

Licence 2

Année 2021/2022, Second semestre

DROIT ADMINISTRATIF

Travaux dirigés

**Séance 7 :
La théorie des actes de gouvernement**

I Documents :

Document1 : Conseil d'Etat Ass. 29 septembre 1995, Association Greenpeace, n° 171277

Document 2 : Conseil d'Etat, ord. 23 avril 2019, note S. Slama, L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen, AJDA 2019, p.1664.

Document 3 : TA Paris, 8 juin 2019, Actionn Sécurité Ethique Républicaine, note Mulier, AJDA 2019

Document 4 : Conseil d'Etat, 9 novembre 2020, D. c/ Président de la République, Conclusions Lallet, AJDA 2021

Document n°5 : Conseil d'Etat, ord. 25 avril 2021

Exercice : Cas pratique

A la suite des élections présidentielles d'avril 2027, Edouard Drumont, du Parti Réaction Française, décide -afin de pouvoir rembourser la dette de la France -

d'annexer la principauté de Monaco et nomme à la tête du gouvernement monégasque le Général Boulanger.

Les biens de ressortissants français installés à Monaco avant 1989 sont confisqués par décision du Président de la République afin de payer l'impôt sur la fortune immobilière auxquels ils ont jusqu'alors échappé sur le fondement de la convention fiscale franco—monégasque de 1963.

Vous êtes saisi par les membres de la famille Grimaldi ainsi que par un collectif de français établis à Monaco. Ils envisagent de saisir les juridictions françaises dont le Conseil constitutionnel voire également la Cour européenne des droits de l'homme.

Ils invoquent :

1. La violation de l'article 35 de la Constitution qui soumet la déclaration de Guerre à l'autorisation du Parlement

2. La violation du Traité franco-monégasque du 24 octobre 2002 qui confirme la souveraineté de l'Etat de Monaco et l'exercice des fonctions princières par les membres de la famille Grimaldi

3 .La violation de la convention fiscale franco-monégasque.

4. La violation de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur le respect au droit aux biens.

Pouvez-vous les renseigner quant à leur chance de succès ?

PS : Aux dernières nouvelles, Edmond Drumont vient d'être destitué par le Parlement constitué en Haute Cour. Le Général Boulanger s'étant de son côté suicidé.

Document 1 :

Conseil d'Etat, Assemblée, 29 septembre 1995, 171277, publié au recueil Lebon

Considérant que le Président de la République a, le 13 juin 1995, rendu publique sa décision de procéder, en préalable à la négociation d'un traité international, à la reprise d'une série d'essais nucléaires ; que ces essais avaient été suspendus en avril 1992 au soutien d'une initiative diplomatique de la France portant sur le désarmement nucléaire, et que ce moratoire avait été prolongé en juillet 1993 après que les principales puissances nucléaires eurent elles-mêmes annoncé la suspension de leurs propres essais ; qu'ainsi la décision attaquée n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe, par suite, à tout contrôle juridictionnel ; que la juridiction administrative n'est, dès lors, pas compétente pour connaître de la requête de l'association X... France tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision ;

Document 2 : Conseil d'Etat , ord. Référé, 23 avril 2019

Et note S.Slama, L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen, Non-rapatriement des femmes françaises et de leurs enfants des camps du Kurdistan syrien, AJDA 2019 p.1644

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

2. Mme C. et Mme D. ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris d'enjoindre à l'Etat, à titre principal, de procéder au rapatriement de Mme C., retenue avec ses trois enfants mineurs dans le camp de Roj situé dans le nord-est de la Syrie. Par une ordonnance du 9 avril 2019 dont Mme C. et Mme D. ont fait appel, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a rejeté leur demande.

3. La requête de Mme C. et de Mme D. a pour objet soit que l'Etat intervienne auprès d'autorités étrangères sur un territoire étranger afin d'organiser le rapatriement en France de

ressortissants, soit qu'il s'efforce de prendre lui-même des mesures pour assurer leur retour à partir d'un territoire hors sa souveraineté. Les mesures ainsi demandées en vue d'un rapatriement, qui ne peut être rendu possible par la seule délivrance d'un titre leur permettant de franchir les frontières françaises, ainsi que cela a été demandé à l'audience, nécessiteraient l'engagement de négociations avec des autorités étrangères ou une intervention sur un territoire étranger. Elles ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales de la France. En conséquence, une juridiction n'est pas compétente pour en connaître.




« Une juridiction n'est pas compétente pour en connaître »⁽¹⁾. Cette étrange formulation, jusque-là inusitée dans le contentieux des actes de gouvernement, vise probablement, pour le juge des référés du Conseil d'Etat, à indiquer aux requérantes - des femmes françaises de djihadistes détenues, avec leurs enfants, dans les camps du nord-est de la Syrie - que non seulement le juge administratif mais aussi les cours européennes, si elles étaient saisies, ne sont pas compétents pour connaître de leurs demandes de rapatriement.



Ce faisant, le juge suprême s'écarte des formulations habituellement utilisées face à de tels actes, à savoir, que ces mesures échappent, en raison de leur nature, « à tout contrôle juridictionnel » (T. confl. 2 févr. 1950, n° 1243, *Radiodiffusion française c/ Société de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion « Radio Andorre »*, Lebon⁽²⁾ 652), ou qu'elles ne sont pas « de nature à être déferées à la juridiction administrative » (CE, ass., 11 juill. 1975, n° 92381⁽³⁾, *Paris de Bollardièrre*, Lebon⁽⁴⁾ 423 ; AJDA 1975. 455, chron. M. Franc et M. Boyon), soit qu'elles « échappent à la compétence du juge administratif » (CE 16 nov. 1998, n° 161188, *Lombo*, Lebon⁽⁵⁾ 407 ; JCP 1998. II. 10124, note B. Toulemonde), soit, plus récemment, que, par suite de leur caractère non détachable, la juridiction administrative « n'est pas compétente pour connaître des requêtes » (CE 23 sept. 1992, n° 120437, *GISTI, Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples [MRAP]*, Lebon⁽⁶⁾ 346 ; AJDA 1992. 752⁽⁷⁾, concl. D. Kessler⁽⁸⁾, obs. R. S.⁽⁹⁾ ; RFDA 1993. 352, chron. D. Ruzié⁽¹⁰⁾ ; CE, ass., 29 sept. 1995, n° 171277, *Association Greenpeace France*, Lebon⁽¹¹⁾ 347 ; AJDA 1995. 749⁽¹²⁾ ; 684, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux⁽¹³⁾ ; et 1996. 376, chron. J.-F. Flauss⁽¹⁴⁾ ; D. 1996. 205⁽¹⁵⁾, note S. Braconnier⁽¹⁶⁾ ; RFDA 1996. 383, chron. D. Ruzié⁽¹⁷⁾ ; JCP 1996. II. 22582, note J. Moreau ; RD publ. 1996. 256, concl. M. Sanson ; et 1162, note W. Sabète ; CE 5 juill. 2000, n° 206303, *Mégret et Mekhantar*, Lebon⁽¹⁸⁾ 291 ; AJDA 2001. 95⁽¹⁹⁾, note Y. Gounin⁽²⁰⁾ ; CE 15 oct. 2008, n° 321470⁽²¹⁾, *Hoffer*). Cette formulation est utilisée, y compris lorsque ont été invoquées les stipulations de l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) (CE 30 déc. 2003, n° 255904, *Comité contre la guerre en Irak*, Lebon⁽²²⁾ 707 ; AJDA 2004. 613⁽²³⁾ ; Dr. adm. 2004. Comm. 65, note F. Lombard). Tout au plus le Conseil d'Etat prend-il soin de préciser, lorsque sont contestés les actes non « détachables de la procédure d'élection des juges à la Cour pénale internationale par l'Assemblée des Etats parties à la convention [...] », que ceux-ci « échappent, dès lors, à la

compétence de la juridiction administrative française » (CE, sect., 28 mars 2014, n° 373064, Lebon [📄](#) 58 ; AJDA 2014. 712 [📄](#) ; Dr. adm. 2014, n° 43, note G. Eveillard). Et le Tribunal des conflits a pu estimer, à propos du refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi en vue de la transposition en droit interne d'une décision-cadre du Conseil de l'Union européenne, que « ni la juridiction administrative ni la juridiction judiciaire ne sont compétentes pour en connaître » (T. confl. 18 mai 2015, n° 3995, Lebon [📄](#) et T. confl. 6 juill. 2015, n° 3995 [📄](#), *Krikorian c/ Premier ministre*, AJDA 2016. 265 [📄](#), note E. Carpentier [📄](#) ; v. aussi, à propos des emprunts russes, T. confl. 11 mars 2019, n° 4153, Lebon [📄](#) ; AJDA 2019. 554 [📄](#)).

La formulation utilisée s'explique aussi par le fait que le juge des référés du Conseil d'Etat a entendu, à mots couverts, répondre au fait que deux des quatre requérantes (aff. n°s 429668 et 429669) lui avaient demandé, de manière inédite en référé, de saisir la Cour de Strasbourg, sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 16 à la Conv. EDH, d'une demande d'avis portant sur la conformité de la théorie des actes de gouvernement aux articles 6, § 1 et § 13 de la convention (v., pour un précédent dans lequel le Conseil d'Etat n'a, en définitive, pas formulé de demande d'avis, alors même que, parallèlement, la Cour de cassation l'a fait dans l'affaire *Menesson* le 5 octobre 2018 : CE, ass., 12 oct. 2018, n° 408567, *Société Super coiffeur*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2018. 2390 [📄](#), chron. C. Nicolas et Y. Faure [📄](#) ; D. 2019. 678, obs. J.-M. Pastor [📄](#), note E. Belliard et M. Grange [📄](#) ; RFDA 2018. 1161, concl. C. Touboul [📄](#) ; Constitutions 2018. 554, chron. L. Domingo [📄](#)). Elles demandaient également de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg portant sur la conformité de cette théorie à la charte des droits fondamentaux (v. déjà, pour le non-renvoi d'une question préjudicielle à l'aune de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH : CEDH 26 nov. 2013, n° 6459/07 [📄](#), *Krikorian c/ France*, RTD eur. 2015. 156, obs. F. Benoît-Rohmer [📄](#)). Les avocats de ces requérantes [📄](#)(2) avaient aussi envisagé de contester la constitutionnalité de la théorie des actes de gouvernement, au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Mais s'agissant d'une notion prétorienne elle ne repose pas formellement sur une disposition législative pouvant faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC ; pour une première tentative, dans la même affaire *Krikorian*, suite à la décision du Conseil d'Etat se déclarant incompétent : CE 26 nov. 2012, n° 350492, *Krikorian*, Lebon [📄](#) ; RTD eur. 2013. 874, obs. D. Ritleng [📄](#) ; v. Civ. 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-21.309 [📄](#), AJDA 2015. 246 [📄](#)).

Mais eu égard aux circonstances très particulières de ces espèces, cette déclaration d'incompétence radicale du juge administratif suscite, une nouvelle fois, des interrogations sur « l'immunité éternelle » (B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, n° 305, p. 373) offerte par le juge administratif suprême aux actes de gouvernement, même lorsque ceux-ci portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux. La seule échappatoire possible est, pour l'heure, la possibilité d'une indemnisation dans le cadre de la responsabilité sans

faute de l'Etat sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques pour réparer le préjudice né de conventions internationales (CE 27 juin 2016, n° 382319, Lebon  ; AJDA 2017. 67 , note A. Jacquemet-Gauché .

Ainsi, afin de normaliser, pour ne pas dire déradicaliser (3), les actes de gouvernement, ne faudrait-il pas, non seulement les « cantonner [...] à leur noyau dur » (S. Roussel et C. Nicolas, De l'injusticiabilité des actes de gouvernement, AJDA 2018. 491 ) , mais aussi assurer la mise en adéquation de la notion d'actes non détachables des relations diplomatiques avec les critères d'application du droit européen des droits de l'Homme et, le cas échéant, du droit de l'Union, afin de garantir aux personnes un droit au recours effectif en cas d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux.

I - Mettre en adéquation l'acte non détachable des relations diplomatiques avec le droit européen

Les ordonnances commentées peuvent être lues comme une volonté du juge administratif d'aligner l'acte détachable, ou non, des relations diplomatiques sur le critère de « juridiction » de l'article 1^{er} de la Conv. EDH permettant l'invocation des droits et libertés garantis par celle-ci. Si une telle évolution jurisprudentielle est la bienvenue, on peut néanmoins se demander si le juge des référés n'a pas failli dans les cas d'espèce en déclarant incompétente toute juridiction pour connaître de la question du rapatriement des requérantes et de leurs enfants.

A. Un alignement bienvenu sur le critère de juridiction de l'article 1^{er} de la Conv. EDH

Saisi en référé-liberté de quatre requêtes, émanant de ressortissantes françaises (n^{os} 429668, 429669 et 429674) ou de leurs parents (n^o 429701), visant à ce que les autorités françaises assurent le rapatriement de ces femmes ainsi que de leurs enfants, détenus dans les camps de Roj ou d'Al-Hol, en leur délivrant un titre leur permettant de franchir les frontières, le juge des référés du Conseil d'Etat rejette ces requêtes en estimant, à chaque fois, qu'elles ne sont pas « détachables de la conduite des relations internationales de la France ». De telles mesures nécessiteraient, selon les ordonnances, l'engagement de négociations avec des autorités étrangères ou une intervention sur un territoire étranger dès lors qu'elles ont pour objet soit que l'Etat « intervienne auprès d'autorités étrangères sur un territoire étranger » afin d'organiser leur rapatriement, soit qu'il « s'efforce de prendre lui-même des mesures pour assurer leur retour à partir d'un territoire hors sa souveraineté » (consid. 3).

Certes, pourrait-on objecter, ces personnes ne sont pas formellement détenues par les autorités d'un gouvernement étranger (la Syrie), mais par des forces rebelles, kurdes et plus largement les forces démocratiques syriennes (FDS) qui, sans être formellement reconnues comme un Etat, contrôlent *de facto* cette région, et les camps, avec l'aide des puissances occidentales membres de la Coalition (dont la France). Mais dans ses ordonnances du 23 avril 2019, le juge des référés suit une logique similaire à celle d'un précédent du 3 octobre 2018 dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que la décision des autorités françaises de ne pas rapatrier les harkis à la fin de la guerre d'indépendance n'était pas détachable de « la conduite des relations entre la France et l'Algérie », alors même que l'Algérie n'était pas encore, entre le cessez-le-feu du 18 mars 1962 et la proclamation de l'indépendance le 5 juillet 1962, constituée en Etat mais uniquement contrôlée par le Front de libération nationale (FLN) (CE 3 oct. 2018, n° 410611, Lebon [📄](#) ; AJDA 2018. 1872 [📄](#) ; et 2187 [📄](#), chron. C. Nicolas et Y. Faure [📄](#) ; RFDA 2018. 1131, concl. A. Bretonneau [📄](#)).

