud, d'avoir accepté de diriger mon mémoire de Master 2 et grâce auquel est née l'idée d'entreprendre une thèse de doctorat dans le cadre privilégié de l'Institut Michel Villey.

Il me tient à cœur, ensuite, de remercier mes collègues, camarades de bibliothèque et amis, Maud Michaut, Benjamin Blaquière, Pierre Blanquet, Mathieu Garnesson, William Gremaud, Jean-Hugues Barbé, Édouard Coulon et Yacine Sejari. Grâce à eux, j'ai eu la chance de ne pas connaître la solitude vis-à-vis de laquelle on met bien souvent en garde les jeunes doctorants. J'ai une pensée toute particulière pour Mathilde Laporte à laquelle ce travail doit tant. Qu'elle soit remerciée pour ses nombreuses relectures, ses réflexions toujours avisées sur la doctrine américaine, mais plus encore pour sa bonne humeur à toute épreuve.

Je suis redevable à Ackiel Boudinar, Aurélien de Travy, Maud Michaut, Mathilde Montaubin, Yacine Sejari et Ève Dubus pour le temps qu'ils ont consacré à relire certains passages de ce texte. Leurs corrections et leurs conseils m'ont été extrêmement précieux.

Merci à mes amis, en particulier Élisabeth, Vincent et Pauline, pour leur présence indispensable.

Ma profonde reconnaissance va ensuite évidemment à mes parents. À ma mère, tout d'abord, pour son soutien inconditionnel ; à mon père, ensuite, pour m'avoir convaincue que son métier, celui d'enseignant, était le plus beau.

Enfin, merci à Clément, la personne la plus chère à mon cœur, pour m'avoir accompagnée et soutenue tout au long de cette grande aventure et à notre fils Loup, dont la naissance a retardé de la plus belle manière qui soit la publication de cette thèse.



## PRÉFACE

« *In a society dedicated both to the morality of government by consent and to moral self-government, the Supreme Court touches and should touch many aspects of public life. But it would be intolerable for the court to finally govern all that it touches, for this would turn us into a platonic kingdom contrary to the morality of self-government*<sup>1</sup>. »

« Questions politiques » : à travers cette notion, l'audace de la thèse qu'on s'apprête à lire est de se pencher sur plusieurs catégories du droit positif, ou plus exactement des droits positifs américain (d'où est issue l'expression), britannique, et français. Les catégories ainsi rassemblées sont celles de l'acte de gouvernement, en France, de l'*act of state*, au Royaume-Uni, et de la « *political question* » (question politique) américaine. Le rapprochement entre ces régimes ne va pourtant pas de soi. Ainsi, la doctrine américaine des questions politiques est une composante du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême, là où la doctrine française des actes de gouvernement, comme celle des *acts of state* devant les juridictions britanniques, par exemple, sont des parties intégrantes du contrôle de légalité des actes administratifs (ou *judicial review* outre-manche). De ce fait, des barrières culturelles liées aux particularités des systèmes juridiques nationaux font barrage à notre compréhension. Par exemple, l'importance de l'idée d'acte juridique dans le droit public français rend difficile pour nous la compréhension de ce qu'est une *question* politique américaine. Une *political question*, précisément, n'est pas un acte (mais plutôt ce que l'arrêt *Baker v. Carr* de 1962 appelle une « *issue* »<sup>2</sup>). Il reste que Claire Saunier a eu raison, avec toutes les précautions de technique juridique requises, de lever ces obstacles et de montrer ce qui rapproche ces doctrines, au sens du moins où elles méritent un traitement comparatiste.

Il faudra donc désormais, avec l'auteur, admettre de parler de questions politiques *lato sensu* pour désigner l'ensemble constitué des catégories jurisprudentielles de l'acte de gouvernement en France, de l'*act of state* au Royaume-Uni, et des

---

1. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, second edition, Yale, Yale University Press, 1986, p. 199-200.

2. *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962).

questions politiques *stricto sensu* dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Nous suivrons pour notre part cette convention, en distinguant ici la question politique *lato sensu*, au sens du concept général, de la question politique *stricto sensu*, au sens du seul droit américain. Le choix de mots – raisonner en termes de questions politiques *lato sensu* à propos de tous ces régimes juridiques – est opportun, parce qu'on ne peut rien dire de mieux de toutes les catégories du droit positif abordées dans cette thèse : ce sont des questions *politiques*. La thèse qu'on s'apprête à lire est un bel exercice de clarification de cet énoncé proche, à ce stade, de la redondance : les questions politiques sont des questions qui ressortissent à la sphère du politique. C'est donc une belle thèse de droit politique, qui ne se prive pour autant d'aucune des ressources du droit jurisprudentiel et de ses raffinements techniques.

La tâche n'était pas simple car l'auteur commence, à juste titre, par souligner que la « dichotomie du droit et de la politique » peut apparaître comme « indépassable ». Cette thèse nous montre pourtant comment le droit constitutionnel des grandes démocraties occidentales s'est employé à opérer un tel dépassement entre le juridique et le politique. Si l'opposition entre droit et politique est en quelque façon surmontée par la doctrine des questions politiques, la thèse nous montre qu'elle ne l'a pas été du fait d'un effort de la pensée politique, ou de la théorie du droit. Elle l'a été par le raffinement des techniques contentieuses, c'est-à-dire avec une finalité pragmatique. Pourtant, cet ensemble de techniques, de procédés, de solutions, trouve son *ancrage* dans des principes supérieurs, à commencer par ceux d'État de droit/*rule of law*, et celui de séparation des pouvoirs. *Ancrage*, est-ce bien le mot, d'ailleurs ? Ne pourrait-on pas dire tout aussi bien que le sens de ces expressions ne se charge qu'au contact des techniques, procédés et solutions en question ?

