

RELECTURE DE LA QUESTION DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DE GOUVERNEMENT ET LES ACTES POLITIQUES

Par

Laurent ONYEMBA DJONGANDEKE

*Chef de Travaux et Diplômé d'Études Supérieures en Droit, Université de Kinshasa
Avocat*

RÉSUMÉ

Il ne peut être possible d'aborder le contrôle de la légalité sans évoquer le contentieux administratif dans la mesure où les deux expressions se rapprochent largement. Le contentieux administratif est tributaire du contrôle de la légalité.

La nécessité d'un contrôle de l'Administration dans l'État moderne est une lapalissade. De même, et paradoxalement, il existe encore des actes qui échappent à tout contrôle des juges. On les appelle actes de gouvernement. Mais l'on n'oublie pas que certains classements donnent aussi les actes politiques.

La théorie des actes de gouvernement s'explique fondamentalement par le souci du juge administratif de ne s'immiscer ni dans les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, encore moins dans l'action diplomatique considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle de l'exécutif. Ainsi, se retrouvent, sous une forme nouvelle et dans des limites plus étroites, les considérations de caractère politique qui sont à l'origine, historiquement, de la notion « d'acte de gouvernement. Toutefois, force est de remarquer que la théorie des actes de gouvernement a une portée moindre désormais en raison, d'une part, de la théorie de l'acte détachable et, d'autre part, de la responsabilité sans faute de l'État. Ces deux infléchissements concernent les relations internationales. Cette étude fait horizontalement la relecture de la problématique.

Mots-clés : *Acte de gouvernement, acte politique, juge administratif, contentieux, parlement*

ABSTRACT

It is not possible to discuss the control of legality without mentioning administrative litigation, since the two terms are very similar. Administrative litigation depends on the control of legality.

The need for control of the Administration in the modern State is a truism. In the same way, and paradoxically, there are still acts that escape any control by judges. They are called acts of government. But it should not be forgotten that some classifications also give political acts.

The theory of governmental acts is basically explained by the concern of the administrative judge not to interfere in the relations between the legislative power and the executive power, and even less in the diplomatic action considered as an exclusive and traditional prerogative of the executive. Thus, the political considerations that historically gave rise to the concept of "act of government" are found again, in a new form and within narrower limits. However, it must be noted that the theory of acts of government has less scope from now on because of the theory of detachable acts, on the one hand, and the no-fault liability of the State, on the other. These two changes concern international relations. This study makes a horizontal rereading of the problematic.

Keywords: Act of government, political act, administrative judge, litigation, parliament

INTRODUCTION

Il ne peut être possible d'aborder le contrôle de la légalité sans évoquer le contentieux administratif dans la mesure où les deux expressions se rapprochent largement. Le contentieux administratif est tributaire du contrôle de la légalité.

Le contentieux administratif est un « terme susceptible de plusieurs acceptions, toutes fondées sur l'idée de litige¹ ». En ce sens, il peut signifier soit l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement des juridictions administratives, soit l'ensemble des litiges dont la connaissance appartient aux juridictions administratives². On distingue plusieurs sortes de contentieux : en fonction du pouvoir du juge, nous avons le contentieux de l'annulation, le contentieux de pleine juridiction, le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression³. Et en fonction du critère de la nature de la situation juridique contentieuse déferée au juge, on distingue le contentieux objectif, d'une part, et, d'autre part, le contentieux subjectif⁴.

Revenant au contrôle de la légalité, il y a lieu de dire que celui-ci est dicté par la notion d'État de droit. Le contrôle est le seul moyen susceptible d'assurer pleinement l'État de droit⁵. Il existe plusieurs sortes de contrôle.

¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, (dir.), *Lexiques des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, 2010, Paris, p. 187.

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ Les détails sur toutes ces notions ne nous intéressent pas directement ici. Nous nous contenterons donc de renvoyer le lecteur aux sources pouvant lui permettre de s'en abreuver davantage.

⁵ Nous y reviendrons plus loin.

En fonction de l'étendue du pouvoir du juge administratif, et donc selon les degrés, on distingue de façon classique trois sortes de contrôle : le contrôle normal, le contrôle maximum, et le contrôle restreint⁶.

Le *contrôle* est dit *normal* lorsque sont contrôlés les moyens de légalité externe⁷ et les moyens de légalité interne⁸. À titre d'exemple, nous pouvons donner : la suppression ou le démantèlement d'une université par l'État, est possible ; dans le cas pareil, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal⁹.

Le contrôle peut parfois être plus étendu. On l'appelle *contrôle maximum*. La différence entre ce dernier et le contrôle normal est le glissement insensible qui s'effectue du contrôle de la qualification juridique des faits vers ce qu'on nomme le contrôle du « bilan cout-avantage¹⁰ ». Ce contrôle est plus proche du contrôle d'opportunité par lequel le juge vérifie totalement le processus décisionnel qui a conduit à l'édition de la décision attaquée¹¹.

Le contrôle peut être enfin plus restreint dans l'hypothèse où la décision dont il s'agit d'apprécier la légalité a été prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, le juge contrôle normalement les éléments de légalité externe. Quant à la légalité interne, le contrôle du juge n'est réduit que pour ce qui concerne l'erreur de fait.

En effet, le juge ne contrôle pas la qualification juridique des faits, sauf erreur manifeste d'appréciation¹². Dans certains cas, le juge n'exerce qu'un contrôle restreint pour ne pas méconnaître le principe de séparation de l'administrateur et du juge¹³, ou carrément le principe de la séparation des pouvoirs s'il faut emprunter le langage constitutionnaliste. Enfin, c'est en raison du caractère technique de la matière que le juge se borne à exercer un

⁶ C. GUETTIER, *Droit administratif*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 2009, p. 114.

⁷ Incompétence, vice de forme et de procédure.

⁸ Détournement de pouvoir, violation de la loi avec le contrôle de l'erreur de droit, de la matérialité des faits et de leur qualification juridique.

⁹ CE (français), 2 avr. 1997, Université de Lille II, D. adm. 1997, n° 241.

¹⁰ Méthode de contrôle de la légalité d'un acte administratif élaborée par la juridiction administrative à propos du contentieux de la légalité des déclarations d'utilité publique, et qu'elle a étendue à d'autres domaines, selon laquelle cette utilité est absente lorsque la comparaison des inconvénients et des avantages de l'opération projetée lui fait apparaître que les premiers seraient excessifs par rapport aux seconds. GUILLIEN R., et VINCENT J., (dir.), *op.cit.*, p. 91.

¹¹ C. GUETTIER, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 114.

¹² Lorsque le juge ne contrôle pas cette erreur, il s'en tient à un contrôle minimum, comme à propos de l'appréciation des jurys d'examen et de concours sur la valeur des candidats ; C. GUETTIER, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 114.

¹³ C. GUETTIER., *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 115.

contrôle restreint, estimant que, soit s'en remettre à des experts, soit entériner purement et simplement la décision de l'Administration¹⁴.

Néanmoins, en dépit de la stratification du contrôle de la légalité, une catégorie d'actes y échappent (ou y échappent encore). Ce sont les fameux actes de gouvernement, aux cotés desquels certains placent les actes politiques, qui ne cessent de multiplier des controverses et des discussions en doctrine comme en jurisprudence.