Toutefois la difficulté principale était de déterminer si les requérantes pouvaient valablement se prévaloir du droit de la Conv. EDH ou, le cas échéant, du droit de l'Union européenne. Dans l'affirmative, la déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat, liée à la reconnaissance d'un acte non détachable des relations diplomatiques, aurait exposé la France à une condamnation pour absence de recours effectif en droit interne (v. *infra*). Or, l'application de la convention est conditionnée, par son article 1^{er}, à ce que les personnes invoquant les droits et libertés qu'elle garantit soient placées sous la « juridiction » d'un Etat membre.

Ce lien entre la notion d'acte non détachable et le critère de « juridiction » est plus clairement établi par le juge des référés du tribunal administratif de Paris dans ses ordonnances (9 avr. 2019, n°s 1906076/9 et 1906077/9 et 10 avr. 2019, n°s 1906335/9 et 1906679/9) que par celles du Conseil d'Etat qui les confirment en appel. En effet, en application de la théorie des actes de gouvernement, le juge de première instance s'était déclaré incompétent non seulement parce que le rapatriement de ces ressortissants français « relève de négociations préalables entre l'Etat français et les autorités qui contrôlent ce territoire, et le déploiement de moyens spécifiques, éventuellement militaires, sur le territoire concerné », mais aussi parce qu'en l'espèce, il n'était pas établi par les éléments du dossier que « la France exercerait, par le biais notamment de la présence d'"agents publics", un contrôle sur ce territoire » ou sur ces camps (v. sur ces ordonnances, notre décryptage, avec M.-L. Basilien-Gainche, Familles de « djihadistes français : quels devoirs et obligations pour la France ? », blog du club des juristes, 15 avr. 2019).

Avec cette référence à l'absence de contrôle effectif, par l'entremise d'agents sur place, on reconnaît l'un des critères utilisés par la Cour européenne pour déterminer, en cas de litige

extraterritorial, si la Conv. EDH est applicable (v., not., CEDH 7 juill. 2011, n° 55721/07¹⁶, *Al Skeini et a. c/ Royaume-Uni*, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen¹⁷). Mais dans le cas d'espèce, l'interprétation retenue ne fait pas l'unanimité.

B. Une déclaration d'incompétence de toute juridiction sujette à caution

Les opinions divergent sur le point de savoir si les ressortissants français détenus dans des camps du Kurdistan syrien peuvent utilement se prévaloir de la Conv. EDH, mais aussi s'il est possible d'imputer aux autorités françaises, du fait de leur non-rapatriement, la violation des droits et libertés garantis (sur cette question complexe, v. Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 1 de la convention européenne des droits de l'homme. Obligation de respecter les droits de l'homme. Notions de « juridiction » et d'imputabilité*, mise à jour du 31 déc. 2018). On aura compris que le juge des référés du Conseil d'Etat en estimant, par les ordonnances commentées, qu'aucune juridiction ne pouvait connaître des demandes de rapatriement a implicitement, mais nécessairement, estimé que la convention n'était pas invocable car les intéressés, qui sont détenus dans un territoire « hors [l]a souveraineté » française, ne relèveraient pas de la « juridiction » de l'Etat français.

Pourtant, dans les circonstances de l'espèce, ces questions d'invocabilité du droit de la Conv. EDH valent la peine d'être examinées de manière plus poussée.

Dans de longues et inhabituelles « recommandations générales » (prises au titre de l'art. 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011), et qui se concluent sur une demande au Premier ministre et aux ministres destinataires qu'il « lui soit rendu compte des suites données [...] dans un délai d'un mois », le Défenseur des droits soutient que la Conv. EDH est bien applicable (Décis. n° 2019-129 du 22 mai 2019 relative à la rétention d'enfants français et de leurs mères dans les camps sous le contrôle des forces démocratiques syriennes au nord de la Syrie).

Si le lien de nationalité ne peut, à lui seul, suffire à justifier une application extraterritoriale de la Conv. EDH, des actions des Etats parties à la convention accomplies ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser, dans des circonstances exceptionnelles, comme l'exercice par eux de leur « juridiction » au sens de l'article 1^{er} de la convention. Pour cela il est nécessaire, comme cela a été mentionné précédemment, que l'Etat en cause exerce sur un territoire son autorité ou un contrôle effectif, directement, par le biais de ses forces armées, ou, indirectement, par le biais d'agents ou d'affidés sur place, ou encore par une administration locale subordonnée (v. *Al Skeini*, préc., § 139).


Parmi l'ensemble des critères utilisés par la Cour européenne pour apprécier l'effectivité du contrôle de l'Etat membre sur un territoire, on trouve le nombre de soldats déployés mais aussi le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à « l'administration locale subordonnée » qui, sans lui assurer nécessairement une « autorité effective », lui permet d'exercer, à tout le moins, une « influence décisive » (CEDH 8 juill. 2004, n° 48787/99¹, *Ilascu c/ Moldova*, AJDA 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss² ; D. 2005. 1004³ ; *ibid.* 995, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon⁴ ; RSC 2005. 630, obs. F. Massias⁵ ; CEDH 23 févr. 2016, n° 11138/10⁶, *Mozer c/ République de Moldova et Russie*, § 110 ; CEDH 16 juin 2015, n° 40167/06, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, § 128). L'influence doit être « décisive » car s'il peut être question de rapatrier des Français détenus dans des camps contrôlés par des camps d'alliés de la France, il serait problématique qu'un ressortissant français comme Carlos Ghosn puisse mettre en cause la responsabilité de la France sur le fondement de la Conv. EDH en raison de ses conditions de détention et de garde à vue au Japon, même si elles sont peu respectueuses des droits de l'homme.

Or, en premier lieu, selon le Défenseur des droits, il résulte de différentes déclarations ministérielles ou présidentielles, mais aussi d'une audition de l'ancien directeur général de la sécurité extérieure, Bernard Bajolet, devant le Sénat (« C'est grâce aux Kurdes, aux Forces démocratiques syriennes aussi, que Daech a été chassé du nord de la Syrie. Nous les avons beaucoup aidés, la France était à Kobané bien avant les Américains » - audition par la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées le 6 mars 2019), que la France exerce, pas uniquement dans « Le bureau des légendes » mais aussi dans la réalité, une influence « décisive » auprès des Kurdes grâce à ses agents sur place.

En second lieu, toujours selon le Défenseur des droits (recommand. préc., § 79), même si la France n'exerce plus la protection consulaire en Syrie (v. *infra*), le ministère de l'Europe et des affaires étrangères dispose « par le biais du centre de crise, avec le soutien du ministère de la défense », d'une « capacité opérationnelle » permettant d'organiser matériellement le rapatriement de ressortissants français à partir de ces camps. Cela a été démontré lorsque les autorités françaises ont procédé, le 15 mars 2019, au rapatriement de cinq mineurs orphelins et isolés, âgés de 5 ans et moins, qui se trouvaient dans ces mêmes camps du nord-est de la Syrie (le ministre Le Drian a alors tenu à remercier « les Forces démocratiques syriennes de leur coopération, qui a rendu possible cette issue » - communiqué du 15 mars 2019) puis, le 27 mars, d'une fillette isolée ou, le 10 juin, douze nouveaux enfants dont dix orphelins. Une opération plus globale visant à assurer le retour de 250 autres Français, dont 150 enfants et 63 femmes, a aussi été préparée mais elle a été suspendue par crainte de réaction de l'opinion publique (Etat islamique : un rapatriement programmé, préparé, mais gelé, *Libération*, 4 avr.

2019).

Dans ses écritures en défense, le ministère des affaires étrangères reconnaissait certes que la France est l'un des membres de la coalition internationale qui « entretient un partenariat opérationnel avec les FDS dans la lutte contre Daech ». Mais ce soutien ne « remplit aucunement les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour caractériser l'exercice d'une juridiction au sens de l'article 1^{er} ». Cette argumentation semble avoir emporté la conviction du juge des référés du Conseil d'Etat. Dans deux arrêts du 12 septembre 2018 et 27 février 2019, la cour d'appel de Bruxelles a suivi un raisonnement similaire pour censurer des ordonnances d'un premier juge qui avait ordonné le rapatriement d'enfants belges détenus dans le camp d'Al Hol (Belgique : la justice n'impose plus à l'Etat de rapatrier six enfants belges de Syrie, AFP, 2 févr. 2019). Toutefois, le 29 mars, un juge de première instance bruxellois ordonnait, de nouveau, au gouvernement d'Outre-Quévrain le rapatriement d'une jeune belge.

Il appartiendra à la Cour de Strasbourg de trancher, dans un délai qu'on espère le bref possible, ce noeud gordien. En effet, peu après la lecture des ordonnances commentées, M^{es} Marie Dosé et Henri Leclerc ont introduit devant la Cour de Strasbourg une requête contre le refus des autorités françaises d'organiser en urgence le rapatriement, à partir du même camp, des petits-enfants (de 3 et 4 ans), souffrant de dysenterie, et de la fille des requérants, atteinte d'une fièvre typhoïde sévère non prise en charge. Cette dernière est également sous le coup d'un mandat d'arrêt international délivré par une juge antiterroriste française. Dans son communiqué du 6 mai 2019  (4), l'équipe de défense des requérants, dans laquelle figure le professeur Sébastien Touzé, soutient que les intéressés relèvent bien de la « juridiction » de la France au sens de l'article 1^{er} de la convention et que la décision des autorités françaises les expose, de manière consciente et délibérée, à des traitements contraires à l'article 3 mais aussi à une violation du paragraphe 2 de l'article 3 du protocole n° 4 de la Conv. EDH (non-bannissement des nationaux). La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a décidé de solliciter de la Cour l'autorisation de tiers intervenir dans cette affaire (tweet du 9 juill. 2019).

En tout état de cause, en se retranchant, dans les ordonnances commentées, derrière la théorie des actes du gouvernement, le juge des référés n'a pas assuré une garantie effective des droits et libertés fondamentaux de ces nationaux.

II - L'absence de protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux

L'idée d'intégrer la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux comme critère régulateur de la notion d'acte de gouvernement n'est pas nouvelle. Il s'agirait d'assurer la protection effective des droits et libertés de personnes faisant état de liens suffisants avec la France, en garantissant un droit au recours effectif, particulièrement aux nationaux bénéficiant du droit à la protection consulaire.

A. Une clause de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux

A l'image de la clause de sauvegarde dégagée par le Conseil d'Etat dans le contentieux des mesures d'ordre intérieur (v., not., CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Boussouar*, Lebon ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RFDA 2008. 87, concl. M. Guyomar), on pourrait imaginer que les actes en lien avec les relations diplomatiques soient nécessairement susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif dès lors qu'ils portent suffisamment atteinte aux droits et libertés fondamentaux. En ce sens, en 2001, déjà, Fabrice Melleray évoquait une loi espagnole ayant mis fin à l'immunité juridictionnelle de l'équivalent des actes de gouvernement en affirmant « la compétence du juge administratif pour opérer le contrôle de certains de leurs éléments » dont la protection des droits fondamentaux (L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question, le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, RFDA 2001. 1086). Sans être partisan de « mettre fin » à cette théorie (L. Favoreu, Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement, *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 607), il préconisait néanmoins d'intégrer non seulement la dimension constitutionnelle (ce qui est évidemment d'autant plus impératif depuis l'avènement de la QPC et le développement du droit au recours effectif dans le champ des droits et libertés constitutionnels) mais aussi « les exigences du droit européen » (F. Melleray, En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement ?, *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1317).

Dans leur chronique (préc.), Sophie Roussel et Charline Nicolas soulignent, elles aussi, que « l'immunité juridictionnelle dont jouissent les actes de gouvernement n'est en effet, de notre point de vue, acceptable [et justifiable] que si le contrôle politique [...] épuise entièrement la question du contrôle de ces actes. Si tel n'est pas le cas, il devrait y avoir place pour un contrôle du juge administratif ». Un tel contrôle « politique » existe, peu ou prou, s'agissant des actes non détachables régissant les relations entre pouvoirs publics constitutionnels ; en revanche, les actes régissant les relations diplomatiques échappent, en l'état actuel du droit public (français et international), à tout contrôle. Pour tempérer les effets radicaux (immunité juridictionnelle totale) et nocifs (pour les libertés) des actes de gouvernement, la doctrine,

suggère, de longue date (v., not., P. Duez, *Les actes de gouvernement*, Dalloz, 1935, rééd. 2006, p. 193), la possibilité pour le juge administratif « de vérifier leur légalité externe [compétence, forme] et interne [but, erreur de droit, erreur dans l'exactitude des faits avancés par l'Administration] » (B. Plessix, préc., p. 374). A notre sens, ce contrôle restreint, voire même *infra minimal* (chron. préc. de S. Roussel et Ch. Nicolas), achopperait toutefois à protéger effectivement les droits et libertés garantis par le droit européen.

B. Respect du droit au recours effectif et protection consulaire

S'agissant du droit européen des droits de l'homme, si la Cour de Strasbourg se reconnaissait compétente pour examiner le cas des ressortissants français détenus dans ces camps du nord-est de la Syrie, il est loin d'être acquis qu'elle admette que l'immunité juridictionnelle totale accordée par le juge administratif à ces actes soit conforme au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif.

Ainsi, à l'aune de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH, on peut évoquer l'affaire *Markovic* dans laquelle l'Italie échappe à la condamnation car la Cour n'a pas été convaincue que l'immunité accordée par la Cour de cassation italienne à la décision litigieuse qui portait seulement sur un aspect « de l'exercice de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat, [...] limité aux dommages découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre », a eu pour effet de soustraire « arbitrairement » à la compétence des tribunaux toute action à leur encontre (CEDH 14 déc. 2006, n° 1398/03¹⁵, RFDA 2008. 728, étude M. Vonsy¹⁶).

Et, au sens de l'article 13 de la Conv. EDH, la Cour européenne estime que cette disposition garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés garantis par la convention. Ce recours interne doit permettre à la fois l'examen du contenu d'un « grief défendable » fondé sur la convention et offrir un redressement approprié (v., not., CEDH 26 oct. 2000, n° 30210/96¹⁷, *Kudla c/ Pologne*, § 158, AJDA 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss¹⁸). Et comme le constatait déjà, en 1991, Jean-François Flauss, « il n'est guère contestable que l'article 13 garantit un recours contre tout acte, y compris les actes de gouvernement » (Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la convention européenne des droits de l'homme, RUDH 1991. 331. V. aussi ; C. Raux, Acte de gouvernement et convention européenne des droits de l'homme. Etude à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat de France, *Comité contre la guerre en Irak*, du 30 décembre 2003, RTDH 2005. 855-868).

