

La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux

Commentaire par Claire SAUNIER doctorante à l'université Paris II – Panthéon-Assas

À travers quatre ordonnances de référé en date du 23 avril 2019, le Conseil d'État a rejeté les demandes de rapatriement de ressortissantes françaises retenues avec leurs enfants dans des camps syriens. Considérant que leur rapatriement nécessiterait des négociations préalables, mesures qu'elle juge indétachables de la conduite des relations internationales, la juridiction administrative se déclare incompétente pour en connaître. Bien que somme toute prévisible, la solution retenue est toutefois l'occasion de revenir sur l'actualité et le devenir de la théorie des actes de gouvernement, au regard notamment des exigences croissantes en matière de droit au recours et de garantie des droits fondamentaux.

CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701 : JurisData n° 2019-006514

La question du rapatriement des femmes de djihadistes parties en Syrie a créé ces dernières semaines une polémique de grande ampleur, largement relayée par les médias (par ex. : Article publié au *Monde*, 13 févr. 2019. – Article publié au *Guardian*, 13 avr. 2019. – Article publié au *New York Times*, 20 avr. 2019 : www.nytimes.com/2019/04/20/world/australia/isis-syria-grandchildren.html). C'est tout particulièrement le sort réservé à leurs enfants, emmenés depuis la France ou nés sur place, qui a suscité le plus de réactions. L'impératif de sécurité a été évoqué de part et d'autre de l'échiquier politique de manière réversible, tantôt pour démontrer la nécessité du rapatriement, tantôt pour en dénoncer les menaces que pourrait faire planer sur la France un tel retour. Pour l'instant, aucune position de principe ne semble avoir été adoptée par le Gouvernement français, ce dernier ayant accepté de rapatrier certains enfants au cas par cas.

À l'instar de certains de ses collègues européens (V. Article publié au *Monde* le 28 décembre 2018 relatif à la décision d'une Cour de justice belge : www.lemonde.fr/international/article/2018/12/28/embarras-de-l-executif-belge-apres-la-decision-de-rapatrier-les-enfants-de-djihadistes_5402848_3210.html), le juge administratif français a récemment été sollicité pour se prononcer à ce sujet. Sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, plusieurs ressortissantes françaises retenues dans des camps au Nord-Est de la Syrie ont demandé au juge des référés d'enjoindre au ministre de l'Europe et des Affaires étrangères de procéder à leur rapatriement ainsi que celui de leurs enfants. Dans deux ordonnances en date du 9 avril 2019 (*TA Paris, ord., 9 avr. 2019, n° 1906076/9 et 1906077/9*), le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté ces demandes au motif que la question du rapatriement est « indétachable de la conduite des relations internationales » et que, par voie de conséquence, la juridiction administrative est incompétente pour en connaître. Saisi en appel, le juge des référés du Conseil d'État a confirmé la solution retenue par la juridiction inférieure. Le 23 avril dernier, quatre ordonnances ont ainsi rejeté les demandes émanant des femmes parties en Syrie ou de leurs

proches. La couverture médiatique offerte à ces décisions conduira certainement à nourrir la controverse politique en la matière.

Ces ordonnances se révèlent également d'un intérêt particulier pour les commentateurs de la jurisprudence administrative puisqu'elles renouvellent le débat sur la théorie des actes de gouvernement. Du point de vue du droit positif, elles s'inscrivent de façon cohérente dans la jurisprudence en la matière en rappelant que les actes indétachables de la conduite des relations internationales ne peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (1). En amont de cette solution somme toute prévisible, il convient de revenir un instant sur les griefs invoqués par les requérants pour contourner l'application de la théorie de l'acte de gouvernement.

Révélateurs d'une tendance à la subjectivisation du contentieux, il est possible de croire qu'ils pourraient constituer, dans un futur proche, le point de départ d'une adaptation de la théorie de l'acte de gouvernement dans son ensemble (2).