En vue de se mettre en mesure de présenter utilement la doctrine des questions politiques, Claire Saunier commence par une analyse de la fonction juridictionnelle, cherchant de manière modérée mais persuasive à en faire apparaître la dimension politique. L'auteur est au courant, non seulement des grandes discussions européennes, mais encore des courants de la pensée juridique américaine, ce qui lui permet de donner une très utile profondeur de champ aux discussions sur la marge de discrétionnalité du juge, de son éventuel pouvoir créateur, du rapport aux sources, et du problème du formalisme au sens que ce terme a pris aux États-Unis. Au total, nous dit élégamment l'auteur, on découvre un juge « tiraillé entre son rôle de gardien de la légalité et de la justice » (*infra*, n° 127). Le sujet pourrait paraître convenu, mais son traitement dans ces pages, bien informé et personnel, ne l'est nullement. Bien au contraire, la perspective comparatiste qu'elle adopte autorise Claire Saunier à renouveler la question. Elle le fait, par exemple, grâce à une excellente connaissance de la jurisprudence de chaque pays, mettant en évidence des particularités culturelles – comme l'importance aux États-Unis des *policy arguments* – qui ont un impact indéniable sur la réflexion théorique d'ensemble. Des notions telles que celle de déférence, d'objectivité, ou de formalisme – au sens relativement technique que cette notion a pris dans la discussion américaine – devraient rentrer dans le débat doctrinal français si celui-ci voulait gagner en précision et en profondeur. La thèse de Claire Saunier y contribuera certainement, et ce d'autant qu'elle constitue à la fois une thèse de *droit étranger*, très informée des systèmes qu'elle examine de manière approfondie, et une thèse *comparatiste*, qui met utilement en rapport ces systèmes. L'auteur met également en évidence les proximités entre les explications doctrinales dans les trois systèmes : c'est en résumé la même grille de lecture qui est appliquée par la doctrine juridique, soit

pour expliquer juridiquement les questions politiques, soit pour les rattacher à des critères non politiques.

### Quelle neutralité ?

La thèse insiste tout particulièrement sur le thème de la neutralité (prétendue) du juge et de la fonction juridictionnelle. C'est aux États-Unis que cette thèse de la neutralité a été développée sous sa forme la plus explicite. Dans un article célèbre, le juriste américain Wechsler constata que les principes avaient un statut « largement instrumental » du fait qu'ils étaient « employés en politique » et que les « hommes politiques ajustent et configurent leurs discours et leurs votes » en les utilisant de manière « ad hoc ». Cela réduit-il les principes à des « outils de manipulation » (*manipulative tools*) ? Non, du moment que le travail et le raisonnement juridictionnels sont à même de convertir ces principes en « principes neutres ». Les juridictions y parviennent du moment que leurs décisions sont « authentiquement fondées sur des principes » (« *principled* », ce qui veut dire à la fois : « fondé sur des principes », et « raisonnable »), s'appuyant à chaque étape (du raisonnement) conduisant au jugement sur une analyse et des raisons « transcendant le résultat immédiat » auquel parvient le jugement. Dès lors si « les cours de justice dans les décisions qu'elles prennent en matière constitutionnelle » sont confrontées à des « questions qui sont inévitablement politiques » du fait qu'elles impliquent un choix entre des valeurs ou des désirs en compétition », elles sont tout de même en mesure de sortir de cette difficulté par un raisonnement structuré, rationnel, et fondé sur des principes. Selon Wechsler, l'autorité des décisions rendues dépendra « de la force du raisonnement » et de la neutralité des principes. La thèse montre la proximité entre cette vision, désormais battue en brèche par les écoles critiques américaines, et celle, par exemple, de Jean Carbonnier en France (*infra*, n° 213). Claire Saunier fait valoir, à juste titre, que ce discours de la neutralité « reflète en réalité une volonté d'affirmer la spécificité du discours juridique » (*infra*, n° 218) dans les trois systèmes. C'est certainement vrai dans le cas anglo-américain, où le langage de la neutralité et du « *principled reasoning* » a en quelque sorte pris le relais de l'idéologie de la *common law*, qui met l'accent sur l'impartialité du juge mais aussi sur la valeur intrinsèque des principes portés par le droit national.

L'étude de la doctrine des questions politiques vient logiquement s'imbriquer dans cette discussion plus large sur la nature respective des attributions du juge et du législateur dans les trois systèmes. Elle se ramène, dans les trois cas, à un ensemble complexe de réponses à une unique et simple question, celle posée en son temps par John Locke : « *who will be judge ?* » *Qui sera juge*, donc, de la correcte interprétation des pouvoirs attribués par la Constitution aux différents organes de l'État ? Un écho, peut-être involontaire, de cette origine proto-libérale de la doctrine des questions politiques se trouve chez Alexander Hamilton, dans la lettre n° 78 du *Fédéraliste* : dans les cas prévus par « une disposition particulière de la Constitution », dit Hamilton, il sera admis que « le corps législatif est lui-même le juge constitutionnel de ses propres pouvoirs et que leur interprétation s'impose aux autres ». Et cette formule anticipe à son tour la référence de l'arrêt *Baker v. Carr* à une attribution « textuellement démontrable » à l'une des branches de la Constitution : *a textually demonstrable constitutional commitment*<sup>3</sup>. L'écrit (*textually*) est ici synonyme d'habilitation constitutionnelle,

