

N° 439520 – K... et A...

10^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 7 septembre 2020

Lecture du 9 septembre 2020

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

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 Mme K..., 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 Mme A..., a saisi au fond le tribunal administratif 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 de Paris a confirmé cette analyse par une ordonnance frappé d'un pourvoi en cassation, assorti d'une question prioritaire de constitutionnalité consistant à reprocher aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice administrative, qui définissent respectivement les attributions contentieuses des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, 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 France¹. Le législateur aurait ainsi méconnu la compétence que

¹ Le commentaire de la décision *Prince Napoléon* aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative fait état d'une décision de la 6^{ème} sous-section jugeant seule du 20 janvier 2014, K... (n° 372883), qui aurait déjà écarté

lui reconnaît l'article 34 de la Constitution et l'article 16 de la Déclaration 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 juridiction².

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* » (Cass. 1^{ère} civ., 4 février 2015, n° 14-21309, au Bull.) 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 irrecevable³.

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 *SNC Kimberly-Clark*, 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 Déclaration de 1789.

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'y 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 cassation⁴. 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 avril 2010, *L...*, n° 336753, au Rec.)⁵. Tel est notamment le cas lorsqu'il est soutenu

une QPC visant la théorie des actes de gouvernement. Mais conformément aux conclusions de Xavier de Lesquen, cette décision ne statue pas sur les QPC soulevées, se bornant à constater l'incompétence du juge administratif (sans qu'on sache toutefois si ces QPC portaient, justement, sur cette incompétence – le cas échéant, leur rejet sans examen serait pour le moins contestable). A noter que le même requérant avait déjà soulevé une QPC sur le même sujet, mais s'était heurté à la tardiveté de sa démarche : CE, 26 novembre 2012, *K... et autres*, n° 350492, aux T. sur un autre point.

² Décision n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013, cons. 4

³ Cass. 3^{ème} civ., 30 mars 2017, n° 16-22.058 ; 3^{ème} civ., 15 février 2018, n° 17-40.069

⁴⁴ V. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 19 janvier 2012, n° 11-40086, citée par M. Guillaume dans son fascicule QPC au répertoire de contentieux administratif Dalloz, §. 145.

qu'une disposition organisant un régime juridique omet de prévoir l'exercice d'une voie de recours (CE, 9 juillet 2010, *Gueranger*, 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 du 22 mai 2013 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 (...) »*⁶.

Il nous semble que, saisie 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.

⁵ « (...) il semble découler de cette solution que, de manière générale, lorsque l'application de la disposition législative critiquée est l'objet même du litige, la condition d'applicabilité doit être regardée comme remplie » (SJ Lieber, D. Botteghi, V. Daumas, *La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, octobre 2010).

⁶ Il lui arrive à cet égard d'être constructif, en déduisant d'une disposition une « conséquence nécessaire » dont il peut se saisir pour examiner un grief d'inconstitutionnalité, alors que le texte est, *de plano*, muet sur le point litigieux (V. par ex. la décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, éclairée par le commentaire aux cahiers). En revanche, la circonstance que le Conseil constitutionnel ne pratique pas l'abrogation « en tant que ne pas » ne constitue pas un obstacle à l'admission des QPC « en tant que ne pas » : dans une telle hypothèse, il peut en effet prononcer une abrogation à effet différé (ce qu'il ferait probablement ici s'il devait déclarer contraires à la Constitution les articles L. 211-1 et L. 211-2 en ce qu'ils excluent le contrôle des actes de gouvernement par les TA et CAA, puisqu'une abrogation sèche de ces dispositions aurait des conséquences manifestement excessives).

De prime abord, la cible choisie par les requérantes apparaît des plus pertinentes, puisqu'elle traite des **attributions contentieuses des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel**. A proprement parler, il ne s'agit d'ailleurs pas de règles de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, puisque ces dernières figurent au titre III du code de justice administrative et, en particulier, à l'article L. 311-1 pour ce qui concerne les tribunaux. Il nous paraît donc difficile d'affirmer que **ni le tribunal, ni la cour n'ont fait application de telles règles dans la mesure où ils se seraient placés en amont, au stade de la compétence de la juridiction administrative**⁷. 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 code de justice administrative – 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 administratifs⁸.