La présente réflexion vient répondre à une série des questions importantes autour des notions d'actes de gouvernement et d'actes politiques. Il en est ainsi de l'origine et de la qualification des actes dits des gouvernements et d'actes politiques, leur place ainsi que leur contribution à l'État de droit. En plus, techniquement et fondamentalement, existe-il une différence entre actes de gouvernement et actes politiques ? Du point de vue juridique, quel serait l'intérêt de la distinction de ces deux notions ? Existerait-il des incidences majeures ?

Le contrôle de la légalité administrative que véhicule l'État de droit est-il absolu ? En d'autres termes, est-il possible, et judicieux de soumettre tous les actes de l'Administration (*sensu latu*) au contrôle du juge ?

Les réponses aux différentes questions précédemment soulevées se dégagent à travers l'étude de l'origine et de l'identification des actes de gouvernement et ceux politiques (I) dont l'analyse révèle une série de leurs controverses lesquelles obscurcissent l'avenir desdits actes qu'il faille définir (II).

I. ORIGINES ET IDENTIFICATION DES ACTES DE GOUVERNEMENT ET DES ACTES POLITIQUES

L'expression « actes de gouvernement » ou « actes politiques » n'est pas l'invention congolaise. Elle est usitée avant même l'existence d'un droit typiquement congolais qui, on s'en doute bien, est fondamentalement inspiré des autres sciences juridiques. Pour ces raisons, il convient de partir des origines des actes de gouvernement ou politiques (A) avant de procéder à leur identification (B).

A. Les origines de la notion d'acte de gouvernement

Établis par les personnes exerçant les fonctions au sein du gouvernement et donc du pouvoir exécutif, les actes de gouvernement sont teintés de l'odeur politique en telle enseigne que leurs auteurs ont mis les verrous quant à leur soumission au juge qui incarne le pouvoir judiciaire indépendant. Ces actes existent depuis belles lurettes et remontent du déluge.

¹⁴ C. GUETTIER., *Droit administratif, op.cit.*, p. 115.

Pour s'en convaincre, nous allons remonter aux origines françaises et belges (1) des actes de gouvernement pour aborder la question en droit congolais (2).

1. En droits français et belge

Fruits d'une politique jurisprudentielle ancienne, ont été initialement désignés comme actes de gouvernement en droit français, tous les actes émanant du pouvoir exécutif qui échappaient au contrôle du Conseil d'État, celui-ci estimant opportun de ne pas les examiner en raison des « mobiles politiques¹⁵ » qui les inspiraient. En effet, de tels actes ne pouvaient pas être considérés comme des actes de nature administrative au sens strict¹⁶. Cette situation justifiait alors l'incompétence totale du juge administratif à leur égard.

Une loi du 24 mai 1872 sembla même donner un fondement à cette théorie en permettant aux ministres de revendiquer devant le Tribunal des conflits « les affaires portées devant le Conseil d'État au contentieux et qui n'appartiennent pas au contentieux administratif ». En pratique, à défaut d'un contrôle opéré par les juridictions administratives que judiciaires, ces actes restaient soumis au contrôle politique exercé par le Parlement sur l'activité gouvernementale¹⁷.

Bref, en droit français, la théorie des actes de gouvernement a essentiellement une origine juridictionnelle. Et ce, en dépit de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 précitée qui dispose : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiennent pas aux tribunaux ». En pratique, indique Jean-Marie Mboko, les ministres s'abstiennent d'user de ce droit¹⁸. De la sorte, on peut être autorisé à dire « la portée de ce texte qui ne s'est jamais appliqué, est incertaine. Il n'est pas sûr que les affaires n'appartenant pas au contentieux administratif qu'il vise désignent les actes de gouvernement¹⁹ ».

De même, il se constate que ces actes n'échappent pas à tout contrôle parce qu'il est simplement permis aux ministres de choisir le juge de leur compétence, le juge du Tribunal des conflits.

En droit belge, historiquement, la théorie de l'immunité de la puissance publique rendait inutile la notion d'actes de gouvernement. Le pouvoir judiciaire étant incompétent pour censurer directement les actes des autorités, quels qu'ils fussent, il était superflu d'introduire une théorie visant à soustraire

¹⁵ CE, 9 mai 1867, Duc D'Aumale, Leb., p. 472.

¹⁶ C. GUETTIER, *Droit administratif, op.cit.*, p.21.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implication de réalisation en République démocratique du Congo*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit, Université de Kinshasa, année académique 2010-2011, p. 538.

¹⁹ J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 21^e éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 338.

au contrôle des tribunaux certains de ces actes seulement²⁰. Il fallait attendre l'arrêt Frandria du 5 novembre 1920 pour voir la Cour de cassation rejeter la thèse de l'immunité de la puissance publique. La question s'est alors posée de savoir si la responsabilité de la puissance publique pouvait s'étendre à certains actes mettant en jeu les intérêts fondamentaux de l'Etat²¹. C'est seulement au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946 instituant un Conseil d'Etat que la question d'actes de gouvernement fut abordée²².

Ces dernières années, le contentieux administratif belge a été marqué par d'importantes mutations. L'une des plus visibles est sans conteste la loi du 15 septembre 2006, réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Étrangers, publiée au *Moniteur belge* du 6 octobre 2006.

À côté des modifications apportées aux lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, l'abondante jurisprudence de la juridiction administrative a apporté toute une série de développements et de précisions utiles dont il convient également de faire état. Étudier les contours du critère organique de l'autorité administrative conduit inévitablement à se demander si certains actes adoptés par ces autorités ne resteraient pas malgré tout en dehors de la compétence d'annulation du Conseil d'État en raison de leur caractère hautement politique.

Ainsi, Luc DONNAY²³ s'interroge : « existe-t-il, en droit belge, des actes qui, en dépit du fait qu'ils ont été pris par des autorités administratives, demeurent à l'abri du contrôle de la juridiction administrative à cause de leur nature juridique particulière²⁴? ».

Rappelons qu'en droit belge, doctrine et jurisprudence rechignent à reconnaître l'existence de ce que l'on a coutume d'appeler « les actes de gouvernement ». Cette problématique a fait l'objet des développements récents lorsque le Conseil d'Etat a dû déterminer la nature juridique de la motion de méfiance constructive que le législateur wallon avait décidé d'introduire dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Pendant, contrairement aux droits belge et français où les actes de gouvernement résultaient de la jurisprudence, le droit congolais dont l'examen s'avère indispensable, demeure particulier.

²⁰ J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t.1, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 226.

²¹ Les traités et accords internationaux, les opérations militaires, les rapports du Gouvernement avec les chambres etc.

²² J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Etat de droit constitutionnel...*, op.cit., p. 544.

²³ Maître de conférences à l'ULG et Auditeur adjoint au Conseil d'Etat.

²⁴ L. DONNAY, « Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat : évolutions législatives et jurisprudentielles récentes », *Contentieux administratif* de P. LEWALLE et L. DONNAY, (coll.), 3^{ème} édition, publié chez Larcier en 2008, p.1.