3. *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962), p. 217.

mais aussi de de sortie de l'implicite et de suppression de l'ambiguïté. Mais cela revient à imputer au langage une perfection qu'il lui est impossible d'atteindre. Les juges, à l'exception de quelques « textualistes » radicaux, ne l'ignorent en aucun cas. Dans la formule précitée de *Baker v. Carr*, l'association des mots « *textually* » et « *demonstrable* » est remarquable. Le texte est à la base, non pas d'une preuve irréfutable, d'une « lettre de la loi » constitutionnelle qui lèverait tous les doutes, mais d'un raisonnement (les juristes américains parlent de *principled reasoning*) prenant pour base la Constitution. D'ailleurs, le même arrêt *Baker v. Carr* associe à ce critère d'une attribution de compétence « textuellement démontrable » un autre critère, apparemment de même valeur, celui d'une « absence de standard pouvant être découvert et mis en œuvre (*judicially discoverable and manageable*) juridictionnellement. Sa logique est inverse : le juge se déporte, parce qu'il ne pourrait soumettre la question politique à aucun standard juridictionnel.

### Le tour de magie de la séparation des pouvoirs

Cette formule de l'arrêt *Baker v. Carr* fut aussi citée dans un arrêt de la Cour suprême relatif à la séparation des pouvoirs en lien avec la référence faite par le juge américain à des « dispositions explicites et sans ambiguïté » de la Constitution<sup>4</sup>. La doctrine des questions politiques est souvent comprise, notamment aux États-Unis ou en Angleterre, comme un accessoire de la séparation des pouvoirs : la distinction entre questions de droit (justiciables) et questions politiques (injusticiables) relèverait de l'existence d'un « contraste entre les fonctions des différents organes du gouvernement »<sup>5</sup>. Les auteurs américains disent à peu près tous la même chose sur le sujet, et les juges également : la doctrine des questions politiques serait « inextricablement ancrée dans la séparation des pouvoirs »<sup>6</sup>. Pourtant, cette position ne nous aide guère. D'une part, le concept de séparation des pouvoirs manque notablement de clarté et de solidité. D'autre part, au sein même d'un dispositif institutionnel régi par la séparation des pouvoirs se trouvent logées des prétentions concurrentes à la suprématie (de la part des juges) ou au moins à une indépendance d'action la plus large possible (de la part des organes politiques). La séparation des pouvoirs n'est pas une carte géographique donnant à voir d'incontestés et paisibles découpages territoriaux. Le droit constitutionnel n'est pas un univers de frontières naturelles. C'est un champ de bataille entre des prétentions concurrentes à la domination juridico-politique. Chaque décision juridictionnelle sur la question est une sorte d'armistice provisoire. On ne sait jamais quelles négociations ou transactions ont permis d'y parvenir. On ne sait jamais quand les hostilités reprendront.

Dans le domaine des questions politiques, et sous la plume des juridictions, le traitement de la séparation des pouvoirs s'apparente plutôt à un complexe spectacle d'illusionniste employant, selon les nécessités, rideaux de fumée et jeux de miroirs, malles à double fond, corps découpés en morceaux devant un public effaré puis reconstitués, toujours à la stupeur générale<sup>7</sup>. Le concept de séparation des pouvoirs

4. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), p. 945.

5. T.R.S. Allan, *Constitutional justice. A liberal theory of the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 160.

6. *US v. Nixon*, 418 US 683, p. 708.

7. On pense bien sûr ici aux propos fameux de Jean-Jacques Rousseau dans le *Contrat Social* : « Les charlatans du Japon dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs ; puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé. Tels sont à peu près les tours de

est ici employé par le juge comme un concept-écran. Le juge ne se réclame pas de la séparation des pouvoirs par mauvaise foi, ou mensonge explicite, mais parce qu'il ne peut pas prendre d'autre prémisses pour son argumentation que celle par laquelle lui est reconnu un socle minimal de légitimité institutionnelle. S'il peut « dire le droit », c'est parce qu'il se doit d'apparaître comme un organe d'application d'un droit élaboré non par lui mais par le législateur. Le cas typique en la matière se trouve dans la fausse neutralité que le juge anglais s'attribue sous couvert de séparation des pouvoirs. Rien de moins convaincant, à vrai dire, que les prétentions des juges anglais du vingtième siècle à se poser en simples organes d'application, ou d'interprétation « fidèle » de la règle législative. Comment croire une seule seconde ce que dit par exemple Lord Diplock dans l'arrêt *Duport Steels* de 1980<sup>8</sup>, un modèle du genre, ou de Lord Mustill dans *Fire Brigades*<sup>9</sup>. Claire Saunier donne des exemples de références comparables à la séparation des pouvoirs dans le domaine des questions politiques (*infra*, n° 308).

