

*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

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
PRÉFACE	9
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	21
INTRODUCTION	25
§ 1. <i>Le constat : la dichotomie indépassable du droit et du politique</i>	27
A. L'établissement d'une hiérarchie entre droit et politique	27
1. L'émergence d'une dissociation entre droit et politique à travers le constitutionnalisme moderne	27
2. De la dissociation à la hiérarchie du droit et du politique : le développement de l'État de droit et de la rule of law	28
3. L'autonomisation disciplinaire, conséquence de l'approche concurrentielle du droit et du politique	30
B. L'impossible définition du droit et du politique	32
1. La quête infructueuse d'une essence juridique distincte de l'essence politique	32
2. La politisation, synonyme d'indifférenciation fonctionnelle...	34
§ 2. <i>La démarche : une approche comparative de l'articulation du droit et du politique par le prisme du contentieux</i>	36
A. La doctrine des « questions politiques », traduction contentieuse de la dichotomie entre droit et politique	36
1. Une vision dichotomique nourrie par le juge	36
2. Une vision dichotomique renforcée par la doctrine	38
B. Les implications de la doctrine des « questions politiques » sur l'image apolitique du jugement	39
1. Le renforcement apparent de la distinction entre droit et politique à travers l'étude comparative	39
2. L'usage stratégique de la doctrine des « questions politiques » : Vers une démystification du jugement apolitique ?	42

PARTIE I
LA DOCTRINE DES « QUESTIONS POLITIQUES »,
ÉLÉMENT DE LA CONSTRUCTION
D'UNE IMAGE APOLITIQUE DU JUGEMENT

TITRE I : ORIGINES ET PERSISTANCE DE L'IMAGE APOLITIQUE DU JUGEMENT	45
Chapitre 1. Un processus juridictionnel spécifique, assise de l'image apolitique du jugement	49
Section 1. L'affirmation doctrinale de la nature contrainte du processus juridictionnel.....	49
§ 1. <i>Les contraintes argumentatives : des sources mobilisables limitées</i>	51
A. Le maintien de l'importance des sources écrites	52
1. Le réflexe textualiste des juges français	52
2. L'importance du formalisme dans la common law anglaise et américaine	52
B. L'invocation de principes d'une nature spécifique, seuls à même de fonder la légitimité de la décision juridictionnelle	54
1. Les « principes neutres » d'Herbert Wechsler	54
2. La distinction des « principes » et des « polices » chez Ronald Dworkin.....	56
§ 2. <i>Les contraintes institutionnelles</i>	57
A. Les contraintes internes à l'institution juridictionnelle	58
1. Les théories de la cohérence.....	58
2. La reconnaissance de la règle du précédent, manifestation concrète de l'exigence de cohérence	59
B. Les contraintes extérieures à l'institution juridictionnelle.....	63
1. Les contraintes exercées par les organes politiques	63
2. Les contraintes exercées par l'opinion publique	64
Section 2. La motivation des décisions, moment d'affirmation de l'office singulier du juge	65
§ 1. <i>Les motivations des juridictions françaises, étendard du formalisme</i> ...	66
A. Les techniques argumentatives au service d'une décision juridiquement encadrée	66
1. Des explications succinctes justifiées par l'existence de « sources » du droit	67
2. La création de principes jurisprudentiels masquée par l'invocation des « sources »	69
B. La doctrine française au soutien de l'image d'un juge juridiquement contraint	73
1. La confortation doctrinale de l'image apolitique du jugement	73