La conventionnalisation des actes de gouvernement est d'autant plus nécessaire que la notion d'acte non détachable des relations diplomatiques a été invoquée récemment dans plusieurs

autres affaires - qui ne seront pas portées à la gloire de la République. On pense notamment à la décision de la ministre des armées, révélée le 21 février 2019, de céder à la marine libyenne, à titre gratuit, six embarcations afin de permettre aux autorités libyennes d'appréhender les migrants avant qu'ils ne quittent leurs eaux territoriales (TA Paris, ord., 10 mai 2019, n° 1908601/9, *Amnesty international France et a.* ; TA Paris, ord., 20 mai 2019, n° 1908495, ordonnance de tri actuellement en appel) ou encore aux procédures orchestrées par des ONG contre les autorisations de sortie douanière délivrées par les autorités françaises pour des armes vendues à l'Arabie saoudite et qui, d'après les révélations des médias, sont utilisées contre des civils dans la guerre au Yémen (v., pour un rejet au tri, TA Paris, ord., 9 mai 2019, n° 1909829/9, *ACAT* et TA Paris, 8 juill. 2019, n° 1807203, *Action sécurité éthique Républicaine*, qui écarte l'acte de gouvernement).

S'agissant du droit de l'Union européenne, Xavier Dupré de Boulois percevait déjà, il y a près de vingt ans (!), dans un article précurseur, ce droit comme une voie permettant « l'éradication de l'acte de gouvernement en droit français ou, du moins, une limitation de son immunité juridictionnelle » (La théorie des actes du gouvernement à l'épreuve du droit communautaire, RD publ. 2000. 1808). En ce sens, l'article 47 de la charte des droits fondamentaux garantit le droit à un recours effectif et le droit d'accès à un tribunal impartial à toute personne « dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés ». Il faut néanmoins en vertu de son article 51, et suivant la logique de l'arrêt *Aklagaren*, que l'Etat membre « mette en oeuvre » le droit de l'Union européenne pour que l'intéressé puisse se prévaloir de la charte (CJUE 26 févr. 2013, aff. C-617/10¹⁵, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, AJDA 2013. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère¹⁶ ; RFDA 2013. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci¹⁷).

Conformément à son attitude habituelle (et malgré la tonitruante condamnation de la France par la Cour de Luxembourg : CJUE 4 oct. 2018, aff. C-416/17¹⁸, *Commission c/ France*, AJDA 2018. 1933¹⁹ ; et 2280, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser²⁰ ; D. 2019. 240²¹, note P.-A. Cazau²² ; RFDA 2019. 139, note A. Iliopoulou-Penot²³), le Conseil d'Etat ne tranche pas expressément, dans les ordonnances commentées, la question d'applicabilité du droit de l'Union européenne et ne fournit aucune motivation à son refus de transmission d'une question préjudicielle. Certes, il n'y a guère de doute que la situation des ressortissants français n'est, *a priori*, pas régie par le droit de l'Union. Mais elle pourrait l'être si, d'aventure, ceux-ci sollicitaient d'un autre Etat de l'Union européenne, par exemple l'Italie ou la Roumanie, une protection consulaire sur le fondement de la directive (UE) 2015/637 (Dir. [UE] 2015/637 du Conseil du 20 avr. 2015 établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans des pays tiers ; v. aussi, art. 20, § 2, point c), art. 23 du TFUE, et art. 46 de la

charte des droits qui consacre cette protection comme un droit fondamental du citoyen de l'UE). En effet, depuis 2012, la France ne dispose plus de représentation en Syrie et n'est, par suite, plus en mesure d'exercer la protection consulaire.

Du reste, contrairement au refus d'accorder la protection diplomatique qui constitue un acte non détachable de relations diplomatiques (CE 4 juill. 1862, *Simon*, Lebon 531 ; CE 11 févr. 1916, *Moninot*, Lebon 79 ; CE 22 avr. 1953, *Buttner*, Lebon 184 ; CE 2 mars 1966, n° 65180, *M^{me} Cramencel*, Lebon 157 ; AJDA 1966. 382 ; et 349, chron. J.-P. Puissechet et J.-P. Lecat ; CE 25 mars 1988, n° 65022, *Société Sapvin*, Lebon 133 ; T. confl. 2 déc. 1991, n° 2678, *Préfet de Paris et Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur c/ Compagnie financière CIC et de l'Union européenne*, Lebon 478 ; AJDA 1992. 617, note G. Teboul ; D. 1992. 66 ; et 237, concl. R. Abraham ; RFDA 1992. 307, chron. D. Ruzié ; CE 4 févr. 2005, n° 261029, Lebon T. ; AJDA 2005. 565), le Conseil d'Etat a déjà reconnu, en application des stipulations de l'article 5 de la convention de Vienne du 24 avril 1963, que « les ressortissants des Etats signataires sont en droit d'attendre protection et assistance des autorités consulaires des Etats dont ils sont les nationaux » (CE, sect., 29 janv. 1993, n° 111946, *M^{me} Bouilliez*, Lebon 15 ; AJDA 1993. 364, note G. Burdeau ; et 1994. 16, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 1993. 794, concl. F. Scanvic ; et 803, note D. Ruzié).

En se retranchant derrière la théorie des actes de gouvernement, utilisée comme une ligne Maginot prétorienne, sans chercher à aller au-delà, le Conseil d'Etat a créé une situation paradoxale dans laquelle le droit se montre totalement impuissant à protéger des ressortissants français détenus dans des camps alors même que le juge administratif suprême a su, dans une période récente, trouver les ressources nécessaires, notamment la protection fonctionnelle, pour assurer la mise à l'abri immédiate (CE 14 déc. 2018, n° 424847, AJDA 2019. 528, note S. Slama), mais aussi, dans certaines circonstances, un droit à la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour (CE 1^{er} févr. 2019, n° 421694, Lebon avec les concl. ; AJDA 2019. 744, chron. C. Malverti et C. Beaufils) aux personnels civils de recrutement local - ou « Tarjumans » - afghans (v. B. Andlauer et Q. Müller, *Tarjuman. Enquête sur une trahison française*, Bayard, 2019, 333 p.).

Car nul ne conteste, pas même le gouvernement français (v. le compte rendu de l'audience de référé du 19 avr. 2019 : J. Mucchielli, *Le Conseil d'Etat face à la question du rapatriement des enfants de djihadistes*, D. actu. 19 avr. 2019), les conditions de détention dantesques de ces camps qui, selon le CICR, regroupent, suite à la chute de Daech, entre 80 000 et 100 000 personnes, dont 10 000 étrangers originaires d'une quarantaine de pays (On est en train de recréer l'EI à Al-Hol, Libération, 4 avr. 2019).

En ce sens, la commissaire européenne aux droits de l'homme, Dunja Mijatović, a exhorté le 28 mai 2015 les Etats membres du Conseil de l'Europe « à prendre toutes les mesures nécessaires pour rapatrier d'urgence leurs ressortissants mineurs qui vivent dans le camp d'Al-Hol ». Selon son communiqué, ce camp, constitué à 90 % de femmes et d'enfants, souvent en bas âge, « compte plus de 73 000 personnes [...] qui vivent dans des conditions sordides et dangereuses, selon l'Organisation mondiale de la santé ». Non seulement le camp est « terriblement surpeuplé », mais les conditions de vie, avec la hausse des températures, sont proprement inhumaines et mettent « en danger de mort » les enfants (249 morts au 11 avril 2019, dont 80 % d'enfants de moins de cinq ans) (communiqué du 28 mai 2019). Le 24 juin, la Haut-commissaire aux droits de l'Homme de l'ONU, Michelle Bachelet, a également appelé les Etats concernés à prendre « leurs responsabilités » en rapatriant leurs ressortissants, particulièrement les enfants, détenus en Syrie ou en Irak. De même, le nouveau président de la CNCDH, Jean-Marie Delarue, dont on sait à quel point il pèse chaque mot, fait état des mêmes conditions de vie et constate que les enfants français dans ces camps « sont en danger immédiat » et qu'en s'abstenant de les rapatrier, les autorités françaises portent atteinte à la convention internationale des droits de l'enfant (1989) et son protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (2000), tous deux ratifiés par la France. Il fait aussi valoir que « l'argument du danger ne saurait prévaloir » car « on ne naît pas terroriste » (lettre du président de la CNCDH au Premier ministre, 27 mai 2019). Enfin, le Défenseur des droits, Jacques Toubon, estime violées, en l'absence de rapatriement, les stipulations des articles 3, 5, 6, § 1 et § 13 de la Conv. EDH, mais aussi, à l'égard des enfants, l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (Préambule de la Constitution de 1946 et art. 3-1 de la CIDE) ainsi que les articles 6 (droit à la vie, à la survie et au développement), 7 (droit à l'identité), 19 (protection contre toute forme de violence), 24-1 (droit à la santé), 28 (droit à l'éducation) et 37 (privation arbitraire de liberté) (recommand. préc.).

En définitive, ce n'est qu'en restant fidèle à ses valeurs républicaines et humanistes que la France pourra désamorcer ces prétendues « bombes à retardement ». Mais il est vrai, qu'il n'y a pas si longtemps, face à l'horreur des attentats du 13 novembre 2015, il était envisagé, par le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, de permettre la déchéance de nationalité de ces Français partis combattre dans les rangs de Daech. Il est désormais question que l'Etat français assure le rapatriement de ces (femmes et) enfants honnis de la République.

Le rapatriement de ces familles françaises est bien la seule décision susceptible d'assurer le respect de nos valeurs. Pour preuve, les onze djihadistes français transférés en janvier 2019, en concertation avec les autorités françaises et américaines (*Islamic State suspects sent by U.S. from Syria to Iraq*, Reuters, 29 mai 2019, <https://www.reuters.com>), des camps du Kurdistan

syrien en Irak viennent d'être condamnés à mort, à l'issue d'une procédure non équitable. Par la voix du ministre des affaires étrangères, la France a demandé qu'ils ne soient pas exécutés (La condamnation à mort de djihadistes français en Irak met la position de Paris à l'épreuve, Le Monde, 4 juin 2019). De même, lorsque deux militaires français ont été tués pour assurer la libération d'otages au Sahel, le Président de la République a déclaré que : « [...] la France est une nation qui n'abandonne jamais ses enfants quelles que soient les circonstances et fusse à l'autre bout de la planète » (E. Macron, Hommage national aux premiers maîtres Cédric de Pierrepont et Alain Bertoncello, Elysée.fr, 14 mai 2019). Vraiment tous ses enfants ?

Document 3 : TA Paris 8 juillet 2019, « Action sécurité éthique républicaines

Considérant ce qui suit :

1. Le 1er mars 2018, l'association « Action sécurité éthique républicaines », dont l'objet est d'assurer la promotion des droits de l'homme dans le champ de la paix et de la sécurité, a demandé au Premier ministre de suspendre les licences d'exportation de matériel de guerre et matériels assimilés à destination de pays membres de la coalition impliquée dans la guerre au Yémen. Elle demande au tribunal d'annuler la décision implicite du Premier ministre rejetant sa demande.

Sur les dispositions du code de la défense relatives à la suspension de licences d'exportation :

2. L'article L. 2335-4 du code de la défense dispose que : « L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, suspendre [...] les licences d'exportation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique ou pour non-respect des conditions spécifiées dans la licence ». Par ailleurs, aux termes de l'article R. 2335-15 de ce même code : « La licence individuelle ou globale d'exportation et le droit pour l'exportateur d'utiliser la licence générale d'exportation pour laquelle il est enregistré, peuvent être suspendus [...] par le Premier ministre, après avis des ministres représentés de façon permanente à la commission interministérielle instituée par le décret n° 55-965 du 16 juillet 1955 portant réorganisation de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre, ainsi que pour les licences individuelles ou globales d'exportation, du ministre chargé des douanes, pour l'un des motifs

mentionnés à l'article L. 2335-4. En cas d'urgence, le Premier ministre peut suspendre sans délai la licence individuelle ou globale ou le droit mentionné au premier alinéa. Cette suspension ne peut excéder une durée de trente jours ouvrables lorsque l'opération d'exportation concerne des matériels de guerre ou des matériels assimilés provenant d'un autre Etat membre de l'Union européenne au titre d'une licence de transfert et incorporés dans un autre matériel de guerre ou matériel assimilé. La modification, l'abrogation ou le retrait de la licence ou du droit mentionné au premier alinéa ne peut intervenir qu'après que son titulaire a été mis à même de faire valoir ses observations, dans un délai de quinze jours, selon les modalités prévues aux articles L. 121-1, L. 121-2 et L. 122-1 du code des relations entre le public et l'administration. [...] ».

Sur l'exception d'incompétence soulevée par la secrétaire générale de la défense et de la sécurité nationale :

3. La décision par laquelle le Premier ministre refuse de suspendre une licence d'exportation d'armes pour l'un des motifs prévus à l'article L. 2335-4 du code de la défense revêt le caractère d'une décision administrative détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France, qui est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par suite, contrairement à ce que soutient la secrétaire générale de la défense et de la sécurité nationale, la juridiction administrative est compétente pour connaître de la requête de l'association « Action sécurité éthique républicaines ».

Sur l'intervention de l'association « Action des chrétiens pour l'abolition de la torture » :

4. L'association « Action des chrétiens pour l'abolition de la torture » justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de la décision contestée. Par suite, son intervention est recevable.

Sur les conclusions en annulation :

5. En premier lieu, l'association « Action sécurité éthique républicaines » ne peut utilement se prévaloir, à l'encontre de la décision de refus de suspension des licences d'exportation d'armes en litige, des éventuels vices propres dont seraient entachées les décisions par lesquelles ont été délivrées ces licences. Par suite, les moyens tirés de ce

que les licences d'exportation auraient été délivrées en l'absence de consultation préalable de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériel de guerre, par une autorité compétente et selon une procédure régulière ne peuvent qu'être écartés comme inopérants.

6. En deuxième lieu, la décision attaquée n'ayant pas de caractère réglementaire, l'association requérante ne peut utilement se prévaloir de la méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration relatif aux cas dans lesquels l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet. Le moyen doit ainsi être écarté comme inopérant.







7. En troisième lieu, l'association « Action sécurité éthique républicaines » soutient que la décision contestée méconnaît les dispositions précitées de l'article L. 2335-4 du code de la défense qui prévoient qu'une licence d'exportation peut être suspendue pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France. A l'appui de ce moyen, elle se prévaut du non-respect des stipulations du point 3 de l'article 6 du traité sur le commerce des armes selon lequel : « Un Etat partie ne doit autoriser aucun transfert d'armes classiques visées par l'article 2 (1) ou des biens visés par les articles 3 ou 4 s'il a connaissance, lors de l'autorisation, que ces armes ou ces biens pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, des violations graves des Conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels, ou d'autres crimes de guerre tels que définis par les accords internationaux auxquels il est partie ». Elle se prévaut également du non-respect du point 7 de l'article 7 de ce même traité qui stipule que « Si après avoir accordé l'autorisation, un Etat partie exportateur obtient de nouvelles informations pertinentes, il est encouragé à réexaminer son autorisation, après avoir consulté au besoin l'Etat importateur ». Elle se prévaut enfin du non-respect du point 4 de l'article 2 de la charte des Nations unies qui prévoit que « Les membres de l'organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autres manière incompatible avec les buts des Nations unies ». L'association requérante invoque, en outre, la méconnaissance des articles 1 et 2 de la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires qui prévoient que chaque Etat membre évalue, cas par cas, les demandes d'autorisation d'exportation qui lui sont adressées au regard

de huit critères, dont celui tiré du respect des obligations et des engagements internationaux des Etats membres.