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.

⁷ Vous noterez au surplus que, si une juridiction administrative devait être compétente pour se prononcer sur le litige qui vous est soumis, ce serait le Conseil d'Etat, de sorte que c'est l'article L. 111-1 du même code, qui définit vos propres attributions contentieuses, qu'il aurait fallu critiquer, dans la logique des requérants. Vous savez en effet qu'en dépit de la référence que fait le 1° de l'article R. 311-1 de ce code aux « ordonnances » et aux « décrets » du Président de la République, vous reconnaissez votre compétence de premier ressort pour connaître de l'ensemble des actes du Président de la République, y compris des décisions individuelles (CE, 4 avril 2001, *A...*, n° 223135, aux T.⁷ ; CE, 26 avril 2013, *D...*, n° 358456). En l'occurrence, à supposer que vous ayez besoin d'un support textuel plus solide, vous pourriez d'ailleurs vous raccrocher à la catégorie, prévue au 2°, des actes réglementaires et instructions de portée générale des autorités à compétence nationale, quoiqu'elle n'a sans doute pas été pensée pour cela. Lorsque le Président de la République annonce publiquement que le rapatriement des mineurs français en Syrie se fera au cas par cas, il adresse clairement une instruction de portée générale au gouvernement, qu'il serait de mauvais goût de sa part d'ignorer.

⁸ De même que ces notions ne couvrent pas les actes de droit privé et les actes judiciaires (V. par ex. : CE, 28 mars 1947, *Gombert*, p. 138 : citant les dispositions de l'ordonnance de 1945 définissant la compétence contentieuse du Conseil d'Etat, la décision juge que le chef de l'Etat n'agit pas comme « autorité administrative » dans l'exercice du droit de grâce).

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 tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel. 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 code de justice administrative. 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'État et la Cour de cassation (n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010)⁹. 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 »¹⁰. Il n'est donc pas du tout certain qu'il puisse, comme il l'a fait avant 1958 avec le Tribunal des conflits¹¹ et la Cour supérieur d'arbitrage¹², 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 internationales¹³. Et il ne pourrait sans doute confier

⁹ V. aussi sa décision du 3 décembre 2009 relative à la loi organique organisant la procédure de QPC (n° 2009-595 DC), dans lequel il a jugé que la compétence pour lui transmettre de telles questions est confiée « *au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution* ». Cette dualité juridictionnelle résulte, de manière détournée, de l'article 65, qui prévoit que les personnalités qualifiées siégeant au Conseil supérieur de la magistrature dans sa formation compétente à l'égard des magistrats du siège ne doivent appartenir « ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif », et plus encore de l'article 61-1 qui n'évoque pas d'autre juridiction suprême que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation pour le renvoi des QPC au Conseil constitutionnel. De nombreuses décisions se bornent à évoquer « *les juridictions administratives ou judiciaires* » (V. par ex. : n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, cons. 11) et le Tribunal des conflits a fait sien la théorie des actes de gouvernement en se refusant à attribuer à l'un ou l'autre des deux ordres de juridiction certains litiges (TC, 11 mars 2019, *R...*, n° 4153, aux T. ; TC, 2 février 1950, *Radiodiffusion française c/ Sté de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion « Radio Andorre* », n° 1243, au Rec. et TC, 18 mai 2015, *K...*, n° 3995, inédit). Il est vrai toutefois que, sauf erreur, le Conseil constitutionnel n'a jamais affirmé qu'il ne pouvait exister d'autre ordre de juridiction, créé par la loi et dépourvu d'ancrage constitutionnel.

¹⁰ La Cour de cassation constitue ainsi, à elle seule, un ordre de juridiction au sens de ces dispositions (décision n° 77-99 L du 20 juillet 1977), de même, par exemple, que les conseils de prud'hommes (n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 11 à 15).

¹¹ Loi du 24 mai 1872.