2. *En droit congolais*

En République Démocratique du Congo, différemment des droits belge et français, la notion d'acte de gouvernement tire ses racines d'un texte législatif. L'article 88, alinéa 2, de l'Ordonnance-loi n°69-2 du 8 janvier 1969 relative à la procédure devant la CSJ, « *La cour (en sa section administrative) apprécie souverainement quels sont les actes du Gouvernement qui échappent à son contrôle* ». Ce texte ne parle pas des actes de gouvernement mais « *des actes du gouvernement* ». Ceux-ci sont bien plus larges que ceux-là. En effet, tous les actes du Gouvernement ne sont pas des actes de Gouvernement. Les premiers sont tous les actes émanant du gouvernement ou pris par lui. Les seconds sont une partie des actes pris par le Gouvernement et soumis à un régime particulier.

Dans le même sens, l'article 87, alinéa 2, de l'ordonnance n° 82-017 du 31 mars 1982 dispose ce qui suit : « *La Cour apprécie souverainement quels sont les actes du Conseil exécutif qui échappent à son contrôle* ».

La formulation de cette disposition provoque quelques inquiétudes. C'est dans cette perspective que Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA estime qu'en raison de ce large pouvoir d'appréciation accordé à la Haute juridiction administrative congolaise, il y a lieu de craindre des cas de déni de justice, qui la conduirait à refuser de statuer sur des recours pour excès de pouvoir, instrument privilégié de la censure des actes irréguliers du pouvoir exécutif et de son Administration, qui seraient introduits par des particuliers pour obtenir protection de leurs droits subjectifs²⁵. Ce pouvoir souverain d'appréciation ne doit pas conduire à l'arbitraire pour la défense d'un régime au pouvoir. Dans ces conditions, poursuit-il, le rempart contre l'arbitraire verserait dans l'arbitraire le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux deviendrait lui-même fossoyeur²⁶.

La Haute juridiction administrative congolaise donne quelques cas jurisprudentiels d'actes de gouvernement.

Dans l'arrêt R.A. 320 du 21 août 1996, la Cour Suprême de Justice a eu à considérer que les ordonnances présidentielles n°94/039 du 16 juin 1994 et n°94/042 du 6 juillet 1994 portant respectivement investiture d'un Premier Ministre et nomination des membres de son Gouvernement sont des actes de gouvernement.

En effet, « *elle constate que les ordonnances mises en cause ont été prises par le Président de la République en exécution des actes et procédures accomplis par le Haut Conseil de la République-Parlement de Transition et à ce titre, sont destinées, en l'espèce, à doter le pays d'un Gouvernement. La Cour les considère donc comme actes*

²⁵ J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Etat de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 546.

²⁶ *Idem*, pp. 546-547.

de gouvernement à caractère politique, essentiels pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics²⁷...».

Le raisonnement de la Haute juridiction administrative repose sur deux arguments :

D'un côté, l'argument selon lequel les ordonnances portant investitures du Premier ministre et nomination des membres de son Gouvernement sont des actes du Président de la République à caractère politique, car elles sont destinées à doter le pays d'un Gouvernement, c'est-à-dire elles sont essentielles pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics²⁸.

De l'autre côté, les Ordonnances présidentielles mises en cause sont intimement liées ou inséparables des actes d'assemblée accomplis par le Haut Conseil de la République-Parlement de Transition dans la mesure où le contrôle de la régularité desdites ordonnances impliquerait le contrôle préalable de la régularité des actes d'assemblées intervenus en amont pour la désignation, la présentation et l'investiture d'un premier ministre.

D'autres décisions de la Haute juridiction administrative congolaise ont mis en vedette la notion d'acte de gouvernement : R.A. 459, 26 septembre 2001, NTENDA Didi et consorts c. République Démocratique du Congo ; R.C. 2407, 8 février 2002, Hamidou Soumare c. KAKULE KAHINDO et République du Congo.

Toutefois, il sied de rappeler qu'avec la promulgation le 18 février 2006 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, les compétences²⁹ initialement dévolues à la section administrative de la Cour Suprême de Justice, du reste compétente pour examiner en annulation ou en réformation les actes administratifs des autorités centrales, reviennent au Conseil d'Etat³⁰ et ce, conformément aux dispositions de l'article 223 de la Constitution. Il revient à dire qu'actuellement, le contentieux des actes de gouvernement peut être exercé par la Cour constitutionnelle lorsque lesdits actes sont contraires à la Constitution, ou par le Conseil d'Etat lorsqu'ils violent les droits fondamentaux.

²⁷ CSJ, arrêt R.A 320, 21 août 1996, B.A. CSJ, 2003, p. 161.

²⁸J.M. MBOKO DJ'ADIMA, *Etat de droit démocratique...*, *op.cit.*, p. 548.

²⁹ Voy. Le Titre III de l'Ordonnance -Loi n° 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour Suprême de Justice.

³⁰ Articles 85 à 93 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, in *JORDC*, 57^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 18 octobre 2016.

B. L'identification de l'acte de gouvernement

La précision du langage est une exigence fondamentale de toute discipline scientifique. Ceci est particulièrement vrai pour le droit³¹. S'il est vrai que la définition des concepts de la thématique de l'étude est indispensable dans une recherche scientifique, cette exigence l'est d'avantage dans le domaine juridique comme ont eu à l'expliquer plusieurs auteurs. Sofiène Bouiffor et David K. Nanopioulos affirment que dans toute dissertation juridique, une fois l'étape du choix du sujet franchie, il est indispensable que le récipiendaire puisse définir les concepts qu'il entend utiliser dans la dissertation ; car « rechercher la définition de tous les termes qui composent le sujet ainsi que celle de leur corrélation ou l'expression qui résulte de la réunion de l'ensemble de ces mots », c'est une garantie « pour éviter d'être hors sujet³² ».

Par ailleurs, c'est une exigence d'honnêteté intellectuelle et de réel pragmatisme, renchérit Philippe Barbaud, pour qui cette démarche permet d'éviter même le risque de survenance de « litiges linguistiques³³ ». Tout juriste le sait, rappelle de surcroit Yves Tanguy, que le problème de la maîtrise des concepts en droit est une exigence incontournable ; c'est une question de culture juridique et c'est même une attitude intellectuelle permettant la communicabilité du sujet : « non seulement il détermine les axes que le chercheur doit emprunter, mais au-delà il définit l'objet de la recherche elle-même (...) »³⁴. Mais l'entreprise n'est pas toujours facile à construire tant la définition de certains concepts pose problème.

Dans le cas sous examen, si le régime juridique de l'acte de gouvernement peut être caractérisé par l'immunité juridictionnelle totale dont il bénéficie, en revanche le problème de sa définition, constate Christoph GUETTIER, reste entier³⁵.

³¹ Lire A. MBATA MANGU, *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique*, op.cit., p.31 et s. ; R.C. CHANDLER, R.D. ENSLEN et P.G. RENSTROM ; *The constitutional law dictionary*, vol. 1, Individual Rights, cités par A. MBATA MANGU.

³² S. BOUIFFOR, et D.K. NANOPOULOS, *Droit Constitutionnel. Méthodologie*, Paris, Vuibert, 2006, pp. 9 et SS, cités par P-G. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Le contrôle de constitutionnalité en république Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en science juridique, Université catholique de Louvain, 2008, p. 1.