Face à de tels propos, la réaction de l'individu de bon sens, parfois préférable à celle de la personne bien formée techniquement et qui a perdu par là sa nécessaire capacité d'étonnement, consisterait à dire : comment peut-on écrire des choses pareilles ? Comment peut-on négliger à ce point la marge considérable d'appréciation dont disposent les juges vis-à-vis du droit ? Comment ne pas voir que la présentation du problème en termes de séparation des pouvoirs n'apporte en réalité aucune clarté sur la question des limites respectives des fonctions des organes de l'État ? La problématique des questions politiques *lato sensu* n'est en aucun cas clarifiée par l'invocation de la séparation des pouvoirs. Derrière le concept-écran de séparation des pouvoirs, derrière le rideau de fumée et les tours de magie du juge-illusionniste, se trouve une forme complexe de raisonnement juridictionnel qu'il faut essayer de comprendre. Ce n'est pas facile. Si les concepts sont ici des concepts-écran, des malles à double fond et autres accessoires d'illusionniste, c'est que leur capacité à expliquer de manière générale les données du droit positif est mise en échec. On pénètre ici dans un espace où le général n'apporte pas de sens supplémentaire, et où c'est au contraire le particulier qui informe, voire qui détermine, le général.

---

gobelets de nos politiques ; après avoir démembré le corps social par un prestige digne de la foire, ils rassemblent les pièces on ne sait comment ».

8. « *It endangers continued public confidence in the political impartiality of the judiciary, which is essential to the continuance of the rule of law, if judges, under the guise of interpretation, provide their own preferred amendments to statutes which experience of their operation has shown to have had consequences that members of the court before whom the matter comes consider to be injurious to the public interest* ». *Duport Steels Ltd. and Others v Sirs and Others*, House of Lords, 7 février 1980 [1980] 1 W.L.R. 142.

9. « *It is a feature of the peculiarly British conception of the separation of powers that Parliament, the executive and the courts have each their distinct and largely exclusive domain. Parliament has a legally unchallengeable right to make whatever laws it thinks right. The executive carries on the administration of the country in accordance with the powers conferred on it by law. The courts interpret the laws, and see that they are obeyed* ». *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Fire Brigades Union* (HL) House of Lords, 5 avril 1995 [1995] 2 A.C. 513.

### Le nominalisme juridictionnel

« J'ai devant moi deux stylos à bille noirs. Le point crucial est : combien de couleurs vois-je ? Croire aux universaux est le *réalisme* : admettre que des entités universelles comme la noirceur sont partagées par toutes les choses qui présentent une même propriété (ici, être noires) et qu'à ce titre elles leur sont communes. À l'opposé, le *nominaliste* est caractérisé comme celui qui voit deux noirceurs, autant de noirceurs qu'il y a de stylos »<sup>10</sup>.

Le rapport que nous entretenons, nous juristes français de droit public, avec les actes de gouvernement, ou celui qui unit nos confrères américains avec les questions politiques, est affecté d'un trouble dont nous ne percevons peut-être pas toujours l'ampleur. Nous pensons être capables de définir ces catégories juridiques. Pourtant, c'est la décision d'hier soir ou celle de demain matin qui nous dira si telle ou telle mesure gouvernementale est ou non un acte de gouvernement, ou si telle ou telle question (ou « *issue* ») doit être qualifiée de question politique. La notion semble pourtant à notre portée. Les actes de gouvernement, nous savons ce que c'est, nous en délivrons la définition à nos étudiants, nous écrivons là-dessus des choses générales dans nos manuels. Mais rien n'y fait : nous sommes toujours suspendus au dernier épisode de l'interminable *telenovela* jurisprudentielle des décisions reconnaissant ou non que tel ou tel acte mérite ou pas cette qualification. Les questions politiques *lato sensu* ne sont pas les seules concernées par ce phénomène du nominalisme juridictionnel, mais elles en sont une illustration magistrale. Le juriste est plongé dans une interminable actualité, un jour sans fin de la jurisprudence, qui change constamment le contenu de ses concepts, et qui, comme le dit l'écriture, « lui donne et lui reprend »<sup>11</sup> dans une sorte d'éternel retour casuistique.

*Nominalisme*, disons-nous, car il n'y a pas véritablement de catégorie générale de l'acte de gouvernement, comme également d'autres catégories relatives à la justiciabilité, comme la décision faisant grief, le « *standing* » américain, etc. Ces catégories d'actes, on ne les connaît pas au moyen de caractères généraux, c'est-à-dire communs à tous les individus de l'ensemble concerné. Pour les appréhender, il faut connaître tous les individus recevant cette dénomination. La chose avait été dite sans ambages par le président Odent à propos d'une autre catégorie, celle des actes réglementaires : « tant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée, il est souvent hasardeux d'affirmer qu'un acte a ou n'a pas une nature réglementaire. Et même

10. P. V. Spade, traduit par A. de Libera, *La querelle des Universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Éditions du Seuil, coll. Points Histoire, 1996, p. 18-19. Nos ital.

11. Job, 1, 21.

lorsque la jurisprudence est fournie, elle n'est pas toujours stable »<sup>12</sup>. Toutes les difficultés rencontrées s'agissant de définir l'acte de gouvernement montrent qu'il en va de même le concernant.

Le nominalisme domine donc le traitement jurisprudentiel des questions politiques *lato sensu*, mais aussi également son traitement doctrinal. René Chapus, tenant de la thèse fonctionnaliste en matière d'actes de gouvernement<sup>13</sup>, avait d'ailleurs donné une définition magnifiquement *nominaliste* de ce type d'acte comme exercice d'une fonction gouvernementale. Ne parvenant pas à définir cette fonction en termes généraux, il en avait renvoyé la définition... à la jurisprudence : « Les solutions jurisprudentielles en matière d'acte de gouvernement, ceux-ci étant correctement définis (sont) tout à fait de nature à permettre sur le plan du droit positif la délimitation de l'activité gouvernementale »<sup>14</sup>. Comme le dit avec justesse Claire Saunier, comment ne pas voir qu'une pareille définition revêt un caractère « circulaire », voire « tautologique »<sup>15</sup> ? Mais, soyons charitables, la tautologie n'est pas ici évitable si l'on adopte le point de vue de René Chapus sur le rôle du juge en droit administratif. Le juriste positiviste n'a rien de plus à dire des actes de gouvernement, sinon qu'ils existent à titre de catégorie générale, mais que cette catégorie ne s'appréhende qu'en prenant connaissance de la liste exhaustive de ses occurrences.