¹² V. l'article 12 de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail. On notera toutefois que ces dispositions ont été codifiées en 2008 (art. L. 2524-7 du code du travail)

¹³ Nous relevons toutefois que la France reconnaît, par voies de traités qui ont une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle, la compétence, parfois très étendue (au point d'excéder celle des juridictions internes), de juridictions internationales, sans que quiconque à notre connaissance se soit ému de la conformité à la Constitution d'une telle compétence juridictionnelle (hormis pour la Cour pénale internationale, qui a nécessité une révision constitutionnelle en raison du statut du chef de l'Etat). La Cour de justice a raisonné différemment dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014 (pts. 252-257), en jugeant que l'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas possible dès l'instant qu'elle conduirait à confier à une juridiction internationale (la CEDH), à l'exclusion de toute juridiction de l'Union, le contrôle de certains actes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune.

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 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 contrôle¹⁴. Il faut bien admettre que, dans ce schéma conceptuel, le juge administratif serait le moins mal placé pour connaître des actes litigieux.

Cela étant dit, 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* évoquent constamment les « décisions administratives »¹⁵ et ne font pas la moindre référence aux actes de gouvernement¹⁶. 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**¹⁷. Tel n'est précisément pas le cas des « actes de gouvernement », qui **ne se rattachent pas aux fonctions administratives de l'Etat**¹⁸, placées sous le contrôle du juge administratif, mais à

¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* ; V. aussi : n° 89-261 DC du 28 juillet 1989.

¹⁵ Selon le rapporteur (G. Vedel), « il résulte de ce noyau dur que jamais il n'a été donné à la juridiction de l'ordre judiciaire le pouvoir d'annuler ou de réformer des décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ». « Monsieur VEDEL indique en conclusion que c'est la solution qu'il propose au Conseil constitutionnel de retenir dans la décision qu'il va prendre : si le principe de séparation des compétences, dans sa généralité, n'a pas valeur constitutionnelle, il résulte de la conception française et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que certaines décisions administratives relèvent de la compétence exclusive du juge administratif ». « (...) on assisterait à un reniement de tout un acquis historique qui est devenu un acquis commun : l'annulation et la réformation des décisions administratives prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique constituent en effet le centre du noyau dur ». (nous soulignons).

¹⁶ Plus exactement, le doyen Vedel, rapporteur du texte ayant donné lieu à la décision *Conseil de la concurrence*, évoque la théorie des actes de gouvernement dans le délibéré du lendemain sur la loi portant diverses mesures d'ordre social, ce qui montre, si besoin en était, qu'il n'en ignorait évidemment rien lorsqu'il a proposé la solution adoptée par le Conseil constitutionnel dans cette décision.

¹⁷ On peut aussi concevoir que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le législateur puisse confier au juge administratif le soin de connaître d'actes de droit privé de l'Etat, afin de former un bloc de compétence.

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, comme la réaffirmation constante de ce 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 Déclaration de 1789 de la Constitution, voire d'un éventuel principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁹. Les articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice

¹⁸ Parmi les nombreuses tentatives d'explication de la théorie des actes de gouvernement, la thèse « fonctionnaliste » nous semble en effet la plus convaincante. V en ce sens P. Serrand, *L'irréductible acte de gouvernement*, D. 2000. 335 : « C'est ainsi qu'à côté de la fonction administrative, les organes exécutifs accomplissent d'abord une fonction « auxiliaire du droit constitutionnel » (O. Mayer) que l'on peut qualifier de « gouvernementale ». Cette fonction (...) est une fonction d'impulsion et de régulation constitutionnelle consistant à mettre en mouvement les pouvoirs publics constitutionnels et à pourvoir à leur fonctionnement. Mais les organes exécutifs accomplissent également une fonction que l'on peut qualifier, pour reprendre les termes de J. Locke, de « fédérative », ou bien, pour reprendre une expression jurisprudentielle, de « diplomatique », par laquelle ils conduisent les relations internationales avec les puissances étrangères. Ce sont ces deux fonctions qui donnent naissance aux actes de gouvernement : aux actes de gouvernement relatifs à l'ordre interne pour la première, et aux actes de gouvernement relatifs à l'ordre externe pour la seconde ». V. aussi B. Seiller, *Acte administratif : identification – délimitation*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2019, § 149 : « la jurisprudence confirme amplement que la gestion des relations internationales constitue une activité distincte de l'administration au sens matériel du terme : elle se traduit par des actes auxquels le caractère administratif est dénié ». On trouve aussi en jurisprudence l'idée que les actes de gouvernement ne s'inscrivent pas dans des « opérations administratives » (CE, Sect. 1er juin 1951, *Sté des Etains et Wolframs du Tonkin*, n° 98750, p. 312).

