

§. 1. Les actes de gouvernement

Certains actes de l'Exécutif échappent au contrôle du juge qui se déclare incompétent pour en connaître.

Ces actes se rencontrent aujourd'hui exclusivement dans le domaine de la conduite des relations internationales et dans celui des rapports entre pouvoirs publics. Devant le juge administratif, il n'est ainsi possible ni de discuter de la légalité ni même des conséquences dommageables de ces décisions.

- Remarque : l'injusticiabilité des actes de gouvernement concerne tant le contentieux de la légalité que celui de la responsabilité.
 - En ce sens le recours en indemnité formé par deux membres de l'ambassade de Turquie en France victimes d'un attentat dû, selon eux, à l'insuffisance de la protection assurée par les services de police (Conseil d'Etat, 29 avril 1987 Consorts Yener et Erez)

A. L'acte de gouvernement, acte injusticiable

A l'origine, l'acte de gouvernement est celui qui est pris en vue d'un but politique. Cette conception extrêmement dangereuse en ce qu'elle fait toujours prévaloir la raison d'Etat a été abandonnée dès les débuts de l'ère républicaine avec le célèbre arrêt Prince Napoléon (Conseil d'Etat 18 février 1875 Prince Napoléon, GAJA n°3)

- Le prince Napoléon-Joseph Bonaparte, nommé général de division en 1853 par son cousin Napoléon III, se plaignait que l'annuaire militaire de 1873, après la chute du Second Empire, ne mentionnait plus son nom sur la liste des généraux.
- Cette décision fut déférée au Conseil d'Etat. L'administration opposa le caractère politique de la mesure attaquée. Mais le Conseil d'Etat se reconnut compétent et rejeta le recours au fond
- Le commissaire du gouvernement David, qui fit valoir que : « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ».
 - Auparavant et à comparer avec :
 - CE, 1er mai 1822, Laffite : le Conseil d'Etat rejetait, sous la [Restauration](#), le recours du banquier Jacques Laffite réclamant le paiement des arrérages d'une rente qu'il avait acquise de la [princesse Borghèse](#), sœur de [Napoléon Ier](#), au motif que « la réclamation du sieur Laffite tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement » ;
 - CE, 9 mai 1867, Duc d'Aumale : sous le [Second Empire](#), la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale, fils de [Louis-Philippe](#), et le refus d'en restituer les exemplaires étaient de même regardés comme « des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour [excès de pouvoir](#) en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse ».

L'abandon de la théorie du mobile politique n'a pas toutefois entraîné la suppression des actes de gouvernement.

1) Le regroupement des actes de gouvernement en deux catégories distinctes en fonction de leur objet

La première catégorie d'actes de gouvernement concerne les rapports entre les pouvoirs publics notamment ceux que l'Exécutif entretient avec le Parlement dans le cadre de sa participation à la fonction législative :

- Refus de présenter un projet de loi au Parlement : CE, 29 novembre 1968, Tallagrand³
- Décision de promulguer une loi : CE, Sect., 3 novembre 1933, Desreumeaux,
- Décision de déposer ou de retirer un projet de loi : CE, Ass., 19 janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet,
- Refus de faire les diligences nécessaires à l'adoption rapide d'un projet de loi : CE, Sect., 25 juillet 1947, Société l'Alfa,
- Refus de prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle : CE, 26 février 1992, Allain,

La seconde catégorie des actes de gouvernement concerne les relations du gouvernement dans l'ordre international (avec un Etat étranger ou un organisme international).

- Protection des personnes et des biens français à l'étranger : CE, 2 mars 1966, Dame Cramencel,
- Refus de soumettre un litige à la Cour internationale de justice : CE, 9 juin 1952, Gény
- Ordre de brouiller les émissions d'une radio étrangère : TC, 2 février 1950, Radiodiffusion française
- Création d'une zone de sécurité dans les eaux internationales pendant des essais nucléaires : CE, Ass., 11 juillet 1975, Paris de Bollardière
- Décision de reprise des essais nucléaires avant la conclusion d'un accord international devant interdire de tels essais : CE, Ass., 29 septembre 1995, Association Greenpeace France
- Conditions de signature d'un accord international : CE, Sect., 1er juin 1951, Société des étains et wolfram du Tonkin,
- Décision de ne pas publier un traité : CE, 4 novembre 1970, de Malglaive
- Vote du ministre français au Conseil des communautés européennes : CE, Ass., 23 novembre 1984, Association « Les Verts »
- Décision de suspendre l'exécution d'un traité : CE, Ass., 18 décembre 1992, Préfet de la Gironde c. Mahmedi
- Décision de suspendre la coopération scientifique et technique avec l'Irak pendant la Guerre du Golfe : CE, 23 septembre 1992, GISTI 21,