Telle est la position que nous appelons ici nominaliste<sup>16</sup>. Il existe bien des catégories générales, mais elles ne reflètent pas l'existence de concepts à portée générale, seulement un dispositif de construction sémantique où l'invocation répétée d'un « signifiant » donné (acte réglementaire, acte de gouvernement, acte faisant grief...) n'apporte aucune garantie que celui-ci renvoie toujours, au fil de son processus de dissémination dans l'ordre juridique, au même « signifié ». Le même dispositif est également présent chez le juge américain dans le cadre de sa doctrine du « *standing* », l'équivalent de notre doctrine de la recevabilité. Or les actes de gouvernement français, les *acts of state* britanniques, les questions politiques américaines, ont ceci en commun de toujours procéder de ce type d'appréciation nominaliste. Comme de l'acte réglementaire, qui aurait pu tout aussi bien être, par exemple, non réglementaire ou recevoir la qualification de « décision d'espèce », l'acte de gouvernement français

12. Raymond Odent, *Contentieux Administratif*, Dalloz, 2007, tome 1, p. 251. Cf. Jean Lessi, conclusions sur Conseil d'État, 1<sup>er</sup> juill. 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082-393524, Rec. Lebon, 2016.

13. Cf. la très bonne analyse des positions de cet auteur proposée par Claire Saunier, *infra*, n° 569 et s.

14. René Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », Dalloz, 1958, Chronique II, p. 7.

15. Cf. le présent ouvrage, *infra*, n° 571.

16. Nous reprenons ici une terminologie employée au sujet de la philosophie médiévale, mais sans nullement prétendre que les modes de pensée juridiques ici évoqués au sujet des questions politiques en relèvent de manière directe. L'idée de nominalisme à laquelle nous faisons ici appel ne prétend pas constituer une application exacte, historiquement fidèle, des conceptions philosophiques des médiévaux appelés « nominalistes » ou de ceux qui les étudient et leur ont apposé cette étiquette. On pourrait d'ailleurs nous objecter à juste titre que le juriste orthodoxe est en partie *réaliste* au sens médiéval (ou du moins au sens donné à ce mot dans la citation de P. V. Spade qui sert d'épigraphe au présent passage) puisqu'il croit à l'existence d'entités générales. C'est vrai, et si nous disons qu'il est par-dessus tout *nominaliste*, ou fait appel à des modes de pensée nominalistes, c'est simplement parce qu'il ne parvient jamais à « documenter » ces catégories générales autrement qu'en se référant à des exemples à chaque fois singuliers. Le juriste orthodoxe est comme cet enfant dont il est, semble-t-il, question chez Piaget et qui dit, à propos de chaque escargot qu'il croise sur la route : « l'escargot ». cf. Alain de Libera, *op. cit.*, p. 19.

aurait pu tout aussi bien retomber dans la catégorie des actes administratifs judiciaires. Cette manière de procéder n'est pas pour autant arbitraire, du moins elle ne l'est pas nécessairement. Elle relève d'un type de jugement prudentiel qui rapproche trois notions : le discrétionnaire, le juste, le politique.

### **Pouvoir discrétionnaire, justice, politique**

Claire Saunier relie avec finesse la question du pouvoir discrétionnaire et celle des questions politiques : leur rapprochement apparaît certes « infidèle[s] à une jurisprudence qui continue de les dissocier », mais on ne peut pour autant pas leur refuser ce qui s'apparente à un air de famille. Le propre du pouvoir discrétionnaire, par-delà les définitions classiques, est de faire entrer le choix politique dans la décision publique. Il peut s'agir d'un choix de politique publique, fondamentalement administratif mais par là même fondamentalement déterminé par une idée d'optimisation de l'intérêt général ou du bien-être collectif. Il peut aussi s'agir d'un choix rapprochant la personne publique de *la* politique au sens large. Mais, dans tous les cas, il est question d'une décision pour laquelle le sens du juste politique doit être mobilisé. Le lien entre pouvoir discrétionnaire et sens de la justice – plus précisément encore de la justice au sens politique du terme – est presque perdu pour nous. Il est pratiquement invisible, indiscernable, parce que nous n'avons plus le système conceptuel, le cadre axiologique et la théorie de l'action qui nous permettraient de le penser. Edward Coke, en 1598, avait encore tout cela, qui pouvait écrire :

« *Discretion is a science or understanding to discern between falsity and truth, between right and wrong, and between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not to do according to their wills and private affections.* »<sup>17</sup>