¹⁹ La consécration d'un PFRLR consacrant spécifiquement cette incompétence n'est pas hors de portée au regard des conditions posées par la jurisprudence constitutionnelle. Cette incompétence n'a, certes, jamais bénéficié d'une base textuelle parfaitement claire. Mais, d'une part, les PFRLR ne reposent pas toujours sur une base textuelle très explicite (V. en ce sens le fascicule de B. Genevois et M. Guyomar sur les PGD au répertoire de contentieux administratif Dalloz). D'autre part, il semble possible de remonter à l'article 47 de la loi du 3 mars 1949 (IIème République : « Le ministre de la justice a le droit de revendiquer devant le tribunal spécial des conflits, organisé par l'article 89 de la Constitution, les affaires portées devant la section du contentieux, et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif »), ultérieurement repris en substance à l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (« Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif », et dont le commentaire du rapporteur Vivien donnait à penser qu'il consacrait la théorie des actes de gouvernement : « l'application des actes diplomatiques (...) ne rentre[...] pas non plus dans le contentieux administratif » (V. pour un historique, quoique concluant à son caractère peu probant : P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Dalloz 2006, pp. 36-37 ; V. aussi le fascicule consacré aux actes de gouvernement au répertoire de contentieux administratif Dalloz de P. Binczak, § 4 et 9-10, évoquant le « dispositif immunitaire républicain »). Cette disposition-support n'a été abrogée que très récemment (loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification

administrative, en ce qu'ils circonscrivent la compétence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel 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**²⁰, 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 cible²¹, serait vaine. C'est l'opinion discrètement mais certainement exprimée par Jacques Arrighi de Casanova dans un article à l'AJDA 2017 dans lequel il évoque le « *fondement constitutionnel de la théorie des actes de gouvernement* »²² et le sous-jacent de la décision de Section M... en ce qu'elle se réfère aux rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif « *tels qu'ils sont organisés par la Constitution* »²³ ; 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 constitutionnel²⁴. 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.

Quoiqu'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 code de justice administrative, lequel ne traite que de l'organisation et du

du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) et, évidemment, sans volonté de remettre en cause la théorie des actes de gouvernement, mais tout au plus de supprimer le droit de « revendication » ministériel, antiquité juridique plus usée par le temps que par un usage intensif.

²⁰ V. par exemple : CE, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, n° 120437-120737, au Rec. ; CE, 12 mars 1999, *Société Héli-Union*, n° 162131, aux T. ; TC, 2 février 1950, *Radiodiffusion française*, n° 1243, au Rec. ; TC, 2 décembre 1991, *Préfet de Paris et COFACE*, n° 2678, au Rec. (« *acte relevant de la protection diplomatique et qui, comme tel, ne serait pas susceptible de faire l'objet d'une action contentieuse* »).

²¹ Y compris, par exemple, une QPC qui viserait une éventuelle disposition législative encadrant les relations diplomatiques et qui consisterait à lui reprocher de ne pas avoir prévu de voie de recours contre un acte s'inscrivant dans ce cadre.

²² Le visa de la Constitution dans la décision du Tribunal des conflits du 17 novembre 1975, *Compagnie française des pétroles c/ Société pétrolière française en Algérie*, n° 2039, p. 798, témoigne sans doute du « *fondement constitutionnel de la théorie des actes de gouvernement* » (*La réception par le Tribunal des conflits de la jurisprudence Conseil de la concurrence*, AJDA 2017, p. 95).

²³ CE, Section, 25 septembre 1998, *M...*, n° 195499, au Rec. Selon le Pr Chapus (DAG 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* ».

²⁴ Rappr. CE, 3 juin 1981, *D...*, n° 34486;34487;34510;34511, au Rec. et CC, 11 juin 1981, *D...* ; n° 85-197 DC du 23 août 1985 ; Rapp. CE, Ass., 19 octobre 1962, *B...* et CC, 25 juillet 2000, *H...* - V. sur cette question : E. Carpentier, *L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable*, RFDA 2006, p. 661.