³³ Ph. BARBAUD, « Les mots en cause ou la sémantique dans le jugement des cours », in *Langue et droit*, Actes du premier Congrès de l'institut international de droit linguistique comparé, 27-28 avril 1989, pp. 551-568, cité par P-G. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Le contrôle de constitutionnalité...op.cit.*, p. 1.

³⁴ Y. TANGUY, *La recherche documentaire en droit*, Paris, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 1991, p. 145, n°99, cité par P-G. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Le contrôle de constitutionnalité...op.cit.*, p. 1.

³⁵ C. GUETTIER, op.cit., p. 20.

En France où elle est née, la théorie de l'acte de gouvernement est identifiée par le Conseil d'État par le recours à un critère empirique. Le Conseil d'État n'hésite pas à préférer à l'expression consacrée des périphrases variées. Partant du principe que certaines autorités administratives exercent aussi d'importantes responsabilités politiques dans l'ordre interne comme dans l'ordre international (Président de la République, Premier ministre, ministres), le Conseil d'État considère que les actes « mixtes » qu'elles édictent doivent demeurer soustraits à son contrôle en raison de cette nature qui n'est pas à proprement administrative³⁶.

Bien que la question de leur origine soit abordée, il demeure cependant impérieux de connaître la signification de la catégorie des actes sous étude.

1. Le champ définitionnel de l'acte de gouvernement

D'après Gérard CORNU dans son *Vocabulaire juridique*, l'acte de gouvernement est cette « dénomination appliquée à un certain nombre d'actes émanant des autorités exécutives et dont la caractéristique commune est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue (de tels actes ne sont susceptibles d'être déférés au Conseil d'État par voie contentieuse) »³⁷.

D'abord, justifiée par la théorie de mobile politique, la catégorie des actes de gouvernement a été ultérieurement réduite, faute d'un critère spécifique, à une simple énumération dont le contenu n'a cessé de se restreindre ; cette restriction a permis de reconnaître dans les actes de gouvernement sinon l'expression d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative, du moins des actes qui, intéressant les relations extérieures, mettent en cause, dans le cadre du droit international, les rapports du pouvoir exécutif avec les puissances étrangères ou les organisations internationales³⁸.

Selon le lexique des termes juridiques, l'acte de gouvernement est une « qualification à prétention explicative donnée à certains actes émanant d'autorité de l'État, dont les juridictions tant administratives que judiciaires se refusent à connaître et qui, en général, soit concernent les relations du Gouvernement et du Parlement, soit mettent directement en cause l'appréciation de la conduite des relations internationales par l'État. Exemple : décision d'engager les forces militaires françaises dans une opération de maintien de la paix, nomination par le Président de la République d'un membre du Conseil constitutionnel »³⁹.

³⁶ CE, 28 mars 1947, Gombert, S. 1947, III, 89.

³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., P.U.F., Paris, 2014, p.21.

³⁸ *Idem*.

³⁹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, (dir.), *op.cit.*, p. 15.

Ces différentes définitions ne couvrent peut être pas tous le champ d'application de l'acte administratif et n'éluide pas totalement les problèmes de sa définition mais elles permettent de relever ses illustrations.

2. Illustrations de l'acte de Gouvernement

Le sens donné aux actes de gouvernement permet de comprendre que ceux-ci s'illustrent dans l'ordre interne et dans l'ordre international.

a. Dans l'ordre interne

La doctrine n'ayant pu trouver un critère d'identification des actes de gouvernement, c'est la jurisprudence qui renseigne sur ce qu'ils sont. C'est effectivement au juge que l'on doit la liste de ces actes ainsi que leur réduction au cours du 20^{ième} siècle.

Une analyse systématique permet de se rendre compte que les actes de gouvernement apparaissent dans la jurisprudence lorsque sont en cause des actes du pouvoir exécutif dans ses relations avec le Parlement. En droit français par exemple, on peut relever quelques cas de figure : refus du Premier Ministre de déposer un projet de loi⁴⁰. Décret soumettant un projet de loi au référendum ; décret de dissolution de l'Assemblée nationale⁴¹.

On peut y ajouter les actes intéressant les rapports d'ordre constitutionnel tels que le Président de la République et le Gouvernement⁴², cessation de fonctions de ministres ; initiations d'ordre constitutionnel en matière de révision de la Constitution, etc.⁴³

S'agissant du référendum, il faut dire l'attitude du Conseil d'Etat a subi des inflexions, une distinction devant être faite selon qu'il s'agit d'un référendum national ou d'un référendum local.

Pour ce qui est des *référendums nationaux*, la régularité des opérations elles-mêmes est contrôlée par le Conseil constitutionnel. Les opérations préalables, une fois le référendum décidé, demeurent des actes administratifs. À ce titre, elles relèvent normalement du juge administratif⁴⁴.

Élargissant la catégorie aux rapports avec d'autres pouvoirs publics constitutionnels que les précédents, le Conseil d'État a jugé que la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le Président de la République constitue également un acte de Gouvernement⁴⁵.

⁴⁰ CE, 29 nov. 1968, Tallagrand, RDP 1969, p. 686, (note M. Wline).

⁴¹ CE, 20 févr. 1989, Allain, RFDA 1989, p. 868.

⁴² CE, 16 sept. 2005, Hoffer, Leb., Tables, p. 792.

⁴³ C. GUETTIER, *op.cit.*, p. 21.

⁴⁴ CE, Ass. 19 oct. 1962, *Brocas*, Lebon 553, S. 1962.307, D. 1962.701 et RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard, AJ 1962.612, chr. de Laubadère.

⁴⁵ CE, 9 avr. 1999, Mme Ba, RFDA 1999, p. 566.

b. Dans l'ordre international

On trouve aussi les actes de gouvernement dans les relations entre le gouvernement et les Etats étrangers ou les organisations internationales. Dans ce cas, le juge administratif se déclare généralement incompétent car il estime qu'en tant que juge de droit interne il n'a pas à apprécier l'action diplomatique du pouvoir exécutif⁴⁶. Rentrent dans cet ordre, les exemples suivants : acte se rattachant à la négociation d'un traité ; décision relative à un recours devant une juridiction internationale ; position du gouvernement à l'occasion d'un vote dans un organisme international, autorisation donnée à un gouvernement d'ouvrir une ambassade⁴⁷.

C'est en France que cette dimension de la théorie semble connaître des développements plus importants.

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

Constituent des actes de gouvernement, l'ensemble des actes se rattachant directement aux rapports internationaux de la France : protection des personnes et des biens français à l'étranger⁴⁸. Parmi les actes échappant à ce titre, au contrôle juridictionnel, une mention spéciale doit être faite des traités

⁴⁶ GUETTIER C., *op.cit.*, p.22.

⁴⁷ *Idem*, p. 22-23.