2. Une confortation de l'image apolitique du jugement guidée par des intérêts stratégiques	74
§ 2. <i>L'anti-formalisme revendiqué de la décision de common law</i>	76
A. La présentation antagoniste des justifications des décisions françaises et de common law	77
1. Le rejet du raisonnement formaliste	77
2. La fonction sociale et démocratique du jugement, source de transparence	80
B. L'affirmation du caractère hybride du mode de justification des décisions	82
Chapitre 2. Les implications de l'image apolitique du jugement	89
Section 1. La légitimation du contrôle juridictionnel	90
§ 1. <i>L'assimilation du droit et de la loi ou l'encadrement légal de l'Administration</i>	91
A. La concrétisation du légicentrisme français	91
1. La conception paradoxale de l'État de droit, héritée de la Révolution	92
2. La concrétisation de la primauté de la loi à travers l'État légal	93
B. Le judicial review comme conciliation entre rule of law et souveraineté du Parlement	96
1. L'apparente incompatibilité des principes de rule of law et de souveraineté du Parlement	96
2. La réconciliation de la souveraineté parlementaire et de la common law à travers la rule of law	100
§ 2. <i>L'assimilation du droit et de la Constitution ou l'encadrement juridictionnel de la loi</i>	102
A. L'affirmation précoce de la suprématie de la Constitution	103
B. L'affirmation progressive de la suprématie de la Constitution en France	106
C. Les tentatives d'encadrement de la loi en Angleterre	106
Section 2. La légitimation du système constitutionnel	111
§ 1. <i>La neutralité, socle de la légitimité du juge et de l'autorité de ses décisions</i>	111
A. L'application neutre de la règle de droit au service d'une finalité égalitariste du droit	112
1. Un juge neutre, garant de l'égalité devant la loi	112
2. La légitimation des décisions juridictionnelles par la garantie de l'égalité devant la loi	114
B. La neutralité du juge, garantie apparente de la séparation des pouvoirs	117
1. La neutralité du juge, conséquence de l'affirmation d'une hiérarchie des fonctions	118

2. La reconnaissance progressive d'un intérêt public en Angleterre	213
3. L'évolution du standing aux États-Unis : de la défense des droits privés à l'invocation d'un préjudice	215
B. La diversification des actes soumis au judicial review	217
1. La redéfinition de l'acte juridique à travers le droit souple ...	217
2. La soumission progressive du droit souple au contrôle juridictionnel	219
Section 2. La doctrine des « questions politiques » au service de la préservation de la démocratie formelle	222
§ 1. <i>Le renouvellement de la conception de l'État de droit</i>	223
A. La remise en cause apparente de l'idéal de soumission du politique au droit	224
1. L'idéal de l'État de droit : la soumission du politique au droit	224
2. La « question politique », exception explicite de la soumission du politique au droit	227
B. L'affirmation paradoxale de la suprématie du droit sur le politique	230
1. La distinction explicite du droit et du politique	231
a) « Dire le droit », mission du juge selon la Cour suprême des États-Unis	231
b) Juger les actes de la « fonction administrative » en France	234
c) Injusticiabilité de principe et injusticiabilité casuistique en Angleterre	237
2. L'hégémonie du droit et des juristes	238
a) Une frontière juridiquement établie entre droit et politique	238
b) La « question politique » au renfort de l'autonomie de la science juridique	240
§ 2. <i>La conciliation entre démocratie et contrôle juridictionnel</i>	242
A. L'incompatibilité inhérente entre démocratie et contrôle juridictionnel	242
1. La difficulté contre-majoritaire	242
2. La doctrine des « questions politiques » directement concernée par ces critiques	245
B. La limitation du contrôle juridictionnel au profit de la démocratie	247
1. La « question politique », manifestation de la séparation des pouvoirs	248
2. La « question politique » comme vertu passive	249

PARTIE II
LA DOCTRINE DES « QUESTIONS POLITIQUES »,
OUTIL D'APPRÉHENSION DU RÔLE DU JUGE
DANS LA DÉFINITION DU SYSTÈME CONSTITUTIONNEL

TITRE I : LA DÉMYSTIFICATION DU JUGEMENT APOLITIQUE	255
Chapitre 1. Le vacillement du fondement juridique de la doctrine des « questions politiques »	257
Section 1. L'affirmation du fondement juridique de la « question politique »	257
§ 1. <i>La théorie classique de la political question aux États-Unis</i>	259
A. Un terreau jurisprudentiel favorable à l'émergence de la théorie classique	259
1. L'affirmation initiale du fondement constitutionnel du judicial review	260
2. L'ancrage constitutionnel de la retenue juridictionnelle au XIX ^e siècle	262
B. L'affirmation du fondement constitutionnel de la political question doctrine	263
1. L'émergence tardive d'une rationalisation de la political question doctrine	263
2. La formulation de la théorie classique d'Herbert Wechsler	266
§ 2. <i>Le succès des théories juridiques de l'acte de gouvernement en France</i>	269
A. Les théories du fondement textuel	270
1. La consécration législative de l'acte de gouvernement et de l'acte parlementaire	271
2. Les fondements constitutionnels des actes de gouvernement et des actes parlementaires	272
a) <i>La théorie de la « lacune dans l'organisation juridictionnelle »</i>	272
b) <i>La théorie des « actes constitutionnels »</i>	273
B. Les théories fonctionnelles	277
1. L'acte de gouvernement, modalité d'exercice d'une fonction gouvernementale	277
a) <i>Les thèses fonctionnelles morcelées : les théories de la fonction diplomatique et de la fonction législative</i>	278
b) <i>La thèse fonctionnelle unitaire : la fonction gouvernementale</i>	280
2. L'acte parlementaire, modalité d'exercice d'une fonction non administrative	282