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 code de justice administrative 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**²⁵ – étant précisé que la condition de nouveauté n'est assurément pas remplie, eu égard aux normes constitutionnelles invoquées.

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 France²⁶. Le critère central tient au **point de savoir si la France**

²⁵ 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 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, au Rec.) que pour une convention internationale (CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, au Rec.), et, pas plus qu'Edouard Crépey dans ses conclusions sur votre décision B... du 27 juin 2016 (n° 382319, aux T.) qui l'a étendu aux « accords d'Evian », nous ne voyons pourquoi et comment vous pourriez l'écarter pour la généralité des actes de gouvernement. Nous adhérons pleinement à l'argumentation développée dans ses conclusions (V. aussi la chronique du CRDJ : S. Roussel et C. Nicolas, *De l'injusticiabilité des actes de gouvernement*, AJDA 2018, p. 491, même si nous ne pensons pas, contrairement à celle-ci, que la décision B... ait entendu poser le principe de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat du fait des actes non détachables de la conduite des relations internationales, ce dont le fichage de la décision aurait fait état, le cas échéant ; V. pour une étude complète de la question de la responsabilité, qui nous convainc plus en ce qu'elle plaide pour le maintien de la théorie des actes de gouvernement qu'en ce qu'elle écarte la responsabilité sans faute du fait des actes de gouvernement : A de Montis, *Faut-il vraiment étendre le régime de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement ?*, Droit administratif, n° 2, février 2016, étude 4). 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.

²⁶ Comme le rappelle le fascicule de C. Guettier « *Irresponsabilité de la puissance publique* » au répertoire de la responsabilité de la puissance publique Dalloz, § 88-90, l'exercice de la protection des ressortissants français et l'assistance en cas de difficultés implique en général des démarches auprès des autorités gouvernementales ou administratives du pays étranger concerné, auquel cas il met en cause les relations internationales de la France et échappe à la compétence du juge administratif. Toutefois, « *les services diplomatiques et consulaires, et en général tous les services publics ayant une activité à l'étranger, restent des services administratifs de l'Etat français qui peuvent engager la responsabilité de celui-ci dès lors que les rapports internationaux ne sont pas mis en cause* ». V. aussi R. Chapus, DAG I, n° 1156, 2° : « *Quant à la protection diplomatique, il paraît normal de considérer que les mesures et comportements traduisant son exercice (ou son non-exercice) sont*

peut agir ou a agi seule, par la voie de l'action administrative²⁷, 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 étrangère²⁸. 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 :

- 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 Yémen²⁹ de même que d'une demande indemnitaire 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 marocaines³⁰ 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* »³¹ 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 française³² ;
- mais qu'en revanche, vous contrôlez 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 étrangère³³, ou que

invariablement non détachables des relations internationales (...) / La jurisprudence fait, toutefois, apparaître qu'il peut, dans certaines espèces, en aller autrement ».

²⁷ Cette précision réserve le cas des opérations militaires, dont l'engagement (ou le non-engagement) est en principe regardé comme un acte de gouvernement (V. CE, 5 juillet 2000, *M... et autre*, p. 291 ; par analogie, JRCE, 10 avril 2003, *Comité contre la guerre en Irak et autres*, n° 255905-255907, aux T.), même si vous avez eu tendance à vous placer sur un terrain de fond pour rejeter des demandes indemnitaires liées à de telles opérations (CE, 23 juillet 2010, *Stés Touax et Touax Rom*, n° 328757, au Rec., éclairée par les conclusions d'Anne Courrèges). En revanche, les conditions de fonctionnement de l'armée sont placées sous votre contrôle (CE, 25 novembre 1988, *Gordien*, n° 46645, au Rec., à propos d'un accident survenu à un militaire en service dans une unité de l'armée française stationnée à l'étranger).

²⁸ Il convient aussi de citer le cas dans lequel la France agit dans le cadre de pouvoirs détenus conjointement par plusieurs Etats, en l'occurrence par les puissances alliées à Berlin : CE, 28 janvier 1976, *Willie*, n° 94093, aux T.