⁴⁸ CE 2 mars 1966, *Dame Cramencel*, Lebon 157 ; AJ 1966.349, chr. Puissochet et Lecat ; RGDIP 1966.791, note C. Rousseau ; - Sect. 28 juin 1967, *Société des transports en commun de la région d'Hanoi*, Lebon 279 ; JCP 1968.II.15.393, note Ruzié) ; refus de soumettre un litige à la Cour internationale de justice (CE 9 juin 1952, *Gény*, Lebon 19) ; mesure destinée à soustraire des biens à l'emprise ennemie pendant la guerre (Sect. 12 nov. 1949, *Sohr*, Lebon 473) ; ordre de brouiller les émissions d'un poste étranger, (TC 2 févr. 1950, *Radiodiffusion française*, Lebon 652 ; S. 1950.3.73, concl. R. Odent ; RD publ. 1950.418, concl. R. Odent, note M. Waline ; JCP 1950.II.5542, note Rivero) ; création d'une zone de sécurité dans les eaux internationales pendant des essais nucléaires (CE Ass. 11 juil. 1975, *Paris de Bollardièrre*, Lebon 423 ; AJ 1975.455, chr. Franc et Boyon ; JDI 1976.126, note Ruzié) ; décision de reprise des essais nucléaires dans un contexte lié à la discussion d'un engagement international qui interdirait de tels essais (CE Ass. 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, RD publ. 1996.256, concl. Sanson ; AJ 1995.684, chr. Stahl et Chauvaux ; JCP 1996.II.22.582, note Moreau ; RFDA 1996.383, note Ruzié ; RD publ. 1996.1162, note Sabète) ; décision d'engager des forces militaires en Yougoslavie en liaison avec les événements du Kosovo (CE 5 juill. 2000, *Mégret et Mekhantar*, Lebon 291 ; AJ 2001.95, note Gounin) ; décision d'autoriser les avions militaires américains et britanniques accomplissant des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français (CE 30 déc. 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, Lebon 707 ; DA avril 2004, p. 27, note Lombard ; RGDIP 2004.543, note Poirat ; RTDH 2005.855, comm. Raux).

et accords internationaux. Le juge administratif refuse, en effet, de connaître de la légalité des conditions de signature de ces accords⁴⁹.

Une solution identique vaut pour les actes d'exécution des traités qui sont indissociables des rapports internationaux ou considérés comme tels : vote du ministre français au Conseil des Communautés européennes⁵⁰.

La théorie de l'acte de gouvernement connaît cependant une double limite. D'une part, les traités internationaux constituent depuis 1946, en application de la Constitution, une source de la légalité nationale : les requérants sont donc fondés à invoquer leur violation par un acte administratif au même titre que la violation de la loi⁵¹. Limité pendant longtemps à la vérification de l'existence d'un acte de ratification ou d'approbation, le juge administratif est, par là-même, conduit à exercer un contrôle sur les modalités d'introduction du traité dans l'ordre juridique interne. De plus, par sa décision du 29 juin 1990, le Conseil d'Etat a estimé que le juge administratif avait en principe compétence pour interpréter lui-même un traité sans être astreint à un renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères comme l'exigeait sa jurisprudence antérieure⁵².

Pourtant, dès avant la Constitution de 1946, le juge administratif a accepté de connaître des mesures qu'il considère comme détachables des relations diplomatiques ou des conventions internationales, c'est-à-dire des mesures qui peuvent être appréciées indépendamment de leurs origines ou de leurs incidences internationales.

Ainsi qu'il apparaît, les actes de gouvernement ne font pas l'unanimité aussi bien au niveau de leur origine que dans leur signification. Pour ce faire, ils font usage des parents pauvres en ce qui concerne leur acception qui, du reste, demeure controversée au point que leur avenir est, sans doute, en jachère.

II. CONTROVERSE ET AVENIR DES ACTES DE GOUVERNEMENT

L'un des traits caractéristiques des actes de gouvernement sont les controverses qu'ils suscitent dans le contrôle de la légalité. Pour s'en convaincre, il sied de passer en revue les controverses des actes de gouvernement (A) avant de revenir sur leur avenir (B).

⁴⁹ CE Sect. 1^{er} juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Lebon 312 ; RJPUF 1951.584, note J.D.V.) ainsi que de la décision de ne pas procéder à la publication d'un traité (CE 4 nov. 1970, *de Malglaive*, Lebon 635).

⁵⁰ CE, Ass. 23 nov. 1984, *Association « Les Verts »*, Lebon 382 ; décision de suspendre l'exécution d'un traité.

⁵¹ CE Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Lebon 291 ; RD publ. 1952.781, concl. Letourneur, note M. Waline ; S. 1953.3.33, note Bouzat ; - Ass. 20 oct. 1989 *Nicolo*.

⁵² CE Ass. 3 juill. 1931, *Karl et Toto Samé*, Lebon 727 ; S. 1932.3.129, conc. Etori, note C. Rousseau.

A. Les controverses autour des actes de Gouvernement

Normalement, tous les actes du pouvoir exécutif sont susceptibles d'un contrôle par le juge administratif. Mais les actes dits de gouvernement bénéficient d'un régime d'immunité juridictionnelle⁵³. Cette immunité signifie qu'ils ne peuvent être soumis au contrôle du juge, ni dans le cadre du contentieux de la légalité, ni dans celui de la responsabilité. Ceci constitue souvent la pomme de discorde en doctrine et dans la jurisprudence.

1. La contestation de la doctrine et de la jurisprudence

Les controverses autour de la notion d'actes de gouvernement existent au niveau de la doctrine mais, elles touchent aussi la jurisprudence. Ainsi en France, alors que le Conseil d'État estimait que le décret par lequel le Président de la République décide de soumettre un projet de loi au référendum a le caractère d'un acte de gouvernement⁵⁴, le Conseil constitutionnel a admis sa compétence pour en connaître⁵⁵. De même, ainsi, après que le Conseil d'État eut estimé le 3 juin 1981 (*cf. Delmas précité*) ne pas devoir statuer sur la légalité du décret de convocation du corps électoral pour l'élection des députés, le Conseil constitutionnel reconnu sa compétence pour apprécier la régularité de cet acte⁵⁶.

Certains auteurs se demandent si la théorie de l'acte de gouvernement correspond pleinement au droit positif. Les arrêts, sauf de rares exceptions⁵⁷, n'emploient pas les termes d'« acte de gouvernement ». Le juge s'en tient à des périphrases qui ne font pas apparaître cette expression. Sur une longue période, la notion d'acte de gouvernement apparaît comme en régression. Une partie de la doctrine estime même que le refus du juge administratif de connaître des actes dits de gouvernement s'explique par le jeu normal des règles de compétence : selon les explications avancées, il s'agirait d'« actes mixtes » qui n'émanent pas exclusivement des autorités françaises, d'actes relevant de la fonction gouvernementale comme opposée à la fonction administrative, d'actes ressortissant au droit international ou d'actes participant à la fonction législative. Ces diverses approches ont le mérite de

⁵³ P-H. CHALVIDAN, « Doctrine et acte de gouvernement », AJDA 1982, p. 4.

⁵⁴ CE, Ass. 19 oct. 1962.

⁵⁵ CC 25 juill. 2000, *Hauchemaille*, Lebon 117 ; LPA 2 août 2000, obs. Schoettl ; RD publ. 2001.3, obs. Camby.