§ 3. <i>La transposition particulière de la théorie classique en Angleterre</i>	283
A. Le monopole traditionnel de l'explication juridique en Angleterre	284
1. La doctrine d' <i>ultra vires</i> , fondement constitutionnel au <i>judicial review</i>	285
2. Les tentatives d'adaptation de ce fondement constitutionnel face au développement du <i>judicial review</i>	286
a) <i>Les nouveaux défis posés à la théorie de l'ultra vires</i>	286
b) <i>Le renouvellement de la théorie de l'ultra vires</i>	287
B. La conception « primaire » de l'injusticiabilité, fondement d'une approche fonctionnelle	288
1. L'« injusticiabilité primaire » ou l'identification d'une nature injusticiable	288
2. L'émergence d'une « injusticiabilité primaire » dans la jurisprudence anglaise	289
Section 2. L'insuffisance du fondement juridique de la « question politique » ..	291
§ 1. <i>Le démenti jurisprudentiel des théories juridiques</i>	291
A. L'absence de confirmation jurisprudentielle des théories juridiques françaises	291
1. Le rattachement textuel mis à mal par la jurisprudence	291
2. L'absence de confirmation textuelle des théories fonctionnelles	293
B. L'obsolescence de la conception primaire de l'injusticiabilité	295
1. Une conception primaire de la non-justiciabilité, critiquable du point de vue de la <i>rule of law</i>	295
2. La négation de la conception « primaire » de l'injusticiabilité	296
C. La reconnaissance explicite de critères d'identification discrétionnaires de la <i>political question doctrine</i> par la Cour suprême	297
§ 2. <i>La reconnaissance de la marge d'appréciation du juge dans l'identification des « questions politiques »</i>	300
A. Les théories fonctionnelles, soutien implicite aux théories prudentielles	301
1. La fonction gouvernementale, théorie politique d'apparence juridique	301
a) <i>Le caractère hybride de la fonction gouvernementale</i>	301
b) <i>Les tentatives doctrinales de définition de la fonction gouvernementale</i>	302
2. L'approche fonctionnelle de la <i>political question doctrine</i>	304
B. Les théories prudentielles de la doctrine des « questions politiques »	306
1. La version prudentielle de la <i>political question doctrine</i> aux États-Unis	306
2. Les explications politiques de l'acte de gouvernement	308

3. Le déclin de la théorie de l'ultra vires, traduction d'une approche prudentielle en Angleterre	312
Chapitre 2. La théorie inopérante de l'acte politique	315
Section 1. L'affirmation discutable d'une théorie des <i>actes</i> politiques	316
§ 1. <i>Le droit comparé au soutien d'une approche essentialiste de l'acte politique</i>	316
A. L'émergence progressive d'une immunité matérielle en Angleterre	317
1. Une immunité initialement liée à la source du pouvoir	318
2. L'émergence d'une approche matérielle de principe	320
B. Une immunité fondée sur le principe de séparation des pouvoirs aux États-Unis	323
1. L'immunité des actes relatifs aux rapports entre organes constitutionnels fondée sur la répartition constitutionnelle des fonctions	323
2. L'immunité des actes relatifs à la conduite des relations internationales fondée sur l'expertise et l'unité décisionnelle	325
C. Une immunité fonctionnelle multiple en France	328
1. Les conflits entre organes constitutionnels préservés de l'immixtion du juge	329
a) <i>Les actes injusticiables touchant aux rapports fonctionnels entre les pouvoirs constitutionnels</i>	330
b) <i>Les actes injusticiables touchant aux liens organiques entre les pouvoirs constitutionnels</i>	331
2. La conduite des relations internationales, domaine préservé de l'immixtion du juge	332
§ 2. <i>La remise en cause jurisprudentielle de l'approche essentialiste de l'acte politique</i>	333
A. Le constat : la théorie de l'acte politique remise en question par une jurisprudence variable	333
1. L'évolution de la doctrine des « questions politiques » à travers la casuistique	334
a) <i>La jurisprudence fluctuante en matière électorale aux États-Unis</i>	334
b) <i>L'absence de rationalisation en Angleterre : l'identification des « questions politiques » au cas par cas</i>	336
2. L'évolution de la doctrine des « questions politiques » à travers les revirements de jurisprudence	339
B. La proposition : la norme de contrôle à l'origine de l'injusticiabilité de la « question politique »	341
1. Une reconnaissance jurisprudentielle progressive : le critère de l'absence de standard applicable	341
2. La transposition de l'absence de standard opérationnel au cas français esquissée par la doctrine	347