1. Une solution classique : l'application prévisible de la théorie de l'acte de gouvernement

Pour identifier un acte de gouvernement, le juge des référés s'est en l'espèce focalisé sur l'objet du litige (A). Celui-ci ne pouvant être détaché de la conduite des relations internationales (B) il doit alors être intégré à la catégorie des actes de gouvernement, au sujet desquels le juge administratif se déclare incompétent.

A. - Réaffirmation du critère matériel dans l'identification de l'acte de gouvernement

Dans les ordonnances du 23 avril 2019, le juge des référés a confirmé la qualification d'acte de gouvernement des mesures de rapatriement. Pour ce faire, il s'est focalisé sur l'objet de la demande. Plus précisément, le rapatriement nécessitait que soient entreprises en amont des négociations avec les autorités étrangères ayant le contrôle sur la zone où se situent les camps. Par conséquent, le juge des référés a considéré qu'il ne pouvait être détaché de la conduite des relations internationales. Il constitue de ce fait un acte de gouvernement, insusceptible de recours devant la juridiction administrative.

La solution retenue s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence marquée par une approche fonctionnelle de la théorie des actes de gouvernement. Les fondements de l'immunité de tels actes ont engendré une littérature très fournie. Trois grands courants sont ainsi apparus au sein de la doctrine française afin d'expliquer l'incompétence des juges en la matière (pour un panorama exhaustif des différentes opinions doctrinales, V. P.-H. Chalvidan, « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA*, 1982, p. 4 à 19). Il convient d'en rappeler brièvement la teneur afin de comprendre le contexte doctrinal dans lequel s'inscrit le droit positif.

De façon assez marginale, s'est développée une théorie dite « négatrice » de l'acte de gouvernement. Défendue par des auteurs tels que Léon Michoud (L. Michoud, *Des actes de gouvernement*, Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, t. I, Larose et Forcel, 1889, n° 2, p. 1 à 71) ou Michel Virally (M. Virally, « L'introuvable « acte de gouvernement » », *RDP*, 1952, p. 317 à 358), cette

thèse suggère que la nature des actes qualifiés d'actes de gouvernement ne diffère en rien de celle des actes administratifs classiques soumis au contrôle du juge. L'incompétence du juge à leur égard tiendrait alors à la régularité de ces actes, ou, plus encore, au jeu normal des règles de justiciabilité. Plus précisément, elle découlerait de règles d'exclusion du contentieux posées par la loi (est en ce sens généralement cité, l'article 9 loi du 24 mai 1872 lequel dispose que « *le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives* ». – L'article 26 de cette même loi est également avancé car il affirme que la compétence du Tribunal des conflits ne portera que « *les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif* ».) ou par la jurisprudence (dans ce sens, l'absence d'intérêt à agir des requérants ou, plus souvent encore, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire exempt de contrôle ont été mis en avant. Sur ce dernier point, V. P. Duez, *Les actes de gouvernement*, rééd. Dalloz, 2006, p. 195).

En raison du peu d'ancrage jurisprudentiel dont elle peut se réclamer, la thèse négatrice ne trouve plus aujourd'hui de véritable écho au sein de la doctrine. Ce sont désormais deux types d'explications qui se confrontent. Les premières, qualifiées de politiques, interprètent les actes de gouvernement comme une manifestation de la raison d'État. Associée aux écrits d'André Gros (A. Gros, *Survivance de la raison d'État*, th. de doctorat, Paris, Dalloz, 1932, 391 p.), cette thèse suggère que l'immunité octroyée tiendrait à l'existence de questions politiques sensibles dont la résolution devrait être réservée, selon les juges, aux organes politiques et en particulier aux plus hautes autorités exécutives. Si une telle explication se reflète dans des études plus récentes (D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, 349 p.), force est d'admettre qu'elle est aujourd'hui largement reléguée au second plan. Ce sont désormais les théories dites « juridiques » de l'acte de gouvernement qui constituent le discours le plus répandu au sein de la doctrine. Un mouvement majoritaire (P. Serrand, « *Acte de gouvernement* », D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 16.) se dessine très clairement à la faveur de la théorie de la fonction gouvernementale présentée par René Chapus (R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, chron. II., p. 8). Selon cette dernière, le régime singulier des actes de gouvernement découlerait de l'exercice par leurs auteurs d'une fonction de nature non administrative, une fonction dite « gouvernementale » dont Pierre Serrand a récemment démontré qu'elle avait fait l'objet d'une multitude de définitions, à la portée plus ou moins convaincante (P. Serrand, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, 2010, n° 4, accessible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Administrer-et-gouverner-Histoire-d-une-distinction-219.html>). Le professeur Chapus note que les actes de gouvernement concernent des domaines bien spécifiques. Ils renvoient aux missions suivantes : « assurer le fonctionnement des institutions et des mécanismes du régime démocratique et parlementaire, entretenir des relations avec les États étrangers ou les organisations internationales, faire la guerre » (R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *préc., spéc.* p. 8.). Or, ces activités ne pouvant être raisonnablement assimilées à l'exercice d'une « activité administrative » (*ibid.*) traditionnelle, elles ne sauraient par conséquent relever de la compétence du juge administratif, circonscrite au contrôle de l'action administrative.

Le succès de cette théorie tient à plusieurs éléments. Tout d'abord, il peut certainement s'expliquer par les velléités de la doctrine française à fournir des explications juridiques aux phénomènes jurisprudentiels. Le caractère hybride de la fonction gouvernementale, critère d'apparence juridique mais aux ramifications certainement plus politiques, permet de répondre à cette ambition. Elle échappe ainsi au désaveu dont pâtiennent généralement au sein de la doctrine juridique les explications d'ordre politique (O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2017, n° 18, consultable en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-cas-francais-l-obstination-de-la-jurisprudence-et-de-la-doctrine-a-refuser-toute-idee-de-limitation-au-pouvoir-de-revision-constitutionnelle-1170.html> : « [...] « le juridique » tombe toujours du bon côté et le « politique » du côté de ses adversaires doctrinaux. »). Au-delà de ces considérations théoriques, la thèse de la fonction gouvernementale apparaît conforme à une jurisprudence qui, bien que laconique et sujette à interprétation, a toujours démontré son attachement à l'objet du litige concerné.

Les ordonnances rendues le 23 avril 2019 ne risquent guère de remettre fondamentalement en cause cet édifice doctrinal. En s'appuyant sur l'objet du litige concerné et en le rattachant à la conduite des relations internationales, le juge des référés a adopté une approche matérielle. Aussi classique qu'elle soit, la solution retenue est toutefois intéressante, puisqu'elle démontre une nouvelle fois le flou qui entoure les critères d'identification de l'acte de gouvernement et plus particulièrement en l'espèce, celui de la détachabilité.

B. - L'identification d'un acte indétachable de la conduite des relations internationales

La cacophonie doctrinale qui a été brièvement rappelée est certainement révélatrice du mystère qui entoure encore aujourd'hui les fondements de l'acte de gouvernement. Face à une jurisprudence peu encline à fournir des indices quant aux critères permettant leur identification, les commentateurs se sont trouvés largement dépourvus. C'est très certainement pour cette raison que les études consacrées à la question font désormais la part belle à la méthode de l'énumération. Aussi limitée qu'elle puisse paraître, cette approche a permis de conduire à un consensus : l'acte de gouvernement concernerait deux domaines, celui des rapports entre organes constitutionnels d'une part, et la conduite des relations internationales d'autre part. C'est à cette seconde catégorie qu'appartiendrait la question du rapatriement soulevée en l'espèce. Prévisible, une telle solution n'est pas dénuée d'intérêt, dès lors qu'elle démontre une nouvelle fois l'immense incertitude qui entoure la notion d'acte de gouvernement.

La référence à la conduite des relations internationales a permis de donner une image d'unité à la théorie des actes de gouvernement. Pour autant, à y regarder de plus près, les actes concernés ont trait à des problématiques bien différentes (pour une étude exhaustive de la jurisprudence en la matière, V. P. Serrand, *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)* : Paris II, 1996, p. 199 à 374). Sous ce sceau, ont par exemple été regroupées la ratification (*CE, 1er juin 1951, n° 98.750, Sté des Etains et Wolfram du Tonkin : Lebon, p. 312*) ou la suspension (*CE, ass., 18 déc. 1992, n° 120461, préfet de la Gironde c/ Mahmedi : Lebon, p. 446*) des engagements internationaux, la décision d'engager des forces militaires à l'étranger (*CE, 5 juill. 2000, n° 206303*

et 206965, *Mégret et Mekbantari* : *JurisData* n° 2000-060716 ; *Lebon*, p. 291), ou plus récemment la proposition d'un candidat au poste de juge à la Cour pénale internationale (*CE, sect., 28 mars 2014, n° 373064, Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage* : *JurisData* n° 2014-005890 ; *Lebon*, p. 58). Plus proche du cas d'espèce, le juge administratif a d'ores et déjà, de longue date, eu recours à la théorie de l'acte de gouvernement dans le cadre de la protection diplomatique et consulaire (par ex. : *CE, 4 oct. 1968, n° 71894, Sieur Lévy* : *Lebon*, p. 473), à condition que celle-ci ne soit pas encadrée par des engagements internationaux la régissant (*CE, sect., 29 janv. 1993, n° 111946, Bouilliez* : *Lebon*, p. 15). En outre, le refus ministériel d'engager des négociations avec un État étranger a également été qualifié d'acte de gouvernement (*CE, 23 mars 1988, n° 65022, Sté Sapvin* : *Lebon*, p. 133). Ainsi, de façon récurrente, le Conseil d'État a affirmé son incompetence concernant « les actes ou faits par lesquels les autorités françaises interviennent ou refusent d'intervenir auprès des puissances étrangères » (P. Serrand, *L'acte de gouvernement, préc., spéc.*, p. 293). Pour ce faire, il a toujours invoqué le lien entre de tels actes avec la conduite des relations internationales, sphère dans laquelle la juridiction administrative refuse obstinément d'entrer.

Depuis les années 1920 (*CE, 27 juin 1924, n° 76205, Sieurs Goldsmidt et Strauss*, *Lebon*, p. 607), la jurisprudence administrative a forgé la notion de détachabilité afin d'identifier des actes qui, bien qu'ils ne soient pas sans lien avec la conduite des relations internationales, peuvent être considérés comme de véritables actes administratifs, et donc soumis au contrôle du juge. Plusieurs commentateurs se sont essayés à donner une définition des actes détachables, tout en reconnaissant que la notion reste très difficile à cerner (concl. Genevois sur *CE, sect., 22 déc. 1978, n° 2.348, Sieur Vo Thanh Nghia*, *AJDA*, 1979, p. 37), au regard d'une jurisprudence particulièrement laconique. Certaines préoccupations récurrentes ressortent toutefois des arrêts et plus encore de certaines conclusions des commissaires du Gouvernement. En premier lieu, il apparaît assez clairement que l'acte sera jugé détachable s'il est établi qu'il n'a aucune répercussion sur les relations entretenues par l'État avec les autorités ou des organismes étrangers. Dans une telle situation, bien que pouvant contenir des « éléments d'extranéité » (P. Serrand, *L'acte de gouvernement, préc., spéc.* p. 339), les actes considérés se révèlent finalement comme étant essentiellement « tourné [es] vers l'ordre interne » (P. Binczak, « Acte de gouvernement », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2006, § 34) et n'ayant ce faisant pas d'incidence sur les relations entretenues avec des États étrangers. En second lieu, la jurisprudence tend également à mettre en avant un critère cette fois relatif à la marge de manœuvre détenue par les autorités françaises dans l'édition des actes. Si ceux-ci démontrent que leurs auteurs détiennent une « certaine indépendance dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales » ou « l'initiative des moyens grâce auxquels elles se conforment auxdites obligations » (concl. Odent sur *T. confl., 2 févr. 1950, Radiodiffusion française c/ Sté Radio-Andorre*, *RDP*, 1950, p. 427), ils pourront alors être qualifiés de détachables de la conduite des relations internationales.

En l'espèce, le juge des référés considère que la demande de rapatriement faite par les familles des djihadistes nécessiterait en amont que soient engagées des négociations avec les autorités kurdes qui contrôlent la région. Il apparaît de façon évidente que de telles mesures répondent aux deux critères qui viennent d'être rappelés. En effet, il semble tout d'abord indiscutable qu'elles sont directement tournées vers l'ordre externe puisqu'elles entraînent des

conséquences sur les relations avec des autorités étrangères. Ces mesures semblent de surcroît relever de la volonté seule du Gouvernement français. Ainsi, la qualification d'acte indétachable ici retenue s'inscrit sans nul doute dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'État.

En résumé, le juge des référés a fait une application tout à fait classique de sa jurisprudence en qualifiant les mesures concernées d'actes indétachables de la conduite des relations internationales. Toutefois, au regard des faits d'espèce, cette décision prévisible peut interroger quant au devenir de la théorie des actes de gouvernement. Au-delà de la question de sa compatibilité avec le droit au recours, soulevée par les requérants, se pose celle de son acceptabilité à l'heure où le dogme de l'État de droit semble appeler à un renforcement continu des garanties juridictionnelles offertes aux individus.

2. Des griefs centrés sur la garantie des droits : le vacillement des justifications de la théorie de l'acte de gouvernement

L'application classique de la théorie de l'acte de gouvernement retenue par le juge des référés le 23 avril ne devrait pas conduire à faire bouger les lignes entre défenseurs et opposants farouches à cette technique d'abstention. Pour autant, au-delà de la solution retenue, les griefs soulevés par les requérants mettent en lumière la nécessité de repenser les rapports entre l'exigence de garantie des droits et l'immunité accordée aux litiges relatifs aux impératifs supérieurs de l'État. L'invocation du droit au recours garanti par la Convention EDH par les requérants semble appeler à une disparition de la catégorie des actes de gouvernement (A). De façon moins radicale, il peut sembler préférable de voir dans les griefs avancés en l'espèce un appel à l'adaptation de la théorie des actes de gouvernement. Il s'agirait, pour ce faire, que le juge prenne en considération la gravité des conséquences de l'acte contesté lors de l'identification d'un acte de gouvernement (B).

A. - Un appel à la disparition de la théorie de l'acte de gouvernement : l'invocation du droit au recours

La compatibilité de la théorie des actes de gouvernement et du droit au recours a de longue date suscité les interrogations de la doctrine française (P. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge », *LPA*, 4 déc. 1991, n° 154, p. 11). Cette problématique trouve un éclairage nouveau à la lueur des exigences croissantes de la Cour EDH en la matière. Ainsi, certains auteurs n'ont pas hésité à suggérer que l'injusticiabilité des actes de gouvernement pourrait contrevenir à l'existence de recours effectif posée par l'article 13 de la Convention EDH (J.-F. Flauss, « Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif », *LPA*, 4 août 1989, n° 93, p. 27).

Les allégations des requérants reposent sur des droits garantis par la Convention EDH. Ils soutiennent tout d'abord que leurs conditions de détention exposeraient ces derniers à des « traitements inhumains et dégradants » au point de faire peser une menace sur leur vie. Elles constitueraient, de surcroît, une atteinte à leur liberté de mouvement. Ce faisant, ils allèguent une

violation des articles 2, 3 et 5 qui affirment respectivement le droit à la vie, l'interdiction de la torture et enfin le droit à la liberté et à la sûreté.

Si le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères ne remet pas explicitement en cause l'atteinte portée à ces droits garantis par la Convention EDH, il conteste en revanche leur invocabilité. En effet, il allègue que les camps syriens ne se trouvent pas sous la juridiction de l'État français et que par voie de conséquence, ce dernier ne saurait être tenu pour responsable des violations alléguées au sens de l'article 1er de la Convention (*Conv. EDH, 4 nov. 1950, art. 1. – Obligation de respecter les droits de l'homme : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »*). La notion de juridiction a suscité un certain nombre de discussions. Il est toutefois aujourd'hui établi que le critère territorial n'est pas suffisant pour en apprécier l'existence. En effet, l'État pourra être tenu pour responsable même pour des actes ou des omissions commis en dehors du territoire national, à condition qu'au moment des faits, celui-ci exerce un contrôle effectif sur les individus alléguant la violation de leurs droits (J.-A. Carrillo-Salcedo, « Article 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2e éd., 1999, p. 136).

Explicitement accepté par le juge en première instance, l'argument de l'absence de juridiction n'est pas invoqué dans les ordonnances en appel. Toutefois, il apparaît en filigrane dans les motivations du juge d'appel lorsqu'il érige « l'engagement de négociations avec des autorités étrangères » comme condition *sine qua non* d'un potentiel retour des requérantes et de leurs enfants « à partir d'un territoire hors de sa souveraineté ». Si ces précisions permettent en premier lieu au juge de justifier le recours à la théorie des actes de gouvernement, elles semblent également, en creux, confirmer l'absence de juridiction dont se réclamait le ministre.

En se focalisant sur l'absence d'autorité de l'État français sur les individus placés dans les camps en Syrie, le juge des référés parvient ainsi à éluder l'épineuse question de la compatibilité du droit au recours avec l'immunité juridictionnelle octroyée aux actes de gouvernement. Il convient de constater que le Conseil d'État a pu par le passé reconnaître de façon explicite que la reconnaissance d'un acte de gouvernement et l'incompétence de la juridiction administrative qui s'ensuit, ne constituent pas une méconnaissance des articles 1 et 13 de la Convention EDH (*CE, 30 déc. 2015, n° 384321, Dupin : JurisData n° 2015-029253 ; Lebon, p. 486*). Si une telle affirmation n'est étayée d'aucune explication, elle peut aisément s'appuyer sur une jurisprudence « fort prudente » (*F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme : PUF, 14e éd., 2019, p. 595*), et relativement floue, de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. En effet, lorsqu'elle a été amenée à se pencher sur la compatibilité entre les immunités juridictionnelles existant dans les différents systèmes nationaux et le droit au recours, la Cour a tenu à rappeler que « le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu » (*CEDH, 21 févr. 1975, n° 4451/70, Golder c/ Royaume-Uni, § 38*). Par conséquent, les États peuvent y apporter certaines restrictions sans pour autant contredire les exigences de la Convention. La compatibilité de ces limitations avec le droit au recours sera alors évaluée selon des critères qui demeurent sujets à interprétation. La Cour a ainsi précisé que les immunités juridictionnelles ne peuvent pas conduire à porter atteinte à la « substance même » des droits garantis par la Convention. Pour s'en assurer, elle se réfère alors à deux éléments : la poursuite

d'un « but légitime » d'une part et l'existence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*CEDH, 28 mai 1985, n° 8225/78, Ashindane c/ Royaume-Uni*, § 57). Face à la porosité de ces critères, il semble hasardeux de vouloir préjuger de la conformité de la théorie des actes de gouvernement avec les articles 6 et 13 (pour une tentative intéressante, V. M. Vonsy, « *Actes de gouvernement et droit au juge* », *RFDA*, 2008, p. 728). Toutefois, on ne peut que constater que la Cour se montre habituellement très conciliante lorsqu'elle est amenée à examiner des mécanismes similaires à la théorie des actes de gouvernement (par ex. : *CEDH, 14 déc. 2006, n° 1398/03, Markovic et a. c/ Italie*).

Les avocats des requérants dans l'affaire du rapatriement depuis la Syrie ont saisi la CEDH, lui donnant ainsi l'occasion de se pencher une nouvelle fois sur la compatibilité entre actes de gouvernement et droit au recours. La souplesse dont a pour l'instant fait preuve la Cour rend douteuse l'hypothèse d'une remise en question de la théorie des actes de gouvernement. Toutefois, il n'est pas impossible que la gravité des violations alléguées, ainsi que la potentielle multiplication des recours sur ce même sujet, incite la Cour à renforcer les exigences portées par les articles 6 et 13. Sans intervention du législateur français, elle paraît la mieux à même de pouvoir insuffler une meilleure prise en considération des droits fondamentaux. Une telle intervention semblerait d'autant plus pertinente que la conception française de la théorie des actes de gouvernement apparaît aujourd'hui de plus en plus singulière.

B. - Un appel à la subjectivisation de la théorie de l'acte de gouvernement : la prise en considération de l'atteinte aux droits et libertés des requérants

Afin de contourner l'immunité créée par l'application de la théorie des actes de gouvernement, les avocats des requérants ont largement mis en avant la situation particulière dans laquelle se trouvent les femmes et leurs enfants présents dans les camps en Syrie. Outre la violation de certains de leurs droits conventionnels, ils invoquent également l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par une décision QPC récente du Conseil constitutionnel (*Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC : JurisData n° 2019-004007*). En première instance, le juge des référés a tenu à rappeler que ces différents principes, qu'il s'agisse de la garantie de la dignité humaine, celle du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, tout comme le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant constituaient des obligations s'imposant à l'État français à l'égard de ses ressortissants et ce, qu'ils se trouvent sur le territoire national ou à l'étranger. Une telle affirmation est pourtant restée sans conséquence concrète sur l'issue du litige, l'identification d'un acte de gouvernement ayant conduit le juge à se déclarer incompétent en l'espèce.

Au-delà de la question spécifique de l'invocabilité des droits garantis par la Convention EDH, les arguments avancés par les requérants permettent ainsi de rappeler une particularité de la jurisprudence en matière d'actes de gouvernement. Contrairement à d'autres catégories d'actes exclus du prétoire au stade de la recevabilité, les juges continuent à adopter une approche de principe, dénuée de toute considération pour les conséquences de l'acte sur la situation des requérants. Ainsi, les allégations concernant la violation de leurs droits fondamentaux ne semblent d'aucune prise sur l'application de la théorie des actes de gouvernement. En comparaison, la

jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur (*CE, ass., 17 févr. 1995, n° 107766 et 97754, Hardouin et Marie : Lebon, p. 82 et 85*) a depuis un certain temps déjà manifesté la volonté du juge administratif de prendre en considération les conséquences de l'acte contesté sur la situation des individus.

Selon certains commentateurs, cette absence de considération des droits fondamentaux en la matière peut s'expliquer par l'objet particulier des actes de gouvernement : ces derniers n'ayant trait qu'à la conduite des relations internationales ou aux rapports entretenus par les pouvoirs publics, ils ne seraient pas de nature à porter atteinte aux droits des requérants (R. Abraham, « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *RFDA*, 1990, p. 1053 : « À vrai dire, on peut penser que la question ne se pose pas sérieusement pour les actes de gouvernement qui, par leur nature – actes relatifs à la conduite des relations internationales ou aux rapports entre les pouvoirs publics – ne paraissent guère susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ces articles 6 et 13. »). Le cas d'espèce tend à remettre en cause une telle interprétation, laquelle avait d'ores et déjà fait l'objet de critiques au sein de la doctrine (P. Terneyre, *Le droit constitutionnel au juge, préc., spéc.* p. 11. – F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *RFDA*, 2001, p. 1097). Ce faisant, il invite le commentateur à s'interroger sur les potentielles adaptations de la théorie de l'acte de gouvernement, à travers une prise en compte nouvelle des circonstances particulières d'espèce.

À ce titre, la mention du droit étranger présente un intérêt certain. En effet, la réticence des juges à l'égard d'actes relatifs à la conduite des relations internationales est également perceptible dans un grand nombre de systèmes juridiques étrangers. Ainsi, des actes similaires sont exclus du prétoire américain par le biais de la *political question doctrine* (E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 322 et s.). En Angleterre, sont considérés comme injusticiables certains actes lorsqu'ils sont qualifiés d'*act of State* (A. Perreau-Saussine, « British Acts of State in English Courts », *British Yearbook of International Law*, vol. 78, Issue 1, 2008, p. 176-254) ou encore, selon les domaines concernés, lorsqu'ils découlent de l'exercice de la prérogative royale (H.-W.-R. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 11th ed., 2014, p. 179 et s.). En Espagne, le législateur a explicitement exclu certains actes en matière de relations internationales de la compétence de la juridiction administrative (F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *préc., spéc.* p. 1086). Pour autant, contrairement à la théorie française des actes de gouvernement, ces équivalents étrangers ont progressivement évolué afin de répondre à l'exigence de garantie des droits fondamentaux.

Aux États-Unis, une partie de la doctrine a insisté sur la nécessité de préserver les cas impliquant des droits individuels de l'application de la *political question doctrine* (J.-H. Choper, « The Political Question Doctrine : Suggested Criteria », *Duke Law Journal*, 2005, vol. 54, p. 1470. – R.-L. Brown, *When Political Questions Affect Individual Rights : The Other Nixon v. United States, Sup. Ct. Rev.*, 1993, p. 127). Selon ces auteurs, la garantie de ces droits constituant la raison d'être du contrôle juridictionnel, elle ne saurait être mise à mal par l'invocation de l'immunité des questions politiques (W. Dellinger, H.-J. Powell, *Marshall's Questions*, 2 Green Bag 2d, 1999, p. 374). Ces

suggestions n'ont pas été explicitement reprises par la Cour suprême, les allégations d'atteinte aux droits individuels ne constituant pas explicitement un critère d'exclusion de la *political question doctrine* (l'arrêt fondateur en la matière qui fixe les critères d'identification d'une « question politique » ne fait pas explicitement référence à ce critère (V. *Baker v. Carr* 369 U.S 186 [1962])). Pour autant, à y regarder de plus près, de telles allégations ne semblent pas sans influence sur la décision du juge de trancher ou non le litige. Par exemple, dans des cas très similaires relatifs à la constitutionnalité du découpage électoral, l'application de la *political question doctrine* est apparue largement dépendante du choix des dispositions constitutionnelles invoquées (sur ce point, V. J.-H. Choper, « The Political Question Doctrine : Suggested Criteria », *préc., spéc.* p. 1484. – R.-J. Pushaw, « Justiciability and Separation of Powers : A Neo-Federalist Approach », *Cornell L. Rev.*, 1995-1996, vol. 81, p. 449, note 267).

Plus clairement, dans le système britannique, l'injusticiabilité de principe de certains actes en raison de leur objet a laissé place à une analyse bien plus casuistique. Pour accepter de procéder à un contrôle, les juges anglais ont pu ainsi insister sur les conséquences sur les droits et libertés des individus (tel a notamment été le cas concernant l'octroi d'un passeport, décision qui, selon les juges, affectait de façon importante la liberté de mouvement des requérants et qui par conséquent a pu faire l'objet d'un contrôle (V. *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett* [1989] Q.B. 811). Parallèlement, il a été affirmé que l'intensité du contrôle effectué dépendait des faits d'espèce et plus précisément, que l'exigence de rationalité de l'acte serait d'autant plus forte qu'il entraîne des conséquences sur les droits fondamentaux des requérants (*R v Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] Q.B. 517 [CA]).

En Espagne, une évolution similaire est nettement perceptible à travers la loi du 13 juillet 1998 qui met fin à l'immunité de principe traditionnellement accordée aux *actos políticos*. Ceux-ci peuvent désormais faire l'objet d'un contrôle et ce, afin de garantir les droits fondamentaux.

Ce très bref détour par le droit étranger tend à démontrer que l'approche de principe adoptée par le juge administratif français dans l'identification des actes de gouvernement apparaît de plus en plus isolée. Si la jurisprudence ne semble pas encline à faire émerger des aménagements propres à garantir une meilleure protection des droits, peut-être faut-il attendre que ce changement vienne de la Cour européenne des droits de l'homme.