⁵⁶ CC 11 juin 1981, *Delmas*, Lebon 97 ; AJ 1981.357, note Goyard et 481, note Feffer ; RD publ. 1981.1347, note Favoreu ; JCP 1982.II.1975, note Franck ; D. 1981.589, note F. Luchaire ; RA 1981.272, note Rials et 489, note de Villiers ; Gaz. Pal. 1981.2.709, note Turpin). De même, le juge constitutionnel apprécie la régularité du décret par lequel le président de la République demande une nouvelle délibération d'une loi (CC n° 85-197 DC du 23 août 1985, Lebon 70 ; AJ 1985.607, note L. Hamon ; D. 1986.45, note F. Luchaire ; RA 1986.395, note Etien

⁵⁷ TC 24 juin 1954, *Barbaran*, Lebon 712 ; - CE As. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*.

cantonner une notion qui, en raison de l'immunité juridictionnelle qui lui est attachée, contraste avec le développement général de l'Etat de droit.

C'est en droit belge que la notion d'Acte de gouvernement a essuyé les plus fortes contestations. En ce sens, P. LEWALE écrit ce qui suit : « *Nous ne voyons pas, quant à nous (belges), ce que notre système juridique aurait à gagner à faire place à une telle notion. S'il s'agit de justifier l'incompétence du Conseil d'Etat à l'égard d'actes relevant du pouvoir législatif, le critère organique et le critère fonctionnel de l'autorité administrative y suffisent amplement. C'est à tort que l'on chercherait des applications de l'acte de gouvernement dans les décisions relevant organiquement du pouvoir législatif*⁵⁸».

En droit congolais, la question peut se poser autrement en fonction des dispositions de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution en vigueur : « *Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire* ». Existe-t-il, ou peut-il exister des actes juridiques couverts d'immunités juridictionnelles totales selon l'esprit de la théorie d'acte de Gouvernement ?

Dans l'attente d'une réponse de la nouvelle cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat, on peut considérer que cette disposition ne donne pas lieu à une place importante à cette théorie.

2. La contradiction de la notion par rapport à l'Etat de droit

La notion de contentieux n'est pas propre au droit administratif mais commune à toutes les branches du droit (droit pénal, droit civil...). Le terme correspond à la contestation ou encore au litige, c'est-à-dire à l'opposition de deux prétentions. Il signifie aussi règlement juridique de ce litige. Ainsi, une juridiction peut prendre des décisions qui ne relèvent pas du contentieux dans le sens où cette décision ne tranche pas un litige entre des parties (par exemple : lorsque le président d'une juridiction répartit les affaires entre les magistrats).

Le contentieux administratif est le règlement des litiges portant sur l'action administrative, c'est-à-dire, en principe, les actes des personnes publiques sauf ceux qui relèvent du droit privé ou les actes qui relèvent de la fonction politique et non administrative de sorte que le contentieux administratif ne se confond pas avec le contentieux impliquant l'administration.

Le contentieux de l'action administrative relève du juge administratif, ce qui renvoie largement à la détermination de ce juge et au procès qui se déroule devant lui.

⁵⁸ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Larcier, coll. de la faculté de droit de Liège, Bruxelles, 2002, p. 578.

B. L'évolution et l'avenir des actes de gouvernement

L'histoire permet de comprendre les institutions présentes en fonction des situations passées. De même, l'étude de l'évolution de l'acte de gouvernement nous donnera de la lumière sur son avenir.

1. De l'évolution de l'acte administratif

La théorie des actes de gouvernement date du XIX^{ème} siècle et a été refondue, modernisée dans un sens libéral par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 19 février 1875, *Prince Napoléon*⁵⁹.

En effet, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte avait été nommé Général de division en 1853 par Napoléon III, dont il était le cousin. L'Annuaire militaire, qui reparut pour la première fois, après la chute de l'Empire, en 1873, ne mentionna pas son nom sur la liste des généraux. Il demanda au ministre de la guerre s'il s'agissait là d'une inadvertance ou d'une omission volontaire. Le ministre lui répondit que son nom n'avait pu être porté sur l'Annuaire parce que sa nomination, irrégulière au regard des textes, « se rattache aux conditions particulières d'un régime politique aujourd'hui disparu et dont elle subit nécessairement la caducité ». C'est cette décision refusant de rétablir son nom sur la liste des généraux que le prince Napoléon déféra au Conseil d'Etat. Celui-ci considéra que, dans ces conditions, « le prince Napoléon-Joseph Bonaparte n'est pas fondé à se plaindre de ce que son nom a cessé d'être porté sur la liste de l'état-major général de l'armée ». La demande du prince fut donc rejetée.

En réalité, cette jurisprudence était fondée sur la théorie traditionnelle du mobile politique comme critère des actes de gouvernement, c'est-à-dire des actes échappant à tout contrôle contentieux. Pour ne prendre que deux exemples, le Conseil d'Etat rejeta, sous la Restauration, le recours du banquier

⁵⁹ Considère que pour demander l'annulation de la décision qui a refusé de rétablir son nom sur la liste des généraux de division publiée dans l'Annuaire militaire, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte se fonde sur ce que le grade de général de division que l'Empereur, agissant en vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852, lui avait conféré par le décret du 9 mars 1854, était un grade qui lui était garanti par l'art. 1^{er} de la loi du 19 mai 1834 ; Mais cons. que, si l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852 donnait à l'Empereur le droit de fixer les titres et la condition des membres de sa famille et de régler leurs devoirs et leurs obligations, cet article disposait en même temps que l'Empereur avait pleine autorité sur tous les membres de sa famille ; que les situations qui pouvaient être faites aux princes de la famille impériale en vertu de l'art. 6 du sénatus-consulte du 7 nov. 1852, étaient donc toujours subordonnées à la volonté de l'Empereur ; que, dès lors, la situation faite au prince Napoléon-Joseph Bonaparte par le décret du 9 mars 1854, ne constituait pas le grade dont la propriété définitive et irrévocable, ne pouvant être enlevée que dans des cas spécialement déterminés, est garantie par l'art. 1^{er} de la loi du 19 mai 1834, et qui donne à l'officier qui en est pourvu le droit de figurer sur la liste d'ancienneté publiée chaque année dans l'Annuaire militaire ; que, dans ces conditions, le prince Napoléon-Joseph Bonaparte n'est pas fondé à se plaindre de ce que son nom a cessé d'être porté sur la liste de l'état-major général de l'armée ;... (Rejet).

Laffitte qui demandait le paiement d'arrérages d'une rente que lui avait cédée la princesse Borghèse, membre de la famille Bonaparte, par le motif que « la réclamation du sieur Laffitte tient à une *question politique* dont la décision appartient exclusivement au gouvernement⁶⁰ ».

De même, sous le Second Empire, la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale et le refus de restituer les exemplaires saisis furent considérés comme « des *actes politiques* qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse »⁶¹. Ce n'est donc que de l'arrêt *Prince Napoléon* que date l'abandon de la théorie du mobile politique.

L'arrêt *Prince Napoléon* de 1875 est important parce qu'il consacre une réduction de la notion d'actes de gouvernement et donc, une extension des actes du pouvoir exécutif soumis au contrôle du juge⁶².

En effet, tout au long du XIX^{ème} siècle, il suffisait que le pouvoir exécutif, le chef de l'Etat ou le Gouvernement affirme qu'un acte avait été pris dans un but politique pour que cet acte soit qualifié d'acte de gouvernement et devienne insusceptible de contrôle. Ce critère du mobile politique permettait donc au pouvoir exécutif de définir les actes qui étaient susceptibles ou non d'un contrôle juridictionnel⁶³.