Dans sa sagesse, Lord Coke en appelait ici à la notion d'*equity*, parce qu'il était capable de comprendre que cette forme de justice qu'impose le juge dans de telles circonstances est une justice correctrice de la simple justice *légale*, celle de la loi écrite. Le vocabulaire aristotélicien de l'équité – qui, dans l'état actuel de notre culture juridique, n'est plus à notre disposition, parce que seuls des historiens de la philosophie le comprendraient – était alors susceptible d'éclairer ce que fait l'autorité publique dans le cas où elle exerce un pouvoir discrétionnaire. Le détenteur du pouvoir discrétionnaire doit faire ce qui est juste, mais il ne peut pas prendre pour guide la légalité écrite, qui est en quelque sorte handicapée face au concret de la décision administrative ou politique, entravée face à la complexité, à la diversité, à la contingence dans lesquelles baignent les affaires humaines. L'autorité publique doit faire preuve de *discrétion*, c'est-à-dire d'un sens moral particulièrement aiguisé dans un domaine qui est à proprement parler politique. Il est certes devenu difficile de définir le ou la politique dans un âge tel que le nôtre, où la nature des choses semble s'être éclipsée. Peut-on encore se risquer à dire après Marshall dans *Marbury c. Madison* que certaines questions sont « par leur nature politiques », ou bien, comme la Cour suprême dans l'arrêt *Luther v. Borden* de 1849, que l'appréciation requise par la clause de garantie de la constitution américaine relativement à la forme républicaine du gouvernement est « politique par sa nature [même] »<sup>18</sup> ? Cela supposerait en tout cas un effort d'appréhension de la nature du politique que la corporation des juristes a

17. *Rooke's case* (1598), cité par l'auteur *infra*, n° 345.

18. 48 US (7 how.), 1, 47 (1849).

renoncé à effectuer. Mais l'effort n'est pas moindre, et le problème n'est pas plus proche de sa solution, en se réfugiant derrière « le droit » ou « la légalité ».

Dire, comme tous les manuels, que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir de choisir parmi plusieurs décisions également conformes à la légalité est exact, mais quelque peu dépourvu de substance. Cette définition revient à dire que la légalité n'a rien à dire du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci est un pouvoir qui s'exerce dans la zone d'indifférence, l'*angle mort*, pourrait-on dire, du contrôle de légalité. Une telle saisie du registre du discrétionnaire sous l'angle de la légalité ne parvient pas à cerner de manière positive ce que fait réellement le titulaire du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire en quoi consiste son activité concrète. Ce que fait réellement, positivement, ce dernier consiste à agir *politiquement*. Il se saisit d'une capacité politique, à tous les sens diversifiés auquel ce mot peut renvoyer, et qui existent tout aussi bien dans le cadre de l'action administrative que dans celui des organes dits politiques de l'État. Il n'est donc pas étonnant qu'un rapprochement soit opéré entre pouvoir discrétionnaire et question politique *lato sensu*. Le pouvoir discrétionnaire reste assujéti à un contrôle de légalité, précisément pour ce qui, en lui, n'est pas discrétionnaire. Il s'agit notamment de la composante de légalité externe, là où celle-ci existe et a un sens<sup>19</sup>. Il est également potentiellement justiciable pour ce qui concerne un espace où la discrétionnalité deviendrait abusive. Le droit étant assimilé à la raison, un exercice non raisonnable (selon le test anglais<sup>20</sup>) d'une compétence, une erreur manifeste dans l'exercice de celle-ci (selon la méthodologie française) doit pouvoir être censuré(e) par le juge de la légalité.

Dès lors, toute décision administrative peut potentiellement revêtir une composante de discrétionnalité et donc un lien avec le politique<sup>21</sup>. Dans l'acte de gouvernement français, ou l'*act of state* britannique, l'activité politique de l'autorité publique et l'activité politique du juge sont mutuellement incompatibles. L'une annule l'autre. La seule capacité qui reste en la matière à l'autorité juridictionnelle revient à faire de la politique en se refusant à soi-même le pouvoir d'en faire. Car il est bien évident que la qualification d'acte de gouvernement, ou de question politique aux États-Unis, reste un geste politique de la part du juge. La déclaration d'injusticiabilité n'est pas un geste politiquement neutre.

---

19. Comme l'a finement remarqué M. Thibault Desmoulin, lorsque le président, dans le cas qui a donné lieu à la décision *Greenpeace* de 1995, prend une décision sans forme particulière à l'occasion de la réunion d'une instance qui n'a pas d'existence constitutionnelle explicite, le Conseil de défense, la question de la légalité externe devient quelque peu insaisissable : elle s'apparente à un ensemble vide... cf. Thibault Desmoulin, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, n° 25, note n° 131.

20. Le juge britannique de la légalité censure les décisions considérées comme *unreasonable*, sur le fondement de la jurisprudence « *Wednesbury* » : *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corp* [1948] 1 K.B. 223.

21. On serait presque tenté de suggérer que, dans le feu de l'action administrative, la compétence liée n'existe pas. C'est seulement une fois la compétence exercée, lorsque le regard du juge se porte sur l'acte dont elle résulte, qu'il est possible de dire : l'autorité se trouvait ici dans l'exercice d'une compétence liée. Autrement dit : il n'existait qu'une seule solution conforme à la légalité. Toute décision comporte une composante discrétionnaire, sinon il ne s'agirait pas d'une décision du tout. Le concept même de décision implique un choix.