Section 2. L'exemple du contrôle juridictionnel d'actes politiques	352
§ 1. <i>Le Conseil d'État et l'état d'urgence</i>	353
A. Les régimes d'exception, moment d'affirmation du politique	353
1. Les rapports de la norme et de l'exception, miroir de la distinction entre droit et politique	354
2. Une attitude initialement déférente du juge : la reconnaissance d'une sphère politique autonome	355
B. La reconnaissance implicite du caractère politique des litiges relatifs à l'état d'urgence	357
1. L'implication actuelle du juge dans les litiges relatifs à l'état d'urgence	357
2. La reconnaissance implicite du caractère politique des décisions contrôlées	359
§ 2. <i>La Cour suprême des États-Unis et l'élection présidentielle</i>	361
A. L'implication de la Cour suprême dans le résultat des élections présidentielles	362
1. La décision majoritaire dans <i>Bush v. Gore</i> : la nécessaire implication du juge	362
2. Les critiques acerbes de la minorité dans <i>Bush v. Gore</i> : l'apologie de la retenue du juge	363
B. L'analyse doctrinale de <i>Bush v. Gore</i> , soutien au mythe d'un jugement apolitique	365
1. L'invocation généralisée de la political question doctrine au sein de la doctrine	365
2. Une réaction doctrinale attestant du caractère instrumental de la political question doctrine	368
§ 3. <i>La Cour suprême du Royaume-Uni et la procédure de retrait de l'Union européenne</i>	370
A. L'implication de la Cour suprême du Royaume-Uni dans la procédure de retrait de l'UE	371
1. <i>L'exigence d'une autorisation préalable du Parlement</i> de Westminster	371
2. La qualification de la convention Sewel et le rejet de son application	374
B. L'arrêt <i>Miller</i> , révélateur d'une fracture entre conception politique et juridique de la Constitution britannique	375
1. Le soutien doctrinal au constitutionnalisme politique	375
2. La décision <i>Miller</i> , indice du recul du constitutionnalisme politique	378
TITRE II : LES ENSEIGNEMENTS DE LA DÉMYSTIFICATION	
DU JUGEMENT APOLITIQUE	383
Chapitre 1. Un système constitutionnel façonné par l'articulation du droit et du politique	385

Section 1. Le renforcement de l'Exécutif face au Parlement.....	386
§ 1. <i>Le label « politique » au service d'un renforcement de l'organe exécutif</i>	386
A. Le domaine des relations internationales, terrain privilégié de la doctrine des « questions politiques ».....	387
1. Les relations internationales, résidu de la doctrine des « questions politiques ».....	387
2. Les relations internationales, impensé de l'ouverture du prétoire	389
B. L'affirmation progressive de la prédominance de l'Exécutif dans la conduite des relations internationales	392
1. Le lien historique entre Exécutif et conduite des relations internationales	392
2. La confirmation jurisprudentielle de la prépondérance de l'Exécutif dans la conduite des relations internationales	394
§ 2. <i>Le renforcement de l'Exécutif, aboutissement du régime représentatif.</i>	396
A. L'apparente incompatibilité entre renforcement de l'Exécutif et impératif démocratique.....	396
1. Une immunité des actes de gouvernement choquante face au renforcement du contrôle de la loi	397
2. Les effets paradoxaux du HRA : une loi contrôlée et des actes de prérogative immunisés.....	399
B. Le renforcement de l'Exécutif, conséquence de la logique des régimes représentatifs.....	401
1. Un Exécutif fort, conséquence de la logique parlementaire ...	401
2. L'émergence du leadership présidentiel dans la pratique du régime congressionnel américain	403
Section 2. La consécration démocratique du juge	406
§ 1. <i>La tentative de relativisation du caractère anti-démocratique du contrôle juridictionnel</i>	408
A. La rhétorique de la suprématie constitutionnelle : le contrôle juridictionnel au service de la démocratie formelle.....	409
1. La suprématie constitutionnelle, palliatif aux lacunes du régime représentatif.....	409
a) <i>La suprématie de la Constitution, palliatif à la carence démocratique du régime représentatif</i>	409
b) <i>La démonstration jurisprudentielle de la suprématie de la Constitution</i>	411
2. La suprématie constitutionnelle, garant de la déférence du juge à l'égard de la volonté populaire	414
a) <i>La suprématie de la Constitution, carcan pour le juge</i>	414
b) <i>La possibilité de la suprématie de la Constitution remise en question</i>	415
B. La rhétorique des droits et libertés : le contrôle juridictionnel au service de la démocratie substantielle.....	417
1. La substantialisation de la démocratie	417