Cet arrêt marque ainsi une étape extrêmement importante dans l'extension du contrôle des actes administratifs par le Conseil d'Etat. Jusqu'alors, dans le cadre d'une justice administrative qui n'était encore que retenue, le Conseil d'Etat ne pouvait connaître d'un acte dès lors qu'il avait un caractère politique.

Désormais, le Conseil d'Etat qui exerce depuis la loi du 24 mai 1872 une justice déléguée, n'admet plus que la nature ou l'objet politique d'une décision la fasse échapper au contrôle contentieux.

Au contraire, le but politique sera bien souvent, par la suite, un motif d'annulation pour détournement de pouvoir ou erreur de droit, l'administration ne devant pas prendre ses décisions, en règle générale, en fonction de considérations de cette nature. C'est ainsi qu'en 1954, le commissaire du gouvernement Letourneur et le Conseil d'Etat devaient réaffirmer avec force qu'un candidat ne peut être exclu d'un concours donnant accès à la fonction publique en raison de ses opinions politiques⁶⁴.

⁶⁰ CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, Lebon 1821-1825.202.

⁶¹ CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, Lebon 472, concl. Aucoc ; S. 1867.2.124, concl. Aucoc, note Choppin.

⁶² FAVOREU L., « Pour en finir avec la théorie d'acte de gouvernement », in Mélanges Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 607.

⁶³ J. MOREAU, « Internationalisation du droit administratif et déclin de l'acte de gouvernement », in Mélanges Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 299.

⁶⁴ 28 mai 1954, *Barel*.

La limitation plus étroite du domaine des actes de gouvernement s'insère dans le cadre d'une politique jurisprudentielle qui, à la même époque et dans la période suivante, accrut la portée et l'efficacité du recours pour excès de pouvoir et de l'action contentieuse du Conseil d'Etat : admission du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation⁶⁵.

Cependant, l'arrêt *Prince Napoléon* n'a pas supprimé complètement les actes de gouvernement ; il s'est borné à en éliminer le critère ancien, excessivement large, tiré du mobile politique. À la vérité, ce critère n'a pas été remplacé depuis lors, de telle sorte que les actes de gouvernement ne peuvent faire, aujourd'hui, l'objet d'une définition générale et théorique, mais seulement, d'une liste établie d'après la jurisprudence⁶⁶.

Dès lors, en dépit de controverses relevés dans la présente étude, les actes de gouvernement disposent d'un avenir qu'il faille explorer.

2. De l'avenir de l'acte de gouvernement

Autrefois très large, le champ d'application des actes de gouvernement s'est considérablement réduit à la faveur du développement de l'idée de l'État de droit. En France, depuis sa décision de principe (*Prince Napoléon*), le Conseil d'État s'est efforcé d'en limiter progressivement la liste. Il est vrai qu'en présence d'actes inspirés par la raison d'État, le principe d'un contrôle juridictionnel apparaît encore plus nécessaire. L'acte de gouvernement est-il alors en déclin ? Rien n'est moins sûr, néanmoins, on assiste à un recul très sensible de l'acte de gouvernement.

En effet, dans l'ordre interne, les relations entre les pouvoirs publics se sont progressivement juridicisées et ont été affectées par un phénomène accru de juridictionnalisation des contentieux⁶⁷.

Ensuite, dans l'ordre international, le domaine de l'acte de gouvernement sous une double influence :

⁶⁵ CE 26 nov. 1875, *Pariset* ; abandon de la théorie du ministre-juge (CE 13 déc. 1889, *Cadot*) ; élargissement de la notion d'intérêt pour agir (CE 29 mars 1901, *Casanova**) ; admission du recours contre les règlements d'administration publique (CE 6 déc. 1907, *Chemins de fer de l'Est*) ; contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, de la qualification juridique des faits (CE 4 avr. 1914, *Gomel**) et de leur exactitude matérielle (CE 14 janv. 1916, *Camino*).

⁶⁶ Sur cette liste figuraient les actes accomplis par le chef de l'Etat dans l'exercice du droit de grâce (CE 30 juin 1893, *Gugel*, Lebon 544 ; S. 1895.3.41, note Hauriou) ; mais cette jurisprudence a été abandonnée par l'arrêt *Gombert* du 28 mars 1947 (Lebon 138 ; S. 1947.3.89, concl. Céliier ; RD publ. 1947.95, note M. Waline), qui écarte, certes, la compétence du Conseil d'Etat en la matière, mais en se fondant sur le caractère judiciaire de ces décisions, et non plus sur la théorie des actes de gouvernement. Une telle approche a été confirmée dans la période récente à propos des grâces collectives accordées par le président de la République à l'occasion du 14 juillet (CE 30 juin 2003, *Observatoire international des prisons-Section française*, Lebon 296).

⁶⁷ GUETTIER C., *op.cit.*, p. 23.

D'une part, en effet, l'action internationale de l'Etat étant encadrée par des conventions souvent précises et parfois contraignantes, il en résulte une limitation de la marge de manœuvre de l'action diplomatique du gouvernement⁶⁸.

D'autre part, le juge administratif recourt de plus en plus à la notion d'acte détachable⁶⁹. Si les actes ou comportement qui touchent au cœur des rapports entre États ou entre États et organisations internationales, sont des actes de gouvernement car ils ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales, en revanche, les autorités administratives jouissent d'une certaine autonomie dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales ; dans ce cas, l'acte en cause a une existence autonome dans l'ordre interne. Il s'agit alors d'un acte détachable des rapports internationaux, tournés vers l'ordre interne, qui pourra faire l'objet d'un contrôle juridictionnel sans que l'intervention du juge ne puisse troubler la liberté de manœuvre du gouvernement dans la conduite de sa politique extérieure⁷⁰.

Bref, malgré l'extension et l'approfondissement du contrôle juridictionnel⁷¹, les actes de gouvernement n'ont toujours pas complètement disparu⁷².

⁶⁸ GUETTIER C., *op.cit.*, p. 24.

⁶⁹ AUVRET-FINCK J., « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », RDP 1995, p. 131 ; CHARPENTIER E., « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », RFDA 2006, p. 661.

⁷⁰ CE, sec. 22 déc. 1978.

⁷¹ VENEZIA J.-C. « 2_Eloge de l'acte de gouvernement », in *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 723.

⁷² GUETTIER C., *op.cit.*, p. 20.

CONCLUSION

La nécessité d'un contrôle de l'Administration dans l'État moderne est une lapalissade. De même, et paradoxalement, il existe encore des actes qui échappent à tout contrôle des juges. On les appelle actes de gouvernement. Mais l'on n'oublie pas que certains classements donnent aussi les actes politiques.

La théorie des actes de gouvernement s'explique fondamentalement par le souci du juge administratif de ne s'immiscer ni dans les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, ni dans l'action diplomatique considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle de l'exécutif. Ainsi, se retrouvent, sous une forme nouvelle et dans des limites plus étroites, les considérations de caractère politique qui sont à l'origine, historiquement, de la notion « d'acte de gouvernement. Toutefois, force est de remarquer que la théorie des actes de gouvernement a une portée moindre désormais en raison, d'une part, de la théorie de l'acte détachable et, d'autre part, de la responsabilité sans faute de l'État. Ces deux infléchissements concernent les relations internationales.