8. Toutefois, les stipulations précitées du point 3 de l'article 6 et du point 7 de l'article 7 du traité sur le commerce des armes, du point 4 de l'article 2 de la charte des Nations unies et des articles 1 et 2 de la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 ont pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne créent aucun droit dont les particuliers peuvent directement se prévaloir. Ces stipulations étant dépourvues d'effet direct en droit interne, elles ne sauraient donc être utilement invoquées à l'appui de la contestation de la décision attaquée, ni directement, ni au soutien du moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2335-4 du code de la défense.

9. Il résulte de tout ce qui précède, que l'association « Action éthique sécurité républicaines » n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée. Ses conclusions doivent être rejetées, sans qu'il soit besoin d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée.

Note Thibaud Mulier, Le tribunal administratif de Paris donne d'une main pour reprendre de l'autre, A propos des exportations d'armes à destination des pays impliqués dans la guerre au Yémen AJDA 2019 p.2187

Manifestement, les actes de gouvernement se portent bien. Cette année, trois décisions (T. confl. 11 mars 2019, n° 4153, Lebon  T. ; AJDA 2019. 554  ; CE, ord., 23 avr. 2019, n° 429668 , AJDA 2019. 1644 , note S. Slama  ; TA Paris, ord., 10 mai 2019, n° 1908601/9, *Amnesty International France*) ont conclu à l'injusticiabilité d'un acte administratif en raison de son rattachement à la conduite des relations extérieures de la France. Le juge maintient cet îlot de justice retenue pour ne pas s'immiscer dans des domaines où le gouvernement doit « avoir les mains libres » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 15^e éd., 2001, t. 1, § 1152), préservant son office de toute politisation (F. Melleray, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question, RFDA 2001. 1086 ). A rebours, le tribunal administratif (TA) de Paris, dans le jugement ci-dessus reproduit, a estimé que la décision implicite de refus du premier ministre de suspendre les licences d'exportation de matériels de guerre et assimilés à destination des pays impliqués dans la guerre au Yémen était un acte justiciable en raison de son caractère détachable.

Sans nul doute, le contexte a eu une influence. L'Allemagne maintient un embargo sur les exportations d'armes vers l'Arabie Saoudite (Arabie Saoudite : l'Allemagne prolonge de six mois

l'embargo sur ses ventes d'armes, La Tribune, 18 sept. 2019), tandis que le Congrès américain s'y est montré favorable avant que le président Trump n'oppose son veto (*Trump Vetoes Bipartisan Resolutions Blocking Arms Sales to Gulf Nations, New York Times*, 24 juill. 2019). Quant aux juridictions belge (CE Belgique, 14 juin 2019, n° 244.804, *Coordination nationale d'action pour la paix et la démocratie et Ligue des droits humains c/ Région Wallonne*) et britannique (*Court of appeal [civil division]*, 20 juin 2019, n° T3/2017/2079, *Campaign against arms trade*), elles les ont suspendues. Au plan national, ce même TA a déclaré recevable deux référés-liberté visant à empêcher le chargement de cargos saoudiens de canons Caesar (TA Paris, ord., 9 mai 2019, n° 1909829/9, ACAT ; TA Paris, ord., 29 mai 2019, n° 1911393/9, ACAT). Il les a ensuite rejetés pour absence d'urgence et non incompétence, tout comme lors du référé-suspension déposé à l'appui du recours au fond analysé (TA Paris, ord., 13 mai 2019, n° 1909737/9, ASER).

Une requête avait été déposée par l'association Action sécurité éthique républicaines (ASER). Elle estimait que le refus du Premier ministre était contraire aux articles L. 2335-4 et R. 2335-15 du code de la défense. Ceux-ci prévoient la possibilité de suspendre une licence d'exportation d'armes en raison de l'exigence propre à tout Etat de respecter ses engagements internationaux. A l'appui de ce moyen, la requérante considérait que la France manque à plusieurs traités internationaux : les articles 6 (§ 3) et 7 (§ 7) du traité sur le commerce des armes (TCA), qui prescrit (ou encourage) les Etats parties à interdire (ou suspendre) des licences d'exportation à des Etats importateurs dont les armes participent à la commission de génocides, crimes contre l'humanité et de guerre dirigés contre des civils ; l'article 2 (§ 4) de la charte des Nations unies, sur le principe d'interdiction de recourir à la force armée ; les articles 1^{er} et 2 de la position commune n° 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008, qui définit huit critères à contrôler pour autoriser une exportation de matériels de guerre, dont celui du respect des engagements internationaux. Une fois n'est pas coutume, le juge de premier ressort a écarté l'exception d'incompétence soulevée par la secrétaire générale de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) avant de rejeter au fond la requête, pour absence d'effet direct des stipulations invoquées.

En l'espèce, cette réduction de la catégorie des actes de gouvernement réaffirme cependant l'un de ses corollaires : le privilège gouvernemental sur la direction des relations extérieures. Preuve en est le silence sur la demande avant dire droit « de déclassifier et produire au contradictoire des parties les éléments susceptibles de lui permettre d'apprécier de la conformité au droit de l'action du gouvernement » (M. Bonaglia, *Plaidoirie au soutien de la requête présentée par ASER*, 11 juin 2019, p. 7, <https://aser-asso.org/>). Le juge craint ici de se heurter à la « raison d'Etat », ce que révèle la suppression du contradictoire par le président du tribunal, à la demande de la SGDSN, d'une note classée confidentiel-défense de la direction du renseignement militaire versée au dossier (Ventes d'armes à l'Arabie Saoudite : la justice refuse d'examiner le document secret, *Libération*, 28 mai 2019). Rendue publique (*Disclose, Made in France*, 15 avr. 2019), elle atteste pourtant que des armes

françaises exportées vers l'Arabie Saoudite sont utilisées dans le conflit yéménite, où les crimes internationaux les plus graves sont perpétrés. Le risque pèse donc sur la France de se voir déclarée responsable d'aide ou d'assistance à la commission de violations du droit international (*Human Rights Council*, n° A/HRC/42/17, *Situation of human rights in Yemen, Annual report*, 9 août 2019).

Dans cette affaire, le juge a en quelque sorte donné d'un côté pour reprendre immédiatement de l'autre. Certes, la recevabilité de la requête est favorable pour le justiciable (l'injusticiabilité des actes de gouvernement n'est pas contraire au droit au recours : CEDH 14 déc. 2006, n° 1398/03¹, *Markovic c/ Italie*, RFDA 2008. 728, étude M. Vonsy² ; CE 30 déc. 2015, n° 384321, Lebon³ 486 ; AJDA 2016. 12⁴). L'incompétence juridictionnelle empêche toute question prioritaire de constitutionnalité : CE 20 janv. 2014, n° 372883⁵, *Krikorian*), mais elle apparaît trompeuse, tout comme le rejet au fond s'avère discutable.

I - Une recevabilité trompeuse

En se fondant sur une grille d'analyse éprouvée, le TA a considéré avec une certaine incohérence l'acte litigieux comme tourné vers l'ordre interne.

A. Une détachabilité fondée sur une grille d'analyse éprouvée

Pour déterminer sa compétence, le juge apprécie *in concreto* la détachabilité de l'acte de la conduite des relations extérieures de la France. Si sa démarche apparaît « aléatoire » (P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka [dir.], *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités, t. 2, 2011, p. 178), « pragmatique et opportune » (L. Marcus, conclusions sur le jugement commenté, p. 2), elle n'est pas dénuée de toute rationalité. Inspiré par Paul Duez (*Les actes de gouvernement*, Sirey, 1935, rééd. Dalloz, 2006, p. 62-66), le juge détermine si l'acte en cause est tourné vers l'ordre interne ou international (C. Heumann, *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur l'application des traités diplomatiques, Etudes et documents*, 1953, fasc. n° 7, p. 71-72). Seuls les premiers sont alors détachables, car il est possible de les apprécier « indépendamment de leurs origines ou de leurs incidences internationales » (*GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, § 9, p. 23-24). Partant de cette grille d'analyse, les parties ont construit leur argumentation.

De manière attendue, la SGDSN estimait en défense que le refus implicite n'est pas un acte détachable car l'appréciation d'une autorisation ou d'une suspension d'exportation est tournée vers l'ordre international. Son rattachement aux actes de gouvernement « protège donc la marge de manoeuvre diplomatique du gouvernement ». Cette position n'est guère surprenante dans la mesure où la défense est souvent considérée comme la « chasse gardée » de l'Exécutif (E. Zoller,

Droit des relations extérieures, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, p. 29-39). Cela se fonde, d'une part, sur une lecture erronée de l'histoire constitutionnelle où l'héritage monarchique aurait survécu sans discontinuité depuis 1789 et, d'autre part, sur le paradigme tocquevillien selon lequel seul un gouvernement peut diriger l'action extérieure d'un Etat. Il serait le seul organe rationnel et omniscient en la matière (D. Battistella, *Démocratie et domaine réservé, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, 2008, p. 718), la direction des relations extérieures revenant naturellement à un organe aristocratique⁽¹⁾. Cela contribue à entretenir la méfiance envers les organes de contrôle mais aussi la vitalité de la catégorie des actes de gouvernement. Selon la SGDSN, seul l'Etat peut déterminer si une licence d'exportation d'armes peut être attribuée ou suspendue, abrogée ou retirée. Elle confond ici le gouvernement avec l'Etat. Or, si ce dernier est effectivement le seul à avoir une connaissance précise de l'usage que fait un Etat importateur des armes exportées et à pouvoir faire des choix diplomatiques pour s'assurer que celui-ci ne viole pas le droit international, il ne se réduit pas à l'organe gouvernemental. Sinon comment expliquer que le juge interprète des stipulations conventionnelles (CE, ass., 29 juin 1990, n° 78519[☞], *GISTI*, Lebon 171 avec les concl.[☞] ; AJDA 1990. 621[☞], concl. R. Abraham[☞], note G. Teboul[☞] ; D. 1990. 560[☞], note P. Sabourin[☞] ; RFDA 1990. 923, note J.-F. Lachaume[☞] ; et 1991. 101, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre[☞] ; Rev. crit. DIP 1991. 61, note P. Lagarde[☞]) et évalue, sans le concours du ministère des Affaires étrangères, la condition de réciprocité lors de l'application d'un traité international (CE, ass., 9 juill. 2010, n° 317747[☞], *M^{me} Cheriet-Benseghir*, Lebon 251 avec les concl.[☞] ; AJDA 2010. 1396[☞] ; 1635[☞], chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi[☞] ; et 2014. 123, chron. L. Fabius[☞] ; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot[☞] ; RFDA 2010. 1133, concl. G. Dumortier[☞] ; 1146, note J.-F. Lachaume[☞] ; et 2011. 173, chron. C. Santulli[☞]) ?

A l'inverse, la requérante considérait que l'acte litigieux est pris sur le fondement du droit national, par une personne morale de droit public, a des effets sur des personnes morales de droit privé, et porte sur la base industrielle et technologique de défense. Sans remettre en question sa dualité civilo-militaire, l'ASER estimait « que la défense nationale est une question d'ordre interne et qu'à ce titre, [la décision] est détachable » (M. Bonaglia, *Plaidoirie...*, préc., p. 4).

Le premier temps de l'argumentation est recevable. L'acte litigieux est effectivement pris par une autorité administrative, en application du droit français, et à destination d'entreprises exportatrices nationales. A cet égard, attaquer le refus implicite était judicieux puisqu'il n'y avait pas une remise en cause totale d'exporter vers le Royaume saoudien, sans quoi son recours aurait dépassé le rapport

Etat

français-entreprises.

En revanche, le second temps de l'argumentation est discutable. Il est question ici de l'attribution de licences, après avis de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de

matériels de guerre (CIEEMG), à des entreprises afin de les autoriser à exporter des armes. A ce titre, le droit français l'encadre au sein du code de la défense en lui prévoyant un régime juridique adapté (C. défense, partie 2, livre III, chap. III). Le domaine est bien celui de la défense nationale, mais celle-ci est en grande partie liée à l'action extérieure de l'Etat (T. Mulier, *Les relations extérieures...*, préc., §§ 48-54 et § 61). L'affaire a donc une dimension internationale. Pour autant, le début de l'argument a suffi pour convaincre le juge de considérer l'acte comme tourné vers l'ordre interne et, ainsi, décider de sa justiciabilité.

Or, se fonder strictement sur cette grille d'analyse paraît insuffisant. A l'aune de celle-ci, le tribunal doit s'intéresser parallèlement à l'origine et aux effets de l'acte attaqué en raison du lieu et de l'intérêt en cause, ce qui suscite des interrogations sur la cohérence de son raisonnement.

B. Une détachabilité relativement incohérente

Concernant les actes de gouvernement, il semble exagéré de croire que l'appréciation de l'orientation de l'acte ne conduit à aucun contrôle de légalité. « Sans doute », le juge en réalise un sous une forme atypique au travers d'une démarche confidentielle qui s'apparente à un « crypto-contrôle » (P. Binczak, *Actes de gouvernement*, Rép. cont. adm., §§ 41-59). Selon cette conception, le juge apprécie nécessairement le but de l'acte litigieux, ce qui renvoie à son incidence dans l'ordre international. C'est la raison pour laquelle les parties font plusieurs fois références à la finalité de l'acte pour déterminer son orientation.

A cet égard, la requérante estimait que la détachabilité de l'acte litigieux s'explique aux termes d'une analogie avec la jurisprudence *Robatel*. A cette occasion, le Conseil d'Etat avait statué sur une suspension de licences d'exportation de matériel pour construire une usine de retraitement nucléaire au Pakistan (CE 19 févr. 1988, n° 51456¹, *Société Robatel*). A l'époque, il était néanmoins question de matériel civil et non militaire. En l'espèce, si l'acte en cause n'est pas connexe à une opération de guerre², la différence de nature entre les domaines civil et militaire suffit à douter du bien-fondé de l'argument. En témoigne la détachabilité de l'acte suspendant les autorisations d'exportation et de transfert vers l'Inde de la coque du porte-avion *Clémenceau* au préalable démilitarisé (CE 15 févr. 2006, n° 288801, *Association Ban asbestos France*, Lebon³ 7 ; AJDA 2006. 761⁴, note J.-M. Pontier⁵). A l'inverse, le refus de renouveler une autorisation temporaire d'exportation de matériels de guerre à destination de la Libye en application d'une résolution du Conseil de sécurité bénéficie d'une immunité juridictionnelle (CE 12 mars 1999, n° 162131, *Société Héli-Union*, Lebon⁶).

De plus, de l'aveu de la haute juridiction, la décision administrative dans l'affaire *Robatel* trouvait

« son origine dans la volonté [...] d'obtenir des garanties [...] contre le risque de prolifération nucléaire ». Ces éléments soulignent que nucléaire civil et armement concernent les « intérêts supérieurs de l'Etat »⁽³⁾. La SGDSN abonde en ce sens quand elle affirme, dans son mémoire en défense, que les autorisations d'exportation d'armes « sont indissociablement liées à la politique étrangère de la France et s'inscrivent le plus souvent dans le cadre de coopérations militaires ». Or, l'attribution de licences d'exportation d'armes vers l'Arabie saoudite concerne notamment le respect des traités internationaux⁽⁴⁾ et la garantie de la sécurité du Moyen-Orient, avec l'aide apportée aux alliés pour s'armer (ministère des armées, *Rapport au Parlement sur les exportations d'armement de la France*, Doc. fr., coll. Analyses et références, 2019, p. 112-113). De telles considérations renvoient bien à des intérêts stratégiques et diplomatiques⁽⁵⁾. En d'autres termes, elles concernent des intérêts supérieurs de l'Etat, tout comme la lutte contre la prolifération nucléaire intéresse la sauvegarde de la paix et la sécurité internationales dans l'affaire *Robotel*. Aussi, dans l'hypothèse où de tels intérêt sont en jeu, et si l'acte litigieux se rattache à l'un d'eux, alors il bénéficie d'une immunité juridictionnelle en raison du but poursuivi (P. Binczak, *Actes de gouvernement*, préc., § 55).

Dans ce cadre, lorsque le juge détermine vers quel ordre l'acte est tourné, sa démarche s'envisage de pair avec la recherche d'un intérêt supérieur de l'Etat. Par conséquent, au regard des intérêts évoqués, la décision litigieuse semble au moins en partie orientée vers l'ordre international : la suspension des licences d'exportation aurait sans doute une incidence sur certains intérêts supérieurs de la France. La détachabilité s'inscrit donc en relative incohérence avec la logique retenue habituellement par le juge.

Il ne faut pas s'y méprendre, la détachabilité de la décision litigieuse est satisfaisante pour l'Etat de droit (pour des exemples étrangers d'aménagements afin de mieux garantir les droits individuels : C. Saunier, *La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux*, Dr. adm. 2019, n° 7). Toutefois, cet optimisme est tempéré par l'incohérence évoquée : elle pourrait mener le juge d'appel à réaffirmer la catégorie des actes de gouvernement en refusant de statuer en raison de son incompétence pour connaître de tels actes. Surtout, la critique légitime envers elle ne doit pas occulter que la V^e République organise une faiblesse structurelle du contrôle parlementaire sur l'action extérieure de la France, que celui du juge est bien insuffisant pour la compenser (T. Mulier, *Les relations extérieures...*, préc., §§ 1046 et s., §§ 1200 et s.). Le gouvernement estime que son contrôle « vigilant et scrupuleux » suffit, ce qui souligne sa volonté de préserver sa mainmise sur la matière (assemblée nationale, commission de la défense nationale et des forces armées, audition de M^{me} F. Parly, compte rendu, n° 47, 10 juill. 2019, p. 20). Preuve en est le raisonnement du TA pour rejeter les moyens de la requérante.

II - Un rejet au fond discutable

Si les moyens de légalité externe paraissent bien infondés, ceux de légalité interne ont été hâtivement analysés par le TA.

Des moyens de légalité externe manifestement infondés

Selon la requérante, les licences délivrées aux exportateurs l'avaient été sans consultation préalable de la CIEEMG. Il était donc impossible de savoir si les règles de compétence et de procédure avaient été respectées. En somme, les attributions de licences étant elles-mêmes irrégulières, elles entacheraient par ricochet la légalité de celle attaquée. Toutefois, en déclarant ce moyen inopérant, le tribunal informe sur deux éléments. *Primo*, ces décisions ne sont pas non plus des actes de gouvernement, dans la mesure où le juge déclare le moyen inopérant et non irrecevable (sinon, il se serait déclaré incompétent : CE 16 nov. 1998, n° 161188, *Lombo, Lebon* 407). *Secundo*, le moyen ne paraît pas constituer une exception d'illégalité puisque, d'une part, la requérante n'évoque pas une illégalité des décisions attribuant les licences et, d'autre part, le juge n'a pas conclu au rejet du moyen soulevé mais à son inopérance. A cet égard, invoquer une telle exception n'aurait-il pas permis de faire annuler les décisions consécutives à l'attribution des licences (CE 23 déc. 2013, n° 363702, *Métropole Télévision [M6], Télévision Française 1 [TF1], Lebon* 328 ; AJDA 2014. 4), dont celle de ne pas les suspendre ? Manifestement, ni la requérante ne l'a soulevée, ni le juge n'a estimé devoir le faire d'office, alors même que l'ASER mettait en doute la compétence de l'auteur ayant attribué les licences, ce qui constitue un moyen d'ordre public. L'absence de preuves, soulignée par le mémoire en défense, n'empêchait pas, d'ailleurs, que le juge use de son pouvoir d'instruction. Il semble cependant que l'allégation ne lui ait pas paru « sérieuse » (CE 26 nov. 2012, n° 354108, *M^{me} Cordière, Lebon* 394 avec les concl. ; AJDA 2012. 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau), d'autant que le juge risquait de se heurter au secret-défense entourant de telles attributions (les activités de la CIEEMG sont couvertes par le secret : F. Marc et M. Moreigne, *Rapport d'information sur des commissions placées auprès du Premier ministre*, 2 oct. 2007, doc. Sénat, n° 2, p. 14 et 25). A ce titre, sa difficulté pour y accéder souligne combien le privilège gouvernemental de direction des affaires extérieures, dont la maîtrise du secret constitue l'une des conditions essentielles (T. Mulier, *Les relations extérieures...*, préc., §§ 487-490), se trouve préservé.

De toutes les façons, exciper une illégalité entachant les décisions administratives attribuant des licences d'exportation d'armes aurait sans doute abouti à un rejet. Il s'agit en effet de décisions individuelles créatrices de droits, tout comme le refus de les suspendre (6). Il aurait alors fallu remplir deux critères : une condition matérielle, selon laquelle la décision ultérieure attaquée par voie d'action doit avoir été prise pour l'application de l'acte attaqué par voie incidente, ou celui-ci doit constituer la base légale de celle-là ; et une condition temporelle. Ainsi, l'acte individuel

attaqué par incidence ne doit pas être devenu définitif à la date du recours, « sauf dans le cas où l'acte et la décision ultérieure constitu[e]nt les éléments d'une même opération complexe » (CE, sect., 30 déc. 2013, n° 367615¹⁵, *M^{me} Okosun*, Lebon 342 avec les concl.¹⁶ ; AJDA 2014. 222¹⁷, chron. A. Bretonneau et J. Lessi¹⁸ ; RFDA 2014. 76, concl. X. Domino¹⁹). Autant la condition matérielle paraît satisfaite, puisque l'acte dont l'illégalité est excipée est effectivement « lié » (CE 4 juill. 2001, n° 212336²⁰, *Société des automobiles Citroën*, Lebon T. 875²¹) à la décision litigieuse qui en constitue le « fondement » (CE 17 déc. 1997, n° 171201, *Préfet de l'Isère c/ Arfaoui*, Lebon²² 497 ; D. 1998. 519²³, concl. A.-F. Roul²⁴). Autant la condition temporelle ne l'est pas. Les décisions d'attribution étant devenues définitives et le délai de recours expiré, seule la théorie des opérations complexes pouvait s'envisager. Elle permet en effet de surmonter ce caractère définitif si la décision en cause est une « des mesures spécialement prévues en vue d'une décision finale » ou si cette dernière en est « la conséquence inéluctable » (CE 17 déc. 2003, n° 248814²⁵, *Centre national de la fonction publique territoriale*, Lebon T. 628²⁶). Toutefois, au-delà de son usage prétorien et prudent par le juge, difficile de voir dans la décision attaquée l'acte final d'une succession de mesures, dont elle ferait incidemment partie, ou sa conséquence inéluctable.

Il était donc inenvisageable de conclure à une illégalité en contestant l'irrégularité externe de l'attribution des licences. En revanche, concernant les moyens de légalité interne, la position ne peut être aussi tranchée.

B. Des moyens de légalité interne hâtivement écartés





Au lieu de procéder à une étude de chaque moyen de légalité interne, le TA a choisi de les analyser conjointement. Selon lui, les méconnaissances du TCA, de la charte des Nations unies et de la position commune venaient en appui du moyen principal, le manquement à l'article L. 2335-4 du code de la défense, où le maintien des licences entre en violation avec les engagements internationaux de la France. Par suite, le rejet de l'ensemble s'explique en raison du fait que les stipulations ne pouvaient être utilement invoquées « ni directement, ni au soutien du moyen » principal. L'enjeu était donc de déterminer si elles étaient invocables devant le juge. Or, si la conclusion semble fondée, des critiques et interrogations révèlent le caractère hâtif de son jugement et soulignent l'opportunité de former un appel à son encontre.











Concernant les critiques, la confusion persistante entre applicabilité directe d'une norme conventionnelle dans l'ordre interne et invocabilité devant les juges nationaux (M. Gautier et F. Melleray parlent « d'applicabilité juridictionnelle », fasc. 20 : *Applicabilité des normes internationales*, J.-Cl. Adm., § 58) conduit à une assimilation entre effet direct et invocabilité pure et simple. Dès lors, « une norme conventionnelle dénuée d'effet direct est considérée comme étant


inexistante » (F. Latty, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 1^{re} éd., 2015, § 16, p. 681), alors même qu'elle pourrait « servir de référence à un contrôle de comptabilité d'une norme inférieure » (R. Abraham, concl. sur CE, sect., 23 avr. 1997, *GISTI*, RFDA 1997. 585¹) et « contrain[dre] les pouvoirs publics et les autorités administratives » (G. Dumortier, concl. sur CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, RFDA 2012. 547²). L'article 55 de la Constitution n'exigeant pas l'effet direct, solliciter un contrôle de conventionnalité de la décision litigieuse (CE, ass., 30 mai 1952, n° 16690, *Dame Kirkwood*, Lebon 291 ; CE 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon³ 190) s'avérait donc pertinent. Toutefois, incapable de statuer sur sa compatibilité avec les engagements invoqués, le tribunal, bien que confronté à un recours contentieux objectif, n'a pas rempli son office puisque toute la légalité n'a pas été étudiée. Ce jugement rappelle ainsi qu'en matière d'effet direct, les atteintes au principe matriciel de légalité et à la confiance dans l'exécution des traités internationaux (*pacta sunt servanda*), fondement du droit international (H. Kelsen, *Les rapports de systèmes entre le droit interne et le droit international*, *RCADI* 1926, vol. 14, p. 300-301), sont manifestes. De tels manquements à l'Etat de droit contribuent à préserver le *statu quo* sous la V^e République car « les pouvoirs publics ont [...] tout loisir d'ignorer ces engagements étatiques sans craindre la censure du juge interne » (F. Latty, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, préc., § 16 et § 18, p. 681).

Concernant les interrogations, le défaut d'effet direct de l'article 2 (§ 4) de la Charte onusienne est entendu (CE 18 déc. 2015, n° 370459⁴, *Union départementale des associations familiales des Hauts-de-Seine, Meyer, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Union des familles en Europe*, AJDA 2015. 2466⁵). En revanche, celui des articles 6 (§ 3) et 7 (§ 7) du T soulève une première série d'interrogations. Il faut ici rappeler les deux conditions identifiées par l'arrêt *GISTI et FAPIL*, « eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité en cause, ainsi qu'à son contenu et à ses termes » (CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI, Fédération des association pour la promotion et l'insertion par le logement*, Lebon⁶ 142 ; AJDA 2012. 936⁷, chron. X. Domino et A. Bretonneau⁸ ; et 729, tribune Y. Aguila⁹ ; *ibid.* 2014. 125, chron. T.-X. Girardot¹⁰ ; D. 2012. 1712¹¹ , note B. Bonnet¹² ; Dr. soc. 2012. 1014, étude J.-F. Akandji-Kombé¹³ ; RFDA 2012. 547, concl. G. Dumortier¹⁴ ; 560, note M. Gautier¹⁵ ; 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci¹⁶ ; 2013. 367, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci¹⁷ ; et 417, chron. C. Santulli¹⁸ ; RDSS 2012. 940, note S. Biagini-Girard¹⁹ ; Constitutions 2012. 297, obs. A. Levade²⁰ ; Rev. crit. DIP 2013. 133, note F. Jault-Seseke²¹ ; RTD civ. 2012. 487, obs. P. Deumier²² ; RTD eur. 2012. 928, obs. D. Ritleng²³). *Primo*, la convention ne doit pas exclusivement régir des rapports entre Etats. Si la circonstance selon laquelle le TCA désigne les Etats parties comme seuls sujets des obligations définies ne suffit pas à écarter l'effet direct, il est difficile de défendre que les stipulations invoquées confèrent clairement des droits subjectifs reconnus par l'ordre juridique français. A l'inverse, son préambule souligne le rôle primordial de la société civile pour l'initier, le promouvoir et le mettre en oeuvre. Le TCA a aussi pour destinataire des personnes physiques

puisqu'il régle l'usage des exportations d'armes afin de protéger les combattants et les civils, et ainsi éviter la commission des crimes pénaux internationaux les plus graves. Les particuliers ont donc un intérêt à ce qu'il soit respecté, afin que la dignité de la personne humaine le soit également. *Secundo*, le traité ne doit pas nécessiter l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets. La condition ne semble pas satisfaite car l'article 14 du TCA invite les Etats parties à en adopter pour le mettre en oeuvre (J.-Ph. Malle, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du traité sur le commerce des armes*, 11 déc. 2013, doc. AN n° 1620, p. 21). Cependant, les articles L. 2335-4 et R. 2335-15 du code de la défense pourraient être considérés comme des actes de concrétisation des stipulations invoquées. A ce titre, seul l'article 6 (§ 3) du TCA soulève l'équivoque car il oblige l'Etat partie exportateur ; l'article 7 (§ 7) ne faisant que l'encourager. Celui-là est donc une norme complète en raison de son contenu suffisamment précis et inconditionnel.

La seconde série d'interrogations renvoie à la position commune. Le Conseil d'Etat considère de telles positions comme « de simples orientations communiquées aux organes administratifs » (CE 23 févr. 2001, n° 205949, *Tat*, Lebon  T.). Ce sont donc des règles de droit souple, dont l'incomplétude les empêche de produire des effets juridiques. Au terme d'un raisonnement *a contrario* (CE 19 juin 2015, n° 372588 , *FPVA*), la SGDSN la voyait, dans son second mémoire en défense, comme une confirmation de celle déjà établie. Au contraire, la requérante estimait que le moyen contestant la légalité d'un acte de droit interne pris en méconnaissance d'une position commune pourrait être recevable lorsque celle-ci ne se borne pas « à définir une position de négociation » et ne revêt pas « le caractère de simples orientations » (M. Bonaglia, requête et mémoire, 7 mai 2019, p. 20, <https://aser-asso.org/>). A cet égard, si la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'une telle position « n'est pas censée avoir par elle-même d'effet juridique » (CJCE 27 févr. 2007, aff. C-355/04, pt 52, RFDA 2007. 1100, note F. Donnat ) , des mesures restrictives prises à sa suite en ont déjà produit sur des tiers  (7).

Par conséquent, une position commune n'est pas toujours dépourvue d'effet juridique. Le juge administratif pourrait alors estimer qu'elle a un certain degré de juridicité en raison de l'« influence significative » exercée sur les pouvoirs publics nationaux (par ex., quand le Conseil européen invite le Conseil de l'Union à adopter des mesures : CJUE 22 sept. 2016, aff. C-595/15P, *NIOC e. a. c/ Conseil*, §§ 3 à 5). Il en profiterait alors, non sans audace, pour étendre sa jurisprudence sur le droit souple (CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082 , *Fairvesta International Société GmbH*, Lebon 76 avec les concl.  ; AJDA 2016. 717 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ). Reste à savoir si la position commune, prise dans le cadre intergouvernemental de la PESC, aurait un effet direct  (8), sauf à étendre la jurisprudence sur les directives (CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348 , *M^{me} Perreux*, Lebon 411 avec les concl.  ; AJDA 2009. 2385, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi , chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ) aux actes européens de droit souple. En cas d'échec, il serait possible de soulever une méconnaissance du droit au recours (CDFUE, art. 47)

par un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. En effet, celle-ci remet progressivement en cause son incompétence pour contrôler les actes de la PESC (TUE, art. 24 et TFUE, art. 275) en appréciant, par exemple, certaines mesures restrictives contre des personnes au nom de l'Etat de droit et de la protection juridictionnelle effective (CJUE 28 mars 2017, aff. C-72/15, *Rosneft*, § 72 et §§ 74-76, AJDA 2017. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ).

Document 4 : Conseil d'Etat, 9 novembre 2020 D. c/ Président de la République






3. Mmes D. et E. soutiennent que les dispositions des articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice administrative, citées au point 2, méconnaissent le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution, en ce qu'elles limitent la compétence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au contentieux des actes administratifs sans étendre cette compétence au contentieux de l'annulation des actes non détachables de la conduite des relations extérieures de la France.



4. Toutefois, l'incompétence de toute juridiction pour connaître des actes qui ne sont pas détachables de la conduite des relations extérieures de la France ne procède pas des articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice administrative, qui disposent que, sous certaines réserves, les tribunaux administratifs sont juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif et que les cours administratives d'appel connaissent en appel des jugements rendus par les tribunaux administratifs. Il en résulte que ces articles ne peuvent être regardés comme applicables au litige, au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par Mmes D. et E.

Alexandre Lallet, Rapporteur public , conclusions AJDA 2020 p.2373

La déroute de l'Etat islamique en mars 2019 s'est traduite par le déplacement et la rétention de plusieurs dizaines de milliers de personnes, dont des combattants et leurs familles, dans trois camps du nord-est de la Syrie, à Al-Hol, Aïn Issa et Roj. La précarité ancienne de ces populations, la surpopulation des camps, les carences et difficultés d'acheminement ou de gestion de l'aide internationale et des conditions météorologiques souvent extrêmes sont à l'origine d'une situation humanitaire proprement désastreuse. Faute de temps, nous la résumerons à un chiffre tragique : en 2019, 371 enfants ont péri dans le seul camp de Al-Hol.

Parmi les milliers d'enfants vivant encore dans ces camps, environ 300 seraient français car nés de parents français ayant fait le choix irresponsable de tourner le dos à la République pour rejoindre les rangs de Daesh. Le Président de la République a annoncé dès le 13 mars 2019 que la France adopterait une approche au cas par cas pour leur rapatriement, en privilégiant les mineurs orphelins et isolés les plus vulnérables.

Les trois jeunes enfants de M^{me} D., qui se trouvent dans le camp de Roj, ne font pas partie des bénéficiaires de cette doctrine de rapatriement sélectif. Après avoir engagé sans succès un référé-liberté pour le contester, celle-ci, accompagnée de sa mère M^{me} E., a saisi au fond le tribunal administratif (TA) de Paris d'une demande tendant à l'annulation de la position exprimée par le Président de la République. Reprenant la solution adoptée en référé, le tribunal a décliné la compétence de la juridiction administrative en y voyant un « acte de gouvernement ». La cour administrative d'appel (CAA) de Paris a confirmé cette analyse par une ordonnance frappée d'un pourvoi en cassation, assorti d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) consistant à reprocher aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice administrative (CJA), qui définissent respectivement les attributions contentieuses des TA et des CAA, de ne pas leur confier le contentieux des actes de gouvernement et, en particulier, celui des actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France. Le législateur aurait ainsi méconnu la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH) de 1789, qui implique qu'il ne soit pas porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction (Cons. const. 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC , *Société SOFIROC*, consid. 4, D. 2013. 178  ; et 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy  ; et 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot  ; RTD civ. 2013. 348, obs. J. Hauser .

Au quai de l'Horloge, cette QPC serait probablement déclarée irrecevable. La Cour de cassation a en effet jugé que « l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement [a été] reconnue par le juge administratif sans le soutien d'une disposition législative » (Civ. 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-21.309 , AJDA 2015. 246 ) et elle juge de manière constante qu'une QPC qui s'en prend à une règle purement jurisprudentielle, fût-ce sous couvert d'une critique de constitutionnalité de

dispositions législatives, est irrecevable (Civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 16-22.058[☞], D. 2017. 1344[☞], note T. Lakssimi[☞] ; AJDI 2017. 455[☞] ; Constitutions 2017. 578, chron. D. Gantschnig[☞] ; Civ. 3^e, 15 févr. 2018, n° 17-40.069[☞], D. 2018. 1511, obs. M.-P. Dumont-Lefrand[☞] ; AJDI 2018. 598[☞], obs. M.-P. Dumont-Lefrand[☞] ; Constitutions 2018. 67, chron. G. Valdelièvre et J. Barthélemy[☞]).

Mais, à notre connaissance, vous n'avez, pour votre part, jamais procédé à une telle requalification et nous ne vous proposerons pas d'inaugurer ce courant jurisprudentiel aujourd'hui, *a fortiori* dans cette formation de jugement.

Vous pourriez en revanche hésiter à admettre l'applicabilité au litige des dispositions critiquées.

La QPC dont vous êtes saisi consiste à reprocher au législateur de ne pas avoir logé dans les deux articles litigieux le contrôle des actes de gouvernement par les juridictions administratives de droit commun. S'inscrivant dans la logique de la jurisprudence *Kimberly Clark* (Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC[☞], AJDA 2010. 1230[☞] ; D. 2010. 1622[☞] ; et 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay[☞] ; RFDA 2010. 704, J. Boucher[☞] ; Constitutions 2010. 419, obs. C. de La Mardière[☞] ; et 597, obs. A. Barilari[☞]), les requérantes soutiennent en substance que le législateur a laissé aux juridictions le soin de définir des règles dont la fixation lui incombait, et qu'une telle incompétence négative a porté par elle-même atteinte au droit au recours effectif garanti par l'article 16 de la DDH.

Le propre d'une QPC fondée sur une incompétence négative ainsi conçue est de s'attaquer à une disposition « en tant qu'elle ne s'applique pas au litige », précisément parce qu'elle ne s'applique pas, alors que la Constitution l'exigerait selon son auteur. Face à une contestation de cette nature, votre jurisprudence est traditionnellement plus libérale que celle de la Cour de cassation. Vous considérez, en principe, que la disposition contestée en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation à l'origine du litige doit être regardée comme applicable à celui-ci « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 » (CE 14 avr. 2010, n° 336753, *Labane, Lebon*[☞] ; AJDA 2010. 1018[☞], concl. A. Courrèges[☞] ; 1355, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi[☞] ; et 2014. 121, chron. M. de Boisdeffre[☞] ; D. 2010. 1061[☞], note A. Levade[☞] ; JA 2010, n° 419, p. 10, obs. S. Z.-D.[☞] ; RFDA 2010. 717, note D. Katz[☞] ; Constitutions 2010. 218, obs. B. Mathieu[☞] ; et 390, obs. A. Levade[☞]). Tel est notamment le cas lorsqu'il est soutenu qu'une disposition organisant un régime juridique omet de prévoir l'exercice d'une voie de recours (CE 9 juill. 2010, n° 339261[☞]).

Le Conseil constitutionnel partage ce libéralisme, en se plaçant quant à lui sur le terrain de l'opérance du grief - puisqu'il ne lui appartient pas, en principe, d'apprécier l'applicabilité au litige. Le commentaire aux cahiers de la décision n° 2013-312 QPC (Cons. const. 22 mai 2013,

Torres Moye, AJDA 2013. 1028 (1) rappelle ainsi que le Conseil « accepte d'examiner des griefs relatifs à une disposition législative en tant que cette disposition législative ne traite pas une situation lorsque cette situation n'est par ailleurs traitée par aucune autre disposition législative. Ce sont ses jurisprudences sur le contrôle "en tant que de ne pas" et sur l'incompétence négative [...] ».

Il nous semble que, saisi d'une telle QPC « en tant que ne pas », la solution de l'inapplicabilité au litige ne peut être opposée que dans trois cas :

- lorsqu'il existe, par ailleurs, une disposition législative qui traite « en plein » de la question et qui n'est pas critiquée ;

- lorsque l'accroche choisie par l'auteur de la question est totalement artificielle, de pur prétexte, de sorte que la QPC ne vise pas, en réalité, à ce qu'une disposition législative existante soit abrogée ou complétée pour assurer sa conformité à la Constitution, mais uniquement à ce que le législateur édicte une règle totalement nouvelle, sans rapport avec celle-ci ;

- et, enfin, lorsque le texte dans lequel se trouvent les dispositions critiquées n'a pas vocation, en raison de son champ d'application notamment, à accueillir les dispositions qui seraient, selon le requérant, de nature à purger le vice de constitutionnalité qu'il dénonce.

Pour le reste, nous nous refusons à enfermer les requérants dans un jeu de bonneteau perpétuel. De même qu'en légistique, on peut parfois hésiter sur l'emplacement idoine d'une disposition nouvelle, il faut admettre que, comme les particules en physique quantique, le vide juridique peut se trouver à plusieurs endroits en même temps.



De prime abord, la cible choisie par les requérantes, en l'espèce, apparaît des plus pertinentes, puisqu'elle traite des attributions contentieuses des TA et des CAA. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de règles de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, puisque ces dernières figurent au livre III du CJA et, en particulier, à l'article L. 311-1 pour ce qui concerne les tribunaux. Il nous paraît donc difficile d'exclure l'applicabilité au litige de ces dispositions au motif que le tribunal et la cour se seraient placés en amont, au stade de la compétence de la juridiction administrative. Les dispositions critiquées constituent bien des éléments de définition de la compétence du juge administratif et, plus précisément, des juridictions administratives de droit commun, compétence qui n'est par ailleurs explicitée par aucun autre texte. Et c'est bien parce que ces dispositions sont interprétées, aussi certainement et constamment qu'implicitement par toutes vos décisions en la matière - lesquelles visent d'ailleurs le CJA - comme ne conférant pas aux tribunaux ou aux cours compétence pour

connaître des actes de gouvernement que la compétence du juge administratif peut être écartée. Dans le cas contraire, il devrait accepter d'en connaître.

On peut même dire que non seulement ces dispositions ne prévoient pas le contrôle des actes de gouvernement, par omission, mais elles l'excluent expressément par l'emploi des notions de « contentieux administratif », de « juridictions administratives », de « tribunaux administratifs » et de « cours administratives d'appel », puisque les actes de gouvernement ne sont pas des actes administratifs.

Par leur objet, les deux articles litigieux semblent ainsi constituer le réceptacle logique de dispositions qui, pour satisfaire le droit au recours effectif si besoin en était, étendraient les attributions des tribunaux et des cours au contrôle des actes non détachables de la conduite des relations diplomatiques.

Une objection pourrait ici vous venir à l'esprit. Elle tient à ce que, pour le dire trivialement, le juge administratif n'est pas la voiture-balai du contentieux. A supposer que l'injusticiabilité des actes de gouvernement soit contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789, le remède ne passerait pas nécessairement par l'extension des attributions contentieuses des TA et des CAA. Si la Constitution devait exiger qu'un contrôle juridictionnel soit exercé sur ces actes, on pourrait imaginer que le législateur décide de le confier à une autre juridiction, sur la base d'une disposition législative *ad hoc*, étrangère au CJA. Ce raisonnement serait toutefois fragile car, selon la jurisprudence constitutionnelle, la Constitution ne consacre l'existence que de deux ordres de juridiction, l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, au sommet desquels sont placés le Conseil d'Etat et la Cour de cassation (Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC¹, AJDA 2011. 174², note X. Bioy³ ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay⁴ ; et 2565, obs. A. Laude⁵ ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena⁶ ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie⁷ ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy⁸ ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser⁹). Si le législateur est compétent pour créer de nouveaux « ordres de juridiction » en vertu de l'article 34 de la Constitution, cette notion doit se comprendre comme renvoyant à des « catégorie de juridictions » - la Cour de cassation constitue ainsi, à elle seule, un ordre de juridiction au sens de ces dispositions (Cons. const. 20 juill. 1977, n° 77-99 L¹⁰), de même, par exemple, que les conseils de prud'hommes (Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC¹¹, *Ayrault*, consid. 11 à 15, D. 2003. 1127¹², obs. L. Domingo et S. Nicot¹³ ; AJDI 2002. 708¹⁴ ; RSC 2003. 606, obs. V. Bück¹⁵ ; et 612, obs. V. Bück¹⁶). Il n'est donc pas du tout certain qu'il puisse, comme il l'a fait avant 1958 avec le Tribunal des conflits et la Cour supérieur d'arbitrage, créer une juridiction qui ne relèverait ni de l'ordre administratif, ni de l'ordre judiciaire, et qui connaîtrait des actes non détachables de la conduite des relations internationales. Et il ne pourrait sans doute confier ce contentieux au juge judiciaire sans se heurter à la conception française de la séparation des pouvoirs et au principe fondamental

reconnu par les lois de la République (PFRLR) dégagé par la décision *Conseil de la concurrence* selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC , *Conseil de la concurrence*, RFDA 1990. 698, étude G. Vedel ). Il faut bien admettre que, dans ce schéma conceptuel, le juge administratif serait le moins mal placé pour connaître des actes litigieux.

Mais la prémisse de tout ce raisonnement hypothétique nous paraît tout simplement erronée. Nous sommes convaincu, en effet, que la Constitution elle-même fait obstacle à ce que le juge administratif se voie confier le contentieux de ces actes par le législateur. L'« ordre administratif » ne peut connaître que du contentieux administratif. Sans doute, on vient de le dire, sa compétence telle qu'est constitutionnellement garantie est-elle libellée dans des termes moins précis. Mais les débats au Conseil constitutionnel sur la décision *Conseil de la concurrence* (préc.) évoquent constamment les « décisions administratives » et ne font pas la moindre référence aux actes de gouvernement. Il est tout à fait certain que le Conseil n'a pas entendu remettre en cause l'incompétence ancestrale du juge administratif pour apprécier leur légalité. La référence aux autorités exerçant le « pouvoir exécutif » et exerçant « des prérogatives de puissance publique » doit se comprendre comme une référence à la fonction administrative de l'Etat, celle qui a trait principalement à l'exécution des lois. Sous réserve du « sanctuaire judiciaire », le législateur peut évidemment confier à « l'ordre administratif » le soin de régler d'autres contentieux que ceux que la Constitution lui réserve, mais ces derniers doivent en toutes hypothèses revêtir un caractère administratif. Tel n'est précisément pas le cas des « actes de gouvernement », qui ne se rattachent pas aux fonctions administratives de l'Etat, placées sous le contrôle du juge administratif, mais à d'autres fonctions dont la Constitution l'investit, principalement aux fonctions législatives et diplomatiques.

Pour le dire simplement, le juge administratif ne peut pas plus annuler un acte de gouvernement qu'une loi ou un traité. Le seul fait que cet acte émane de l'Etat ne saurait suffire à conférer au litige un caractère administratif. Et il ne faut pas voir dans le resserrement progressif du périmètre des actes de gouvernement et d'extension corollaire de la compétence du juge administratif le signe que ce dernier serait le juge naturel et inéluctable de ces actes mais, au contraire, la réaffirmation constante qu'il n'a pas vocation à connaître des actes non administratifs de l'Etat lesquels, contrairement à certains pronostics ou à certains espoirs, n'appartiennent pas à une espèce menacée d'extinction.

Cette incompétence procède de l'ensemble des dispositions et principes de valeur constitutionnelle qui régissent la juridiction administrative, en particulier la notion d'« ordre administratif » utilisée par la Constitution, et la séparation des pouvoirs garantie par l'article 16 de la DDH de 1789, voire d'un éventuel PFRLR. Les articles L. 211-1 et L. 211-2 du CJA, en ce qu'ils circonscrivent la compétence des TA et des CAA au contentieux administratif, ne sont que la traduction de ces exigences constitutionnelles.

En raison de la dualité juridictionnelle consacrée par la Constitution, comme nous l'avons rappelé, et dans le sillage de plusieurs décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits qui définissent l'acte de gouvernement comme un acte échappant par sa nature à tout contrôle juridictionnel (v., par ex., CE 23 sept. 1992, n° 120437, *GISTI, Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples [MRAP]*, Lebon [📖](#) ; AJDA 1992. 752 [📖](#), concl. D. Kessler [📖](#), obs. R. S. [📖](#) ; RFDA 1993. 352, chron. D. Ruzié [📖](#) ; T. confl. 2 déc. 1991, n° 2678 [📖](#), *Préfet de Paris et Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur c/ Compagnie financière CIC et de l'Union européenne*, Lebon [📖](#) ; AJDA 1992. 617 [📖](#), note G. Teboul [📖](#) ; D. 1992. 66 [📖](#) ; et 237 [📖](#), concl. R. Abraham [📖](#) ; RFDA 1992. 307, chron. D. Ruzié [📖](#)), il y a même tout lieu de penser que la Constitution s'oppose plus largement à ce qu'une voie de recours, quelle qu'elle soit, soit ouverte par le législateur contre de tels actes, de sorte que seule une révision constitutionnelle pourrait le prévoir et qu'en l'état, une QPC, quelle qu'en soit la cible [📖](#)(1), serait vaine. C'est l'opinion discrètement mais certainement exprimée par Jacques Arrighi de Casanova dans un article de 2017 dans lequel il évoque le « fondement constitutionnel de la théorie des actes de gouvernement » (J. Arrighi de Casanova, *La réception par le Tribunal des conflits de la jurisprudence Conseil de la concurrence*, AJDA 2017. 95 [📖](#), qui décèle une trace de ce fondement constitutionnel dans le visa de la Constitution dans la décision T. confl. 17 novembre 1975, n° 2039, *Compagnie française des pétroles c/ Société pétrolière française en Algérie*) et le sous-jacent de la décision de section *Mégret* en ce qu'elle se réfère aux rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif « tels qu'ils sont organisés par la Constitution » (CE 25 sept. 1998, n° 195499, Lebon [📖](#) ; AJDA 1999. 240 [📖](#), note F. Lemaire [📖](#) ; et 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur [📖](#) ; D. 1998. 238 [📖](#) ; RFDA 1999. 345, note L. Baghestani-Perrey et M. Verpeaux [📖](#)). Selon le professeur René Chapus (*Droit administratif général I*, n° 1154, 3°), la « référence à la Constitution est de nature [sinon destinée] à déterminer au mieux les contours de la catégorie des actes de gouvernement dans l'ordre interne et à légitimer au mieux l'incompétence, à leur égard, du juge administratif » ; sous-entendu, de façon exhaustive et sans qu'un juge puisse s'y immiscer, sinon, dans les cas prévus par cette même Constitution, le Conseil constitutionnel. Quant aux actes non détachables des relations diplomatiques, le constituant s'est montré moins disert à leur égard, mais il est significatif qu'il n'a jamais fait le choix de remettre en cause leur injusticiabilité absolue et constante, au moins depuis la Révolution.

Quoi qu'il en soit, et à tout le moins, pour les raisons indiquées, il ne saurait être utilement reproché au législateur de ne pas avoir confié aux juridictions administratives le soin de connaître de la légalité des actes de gouvernement et de ne pas l'avoir prévu aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du CJA, lequel ne traite que de l'organisation et du fonctionnement des juridictions administratives de droit commun, comme le précise son article L. 1.

De ces longs développements, on peut en déduire soit l'inapplicabilité au litige des dispositions attaquées, puisque le CJA n'a, par construction, pas vocation à remédier au vice dénoncé, soit, du fait de l'inopérance radicale du grief, le caractère non sérieux de la QPC soulevée - étant précisé que la condition de nouveauté n'est assurément pas remplie, eu égard aux normes constitutionnelles invoquées. Précisons qu'on ne peut en revanche fonder le caractère non sérieux de la question sur la circonstance que, dans une certaine mesure, la garantie des droits est susceptible d'être assurée par la possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat. Certes, vous l'avez admis aussi bien pour la loi elle-même (CE, ass., 14 janv. 1938, n° 51704, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, Lebon¹) que pour une convention internationale (CE, ass., 30 mars 1966, n° 50515, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Lebon²) et, pas plus qu'Edouard Crépey dans ses conclusions sur votre décision *Bernabé* du 27 juin 2016 (n° 382319, Lebon³ ; AJDA 2017. 67⁴, note A. Jacquemet-Gauché⁵ ; et 2016. 1960⁶) qui l'a étendue aux « accords d'Evian », nous ne voyons pourquoi et comment vous pourriez l'écarter pour la généralité des actes de gouvernement. Mais en tout état de cause, l'ouverture de l'action en responsabilité laisserait pendante la question de la constitutionnalité de l'angle mort que constitue l'impossibilité d'obtenir la remise en cause des effets d'un acte de gouvernement, via le recours en annulation et, le cas échéant, le référé-suspension.

Nous vous proposons donc de ne pas renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel.

Venons-en au pourvoi.

Il vous appartient de connaître d'éventuelles défaillances du service public, y compris diplomatique ou consulaire, lorsqu'elles n'impliquent que les rapports entre la France et ses ressortissants, y compris si la décision s'inscrit dans un arrière-plan diplomatique ou militaire. En revanche, vous n'avez pas à examiner des litiges se rattachant directement aux relations entre Etats, qui vous amèneraient à porter un jugement sur et à vous immiscer dans la politique internationale de la France. Le critère central tient au point de savoir si la France peut agir ou a agi seule, par la voie de l'action administrative, fût-ce au prix de certaines tensions diplomatiques, ou si le reproche qui lui est adressé met en cause son attitude ou son inertie à l'égard d'une autorité étrangère. Dans ce second cas, vous n'admettez votre compétence que si l'acte s'inscrit dans une coopération internationale organisée conventionnellement, créant une

obligation d'agir pour la France, comme si était ainsi institué un service public administratif dont les conditions de fonctionnement ne peuvent échapper à votre contrôle. C'est ce qui explique :



- que, d'un côté, vous avez décliné la compétence du juge administratif pour connaître d'un refus de protection diplomatique et consulaire opposé à une ressortissante française employée par le gouvernement du Yémen (CE 22 mai 1953, n° 8703, *Demoiselle Buttner*, Lebon 184), de même que d'une demande indemnitaires fondée sur des carences de la France dans l'accomplissement de la mission de protection des biens des citoyens français, « dans les circonstances de temps et de lieu où est survenu le dommage » - à savoir un pillage faisant suite au tremblement de terre de 1960 à Agadir et qui supposait une intervention auprès des autorités marocaines (CE 2 mars 1966, n° 65180, *M^{me} Cramencel*, Lebon ¹⁸⁴) -, ou sur l'insuffisance des mesures de protection prises en faveur de ressortissants français à l'étranger « impliqu[ant] nécessairement l'examen des rapports entre l'Etat français et un gouvernement étranger » (CE 4 oct. 1968, n° 71894, *Lévy*, Lebon ¹⁸⁴) ou encore du refus d'un ministre d'ouvrir des négociations avec un Etat étranger pour obtenir l'exécution d'un jugement rendu au profit d'une société française (CE 25 mars 1988, n° 65022, *Société Sapvin*, Lebon ¹⁸⁴)⁽²⁾ ;

- mais, de l'autre côté, vous contrôlez en revanche l'action ou les carences des services diplomatiques ou consulaires français dans la protection de biens appartenant à des Français, sans qu'il y ait lieu à intervention auprès d'une autorité étrangère (CE 16 févr. 1949, n° 74.424, *Demoiselle Lassarade*, Lebon 79 ; CE 22 févr. 1952, n° 98.411, *Simon*, Lebon 131), ou vous acceptez de connaître, au regard de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, du refus de formuler une demande d'aide judiciaire gratuite auprès d'un Etat étranger au profit d'un ressortissant français et de le représenter en justice (CE, sect., 29 janv. 1993, n° 111946, *M^{me} Bouilliez*, Lebon ¹⁸⁴ ; AJDA 1993. 364 ¹⁸⁴, note G. Burdeau ¹⁸⁴ ; 1994. 16, chron. J.-F. Flauss ¹⁸⁴ ; RFDA 1993. 794, concl. F. Scanvic ¹⁸⁴ ; 803, note D. Ruzié ¹⁸⁴) et, au regard de la convention de La Haye de 1980, du refus du garde des Sceaux de prêter assistance au parent d'un enfant emmené à l'étranger par l'autre parent (CE 30 juin 1999, n° 191232, *Guichard*, Lebon ¹⁸⁴ ; D. 2000. 1 ¹⁸⁴, note F. Boulanger ¹⁸⁴ ; et 163, obs. C. Desnoyer ¹⁸⁴ ; Rev. crit. DIP 2000. 641, étude S. Corneloup et V. Corneloup ¹⁸⁴ ; RTD civ. 1999. 829, obs. J. Hauser ¹⁸⁴).



C'est en appliquant cette grille de lecture au cas des relations avec une « autorité de fait » n'ayant pas encore le statut d'Etat souverain que vous avez plus récemment jugé que la question du rapatriement - ou plutôt le non-rapatriement - des harkis à la fin de la guerre d'Algérie échappait à votre compétence de juge de la responsabilité pour faute (CE 3 oct. 2018, n° 410611, Lebon ¹⁸⁴ ; AJDA 2018. 2187 ¹⁸⁴, chron. C. Nicolas et Y. Faure ¹⁸⁴ ; RFDA 2018. 1131, concl. A. Bretonneau ¹⁸⁴).

Comme l'a relevé le juge des référés du Conseil d'Etat dans ses ordonnances du 23 avril 2019 (CE, n° 429668, AJDA 2019. 1644 ¹, note S. Slama ² ; 1803, chron. L. Burgorgue-Larsen ³ ; n°s 429669, 429674 et 429701), il ne suffit pas, pour rapatrier un ressortissant français, de l'autoriser à rentrer en France. Encore faut-il que la France négocie le principe et les conditions de ce rapatriement avec les autorités étrangères du pays où il se trouve - ou, comme ici, des « autorités de fait » exerçant le contrôle sur une partie du pays - ou qu'elle intervienne directement, c'est-à-dire militairement, sur ce territoire situé en dehors de sa souveraineté, ce qui semble admis, dans une certaine mesure, par le droit international. Aucune convention internationale n'organise spécifiquement de telles opérations. Et si l'article 5 de la convention de Vienne confie aux services consulaires français un devoir général de protection et d'assistance de ses ressortissants, l'évacuation et le rapatriement dont il est ici question nous paraissent excéder la mise en oeuvre de la protection consulaire telle qu'elle est habituellement conçue, compte tenu du contexte particulier dans lequel ces opérations s'inscrivent et des démarches qu'elles impliquent auprès d'autorités étrangères. En tout état de cause, la France ne dispose plus de services consulaires en Syrie depuis 2012 et il ne lui a pas été demandé de mettre en oeuvre la directive 2015/637/UE du Conseil du 20 avril 2015 établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans des pays tiers. Les actions auxquelles prétendent les requérantes ne sont donc pas détachables de la conduite des relations internationales.



Il est vrai qu'en amont de toute démarche auprès d'autorités étrangères, le rapatriement suppose que la France ait la volonté de reprendre ses ressortissants. La doctrine de rapatriement sélectif des mineurs français en Syrie ici critiquée semble d'ailleurs au moins autant guidée par des considérations de « politique interne », en particulier de sécurité publique, que de politique étrangère. Vous pourriez ainsi concevoir d'analyser la décision du Président de la République comme un refus d'envisager le rapatriement global, indépendamment même de considérations diplomatiques ou militaires qui conditionneraient sa mise en oeuvre, refus que vous contrôleriez de manière autonome et, le cas échéant, que vous annuleriez au motif qu'elle traduirait une méconnaissance de l'obligation de protection des ressortissants français ou de droits fondamentaux. Vous pourriez vous inspirer à cet égard de l'asymétrie que vous avez consacrée entre la notification d'une aide d'Etat, qui échappe à votre compétence, et le refus de notification, dont vous acceptez de connaître (CE, ass., 7 nov. 2008, n° 282920, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*, Lebon avec les concl. ⁴ ; AJDA 2008. 2384 ⁵, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; Just. & cass. 2009. 328, concl. E. Glaser ; RFDA 2009. 111, concl. E. Glaser ⁶ ; 123, étude C. Mondou et A. Potteau ⁷ ; RTD com. 2009. 294, obs. G. Orsoni ⁸) ⁹ (3) (CE, sect., 27 oct. 1999, n° 196306, *Solana*, Lebon ¹⁰ ; AJDA 1999. 1042 ¹¹ ; RFDA 2000. 825, concl. J.-D. Combrexelle ¹²). Le caractère négatif de la décision emporterait plus aisément sa détachabilité. Mais un tel « détachage » serait tout à fait artificiel et, surtout, parfaitement vain

sur le plan contentieux, car vous ne pourriez enjoindre à l'Etat de procéder au rapatriement, ni même de se mettre en relation avec une quelconque autorité étrangère pour l'organiser, sans excéder votre compétence (vous avez refusé d'entrer dans cette logique asymétrique à propos du refus de déposer un projet de loi au Parlement, CE 26 nov. 2012, n° 350492, *Krikorian*, Lebon  ; RTD eur. 2013. 874, obs. D. Ritleng ).

Il reste à examiner la critique de conventionnalité élevée par les requérantes, lesquelles vous demandent par ailleurs de renvoyer à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) une question préjudicielle portant sur les articles 2, 3 et 13 de la convention. Signalons que la Cour a été saisie d'un recours en mai 2019, portant sur la situation d'autres enfants français retenus en Syrie.

Vous avez déjà jugé, sans excès de pédagogie, que la décision du ministre des affaires étrangères de reconnaître le statut diplomatique d'une institution étrangère, acte de gouvernement, échappe à la compétence de la juridiction administrative française, sans que soit méconnu le droit au recours garanti par l'article 13 de cette convention (CE 30 déc. 2015, n° 384321, Lebon  ; AJDA 2016. 12 ).

Cette position peut se justifier par l'idée, déjà développée, que, si problème de conventionnalité il y a, il ne se loge pas dans l'incompétence du juge administratif mais dans l'incompétence de toute juridiction. Une éventuelle condamnation par la CEDH ne confère aucun titre de compétence au juge administratif. Il n'appartiendrait qu'au législateur ou, si l'on a suivi notre raisonnement, au Constituant d'y remédier, s'il y a lieu.


Ce terrain nous paraît plus sûr que le pronostic de la position de la CEDH, exercice périlleux s'il en est. Cela étant, s'il fallait s'y livrer, nous serions tout de même d'avis d'écarter toute inconvictionnalité. L'argumentation des requérantes revient peu ou prou à tirer de la convention une obligation générale d'ingérence pour assurer le respect des droits de l'homme dans le monde au profit des ressortissants d'un Etat partie. Or, la Cour n'a, heureusement, jamais consacré ce point de vue. Elle juge certes que la « juridiction » des Etats parties, qui fonde le principe de territorialité de la convention, en vertu de son article 1^{er}, ne se limite pas à leur territoire national. Mais son extension à l'étranger, qui revêt un caractère casuistique et exceptionnel (CEDH 7 juill. 2011, n° 55721/07 , AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ), suppose que cet Etat exerce un pouvoir sur la personne ou sur le territoire où elle se trouve :

- l'existence d'un pouvoir sur le territoire où se trouve la personne renvoie à l'invasion territoriale, ce qui crée des obligations tant pour l'occupant que pour l'occupé, dans la limite du contrôle effectif qu'ils exercent sur telle ou telle portion du territoire. Ce n'est pas le cas ici car il

est évident que la France n'exerce pas, à elle seule pas plus que dans le cadre de la coalition occidentale qui a du reste amorcé son retrait, le contrôle effectif du nord-est syrien. A l'heure où nous parlons, ce contrôle semble plutôt assuré par les Kurdes. Ainsi qu'il ressort du guide sur l'article 1^{er} de la convention européenne des droits de l'homme (mis à jour au 30 avril 2020), c'est à l'hypothèse de l'Etat occupé, qui doit continuer à garantir le respect de la convention dans la limite de l'influence qu'il continue d'exercer, que se rattachent les précédents cités par Serge Slama dans un article critique et très documenté (L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen, Non-rapatriement des femmes françaises et de leurs enfants des camps du Kurdistan syrien, AJDA 2019. 1644¹). Mais ces précédents ne sont pas transposables ici ;

- l'existence d'un pouvoir sur la personne peut, quant à elle, résulter des prérogatives reconnues par le droit international aux agents diplomatiques et consulaires à l'égard des ressortissants de l'Etat (CEDH 12 déc. 2001, n° 52207/99², *Bankovic c/ Belgique*, § 73, AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss³ ; D. 2002. 2567⁴, obs. J.-F. Renucci⁵ ; CEDH 15 déc. 1977, n° 7547/76, X. c/ *Royaume-Uni*), ou de ce que l'Etat étranger concerné invite ou accepte que l'Etat partie exerce tout ou partie des prérogatives de puissance publique qui lui sont normalement dévolues, en particulier des fonctions exécutives ou judiciaires, à l'égard des personnes concernées sur son sol (CEDH 7 juill. 2011, n° 55721/07⁶, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen⁷, § 135). Tel est le cas également lorsque ces personnes se trouvent sous le contrôle d'agents de l'Etat opérant hors de leur territoire et recourant à la force (CEDH 19 nov. 2019, nos 75734/12, 2695/15 et 55325/15, *Razvozhayev c/ Russie et Ukraine et Udaltsov c/ Russie*, § 161). En l'espèce, on l'a dit, les services consulaires français sont absents du territoire et, en dépit du rôle joué par l'armée française sur place, au sein de la coalition, le dossier soumis aux juges du fond ne permettait pas d'affirmer que les enfants dont il est question se trouveraient sous son contrôle dès l'instant que la France n'administre pas le camp de Roj, qui est géré par les forces démocratiques syriennes et, en pratique, par les Kurdes. La simple circonstance, mise en exergue par le Défenseur des droits (Décis. n° 2019-129 du 22 mai 2019 relative à la rétention d'enfants français et de leurs mères dans les camps sous le contrôle des forces démocratiques syriennes au nord de la Syrie), que la France dispose de la capacité opérationnelle de les rapatrier, comme l'ont montré plusieurs opérations récentes, ne suffit évidemment pas à établir l'existence d'une juridiction de la France - sauf à admettre que celle-ci s'étende à l'ensemble du globe, compte tenu des capacités militaires du pays. Et il n'a pas été soutenu devant les juges du fond - quoiqu'il semble que ce soit le cas - que les autorités kurdes consentiraient à, voire encourageraient, le rapatriement des familles étrangères, circonstance qui serait nettement plus pertinente, mais pas nécessairement suffisante.

A supposer même, enfin, qu'on admette que la juridiction de la France s'étende au camp de Roj, il ne s'en déduirait pas nécessairement que l'absence de recours contre l'acte en litige serait

inconventionnelle. La Cour européenne a déjà admis dans son principe, au regard de l'article 6, l'injusticiabilité d'un acte de gouvernement ou, plus exactement, l'absence de droit à réparation en découlant, dans son arrêt *Markovic c/ Italie* du 14 décembre 2006 (CEDH, n° 1398/03, RFDA 2008. 728, étude M. Vonsy ). La motivation qu'elle a adoptée n'est certes pas d'une grande limpidité, mais on comprend qu'elle a écarté toute violation de l'article 6, § 1 au motif, d'une part, qu'il résultait de la « tendance jurisprudentielle » de l'époque en Italie que l'action des requérants était vouée à l'échec dès lors qu'était en cause la responsabilité du fait d'un acte de gouvernement, de sorte qu'il n'existait pas de droit établi à réparation qui leur aurait été dénié par l'absence d'accès au juge ; et, d'autre part, que l'exonération de responsabilité en découlant était étroitement circonscrite. Ce raisonnement est transposable ici. Il y a même un *a fortiori*. Dans ce précédent, la Cour n'a retenu, en amont, l'applicabilité de l'article 6, au motif qu'il existait un droit de caractère civil « défendable » au vu des dispositions de droit national et de l'interprétation jurisprudentielle qui en était donnée, que parce qu'il s'agissait d'une primo-interprétation de la loi par la Cour de cassation (pts 93-95 de l'arrêt). En l'occurrence, il faisait peu de doute, au vu de la jurisprudence administrative, que les requérantes ne pourraient obtenir l'annulation par le juge administratif de l'acte litigieux.

Les moyens d'erreur de droit et d'inexacte qualification juridique des faits ne justifient donc pas l'admission du pourvoi.

Par ces motifs, nous concluons au non-renvoi de la QPC et à la non-admission du pourvoi.

Document n°5

CONSEIL D'ETAT, Nos 455744, 455745, 455746, Ordonnance du 25 août 2021

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et* »
Les requêtes enregistrées sous les numéros 455744, 455745 et 455746 tendent à ce que le juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, ordonne les mesures nécessaires à la sauvegarde du droit des ressortissants afghans s'étant vus reconnaître la qualité de réfugié ou ayant obtenu le bénéfice

de la protection subsidiaire à être rejoints par leur conjoint et leurs enfants mineurs, découlant de leur droit à mener une vie familiale normale, en vue de permettre l'acheminement de ces derniers en France par le pont aérien organisé à partir de l'aéroport de Kaboul depuis le 15 août 2021. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance.

Sur les demandes en référé :

2. Aux termes de l'article L. 561-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : *« Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, le ressortissant étranger qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié ou qui a obtenu le bénéfice de la protection subsidiaire peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre de la réunification familiale : /1° Par son conjoint ou le partenaire avec lequel il est lié par une union civile, âgé d'au moins dix-huit ans, si le mariage ou l'union civile est antérieur à la date d'introduction de sa demande d'asile ; / 2° Par son concubin, âgé d'au moins dix-huit ans, avec lequel il avait, avant la date d'introduction de sa demande d'asile, une vie commune suffisamment stable et continue ; / 3° Par les enfants non mariés du couple, n'ayant pas dépassé leur dix-neuvième anniversaire. / (...) L'âge des enfants est apprécié à la date à laquelle la demande de réunification familiale a été introduite ».* Aux termes de l'article L. 561-5 du même code : *« Les membres de la famille d'un réfugié ou d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire sollicitent, pour entrer en France, un visa d'entrée pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois auprès des autorités diplomatiques et consulaires, qui statuent sur cette demande dans les meilleurs délais. Ils produisent pour cela les actes de l'état civil justifiant de leur identité et des liens familiaux avec le réfugié ou le bénéficiaire de la protection subsidiaire. / En l'absence d'acte de l'état civil ou en cas de doute sur leur authenticité, les éléments de possession d'état définis à l'article 311-1 du code civil et les documents établis ou authentifiés par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, sur le fondement de l'article L. 121-9 du présent code, peuvent permettre de justifier de la situation de famille et de l'identité des demandeurs. Les éléments de possession d'état font foi jusqu'à preuve du contraire. Les documents établis par l'office font foi jusqu'à inscription de faux ».*

3. A la suite de la prise de contrôle de la ville de Kaboul par les Talibans, des évacuations en urgence aux fins d'acheminement vers la France ont été organisées à partir de l'aéroport international Hamid Karzaï. Cet aéroport est sécurisé par l'armée américaine, dont le retrait du pays est prévu le 31 août prochain dans le cadre des accords de Doha signés le 29 février 2020. Il résulte de l'instruction que, dans ce cadre, les autorités françaises sont en mesure d'assurer deux vols par jour, chacun pouvant transporter 250 personnes. L'organisation de telles opérations d'évacuation à partir d'un territoire étranger et de rapatriement vers la France n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France. Par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des demandes tendant à ce que le

dispositif de rapatriement soit complété et à ce que des rapatriements soient ordonnés, alors même qu'est en cause l'évacuation de ressortissants afghans ayant vocation à bénéficier des dispositions citées au point 5. Les conclusions des requérants présentées à ce titre ne peuvent donc qu'être rejetées.

4. En revanche, leurs conclusions tendant à ce qu'il soit ordonné au ministre des affaires étrangères et au ministère de l'intérieur de prendre, en urgence, les mesures permettant aux ressortissants afghans pouvant bénéficier d'une réunification familiale de faire valoir leur droit par la délivrance d'un visa ou de toute autre mesure équivalente, ne peuvent être regardées comme échappant à la compétence que le juge des référés du Conseil d'Etat tient des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

5. L'activité du poste consulaire de Kaboul ayant cessé, et les demandes de visa ne pouvant être présentées par des ressortissants afghans, en l'état de la réglementation, que devant les postes consulaires de Téhéran et New Dehli, les requérants demandent, à cet effet, une adaptation de la procédure d'instruction et de délivrance des visas sollicités au titre de la réunification familiale pour permettre aux membres de leurs familles de bénéficier du pont aérien et des rotations organisées pour l'évacuation de ressortissants afghans vers la France. Il résulte toutefois de l'instruction et des échanges à l'audience que, dans le contexte prévalant depuis le 15 août 2021 à Kaboul, la détention d'un visa d'entrée en France n'est pas requise pour prétendre au bénéfice de ces opérations d'évacuation. Les personnes présentes à l'intérieur de la zone dédiée à la France dans l'enceinte de l'aéroport de Kaboul et éligibles à la réunification familiale, qu'elles soient ou non munies d'un visa, ont ainsi vocation à être prises en charge par les moyens militaires français, dans la mesure de leur disponibilité, en vue d'un transfert vers le territoire national, tant que la situation locale permet la poursuite de ces opérations. Dans ces conditions, en l'état de l'instruction, le défaut de délivrance de visas apparaît sans incidence, dans l'immédiat, sur l'exercice du droit des requérants à bénéficier de la réunification de leur famille. Par suite, les conclusions tendant à l'adaptation de la procédure de vérification des documents démontrant la réalité des liens familiaux en vue de la délivrance de visas ne peuvent qu'être rejetées.

6. Si les requérants demandent également qu'il soit enjoint aux autorités françaises à Kaboul de faire en sorte que les conjoints et enfants des ressortissants afghans titulaires du droit à réunification familiale qui parviennent aux abords de l'aéroport de Kaboul puissent y accéder, ces conclusions ont trait à l'organisation de l'évacuation de ressortissants afghans depuis l'aéroport de Kaboul qui, ainsi qu'il a été dit au point 6, relève de la conduite des relations internationales de la France, et ne ressortissent donc pas de la compétence du juge administratif. En tout état de cause, il résulte de l'instruction que les personnes qui se sont manifestées au préalable auprès de

l'ambassade ou du centre de crise et de soutien du ministère de l'Europe et des affaires étrangères reçoivent, dans la mesure du possible, un SMS et, si elles se présentent à l'un des points d'accès à l'aéroport, doivent tenter de se signaler aux autorités françaises selon les indications qui leur ont été données. Dans ce contexte, qui a déjà donné lieu à 160 000 saisines par courriel ou par téléphone du centre de crise et de soutien, il ne résulte pas de l'instruction que les autorités françaises, en métropole ou sur place, n'auraient pas accompli, à la date de la présence ordonnance, les diligences qui leur incombent.

7

7. Il résulte de tout ce qui précède que les requêtes de M. G..., M. et Mme C..., M. et Mme B... et M. J... doivent être rejetées, y compris leurs conclusions présentées au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991, sans qu'il y ait lieu, dans les circonstances de l'espèce, de prononcer l'admission provisoire des requérants au bénéfice de l'aide juridictionnelle.