### Questions politiques, État de droit, constitutionnalisme libéral

Aux États-Unis, c'est toujours prématurément que l'on a annoncé le déclin voire la disparition des questions politiques. En France, le discours est plus tendanciel : la disparition est en cours, mais ne se termine jamais. Elle suit une courbe asymptotique. C'est la longue geste des « progrès du contrôle juridictionnel », du rétrécissement de la liste des actes de gouvernement, de l'extension de celle des actes faisant grief, de la disparition progressive des mesures d'ordre intérieur, etc. Non seulement tout va toujours *très bien* dans le monde merveilleux du contentieux administratif, mais encore, miraculeusement, tout va toujours *de mieux en mieux*. Depuis le rejet primordial de la théorie des actes « purement discrétionnaires » et l'abandon de la théorie du mobile politique, les choses ne feraient, à ce qu'il semble, que s'améliorer. Le politique régresserait indéfiniment et le juridique gagnerait sans relâche du terrain. Ce qu'il reste de poches d'injusticiabilité fait scandale : la reconnaissance de la non-justiciabilité d'un acte donné reviendrait à accorder à l'autorité publique un certificat d'impunité. Le juge laisserait le champ libre à l'activité arbitraire de l'autorité publique. Ce qui était tolérable, voire nécessaire, dans le cas du pouvoir discrétionnaire – et ce d'autant plus que celui-ci reste soumis à un contrôle de type restreint, sur le modèle du contrôle français de l'erreur manifeste d'appréciation – est jugé difficilement acceptable dans le cas de l'acte de gouvernement.

Au risque de nous démarquer de la position adoptée par l'auteur de la thèse, il ne nous semble donc pas possible de dire qu'en déclarant l'existence d'une question politique, le juge « abdique sa responsabilité de dire ce qu'est le droit »<sup>22</sup>, voire qu'il consent de faire une « exception de la soumission de la politique au droit ». Ce n'est pas le cas. Ce qui se produit est que les cours de justice admettent *juridiquement* l'existence d'une sphère légitime d'action politique non soumise à contrôle juridictionnel. L'acte de gouvernement français, ou la question politique américaine, c'est l'acceptation de la politique par le droit, le consentement de l'organe garantissant le droit à l'existence intouchée d'une sphère du politique. C'est la reconnaissance de ce que, comme l'a dit admirablement Alexander Bickel, la question politique concerne des domaines « par principe privés de principes » et dans lesquels « le jugement est de toute nécessité prudentiel »<sup>23</sup>. Le fait est que ces domaines sont, à en croire la jurisprudence, en recul constant. Le juge se croit à même de poser des principes pour indiquer à l'autorité politique comment elle doit trancher de telles questions. Ce qui était « injusticiable » hier deviendra peut-être justiciable demain. Cela n'est pas nécessairement une victoire du droit. C'est une défaite de l'art politique et de la raison politique. Le silence d'un juge sur une question politique ne veut pas dire que tout est permis à l'organe constitutionnel qui est en cause. Cela veut dire que les devoirs et responsabilités de cet organe politique doivent être appréciés sur un terrain autre que le droit juridictionnel. Si les actes de gouvernement en France ou les questions politiques aux États-Unis sont en recul, comme une banquise qui fond de plus en plus vite, cela ne veut pas dire que la démocratie constitutionnelle se porte mieux. Un lien pourrait être établi avec l'épuisement de nos institutions représentatives, frappées d'une forme inquiétante de paralysie du jugement politique, d'oubli de l'art-et-prudence du bon gouvernement. Combien de fois, en France, face à un problème politiquement délicat, un ministre ne s'est-il pas défait

22. F.W. Scharf, cité p. 281.

23. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, p. 186-187.

d'une question épineuse en consultant le Conseil d'État<sup>24</sup> ? Combien de fois l'exécutif ou le Parlement se contentent-ils d'en appeler au Conseil constitutionnel pour formuler des grands principes qui sont avant tout politiques ?

La même tendance est à l'œuvre ailleurs dans le monde. Ainsi, la Cour suprême du Royaume-Uni a-t-elle choisi en 2019, dans la décision dite « Miller n° 2 »<sup>25</sup>, de déclarer justiciable l'exercice par la Couronne de sa prérogative constitutionnelle de prorogation du Parlement. Cette prérogative, comme celle de dissoudre, était autrefois qualifiée de « politique », pour expliquer sa non-justiciabilité. Désormais, les cours de justice ont pris pied sur ce terrain et elles l'ont fait au moyen d'un raisonnement très fragile : le contrôle juridictionnel de la prorogation serait une condition de possibilité du principe constitutionnel de souveraineté du Parlement (Miller n° 2, § 44) et de celui de la responsabilité politique (idem, § 46-48). Un policier de série télévisée dirait : *circumstantial evidence at best...* Le lien entre les principes en question et la justiciabilité de la prérogative de prorogation est très indirect. Tout se tient dans la constitution britannique, y compris l'acte de prorogation et les principes de souveraineté du Parlement ou de responsabilité. Cela ne suffit pas à conférer un pouvoir d'intervention au juge, ou bien autant dire qu'il peut absolument *tout* contrôler. L'impact politique de cette intervention a d'ailleurs été négatif, pour ne pas dire désastreux. La Cour suprême a été vue comme se mêlant de politique partisane, et le résultat quelques mois plus tard des élections législatives a été souvent considéré comme un désaveu de l'immixtion juridictionnelle sur ce terrain.