²⁹ CE, 22 mai 1953, *Demoiselle B...*, au Rec. p. 184. Implicitement, il semble que vous ayez considéré qu'il était reproché à la France de ne pas être intervenu auprès du gouvernement yéménite.

³⁰ CE, 2 mars 1966, *C....*, n° 65180, au Rec. V. pour la même formulation : CE, 28 juin 1967, *Société des transports en commun de Hanoi*, n° 57906, p. 279

³¹ CE, 4 octobre 1968, *L....*, n° 71894, au Rec. V. aussi : CE, 1er juin 1943, *Corbier*, p. 140, à propos de l'insuffisance de la protection accordée aux Français résidant à Barcelone par les agents consulaires français dans le cadre des jeux olympiques.

³² CE, 25 mars 1988, *Sté Sapvin*, n° 65022, au Rec. V. aussi sur l'absence d'intervention de la France auprès du gouvernement cambodgien à propos des conditions de taxation d'une entreprise française : CE, 26 octobre 1973, *L....*, n° 81711, aux T. A propos de l'internement d'un Français par une autorité étrangère : CE, 7 mars 1952, *S....*, p. 154.

vous acceptiez 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 justice³⁴ 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 parent³⁵.

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 le 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 octobre 2018, T..., n° 410611, au Rec.).

Comme l'a relevé le juge des référés du Conseil d'Etat dans ses ordonnances du 23 avril 2019 (429668, 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 international³⁶. 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 œuvre de la protection consulaire telle qu'elle est habituellement conçue, compte tenu du contexte particulier dans lesquels ces opérations s'inscrivent et des démarches qu'ils 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 œuvre la directive 2015/637 du Conseil du 20 avril 2015 établissant les mesures de

³³ V. CE, 16 février 1949, L..., p. 79 ; CE, 7 mars 1952, S..., p. 154 ; pour un découpage fin des contours de la responsabilité de l'administration : CE, 22 février 1952, S..., p. 131. L'exclusion de tout « acte relevant de la protection diplomatique » par le Tribunal des conflits (TC, 2 décembre 1991, *Préfet de Paris et COFACE*, n° 2678, au Rec.) nous paraît quant à elle un peu expéditive.

³⁴ CE, Section, 29 janvier 1993, B..., n° 111946-111949, au Rec.

³⁵ CE, 30 juin 1999, G..., n° 191232, au Rec. : dans ses conclusions sur cette affaire, JC Bonichot écartait d'un revers de main la qualification d'acte de gouvernement, « ne serait-ce que parce que la convention [de la Haye] prévoit dans certaines conditions une obligation d'agir vis-à-vis des autorités des Etats contractants ». V. aussi JRCE, référé-liberté, 4 février 2005, X., n° 261029, aux T.

³⁶ Quoique l'affirmation n'est étayée par aucune décision d'une juridiction internationale, il semble que l'incapacité du pays « hôte » à assurer la sécurité des ressortissants d'un Etat puisse justifier que ce dernier intervienne pour y procéder dans la stricte mesure du nécessaire, le cas échéant par la force, y compris contre la volonté du pays défaillant et sans mandat du Conseil de sécurité des Nations Unies. Le rapport du rapporteur dans l'affaire Grande-Bretagne c/ Espagne portée devant la Cour permanente internationale de justice énonce que : « *Il est incontestable qu'à un certain point, l'intérêt d'un Etat de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens doit primer le respect de la souveraineté, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles. Le droit d'intervention a été revendiqué par tous les Etats, ses limites seules peuvent être discutées* ».

coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans des pays tiers³⁷. **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 œuvre, 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 connaître³⁸, de même que de celle, classique, distinguant le signalement d'une infraction au Parquet et le refus de le faire³⁹. 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 compétence⁴⁰.

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 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

³⁷ Si l'article 9 de cette directive prévoit, au titre des mesures d'assistance, le « *besoin d'aide et de rapatriement en situation d'urgence* », son considérant 14 précise qu'il s'agit de « *situations courantes* ». Nous ne sommes pas sûr qu'elle ait été conçue pour régler la situation bien particulière qui nous occupe...