2. La puissance rhétorique particulière des droits.....	418
§ 2. <i>La démonstration du caractère démocratique du contrôle juridictionnel grâce à l'imposition du label politique</i>	419
A. Les insuffisances de la rhétorique démocratique.....	420
1. Une garantie juridictionnelle des droits exogène aux cultures juridiques française et anglaise	420
2. La mise à mal de la souveraineté populaire révélée par les théories critiques de l'interprétation aux États-Unis ...	422
B. La doctrine des « questions politiques », ultime défense du caractère démocratique du contrôle juridictionnel	423
1. Le dernier mot réservé à la délibération politique	423
2. La visée explicitement démocratique de la doctrine des « questions politiques ».....	425
Chapitre 2. Un système constitutionnel renouvelé par le dépassement de la dichotomie du droit et du politique	429
Section 1. La possibilité d'un contrôle juridictionnel des « questions politiques »	429
§ 1. <i>Les exigences croissantes du droit international en matière de droit au recours</i>	430
A. L'invocation du droit au recours	430
B. L'invocation de droits garantis au niveau international	433
1. L'effet direct du droit international et la réduction de la catégorie des actes de gouvernement	433
2. Les effets limités du HRA sur la problématique de l'injusticiabilité des actes de l'Exécutif	434
§ 2. <i>Le développement de formes alternatives de contrôle pour les « questions politiques »</i>	436
A. L'ouverture du prétoire aux « questions politiques ».....	436
1. La réduction progressive des actes injusticiables en Espagne	436
2. La compétence de principe de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.....	437
B. Les limites au contrôle juridictionnel des « questions politiques »	439
Section 2. La perspective d'une association des processus juridictionnel et politique	441
§ 1. <i>La substitution du contrôle juridictionnel à la responsabilité politique</i>	442
A. La dilution de la responsabilité politique	443
1. La combinaison des textes et de la pratique au soutien d'une dilution de la responsabilité politique de l'Exécutif français	443
2. L'affaiblissement du contrôle parlementaire au sein du berceau de la responsabilité politique.....	445

3. La contrariété originelle entre logique du régime présidentiel et responsabilité politique	447
B. L'approfondissement du contrôle juridictionnel aux dépens de la responsabilité politique	449
1. La judiciarisation de la responsabilité des gouvernants	449
a) <i>L'apparence juridique des procédures de contrôle du Congrès américain</i>	450
b) <i>La criminalisation de la responsabilité des ministres français</i>	451
2. L'extension du contrôle juridictionnel au détriment de la responsabilité politique	452
a) <i>Le contrôle juridictionnel, substitut de la responsabilité politique</i>	452
b) <i>Le contrôle juridictionnel au détriment de la responsabilité politique</i>	453
§ 2. <i>La perspective d'une conciliation de la responsabilité politique et du contrôle juridictionnel</i>	455
A. La revalorisation contemporaine de la responsabilité politique..	455
1. La responsabilité politique, mécanisme inhérent au régime représentatif	456
2. Le renouvellement doctrinal du constitutionnalisme politique	458
B. Le juge au soutien d'une revalorisation de la responsabilité politique	460
1. La concurrence traditionnelle entre contrôle juridictionnel et responsabilité politique	460
2. La perspective d'une troisième voie : une conciliation des contrôles politique et juridictionnel	462
CONCLUSION GÉNÉRALE	469
BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS	473
BIBLIOGRAPHIE EN ANGLAIS	495
INDEX JURISPRUDENTIEL	511
INDEX THÉMATIQUE	521
INDEX ONOMASTIQUE	523