2) Le rétrécissement de la liste des actes de gouvernement en matière diplomatique.

Le juge administratif veille en effet à ne pas se laisser emprisonner par sa propre théorie des actes de gouvernement.

Il s'agit pour lui de ne pas brider son contrôle au-delà du raisonnable, au-delà de ce qu'exigent les circonstances de l'espèce.

Tous les actes intéressant les relations internationales ne sont pas ainsi nécessairement compris dans la liste des actes de gouvernement. Le Conseil d'Etat considère en effet que de nombre d'entre eux sont

détachables de la conduite des relations internationales, parce qu'en dépit de leur « arrière plan international »(R. Chapus, Droit administratif général, 2001) ils sont « tournés vers l'ordre interne ».

a) La théorie de l'acte détachable

De très nombreux actes sont désormais jugés détachables des relations internationales :

ainsi d'un permis de construire accordé à la République du Viêt-Nam pour la construction de son Ambassade à Paris (Conseil d'État, 22 décembre 1978 Vo Thanh Nghia) ;

du refus d'un consulat de délivrer un certain nombre de documents administratifs (Conseil d'État 19 février 1988 Robatel) ;

d'un arrêté préfectoral interdisant l'incinération des déchets en haute mer c'est à dire au delà des eaux territoriales (Conseil d'État, 1982 Soc. Incimer);

La notion d'acte détachable est essentiellement une notion fonctionnelle. Ces contours dépendent de chaque espèce. Ils sont fonction des circonstances de l'affaire voire de son contexte politique.

b) L'acte détachable n'est qu'une exception

Si le juge qualifie certains actes de « détachables », c'est qu'il existe par ailleurs des actes non détachables.

La jurisprudence contemporaine du Conseil d'Etat est ainsi grosse de nouvelles illustrations de ce que peut être l'acte non détachable de la conduite des relations internationales qu'il s'agisse

- de l'arrêt Mégret et Mékhantar du 5 juillet 2000 à propos de la décision d'engager les forces militaires françaises au Kosovo (AJDA 2001, p. 95, note Y. Gounin)
- ou de l'arrêt Lombo du 16 décembre 1998 à l'égard du refus du ministre des affaires étrangères d'autoriser des personnes à séjourner en France en qualité de membre d'une mission diplomatique (JCP 1999, n°10124, note G. Toulemonde).
- Décision du Président de la République d'autoriser les avions anglais et américains à survoler le territoire français pour attaquer l'Irak : CE, 10 avril 2003, Comité contre la guerre en Irak
- Proposition de candidature au poste de juge à la Cour pénale internationale : CE, Sect., 28 mars 2014, Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage

De même, la jurisprudence la plus récente*

- Dans l'arrêt du CE 2018 Société Super Coiffeur à propos des réserves émises par le gouvernement français à la CEDH qui sont non détachables des relations internationales

Voir aussi à propos des familles de Djihadistes retenue en Syrie

- CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701
 - Par quatre ordonnances de référé en date du 23 avril 2019, le Conseil d'État a rejeté les demandes de rapatriement de ressortissantes françaises retenues avec leurs enfants dans des camps syriens.
 - Considérant que leur rapatriement nécessiterait des négociations préalables, mesures qu'elle juge non détachables de la conduite des relations internationales, la juridiction administrative se déclare incompétente pour en connaître..
- Et le Tribunal des conflits a rendu sur cette affaire une décision inédite
 - TC 11 mars 2019 Rollet épouse Dimitri récuse à la fois la compétence du JA et du JJ

- Voir aussi auparavant T. confl. 18 mai 2015 et 6 juill. 2015, Krikorian c/ Premier ministre, req. n° 3995 à propos du refus du Premier Ministre de déposer un projet de loi pour transposer une décision-cadre du Conseil de l'UE.

Surtout, les progrès du contrôle juridictionnel ne sont pas visibles à l'égard des actes de l'Exécutif intéressant les rapports entre pouvoirs publics.

3) La persistance de l'acte de gouvernement dans les rapports entre pouvoirs publics.

Loin de périliter, la notion d'acte de gouvernement se trouve ragaillardie depuis 1958 avec les nouveaux pouvoirs d'arbitrage que la Constitution reconnaît au Président de la République. Le Conseil d'Etat a en effet été amené à décliner en cascade sa compétence à l'égard d'actes qui relèvent des pouvoirs propres du Président de la République

- Décision de soumettre un projet de loi au référendum : CE, Ass., 19 octobre 1962, Brocas
- Décision de mettre en œuvre les pouvoirs de crise de l'article 16 de la Constitution : CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres,
- Décision de dissoudre l'Assemblée nationale : CE, 20 février 1989, Allain
- Nomination d'un membre du Conseil constitutionnel : CE, Ass., 9 avril 1999, Mme Ba,
- Ou encore sur l'empêchement du Président de la République : CE, 2005, Hoffer

La réforme constitutionnelle de 2008 a justifié la découverte de nouveaux cas :

- CE 13 décembre 2017 Président du Sénat : à propos de la nomination par le Président de la République d'un membre de la commission indépendante prévue par l'article 25 de la Constitution pour donner son avis sur les projets de redécoupage électoral
- CE 15 déc. 2017, n° 402259, relatif à la délibération du 26 février 2013 par laquelle le bureau du Conseil économique, social et environnemental (CESE) a déclaré irrecevable une pétition déposée sur le fondement de l'article 69 de la Constitution demandant au CESE de donner son avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, alors en cours de discussion au Parlement.

B. L'acte de gouvernement, théorie injustifiable ?

Depuis l'abandon du mobile politique, l'acte de gouvernement n'est plus pour la doctrine contemporaine un sujet de combat mais plutôt un objet de débats quant aux raisons techniques qui poussent le juge à refuser de juger. Il reste que la nécessaire protection des droits fondamentaux conduit à renoncer à l'acte de gouvernement dans certaines situations.

1) La controverse doctrinale quant aux fondements de l'acte de gouvernement

La controverse doctrinale conduit à mettre en avant deux tentatives d'explications:

D'une part, l'opinion selon laquelle l'acte de gouvernement n'existe pas.

Cette thèse « négatrice » connaît plusieurs variantes mais dans tous les cas l'incompétence du juge administratif s'explique par le jeu normal des compétences.

- Les actes constitutionnels de l'Exécutif devraient relever du Conseil constitutionnel (L. Favoreu, Du déni de justice en droit public français, thèse de doctorat, 1962)

- Or la compétence du juge constitutionnel a été conçue de manière trop étroite par le Constituant de 1958 en ne lui confiant que le contrôle de constitutionnalité des lois et non des actes de l'exécutif
 - L'incompétence du juge administratif n'aurait ainsi rien d'anormal.
- Cette explication est intéressante mais elle ne vaut pas pour les actes de l'Exécutif pris dans le cadre des relations internationales
- Les actes internationaux de l'exécutif soulèvent des questions de droit international, lesquelles sont par nature étrangères au juge administratif (M. Virally).
 - Etabli dans les années 1950, cette thèse est aujourd'hui datée.
 - En effet, les progrès de la coopération internationale fait que le juge administratif est très régulièrement amené à faire application du droit international.
 - L'arrêt GISTI de 1990 constitue une très bonne illustration de cette évolution. Autrefois, l'interprétation des traités par le Ministre des affaires étrangères s'imposait au Conseil d'Etat et l'avis du Ministre était insusceptible de recours (CE 3 juillet 1993 » Karl et Toto samé
 - Voir aussi CE, ass., 9 juill. 2010, Mme Cheriet-benseghir qui est encore plus spectaculaire dès lors que le juge accepte de contrôler à travers la condition de réciprocité le comportement d'un Etat étranger.

Une autre thèse plus probante consiste à voir, avec René Chapus (L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D 1958), dans l'acte de gouvernement l'incarnation d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative : l'acte de gouvernement ne serait pas alors un acte administratif mais un acte politique

Cette thèse peut se prévaloir d'exemples étrangers

- Ainsi, des actes similaires sont exclus du prétoire américain par le biais de la *political question doctrine* (E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis : Dalloz, 2010, p. 322 et s.*).
- En Angleterre, sont considérés comme injusticiables certains actes lorsqu'ils sont qualifiés d'*act of State* ou encore, selon les domaines concernés, lorsqu'ils découlent de l'exercice de la prérogative royale
- En Espagne, le législateur a explicitement exclu certains actes en matière de relations internationales de la compétence de la juridiction administrative

Cette thèse est intéressante dès lors que la fonction gouvernementale inclut les actes constitutionnels de l'Exécutif et n'invalide pas à l'explication donnée par Louis Favoreu.

Mais le critère de la fonction gouvernemental reste fragile parce qu'il ne parvient pas à justifier tous l'ensemble des hypothèses où le Conseil d'Etat a refusé sa compétence sauf à considérer que des actes peuvent être politiques autrement qu'en raison de leur contenu.

- La faiblesse de cette thèse tient en effet que à ce que l'analyse de la jurisprudence montre que la nature politique de l'acte n'est pas toujours la raison de l'incompétence du juge administratif

- Il arrive en effet que le juge s'abstienne de juger en raison du contexte de l'affaire ou des répercussions politiques de son jugement s'il devait intervenir

Dès lors, dans certains cas, c'est la dimension politique du litige qui expliquerait en dernière analyse le refus du juge de se mêler à l'affaire.

L'affaire des essais nucléaires de 1995 fournit une bonne illustration de ce type d'explication

- En l'espèce, le Conseil d'Etat a refusé de contrôler la décision du Président de la République de reprendre une série d'essais nucléaires. A l'appui de cette déclaration d'incompétence, le juge a argué du contexte international entourant la décision du Président de la République. Or le recours portait devant le juge administratif ne soulevait que des questions d'ordre interne lié en particulier à l'absence de contreseing du Premier Ministre (Association Greenpeace France, Rec. p. 348, AJDA 1995, chron. p. 684, RDP 1996, p. 256, conclusions Sanson, JCP 1996, II, 22582, note Moreau).
- L'invocation du contexte international apparaît ici d'un point de vue juridique purement artificielle, le recours à la théorie de l'acte de gouvernement permettant au Conseil d'Etat de se tenir à l'écart d'une affaire politiquement sensible.

L'affaire montre bien que l'acte est ainsi politique non par son contenu mais par son contexte.

- C'est la définition même de la raison d'Etat qui est un principe d'action politique qui veut que dans certaines situations l'action du Gouvernement n'a pas à être soumise au respect des règles de droit lesquelles sont destinées aux affaires habituelles ne mettant pas en cause les intérêts supérieurs de l'Etat .
- Mais dès lors jusqu'où admettre la raison d'Etat ? Et comment définir les intérêts supérieurs de l'Etat et les situations les mettant en cause ?
 - C'est bien là toute la difficulté d'une telle explication qui peut offrir une immunité généralisée aux décisions du gouvernement chaque fois qu'il invoque un contexte politique compliqué.
 - Ce qui peut conduire si le juge est trop sensible aux pressions du pouvoir politique à une régression généralisée de l'Etat de droit

A ce titre l'explication tirée de la raison d'Etat est irrecevable d'un point de vue juridique mais faute de pouvoir totalement l'éradiquer, dès lors que certains arrêts ne reçoivent pas d'autres explications, du moins pourrait-on la limiter aux cas où n'est pas en cause le respect des droits fondamentaux.

2) La conciliation entre la théorie des actes de gouvernement et la protection des droits fondamentaux
Certains exemples étrangers montrent que les juges sont parfois sensibles à la question des droits fondamentaux pour refuser de décliner leur compétence et de juger des questions politiques.

- Aux États-Unis, une partie de la doctrine insiste sur la nécessité de préserver les cas impliquant des droits individuels de l'application de la « political question ».
 - La Cour suprême a fait application de cette réserve dans le contentieux du découpage électoral
- Au Royaume-Uni, les juges anglais ont insisté sur les conséquences sur les droits et libertés des individus (tel a notamment été le cas concernant l'octroi d'un passeport, décision qui, selon les juges, affectait de façon importante la liberté de mouvement des requérants et qui par conséquent a pu faire l'objet d'un contrôle. V. R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett [1989])
- En Espagne, une évolution similaire est nettement perceptible à travers la loi du 13 juillet 1998 qui met fin à l'immunité de principe traditionnellement accordée aux actos políticos. Ceux-ci peuvent désormais faire l'objet d'un contrôle et ce, afin de garantir les droits fondamentaux.

Pour revenir au contentieux administratif français, dans l'affaire des familles retenues en Syrie, l'atteinte aux droits fondamentaux est évidente (CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668)

- Les requérants sont menacés, compte tenu de leurs conditions de détention

- En outre, tous notamment les enfants sont détenus sans avoir fait l'objet ni de poursuites ni de condamnations devant les juridictions locales
A ce titre, le rejet de leur référé-liberté par le Conseil d'Etat les prive de la seule voie de recours juridictionnel possible.

La déclaration d'incompétence du juge administratif peut d'abord poser problème au regard du droit au recours

- On pense aux articles 6 et 13 de la Conv EDH.
 - Toutefois, le Conseil d'État a déjà déclaré le régime contentieux de l'acte de gouvernement conforme aux exigences des articles 6^{er} et 13 de la Convention EDH (*CE, 30 déc. 2015, n° 384321, Dupin*)
- A cet égard, dans les ordonnances de 2019, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme, par une formule à la généralité inédite, qu'aucune juridiction n'est compétente pour connaître des actes de gouvernement.
 - Ce qui paraît inclure la Cour EDH.
 - En ce sens, saisie par les requérants, la Cour EDH qui a admis la recevabilité de la requête (février 2020) va avoir l'occasion de se prononcer
 - Mais il n'est pas certain qu'elle remette en cause cette solution,
 - Dans un arrêt précédent, la Cour EDH a déjà admis que le droit au recours n'est pas absolu, et à valider les exceptions aux articles 6 et 13 pour des actes qui, en droit français, seraient qualifiés d'actes de gouvernement (*CEDH, 14 déc. 2006, n° 1398/03, Markovic e. c/ Italie*).
 - En l'espèce, des ressortissants serbes (ayant subi le décès d'un proche à la suite des bombardements des forces de l'OTAN en Serbie rendus possible par l'autorisation de survol de l'Italie) avaient sans succès tenté de poursuivre l'Etat italien devant les juridictions italiennes.
 - Saisie la Cour a toutefois conclu à l'absence de violation de l'article 6 §.1
 - L'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'État italien découlait non pas d'une immunité mais des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État en droit italien.

Dans l'affaire des familles retenues en Syrie et en Irak, les avocats des requérants ont choisi un autre terrain que le droit de recours et cherché à contourner la théorie des actes de gouvernement en mettant en avant la situation particulière dans laquelle se trouvent les femmes et leurs enfants présents dans les camps en **Syrie**. (CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 42970)

- Ils invoquaient la violation de droits tirés de la CEDH, (garantie de dignité humaine, droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants)
- Mais aussi la violation invoquent également l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par une décision QPC récente du Conseil constitutionnel (*Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC*):
 - En première instance, le juge des référés du TA de Paris a tenu à rappeler que ces différents principes constituaient des obligations s'imposant à l'État français à l'égard de ses ressortissants et ce, qu'ils se trouvent sur le territoire national ou à l'étranger.
 - Mais une telle affirmation est restée sans conséquence concrète sur l'issue du litige en raison de la théorie des actes de gouvernement qui interdit au juge de se prononcer

L'affaire des familles retenues en Syrie permet de souligner une particularité de la jurisprudence en matière d'actes de gouvernement.

- Le Conseil d'Etat s'en tient à adopter une approche de principe, dénuée de toute considération pour les conséquences de l'acte sur la situation des requérants.
- Cette position est précisément celle qu'il a abandonné dans le cadre de sa jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur (Voir GAJA, l'arrêt Hardouin et Marie)