La doctrine des questions politiques aux États-Unis, ou la méthodologie du juge français en matière de caractérisation des actes de gouvernement, ne sont d'ailleurs pas extra-juridiques. Par la consécration d'un acte de gouvernement, c'est bien du droit qui est dit, et du droit qui se fait. Cette consécration est effectuée juridiquement. La reconnaissance d'une sphère de non-justiciabilité est un dispositif éprouvé et certainement utile d'un point de vue prudentiel. Le procédé se retrouve dans tous les systèmes juridiques un tant soit peu élaborés. Il est excessif de prétendre que toute injusticiabilité s'apparente à une défaite du droit, avec toutes les connotations politico-morales que cela impliquerait. Nous ne vivons pas dans une société plus arbitraire du fait de l'existence de la doctrine des actes de gouvernement en France ou de celle des questions politiques aux États-Unis. C'est plutôt le contraire. La généralisation du domaine des actes assujettis au contrôle juridictionnel n'est pas en soi un gage de libéralisme, de règne plus avancé du droit, ou de perfectionnement de la civilisation. Ce n'est même pas l'assurance d'un contrôle juridictionnel plus approfondi et de nature à mieux protéger les libertés. C'est seulement un indice d'une évolution dans les rapports de pouvoir entre les différents organes de l'État. On peut en prendre un ou deux exemples dans le droit public contemporain de la France. Dans le même moment, par exemple, où notre juge étendait son contrôle à des actes de droit souple, il masquait habilement la façon dont il maintenait dans la catégorie des actes ne faisant pas grief des mesures

---

24. Le modèle du genre étant la saisine du Conseil d'État par le ministre Lionel Jospin dans l'affaire dite du « port du voile » et qui a donné lieu à l'avis n° 346-893 en date du 27 novembre 1989. En finance, on parle à ce sujet de la pratique de la *défaillance*. Ici, le politique se défait de la question difficile au profit du juge ou du conseil juridique du gouvernement. Il y a *défaillance* de la politique au profit du droit, sans que soit nullement vidée la question initiale. Il y a donc à la fois *défaillance* au profit du droit et *défaite* du politique. Je remercie Olivier Beaud pour cet exemple.

25. *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*, 24 sept. 2019 [2019] UKSC 41. *Infra* : « Miller n° 2 ».

administratives dont il est pourtant bien clair qu'elles affectent les droits des particuliers. Ici, en positif comme en négatif, pour étendre comme pour rétrécir le champ du contrôle, le nominalisme fait rage. Dans le même temps où notre juge affirmait avec force l'extension du principe de l'État de droit au contrôle des actes issus de l'état d'urgence, il se gardait bien de censurer des décisions administratives ou des mesures réglementaires pourtant fort choquantes. Le Conseil constitutionnel, de son côté, s'abstint de censurer des limitations peu justifiables de la compétence des juridictions judiciaires. De tels exemples devraient nous corriger de la propension aux invocations irréflechies de l'État de droit, ou de notre préjugé dirigé contre la théorie des actes de gouvernement. Il faut nous guérir de l'idée que le contrôle juridictionnel est toujours un bien en soi, son absence toujours un mal, et de la conviction, que rien ne fonde, selon laquelle le juge est toujours le gardien zélé des plus hautes valeurs, à commencer par les libertés constitutionnelles. C'est une ambiguïté qui plane sur l'idéologie contemporaine de l'État de droit. D'une part, elle suppose d'assimiler État de droit et contrôle juridictionnel. D'autre part, elle suppose d'attribuer toujours une valeur positive audit contrôle juridictionnel, comme si *le juge ne pouvait mal faire*.

Les doctrines envisagées dans cette thèse ont mauvaise presse, parce qu'elles semblent toujours apporter une limitation au contrôle juridique du pouvoir politique. L'existence de telles limitations porterait atteinte à l'État de droit et aux fondements du constitutionnalisme libéral. Il faut toutefois comprendre qu'une telle vision des choses ne va nullement de soi. Le constitutionnalisme libéral repose certes sur l'idée d'une limitation du pouvoir, mais il implique aussi d'admettre qu'on ne peut pas prévoir de quelle origine proviennent les atteintes aux libertés. On ne sait pas non plus d'avance qui sera le gardien de ces dernières. La protection de la liberté n'est pas confiée par le constitutionnalisme libéral à tel ou tel organe, mais à un dispositif institutionnel qui les englobe tous. Le libéralisme, sauf à profondément le dénaturer, ne peut pas signifier qu'on doive faire une confiance aveugle à un seul organe de l'État, fût-il le plus parfait des juges, le plus sage des sages. Plutôt, le libéralisme bien compris présuppose que l'on ne saura jamais d'où viendra l'abus de pouvoir, ni quelle institution ou force sociale tiendra, face à son auteur, le rôle de contre-pouvoir. On ne le saura jamais d'avance, car les attentats à la liberté et aux droits peuvent venir de n'importe où. Ainsi est faite la nature humaine, ainsi fonctionnent les passions humaines, ainsi la contingence des événements politiques s'impose-t-elle toujours en dernière instance. Les rôles ne sont pas fixés *a priori*. L'exercice arbitraire du pouvoir, d'un côté, et la défense de la liberté, de l'autre, n'occupent pas de place prédéfinie dans l'espace social et institutionnel.

J'interromps par ces mots des méditations devenues trop longues. Je termine avec ce qu'en d'autres temps on aurait appelé une *laudatio*. On se trouve, avec l'ouvrage qu'on s'apprête à lire, en possession d'un dossier complet et brillamment instruit. Il sera désormais difficile, et en tout cas mal avisé, d'envisager la question, apparemment si rebattue, des actes de gouvernement en droit français, sans citer la présente étude. De même, l'étude comparatiste des droits américain et britannique de la question politique est grandement enrichie par le travail qu'on s'apprête à lire. Le talentueux exercice comparatif auquel se livre Claire Saunier dans cette étude mérite l'éloge. L'exercice était périlleux. Il est permis de dire qu'il a été réussi.

Denis BARANGER

*Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas*