



Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

7 mars 2008

L'acte de gouvernement a-t-il disparu en droit administratif espagnol ?

(par Marta Franch)

Pour comprendre l'évolution du droit espagnol relative à ce que l'on appelle les actes politiques, nous avons voulu réaliser une présentation des évènements jurisprudentiels. Ce cheminement jurisprudentiel est jalonné par trois moments normatifs :

1. Depuis la Loi de la Juridiction administrative contentieuse de 1956¹ jusqu'à la Constitution espagnole de 1978
2. De l'approbation de la Constitution espagnole de 1978 jusqu'à la Loi de la juridiction administrative contentieuse de 1998
3. Depuis la Loi de la Juridiction administrative contentieuse de 1998 jusqu'à aujourd'hui.

Nous voudrions simplement mettre en relief les cadres normatifs dans lesquels évolue la jurisprudence pour pouvoir analyser, à partir de ceux-ci, les changements jurisprudentiels.

La Loi de la Juridiction administrative contentieuse de 1956 établissait dans son article 2 :

« Ne relèvent pas de la juridiction administrative contentieuse:

- a. Les questions de nature civiles ou pénales attribuées à la juridiction ordinaire, et celles qui, même concernant les actes de l'administration publique, sont attribuées par le législateur à la juridiction sociale ou à d'autres juridictions.
- b. Les questions suscitées par les actes politiques du gouvernement, tels que ceux affectant la défense du territoire national, les relations internationales, la sécurité intérieure de l'Etat et la direction et l'organisation militaires, sans préjudice des indemnisations qui en proviendraient, dont la détermination correspond à la juridiction administrative contentieuse.
- c. Les décisions concernant les questions de compétence entre l'administration et les juridictions ordinaires ou spéciales, et celles relatives aux conflits d'attributions. »

La Constitution Espagnole de 1978 est venu introduire des éléments importants pour la détermination du concept d'actes politiques, et a également fait resurgir la question de la

¹ Loi du 27 décembre 1956, "reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa" (En vigueur jusqu'au 14 décembre 1998).



Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

permanence et de l'existence ou non des actes politiques. Quatre articles se révèlent importants pour le thème qui nous concerne :

Article 9.

1. Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique.
2. Il incombe aux pouvoirs publics de créer les conditions pour que la liberté et l'égalité de la personne et des groupes dans lesquels elles s'intègrent soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale.
3. La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie des normes, leur publicité, la non-rétroactivité des dispositions punitives qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique et la responsabilité des pouvoirs publics et protège contre toute action arbitraire de ceux-ci.

Article 24.

1. Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas, cette protection puisse lui être refusée. [...]

Article 97.

Le Gouvernement dirige la politique intérieure et extérieure, l'administration civile et militaire et la défense de l'Etat. Il exerce le pouvoir exécutif et celui de réglementer conformément à la Constitution et aux Lois.

Article 106.

1. Les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux fins qui la justifient. [...]

La Loi de la juridiction administrative contentieuse de 1998² dispose dans son article 2 :

« L'ordre juridictionnel administratif contentieux connaîtra des questions soulevées en ce qui concerne :

² Loi n° 29/1998, du 13 juillet 1998, "reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

- a. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux, les compétences liées et la détermination des indemnisations correspondantes, le tout en relation avec les actes du Gouvernement ou des Conseils de Gouvernement des Communautés Autonomes, quelle que soit la nature desdits actes. [...]

Les actes politiques ont longtemps été des actes non soumis au contrôle des Tribunaux administratifs. Ce sont ces derniers qui ont pu jusqu'en 1998 déterminer peu à peu le contenu de la notion même d'acte politique, et indiquer si elle continue ou non d'exister après la Loi de 1998. Admettre le fait que les actes de Gouvernement, quelle que soit leur « nature », constituent des actes politiques est révélatrice de leur existence, même s'ils entrent dans le champ des actes contrôlés normalement par les Tribunaux. Il semble donc ne pas exister un régime spécial pour eux.

Une fois rappelés les paramètres normatifs dans lesquels nous nous situons, nous allons entrer dans le cœur du sujet, qui est, comme nous l'avons dit, l'analyse de la jurisprudence des Tribunaux administratifs et du Tribunal constitutionnel lui-même, et pour cela nous allons adopter le plan suivant :

1. Une synthèse de la jurisprudence du tribunal Suprême depuis la Loi de 1956 jusqu'à la Loi de 1998
 - a. Jurisprudence pré-constitutionnelle
 - b. Jurisprudence post-constitutionnelle
2. Le Tribunal constitutionnel face aux actes politiques
3. Les cas concrets analysés par la jurisprudence
4. La jurisprudence récente : les actes politiques existent-ils ?

1. Synthèse de la jurisprudence du Tribunal Suprême

La synthèse des critères jurisprudentiels relatifs au contrôle juridictionnel de ce que l'on appelle l' « acte politique » est réalisée par le TS lui-même dans différentes décisions³.

a) Jurisprudence pré-constitutionnelle

La Loi de la juridiction administrative contentieuse définissait dans son exposé des motifs les actes politiques comme ne constituant pas une catégorie appartenant aux actes administratifs discrétionnaires, mais comme étant des actes distincts, dans la mesure où les premiers correspondent à la fonction administrative et les seconds à la fonction politique. La jurisprudence se basait donc sur des critères fondés sur des conditions subjectives, à savoir d'où émanait l'acte, excluant toute possibilité de contrôle s'ils émanaient du Gouvernement. Cette solution est retenue par exemple dans une décision du 10 octobre 1959, qui qualifie de

³ V. STS Sala 3^o, sec. 6^a, du 3 décembre 1998, rec. 3490/1994 ; STS Sala 3^o, sec. 6^a, du 14 décembre 2000, rec. 6547/1996.

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

matière politique un recours contre une décision du Ministère de l'Air par laquelle était convoqué un concours d'Etat major. Dans le même sens, la décision du 10 février 1960 [RJ 1960\401] qui refuse d'admettre un recours contre un Règlement du Ministère du Travail à propos de la dissolution du patronage d'une « Université du Travail » (Universidad laboral). La jurisprudence a également pu se pencher sur la hiérarchie de l'organe qui avait pris la décision (dans ce sens, la décision du 10 février 1962 [RJ 1962\401], à propos d'actes du Conseil des Ministres).

Cependant, dans certaines décisions, comme celle du 2 Octobre 1964 [RJ 1964\4590] concernant la contestation d'un Ordre du Ministère de l'agriculture refusant la modification du prix fixé pour la betterave à sucre, le juge a pu examiner l'affaire au fond. En outre, dans la décision du 18 décembre 1963 la différence entre la fonction politique et la fonction administrative du Gouvernement est clairement marquée. De plus dans certaines décisions antérieures isolées, il est indiqué que même les actes politiques peuvent être l'objet d'un contrôle juridictionnel en ce qui concerne leurs aspects procéduraux, comme en témoigne la décision du 26 décembre 1959 [RJ 1959\4409].

b) Jurisprudence post-constitutionnelle

Depuis l'approbation du texte constitutionnel, deux principes se révèlent fondamentaux : l'article 9.3 qui consacre le principe de légalité et l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics et l'article 24.1 qui garantit le droit à la tutelle judiciaire effective.

La jurisprudence de la 3^e Chambre du Tribunal Suprême, exclut certains actes de tout contrôle juridictionnel par la juridiction administrative.

Les décisions suivantes se révèlent, à titre d'exemples, significatives : la décision du 29 janvier 1982 [RJ 1982\235], concernant un acte de revalorisation de la monnaie ; celle du 24 septembre 1984 [RJ 1984\4574], relative à une action formée contre un Décret Royal dissolvant les « Cortes Generales », dans laquelle il fut décidé qu'il ne s'agissait pas d'un acte de l'administration publique soumis au droit administratif. La décision du 6 novembre 1984 [RJ 1984\5758] exclut le contrôle réalisé par le Gouvernement en ce qui concerne l'actualisation des revenus fonciers ; celle du 9 juin 1987 [RJ 1987\4018] rendue dans le cadre d'un recours d'un parlementaire autonome contestant l'omission d'information de la part du Gouvernement, qui a été ensuite étudiée par le Tribunal Constitutionnel. Dans le même sens, la décision du 30 juillet 1987 exclut tout contrôle contre un décret de fixation provisoire du siège des institutions de la Communauté autonome de Castilla y Leon ; celle du 2 octobre 1987 [RJ 1987\6688] concernant le refus présumé de la part du Conseil des ministres d'une demande de don de moyens matériels et humains à l'administration judiciaire d'une Communauté Autonome ; celle du 15 novembre 1988 [RJ 1988\8699] concernant le refus d'un Gouvernement Autonome de transmettre des informations à son Parlement ; celle du 13 mars 1990 [RJ 1990\1938] à propos du rejet de la part du Conseil des Ministres de la demande de révision d'un certain coefficient indexant la rémunération des fonctionnaires ; celle du 25 octobre 1990 [RJ1990\7972] dans laquelle est rejeté un recours contre une

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

supposée décision implicite de rejet de la part du Ministère des relations avec les Cortes Générales et la Présidence du Gouvernement de l'époque, en réponse à une demande relative à l'approbation et à l'envoi postérieur aux « Cortes » pour la poursuite de la procédure en tant que projet de Loi d'une déterminée réglementation concernant la fonction publique ; et la décision du 24 juillet 1991 [RJ 1991\7553] relative à la contestation du Décret Royal fixant le salaire minimum interprofessionnel pour l'année 1987.

L'arrêté dicté le 31 mai 1993 [RJ 1993\4001] par la septième section de la troisième Chambre du Tribunal Suprême va dans le même sens. Il s'agit en l'espèce de la contestation par un particulier du Décret Royal n°534/1993, du 12 avril 1993 [RCL 1993\1176] relatif aux règles électorales et à la dissolution de la Chambre des députés et du Sénat. Cet arrêté met en relief que le contrôle de la relation entre le Décret Royal en question, en tant que réglementation des élections et la légalité supérieure, et la partie définissant les droits fondamentaux de la personne, constitue le contrôle de la puissance réglementaire. Cette compétence est effectivement attribuée à la Chambre.

Enfin, il faut signaler l'importance de la décision du Tribunal Suprême du 17 juin 1994 dans laquelle est soulignée la nécessité de rendre effectif le principe de légalité, quelle que soit la nature juridique de l'acte réalisé par le gouvernement, reprise dans la décision postérieure du Tribunal Suprême du 28 juin 1994 [RJ 1994\5050]. Il faut également noter la prise de position jurisprudentielle prônant le contrôle d'une activité politique du gouvernement, lorsque celle-ci a des conséquences dommageables quand elle s'applique à chaque cas concret, et dont le contenu jurisprudentiel est indiqué dans les décisions rendues le 4 avril 1997 [RJ1997\4514, RJ 1997\4515 et RJ 1997\4513].

Plus particulièrement, on peut noter la référence spécifique qui est réalisée dans la décision de la Chambre du 28 juin 1994 aux décisions de ce même tribunal du 23 octobre 1987 [RJ 1987\6688] et à celle du Tribunal Constitutionnel n°45/1990 du 15 mars 1990 [RTC 1190\45], auxquelles il faudrait ajouter celle du Tribunal Suprême du 25 octobre 1990 [RJ 1990\7972], 25 juillet et 10 décembre 1991 [RJ 1991\7553 et RJ 1991\9254], 22 janvier 1993 [RJ 1993\457] et du Tribunal Constitutionnel 196/1990 du 29 novembre 1990 [RTC 1990\196]. On peut déduire de ces affaires la reconnaissance **d'un noyau dur d'activité politique du gouvernement**, entendu comme la représentation organique et suprême du pouvoir exécutif, **du fait principalement de l'exercice de compétences attribuées constitutionnellement ou qui appartiennent « per se » au champ d'application de l'article 97 de la norme fondamentale** (RCL 1978\2836 et ApNDL 2875) **ou encore qui touchent aux relations entre Gouvernement et Parlement**. La référence à des concepts juridiquement accessibles, à laquelle répondait la décision précitée de cette Chambre du 28 juin 1994, gardait une relation directe avec des concepts définis de manière légale.

2. Le Tribunal Constitutionnel face aux actes politiques

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

La jurisprudence constitutionnelle a été également confrontée à ces mêmes problématiques, entre autres dans trois décisions constitutionnelles : les décisions n°45/1990 (RTC 1990\45), n°196/1990 (RTC 1990\196) et n°220/1991 (RTC\220).

- i) Dans la décision n°45/1990, du 15 mars 1990 (RTC 1990\45), est attaquée une décision rendue dans le cadre d'un recours « d'amparo » à propos d'un refus opposé à une demande adressée au Conseil des Ministres par le Collège des Avocats de Alava, Vizcaya et Guipúzcoa, relatif à l'octroi de moyens matériels à l'Administration de la Justice du Pays Basque. La décision utilise un fondement juridique qui prend en compte la non-invocabilité décrétée précédemment par le Tribunal Suprême en matière de contentieux administratif. Le Tribunal Constitutionnel considère que cette décision est parfaitement compatible avec les exigences de l'article 24.1, estimant que le droit à la tutelle judiciaire effective n'est pas menacé, dans la mesure où **les agissements concernant les relations entre organes constitutionnels**, tels que ceux encadrés par le Titre V de la Constitution, **ne sont pas soumis au droit administratif. La décision de transmettre aux Cortes un Projet de Loi ou autre équivalent**, relève de la mise en œuvre, par le Gouvernement, de sa **fonction de direction politique. Cette activité gouvernementale se révèle différente de l'action administrative soumise au contrôle juridictionnel**, sauf si la loi en dispose autrement.
- ii) La décision du tribunal Constitutionnel n°196/1990, du 29 novembre 1990 (RTC 1990\196), concerne une procédure initiée par un parlementaire de l'assemblée législative de la Communauté Autonome du Pays Basque, qui a intenté un recours « d'amparo » suite au refus du Gouvernement Autonome de transmettre des informations relatives aux chiffres du chômage. Le Tribunal Constitutionnel considère que la décision du Tribunal Suprême est fondée lorsqu'il apprécie que l'acte soumis à son contrôle n'est pas un acte de l'Administration Publique, mais un acte concernant les relations institutionnelles du Gouvernement basque avec la Chambre législative Basque. Cela a pour conséquence de soustraire cet acte au contrôle de l'ordre administratif contentieux et le Tribunal Constitutionnel considère cette solution raisonnable et conforme au droit de tutelle juridictionnelle effective.
- iii) Enfin, dans la décision n°220/1991, du 25 novembre 1991 (RTC 1991\220), le Tribunal Constitutionnel répond à un recours « d'amparo » présenté par plusieurs parlementaires de l'Assemblée Législative de la Communauté Autonome du Pays Basque contestant la réponse donnée par le gouvernement basque à la demande d'information relative à l'usage de certaines dépenses, habilitées ou réservées, contenues dans les budgets des années 1988 et 1989. Le Tribunal Constitutionnel signale que les actes par lesquels se font les demandes d'information des parlementaires, y compris les parlementaires autonomes, épuisent leurs effets dans le champ parlementaire. Cela implique qu'il s'agit d'instruments de contrôle politique excluant que ces affaires soient traitées par la juridiction judiciaire ou le Tribunal

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

constitutionnel. Ce dernier en effet ne peut contrôler aucun type d'altération ou d'irrégularité pouvant se produire dans les relations politiques ou institutionnelles, entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

3. Cas concrets analysés par la jurisprudence

a) Tribunal Suprême, 3^e Chambre, 6^e section, 3 décembre 1998 :

Dans cette jurisprudence est examinée l'approbation du décret du Président de la Junta d'Andalousie relative à l'organisation des élections au Parlement Andalou. Le Tribunal Suprême considère en premier lieu que l'acte attaqué a « *une apparence de compétence liée, initialement susceptible de contrôle juridictionnel* ». Cependant, il ajoute que la question ne peut pas être résolue uniquement en se contentant d'affirmer que l'acte de nature politique est susceptible de contrôle juridictionnel quel que soit le champ concerné et quel que soit le défaut qui lui est imputé. Selon le Tribunal Suprême, il est nécessaire d'examiner ces deux aspects pour déterminer quel est le principe qui est supposément bafoué et observer si ce principe est ou non susceptible de contrôle. Ensuite, il s'agit de contrôler la sphère de l'activité politique que ce principe encadre. En l'espèce, l'irrégularité qui est reproché au Décret convoquant les élections n'est pas de dissoudre de manière anticipée l'assemblée andalouse, il ne s'agit donc pas de la question de la limitation du mandat parlementaire. Il ne s'agit pas non plus d'une contestation reposant sur l'absence de compétence de l'organe ayant pris le décret. C'est le fait d'avoir envoyé le décret de convocation, anticipant de ce fait le processus électoral qui est contesté.

Le Tribunal Suprême considère que l'existence d'un élément de compétence liée ne suffit pas pour que l'on puisse affirmer que l'acte est susceptible de contrôle. Il est en outre nécessaire que trouvent à s'exprimer d'autres éléments rattachant la situation à la sphère administrative. Ces éléments doivent être suffisamment caractérisés pour que soit présumé un contrôle juridictionnel, et non politique, du fait de l'affectation des droits des tiers. De cette manière il peut être permis de contrôler tel ou tel aspect de l'acte politique et ainsi reconnaître à ces tiers un intérêt légitime dans la révocation de l'acte en question. Cela implique que la technique d'examen des éléments de compétence liée doit être complétée par d'autres aspects tels que ceux du contrôle du caractère discrétionnaire de l'acte. Par conséquent on doit porter une attention particulière à la motivation des décisions et à la vérification de l'absence d'indices indiquant un manque de motivation de la décision. Joue également un rôle d'importance le contrôle des principes et valeurs constitutionnelles, tout particulièrement les droits fondamentaux, auxquels doivent se soumettre, chaque fois que le principe de proportionnalité est respecté, n'importe quel autre droit. En l'espèce, le Tribunal Suprême considère que la motivation de l'acte attaqué ne souffre pas de la critique de l'arbitraire, dans la mesure où elle apparaît suffisamment raisonnable et est fondée sur l'objectif principal de faciliter l'exercice du droit fondamental reconnu à l'article 23 de la Constitution, facilitant, sans remise en cause ou menace pour les autres droit, l'accès aux urnes des citoyens andalous.

Le Tribunal Suprême considère que la convocation d'élections entre dans le noyau dur de l'activité politique dans la mesure où elle affecte **les relations avec d'autres organes**

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

statutaires (dans le sens d'Estatuto de Autonomia) et que cette dimension est, au niveau de l'Etat central, reconnue dans le titre V de la Constitution. Dans la mesure où l'article 34 du statut d'autonomie d'Andalousie établit que le Conseil de Gouvernement exerce et possède des fonctions exécutives et administratives, ces dernières sont soumises au contrôle juridictionnel en vertu de l'article 106.1 de la Constitution, alors que le Président de la Communauté autonome répond de sa gestion devant le Parlement autonome, conformément à l'article 35.3 du Statut d'Autonomie. Le Tribunal conclut donc qu'« *il n'est pas affirmé par cet arrêt qu'il existe une incompatibilité entre les actes de direction politique du gouvernement et le contrôle juridictionnel de manière à ce que ceux-ci soient uniquement soumis au contrôle parlementaire ; il n'apparaît pas possible que puisse être maintenue aujourd'hui une catégorie d'actes politiques soustraite intégralement au contrôle juridictionnel (...). Il ne peut être affirmé qu'il existe un groupe d'actes exclus de tout contrôle, mais il est important de souligner que ce contrôle est sujet à une gradation en fonction des circonstances qui forment le contexte de cet acte* ».

Enfin, en ce qui concerne l'aspect relatif à la direction politique de l'acte, il faut tenir compte, à l'heure d'appliquer les diverses techniques de contrôle, du principe de séparation des pouvoirs. Cela suppose de devoir accepter une série de limitations à l'acte judiciaire de contrôle, consistant en une prise en compte des fonctions constitutionnelles de chaque organe. Prenant en compte par conséquent les actes concernant les relations entre les pouvoirs, dans ce cas législatif et exécutif, il est manifestement impossible de permettre une interférence juridictionnelle qui aboutirait à une remise en cause de l'équilibre des contrôles politiques et statutaires. La question aurait donc été toute autre si l'acte attaqué avait été édicté par une autorité manifestement incompétente ou si celui-ci portait atteinte aux droits des parlementaires ou des propres citoyens. Par conséquent, le Tribunal Suprême rejette le recours administratif contentieux.

b) Tribunal Suprême, Chambre du Contentieux administratif, session plénière, 4 avril 1997, (déclassification des papiers du CESID)

En l'espèce, un recours administratif est intenté contre un Accord du Conseil de Ministres, par lequel fut refusée la déclassification de certains documents déclarés secrets, qui avait été sollicitée par un juge dans le cadre d'une enquête instruite pour divers crimes.

En premier lieu, le Tribunal soutient que la nature des résolutions concernant la déclassification « *est le propre de la puissance de direction politique attribuée au Gouvernement par l'article 97 de la Constitution* » et fait donc partie de ce qui mérite d'être qualifié légalement et constitutionnellement comme affectant la sécurité et la défense de l'Etat, et pour ce motif justifie sa qualité de secret.

Le tribunal cite une décision du 28 juin 1994 dans laquelle le Tribunal Suprême fixe sa position en ce qui concerne l'existence **d'activités imputables au pouvoir exécutif et non contrôlables par les organes du pouvoir judiciaire**. Cette décision renvoie elle-même aux décisions du 9 juin et 2 octobre 1987, à partir desquelles le Tribunal Suprême a assis sa

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

jurisprudence. Cette jurisprudence qui demeura inchangée du 15 mars 1990 jusqu'au 26 novembre 1992, fonde la solution selon laquelle **l'activité politique du gouvernement n'est pas sujette à examen juridictionnel** à partir de l'étude des articles 97 et 106.1 de la Constitution.

Ainsi le Tribunal Suprême reconnaît que le système normatif admet l'existence objective d'actes de direction politique du Gouvernement. Ces derniers sont en principe exclus du contrôle juridictionnel de légalité, mais ne sont pas soustraits aux autres contrôles tels que ceux dérivés de la responsabilité politique ou le traitement judiciaire des indemnisations qui peuvent en être la conséquence. Cependant cela n'exclut pas que la vigilance imposée par les articles 9 et 24.1 de la Constitution oblige le juge à assumer ce contrôle car *« quand le législateur a défini, au moyen de **concepts judiciairement accessibles**, les limites ou conditions préalables auxquels doivent se soumettre lesdits actes de direction politique, les Tribunaux doivent accepter l'examen des éventuelles extra-limitations ou inaccomplissements des conditions préalables par lesquels le gouvernement pourrait s'être trompé en prenant la décision »*.

C'est cette idée de « concepts judiciairement accessibles » qui se révèle fondamentale. Si nous établissons un lien entre les documents, leur classification secrète et la sécurité de l'Etat, il n'y a aucune raison pour que l'on ne considère pas qu'il est tout aussi « accessible » de déterminer de manière négative la survenance d'éléments qui, ou bien éliminent totalement la menace pesant sur cette sécurité, ou bien la diminue dans des proportions importantes. En mettant en balance les différents équilibres juridiques en question, cela permettrait de donner, en fonction des cas, préférence au droit constitutionnel à la tutelle juridictionnelle effective, telle qu'invoquée par les requérant pour demander la déclassification des documents. C'est précisément le droit à la tutelle judiciaire effective des particuliers demandeurs au procès pénal (entendu dans cette hypothèse comme le droit d'apporter au procès pénal les moyens de preuve pertinents) qui ouvre la brèche pour que l'argument du Gouvernement visant à ne pas déclassifier les documents, soit soumis à la révision judiciaire, dans l'optique de confronter sa compatibilité avec le droit fondamental mentionné.

Ainsi, même en prenant comme présupposé que la documentation dont la déclassification est demandée mérite d'être qualifiée comme secrète, la Chambre procède à sa déclassification parce que, dans le cas contraire, le droit à une tutelle judiciaire effective dans les procès pénaux se trouverait menacé. Dans cette optique, le Tribunal étudie l'importance que revêtent de tels moyens de preuve pour la vérification des délits reprochés, et réalise une mise en balance entre les intérêts constitutionnellement protégés qui apparaissent opposés : sécurité de l'Etat face au droit d'utiliser des moyens pertinents de preuve et donc par conséquent, droit à la tutelle judiciaire effective.

- c) **Tribunal Suprême, 26 janvier 2004 (R.466\626) (contrôle judiciaire en matière de politique économique)**

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

Cette décision est rendue à propos d'une autorisation accordée par le Conseil des Ministres à la « Sociedad Estatal de Participaciones Industriales » (SEPI) en vue de procéder à la vente d'actions de certaines sociétés à un tiers. Le Tribunal soutient que la portée de la révision judiciaire est limitée par le caractère discrétionnaire de l'autorisation et du fait de sa nature constituant un acte de politique économique du Gouvernement. L'acte se trouve donc en dehors du contrôle juridictionnel, hormis en ce qui concerne les matières correspondant à une compétence liée. Il lui revient également le pouvoir de contrôler que l'adjudication des actions ne soit pas arbitraire ni irrationnelle, et qu'elle réponde aux fins propres du secteur industriel en cause.

Malgré cela, le Tribunal Suprême soutient que la réglementation applicable exige une autorisation préalable de la part du Gouvernement pour l'aliénation d'actions ou participations dont la SEPI est titulaire dans le capital social des entreprises auxquelles elle participe. L'autorisation constituant un acte administratif peut être soumise au contrôle de la juridiction administrative contentieuse.

Conformément aux critères exposés, le Tribunal Suprême rejette le recours contentieux ainsi présenté.

d) Tribunal Suprême, 3^e Chambre, 6^e section, 27 mai 2003, (R 1064\2000) (grâce)

Est ici attaqué l'Accord du Conseil de Ministres refusant d'octroyer une grâce au requérant s'étant vu infliger une sanction pénale. Le Tribunal Suprême observe que la Loi n°50/1997, du 27 novembre 1997, relative à l'organisation, la compétence et le fonctionnement du gouvernement, met en place à son article 26 un mécanisme dédié au contrôle des actes du gouvernement. L'article 26.3 indique que « *les actes du gouvernement sont contestables devant la juridiction administrative contentieuse, conformément à ce qui est disposé dans sa Loi régulatrice* ». De cette façon la Loi renvoie à la Loi de la Juridiction Administrative Contentieuse, Loi n°29/1998, du 13 juillet 1998, qui se réfère au contrôle des actes du gouvernement. En effet son article 2°, paragraphe a) dispose que « *l'ordre juridictionnel administratif contentieux connaîtra des questions suscitées en ce qui concerne : la protection des droits fondamentaux, les compétences liées et la détermination des indemnisations correspondantes, en relation avec les actes du gouvernement (...), quelle que soit la nature desdits actes* ».

Cet article concerne le contrôle des actes qui sont propres au gouvernement agissant comme tel, et non en tant qu'administration publique, hypothèses dans lesquelles les Tribunaux administratifs peuvent toujours contrôler lesdits actes, pour défendre la protection des droits fondamentaux, les compétences liées et la détermination des indemnisations correspondantes. Le Tribunal rappelle le prononcé d'une décision de Chambre et section du 21 mai 2001 [RJ 2001\6227] qui déclarait que : « *le contrôle que cette juridiction*

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

administrative contentieuse peut exercer sur le type d'acte en question se trouve limité aux aspects formels de son élaboration, concrètement à l'observation de l'accomplissement des conditions établies comme obligatoires par la Loi, à savoir la sollicitation de rapports préalables, ce qui en l'espèce a été effectivement accompli. Ces rapports sont obligatoires mais ne lient pas, et à partir de là entre dans la liberté de décision du Conseil des Ministres d'accepter ou refuser les indications de ces derniers, ce qui entre dans le champ de la politique pénitentiaire, matière qui, par nature, échappe au contrôle de cette juridiction administrative ».

Cela signifie que le contrôle qu'il convient de faire de l'acte du gouvernement soumis à examen est un contrôle portant sur ces éléments de compétence liée. En l'espèce, une fois examiné le dossier, il constate que toutes les procédures que la Loi régulatrice du droit de grâce établit sont respectées. Ainsi, le Tribunal en conclut que la décision relève de la compétence du gouvernement, seul en mesure de décider, qui refuse la grâce au requérant en exerçant la possibilité que la Loi lui accorde. En conséquence le Tribunal refuse de juger, dans la mesure où le gouvernement était à ce moment en train d'exercer l'option qui, en raison de sa politique pénitentiaire, lui parut la plus appropriée.

4. La jurisprudence récente : les actes politiques existent-ils ?

Tribunal Suprême, Chambre du contentieux administratif, Première section, 27 novembre 2006 (transfert de la Commission du Marché des Télécommunications à Barcelone) :

Dans cette espèce, la disposition additionnelle unique du Décret Royal n°2397/2004, du 30 décembre 2004, fixant le nouveau siège de la Commission du Marché des Télécommunications (CMT) à Barcelone, est contestée par de nombreux membres du personnel de la CMT. Le Tribunal estime qu'il s'agit d'un « règlement organisationnel » par lequel le Gouvernement exerce des compétences discrétionnaires.

Si toutes les dispositions de la procédure d'élaboration des règlements revêt une importance qui dépasse l'exigence de certaines conditions formelles (étant donné qu'elle vise tout autant à assurer la justesse de la résolution qu'à faire connaître aux administrés les éléments que le gouvernement a pris en compte pour prendre sa décision, leur donnant par là même la possibilité de les contredire), ces garanties prennent une importance spéciale en ce qui concerne les règlements organisationnels dans lesquels le gouvernement exerce des compétences discrétionnaires, très rarement limitées par des éléments de compétence liée, et dotées pour cela d'une très grande marge de manœuvre. Le Tribunal Suprême affirme que dans ces hypothèses : « si le pouvoir réglementaire est en lui-même discrétionnaire, avec les seules limites que lui impose la Loi d'habilitation et le reste de l'ordonnancement juridique, ce caractère discrétionnaire s'accroît dans une plus grande mesure encore quand dans l'exercice de cette compétence trouvent à s'exercer des fonctions organisationnelles. Dans ces cas, mis à part les limites précédemment exposées, **il ne sera possible d'exercer une**

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

fonction de contrôle des pouvoirs de l'Administration que dans des hypothèses d'arbitraire ou d'irrationalité »

En l'espèce, le Tribunal prend en compte le fait que le rapport économique et la motivation ne remplissent pas leur objectif, à défaut de contenir les éléments minima nécessaires à des documents de cette nature. Ainsi en l'absence d'une véritable justification de la disposition attaquée, il revient au Tribunal le soin d'en déclarer la nullité.

L'opinion séparée des autres magistrats de la Chambre⁴ témoigne de leur divergence de point de vue avec la majorité. Ils considèrent que la disposition du Décret ne peut pas se voir reprocher le défaut que lui attribue la Décision parce qu'il ne s'agit pas d'une norme dont l'élaboration est soumise à la procédure de l'article 24 de la Loi du Gouvernement (RCL 1997/2817). La disposition attaquée, qui impose le transfert à Barcelone du siège de la CMT, *« prend une décision, réalise un acte singulier, expression de la direction politique qui, conformément à l'article 97 de la Constitution, est exercée par le Gouvernement espagnol. Le fait qu'elle figure dans un Décret Royal qui règle certains aspects organisationnels du ministère de l'industrie, du tourisme et du commerce, auprès duquel la CMT est inscrite, ne change pas ce qui a été précédemment indiqué »*.

Cette circonstance *« n'exclut pas le contrôle juridictionnel sur le respect des éléments de compétence liée et sur tous les aspects judiciairement accessibles qui le concernent, parmi eux le respect du principe constitutionnel de l'interdiction de l'arbitraire. La jurisprudence de la Chambre, accueillant des positions doctrinales élaborées antérieurement, avant même l'entrée en vigueur de la Constitution, a consacré de manière spécifique, dans ses décisions du 4 avril 1997 (recours n° 602 [RJ 1997, 4514], 634 [RJ 1997, 4515], 726 [RJ 1997, 4513], tous introduits en 1996) le contrôle juridictionnel par les tribunaux de l'ordre administratif contentieux des dénommés actes politiques. Et la propre Loi de la Juridiction (RCL 1998\1741) en a disposé ainsi en son article 2 a). »*

L'opinion séparée conclut que, n'étant pas une norme mais un acte particulier qui n'a pas d'incidence dans le régime juridique de la CMT, la disposition additionnelle unique du Décret n'avait pas à remplir les conditions relatives au mémoire économique et à la motivation. Il s'agit en effet de conditions formelles exigées par l'article 24 de la Loi du Gouvernement en ce qui concerne les règlements. D'un point de vue formel il suffisait d'apporter une motivation raisonnable en termes juridiques qui excluait la critique d'arbitraire. Car les actes discrétionnaires doivent être motivés, comme nous l'indique l'article 54.1 f) de la Loi 30/1992, du 26 novembre 1992 (LRJAPyPAC), motivation qui en l'espèce est présente dans le dossier et dans le Décret Royal lui-même.

⁴ Don Fernando Ledesma Bartret, Don José Manuel Sieira Míguez, Don Rafael Fernández Montalvo, Don Segundo Menéndez Pérez, Don Nicolás Maurandi Guillén, Don Pablo M^a Lucas Murillo de la Cueva, Don Eduardo Espín Templado, Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Don Octavio Juan Herrero Pina, Doña Margarita Robles Fernández y Don José Díaz Delgado.

Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

Arrêt du Tribunal Suprême (Chambre du contentieux administratif, plénière) du 28 avril 2006 (suspension de l'accord subordonnant l'approbation de l'opération de concentration économique d'Endesa à l'accomplissement de certaines conditions)

Le Tribunal Suprême convient d'accéder à la demande de suspension présentée par l'entreprise Endesa, SA, l'« Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas » et la « Federación Unión de Consumidores Europeos ». Cette demande se situe dans le cadre d'un recours administratif contentieux intenté contre un Accord du Conseil de Ministres du 3 février 2006, par lequel fut décidé de subordonner l'opération de concentration économique consistant en la prise de direction de Endesa, SA, par Gas Natural SDG, SA à l'accomplissement de certaines conditions.

Le juge Sr. D. Fernando Ledesma Bartret, dans l'opinion dissidente par laquelle il exprime son désaccord avec la solution donnée par la majorité de la Chambre, cite la décision du Tribunal Suprême du 29 mars 2004 (recours n°547/1998). Cette décision accueille la doctrine selon laquelle dans les « *matières sensibles capables d'affecter la politique économique générale* » il faut reconnaître au gouvernement une marge de manœuvre plus large dans le domaine de la prise de décision. Le fait d'aller au delà du strict « *domaine du contrôle de légalité qui nous incombe* » aurait des conséquences « *directes en ce qui concerne l'opportunité et la capacité de décision qu'il faut reconnaître au Gouvernement* ».

Dans ce sens il affirme que la décision du gouvernement constitue une manifestation du pouvoir qui lui est expressément conféré par la LDC en matière de politique économique, attribution qui lui est propre et qui est encadrée de manière légale et constitutionnelle. Les possibilités que la Loi donne au Gouvernement pour subordonner l'approbation d'une opération de concentration économique à la constatation que cette opération apporte au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les effets restrictifs sur la concurrence, ne doivent pas nécessairement être identiques à celles que le TDC propose en tant qu'organe consultatif du Gouvernement. Cette faculté de contrôle du gouvernement lui est attribuée expressément par ladite Loi et lui permet d'étudier le gain impliqué par la concentration en ce qui concerne l'amélioration des systèmes de production, et d'observer si ce gain est suffisant pour compenser les effets restrictifs sur la concurrence. Se manifeste ici la marge d'appréciation discrétionnaire qui revient au Gouvernement en tant qu'organe de direction recherchant la satisfaction des intérêts économiques et politiques dans chaque cas. Ce caractère discrétionnaire apparaît quand l'ordonnancement juridique attribue à quelque organe que se soit une compétence pour évaluer ce qui correspond à l'intérêt public, dans ce cas économique-politique, impliquant le choix entre deux alternatives toutes deux justifiées. Le juge, attentif à la réalité des faits, pourra vérifier si la décision est fondée sur des critères métajuridiques, et pourra contrôler s'ils ne dépassent pas les limites de la rationalité, et pourra donc s'assurer que le caractère discrétionnaire n'est pas invoqué pour adopter des décisions arbitraires.

De plus, il est souligné le caractère fréquent avec lequel le Conseil de Ministres s'écarte d'un rapport présenté par le TDC et l'importante marge de manœuvre dont dispose le



Séminaire « Les actes publics non justiciable en droit administratif comparé, européen et global »

Gouvernement à l'heure de prendre des décisions relatives à la politique économique (en l'espèce de politique énergétique). Si le Gouvernement, dans sa motivation, exprime les critères sur lesquels il s'est fondé pour adopter l'Accord, et que l'on peut déduire de cette justification que la décision n'est ni arbitraire, ni irrationnelle, ni entachée d'erreur manifeste, « ce Tribunal ne peut déclarer son invalidité ».

Dans ce cas, toujours selon l'opinion dissidente de ce magistrat, parmi les trois possibilités que la LDC reconnaît au gouvernement, ce dernier a choisi d'exercer sa compétence dans le sens de la direction de la politique intérieure, par une décision de politique économique adoptée par l'organe constitutionnellement responsable et compétent, cela conformément à la procédure établie et à des fins que l'on présuppose légitimes. Le Gouvernement a motivé son désaccord vis-à-vis du rapport du TDC, et a subordonné l'Accord à des conditions qu'il considère comme étant suffisantes pour compenser les effets restrictifs sur la concurrence impliqués par l'opération de concentration, et a donc déterminé quelles sont les satisfactions apportées par l'approbation de l'accord.