Il résulte que tous les actes intéressant les relations internationales ne sont pas des actes de gouvernement ; certains en sont détachables parce qu'ils sont essentiellement tournés vers l'ordre interne. En conséquence, ils sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge, la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait d'un traité.

Aujourd'hui encore, les actes de Gouvernement existent toujours mais ils ne sont plus justifiés par leur finalité politique. Il n'y a plus de critère de l'acte de gouvernement et on ne peut faire mieux que d'établir une liste de ces actes. C'est le juge lui-même qui la détermine au cas par cas.

La notion d'acte de gouvernement est un mode d'autolimitation du juge administratif. Les actes de gouvernement, et pas du Gouvernement, sont l'expression du refus du juge d'empiéter sur les activités exclusivement politiques du pouvoir exécutif.

Les droits français, belge et congolais étudiés sur la question ont démontré que la théorie d'actes de gouvernement a connu des origines et des évolutions différentes dans chacun des pays. De même, ces actes ne bénéficient pas d'une même place dans le contrôle de la légalité administrative.

Le juge administratif français s'est montré très préoccupé par la question comme en atteste son abondante jurisprudence sur la matière.

Le droit belge, pour sa part, a montré une grande réticence à cette catégorie d'actes administratifs. C'est en ce même sens que, même la doctrine belge n'a pas ménagé ses critiques envers la théorie.

En droit congolais, compte tenu du droit en vigueur, on peut penser qu'avec le texte constitutionnel de 2006, la théorie d'actes de gouvernement est sérieusement remise en cause.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES OFFICIELS

- Constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in *JORDC*, 52^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 5 février 2011 ;
- Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, in *JORDC*, 57^{ème} année, numéro spécial, Kinshasa, 18 octobre 2016 ;
- Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, in *JORDC*, 54^{ème} année, n° spécial, Kinshasa, 18 octobre 2013 ;
- Ordonnance-loi n°82-018 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour Suprême de Justice, in *JORDC*, 23^{ème}année, Kinshasa, n°7 du 1^{er} avril 1982.

II. OUVRAGES, THÈSES ET ARTICLES

- AUVRET-FINCK, J. « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP* 1995.
- BARBAUD Ph., « Les mots en cause ou la sémantique dans le jugement des cours », in *Langue et droit, Actes du premier Congrès de l'institut international de droit linguistique comparé*, 27-28 avril 1989.
- BOTAKILE BATANGA N., *Du contentieux de la responsabilité devant le juge administratif congolais. Contribution pour une théorie de réforme*. Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, 2012.
- BURDEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1999.
- CHALVIDAN P.-H. « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA* 1982.
- CHAPUS R., « L'acte de gouvernement : monstre ou victime ? », *Dalloz* 1959, *Chronique*.
- CHARPENTIER E., « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 2014.
- FAVOREU L., « Pour en finir avec la théorie d'acte de gouvernement », in *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 607.
- GUETTIER C., « Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République », *RDP* 1998.
- GUETTIER C., *Droit administratif*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 2009.
- GUILLIEN R. et J. VINCENT, (dir.), *Lexiques des termes juridiques*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

- KAMUKUNY MUKINAY A., *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, 2007.
- LEWALLE P., *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, coll. de la faculté de droit de liège, 2002.
- MBOKO DJ'ADIMA J.-M., *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implication de réalisation en République démocratique du Congo*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit, Université de Kinshasa, année académique 2010-2011.
- MBOKO DJ'ADIMA J.-M., *Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire*, CADICEC-UNIAPEC/CONGO, Kinshasa, 2001.
- MBOKO DJ'ANDIMA J.-M., *Principes et usages applicables en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Kinshasa, CADICEC-UNIAPAC/CONGO, 2004.
- MOREAU J., « Internationalisation du droit administratif et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994.
- MPONGO BOKAKO E., *Institutions politiques et droit constitutionnel. Théories générales des institutions de l'Etat*, t.1, Kinshasa, E.U.A, 2001.
- NGONDA NKOY-ea-LOONGYA P-G., *Droit congolais de droits de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Coll. Bibliothèque de droit africain, 2007.
- NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA P-G., *Le contrôle de constitutionnalité en république Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en science juridique, Université catholique de Louvain, 2008.
- OMEONGA TONGOMO B., *Le contrôle juridictionnel de l'administration et l'Etat de droit en République Démocratique du Congo*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Kinshasa, 2012.
- RIVERO J. et WALINE J., *Droit administratif*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2006.
- SALMON J., *Le Conseil d'Etat*, t.1, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- Serrand P., *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, Thèse Paris 2, 1996.
- SHOMBA KINYAMBA S., *Méthodes de la recherche scientifique. Parcours et moyens d'y parvenir*, éd., M.E.S, Kinshasa, 2005.
- UVRET-FINCK J., « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », RDP 1995.
- VENEZIA J-C. « L'Eloge de l'acte de gouvernement », in *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002.

III. JURISPRUDENCE

- CC 11 juin 1981, *Delmas*, Lebon 97 ; AJ 1981.357, note Goyard et 481, note Feffer
- CC 25 juill. 2000, *Hauchemaille*, Lebon 117 ; LPA 2 août 2000, obs. Schoettl ; RD publ. 2001.3, obs. Camby.
- CE (français), 2 avr. 1997, Université de Lille II, D. adm. 1997, n°241.
- CE 2 mars 1966, *Dame Cramencel*, Lebon 157 ;¹ CE Sect. 1er juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Lebon 312 ; RJPUPF 1951.584, note J.D.V.) ainsi que de la décision de ne pas procéder à la publication d'un traité (CE 4 nov. 1970, *de Malglaive*, Lebon 635).
- CE Ass. 3 juill. 1931, *Karl et Toto Samé*, Lebon 727 ; S. 1932.3.129, conc. Ettori, note C. Rousseau.
- CE Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Lebon 291 ; RD publ. 1952.781, concl. Letourneur, note M. Waline ; S. 1953.3.33, note Bouzat ; - Ass. 20 oct. 1989 *Nicolo*.
- CE, 16 sept. 2005, *Hoffer*, Leb., Tables, p. 792.
- CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, Lebon 1821-1825.202.
- CE, 20 févr. 1989, *Allain*, RFDA 1989, p. 868.
- CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, RDP 1969, p. 686, (note M. Wline).
- CE, 9 avr. 1999, *Mme Ba*, RFDA 1999, p. 566.
- CE, 9 mai 1867, *Duc D'Aumale*, Leb., p. 472.
- CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, Lebon 472, concl. Aucoc ; S. 1867.2.124, concl. Aucoc, note Choppin.
- CE, Ass. 19 oct. 1962, *Brocas*, Lebon 553, S. 1962.307, D. 1962.701 et RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard, AJ 1962.612, chr. de Laubadère.
- CE, Ass. 23 nov. 1984, *Association « Les Verts »*, Lebon 382.
- CSJ, arrêt R.A 320, 21 août 1996, B.A. CSJ, 2003. DONNAY L., « Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat : évolutions législatives et jurisprudentielles récentes », in *Contentieux administratif* de P. LEWALLE, et L. DONNAY, (coll.), 3^{ème} éd., publ.
- TC 24 juin 1954, *Barbaran*, Lebon 712.
- CE As. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*.