³⁸ CE, Assemblée, 7 novembre 2008, *CNIVAO*, n° 282920, au Rec. Si le fichage qualifie la décision de notifier une aide d'acte de gouvernement, votre incompétence résulte seulement de son indissociabilité de la procédure d'examen de l'aide par la Commission, à l'instar de la jurisprudence distinguant le refus de saisir l'autorité judiciaire et sa saisine (V. les conclusions d'Emmanuel Glaser). On peut, alternativement, considérer que la qualification d'acte de gouvernement résulte de cette indissociabilité (V. en ce sens les conclusions de F. Lamy sur la décision de Section du 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, n° 164789-165122, au Rec.).

³⁹ CE, Section, 27 octobre 1999, *S...*, Rec.

⁴⁰ Vous avez refusé d'entrer dans cette logique asymétrique à propos du refus de déposer un projet de loi au Parlement (décision *K...* précitée).

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 décembre 2015, *D...*, n° 384321, au Rec.)⁴¹.

Cette position peut se justifier aisément : une condamnation, qu'elle émane de la CEDH ou de toute autre juridiction internationale, ne confère aucun titre de compétence. Elle ne vous autorise pas à remédier à une éventuelle violation du droit au recours effectif conventionnellement garanti, en sortant de votre champ de compétence⁴². Il n'appartiendrait qu'au législateur, le cas échéant constitutionnel, d'en tirer les conséquences, 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 inconventionnalité. 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**⁴³, 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 Kurdes⁴⁴ ;
- l'existence d'un **pouvoir sur la personne** peut, quant à lui, résulter des prérogatives reconnues par le droit international aux agents diplomatiques et consulaires à l'égard des ressortissants de l'Etat⁴⁵, ou de ce que l'Etat étranger concerné invite ou accepte

⁴¹ Vous avez même plus radicalement, et tout aussi laconiquement, balayé toute critique de conventionnalité en présence d'un acte de gouvernement touchant aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels (CE, 26 novembre 2012, *K... et autres*, n° 350492, aux T.).

⁴² La « compétence directe » de la CEDH, aussi fâcheuse soit-elle, pourrait d'ailleurs s'analyser comme une réponse au grief tiré de l'article 16 de la Déclaration de 1789...

⁴³ V. CEDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c/ Royaume-Uni*, n° 55721/07, § 131.

⁴⁴ 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) que 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 S. Slama dans son article critique, *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. Ces précédents ne sont pas transposables ici.

⁴⁵ CEDH, Gde ch., 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c/ Belgique et autres*, 52207/99, § 73 ; Com. EDH, 15

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 sol⁴⁶. 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 force⁴⁷. 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 (FDS) et, en pratique, par les Kurdes. La simple circonstance, mise en exergue par le Défenseur des droits⁴⁸, 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. 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 au sens de la CEDH s'étende au camp de Roj, il ne s'en déduirait pas nécessairement que l'absence de recours contre l'acte en litige serait inconvictionnelle. 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 (n° 1398/03). La motivation qu'elle a adoptée n'est certes pas d'une grande limpidité⁴⁹ mais on comprend qu'elle a écarté toute violation de l'article 6 paragraphe 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 cassation⁵⁰. En

décembre 1977, *X. c/ Royaume-Uni*, n° 7547/76, à propos de l'inaction du consul britannique en Jordanie pour aider une ressortissante britannique à récupérer sa fille emmenée par son père dans ce pays (dans ce précédent, la commission EDH a contrôlé (et confirmé) que les autorités consulaires avaient fait leurs meilleurs efforts pour aider l'intéressée).

⁴⁶ CEDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c/ Royaume-Uni*, n° 55721/07, § 135

⁴⁷ CEDH, 19 novembre 2019, *Razvozhayev c. Russie et Ukraine et Udaltsov c. Russie*, § 161

⁴⁸ Décision 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.

⁴⁹ V. pour une analyse critique : M. Vonsy, *Actes de gouvernement et droit au juge – A propos de l'arrêt de la CEDH Markovic c/ Italie*, RFDA 2008, p. 728.

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.

PCMNC au non-renvoi de la QPC et à la non-admission du pourvoi.

⁵⁰ V. pts. 93-95 de l'arrêt *Markovic*