



---

## L'acte de gouvernement, les droits fondamentaux et la guerre Un nouveau monstre, de nouvelles victimes ?

Clothilde Blanchon, Nicolas Galliffet

---

**Résumé :** Construction historique du droit administratif, la théorie des actes de gouvernement se trouve de nouveau interrogée dans un contexte de retour de la guerre et d'exigence accrue de protection des droits fondamentaux. Sans être abandonnée, cette théorie est amenée à être adaptée, sous influence combinée de la Cour européenne des droits de l'homme et des exemples fournis par le droit comparé.

**Mots-clés :** acte de gouvernement, droits et libertés fondamentales, juge administratif, relations internationales, guerre, Cour européenne des droits de l'homme, France, Royaume-Uni, Espagne.

### Référence électronique

Clothilde Blanchon, Nicolas Galliffet, « L'acte de gouvernement, les droits fondamentaux et la guerre. Un nouveau monstre, de nouvelles victimes ? », Le retour de la guerre [Dossier], *Confluence des droits\_La revue* [En ligne], 12 | 2023, mis en ligne le 17 décembre 2023. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=2479>.

### Éditeur

Confluence des droits\_La revue  
DICE Éditions  
UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)  
Espace René Cassin  
3, avenue Robert Schuman  
13628 Aix-en-Provence  
France  
[contact@confluencedesdroits-larevue.com](mailto:contact@confluencedesdroits-larevue.com)

# L'acte de gouvernement, les droits fondamentaux et la guerre

## Un nouveau monstre, de nouvelles victimes ?

Clothilde Blanchon

Maître de conférences en droit public, Centre de recherches administratives,  
Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille Université

Nicolas Galliffet

Docteur en droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE,  
ILF, Aix-en-Provence, France

Employer le qualificatif de « monstre » dans un numéro dédié à la guerre, alors qu'en Ukraine et ailleurs se déroulent toujours des exactions, fait immédiatement penser aux auteurs de tels crimes. Les victimes sont indéniablement les personnes qui les subissent. Pourtant, il est un monstre pour les juristes, au visage beaucoup plus masqué, qui peut aussi laisser des humains en proie à leur propre sort : l'acte de gouvernement. C'est à ce monstre-là que nous ferons référence dans la présente étude, laissant aux spécialistes des relations internationales le soin de qualifier les crimes de guerre, et nous penchant plus modestement sur une catégorie contentieuse du droit administratif. Le choix de ces termes ne vise aucunement à la provocation. Il s'agit d'interroger l'analyse de René Chapus parue en 1958 intitulée « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? »<sup>1</sup>. Plus de soixante ans après, dans un contexte de renouveau de la guerre et, parallèlement en Europe, de possibilités accrues de protection des droits fondamentaux, monstres et victimes ont peut-être changé de camp. Celui que René Chapus entendait courageusement réhabiliter face à une doctrine critique a peut-être bel et bien basculé dans le rang des figures monstrueuses. Des requérants faisant état de violations de leurs droits fondamentaux entendaient, en tous cas, le démontrer.

Pourquoi d'aussi gros mots pour un simple qualificatif juridique ? C'est que l'identification d'un acte de gouvernement fait tomber un couperet violent sur les requérants : le juge administratif est incompetent et n'a pas à en connaître. Point de débat contentieux, quelles que soient les violations des droits fondamentaux alléguées. L'acte de gouvernement est couvert d'une immunité juridictionnelle en droit français. Un intouchable en somme. Un « hors-la-loi »<sup>2</sup> protégé par le droit.

---

<sup>1</sup> R. Chapus, « L'acte de gouvernement. Monstre ou victime », *D.*, 1958, chron. p. 5.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 6.

Pris par le pouvoir exécutif, l'acte de gouvernement intervient dans deux champs majeurs: les relations avec les autres pouvoirs publics constitutionnels, d'une part, et les relations internationales de la France, dont la guerre, d'autre part<sup>3</sup>. Historiquement, son immunité juridictionnelle était rattachée au « mobile politique » poursuivi par l'auteur de l'acte<sup>4</sup>. Abandonnée par la jurisprudence « Prince Napoléon » de 1875<sup>5</sup>, cette justification a laissé place à des fondements plus juridiques, au nombre desquels figure la distinction entre « fonction administrative » et « fonction gouvernementale »<sup>6</sup>. Seuls les actes pris par l'exécutif se rattachant à une fonction *administrative* seraient susceptibles d'être soumis au juge administratif, les autres ne relevant pas de son office<sup>7</sup>. Pertinente théoriquement, cette distinction s'avère délicate à appliquer en pratique<sup>8</sup>, et l'on a coutume de dire que l'acte de gouvernement demeure assez rétif à toute tentative de systématisation. Son identification procède d'une casuistique complexe, où l'on raisonne souvent par analogie avec des précédents, présentés dans une liste assez baroque<sup>9</sup>, avec des cas extrêmement variés. Le critère organique (l'origine exécutive de l'acte *lato sensu*) et le critère matériel (le champ des relations avec les pouvoirs publics constitués et celui des relations internationales) fournissent toutefois des indices importants. Leur raison d'être commune réside dans une volonté du juge de respecter une forme de séparation des pouvoirs, faisant en sorte qu'il ne s'immisce pas dans la conduite d'une politique devant « par nature »<sup>10</sup> lui échapper. Une déclaration de guerre en constituerait l'exemple le plus topique.

Cependant, cette construction théorique se heurte à une exigence accrue de protection des droits fondamentaux, avec des organes dédiés de plus en plus nombreux. L'on pense évidemment à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), avec son droit au recours et autres garanties fournies aux requérants.

---

<sup>3</sup> V. not. B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2022, p. 410; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif », *Jcl. A.*, MAJ 3 janv. 2023 par V. Tchen, § 60-61. Pour une définition plus ancienne concordante, v. R. Odent, *Contentieux administratif*, Cours IEP Paris, 1970-1971, p. 304.

<sup>4</sup> Selon la doctrine des débuts de la III<sup>e</sup> République (F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 189).

<sup>5</sup> CE, 19 févr. 1875, *Prince-Napoléon-Joseph Bonaparte*, Lebon p. 155, concl. E. David; *D.* 1875, III, p. 18. Selon le commissaire du gouvernement E. David, « 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 dicté par un intérêt politique; il faut encore qu'il se rattache à l'un de ses objets ». B. Plessix, *op. cit.*, p. 409.

<sup>6</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 1152; « L'acte de gouvernement. Monstre ou victime? », *op. cit.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> F. Melleray, « En a-t-on fini avec la théorie des actes de gouvernement? », *Mél. en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 1322.

<sup>9</sup> V. par exemple pour une liste, Ch. Froger, *op. cit.*, § 59.

<sup>10</sup> CE, 6 janv. 1955, *Nucci*, Lebon, p. 6.

La perception de la justice administrative elle-même a évolué, devant se soucier davantage de l'acceptabilité de ses décisions par les citoyens, par-delà des rigidités contentieuses pourtant établies<sup>11</sup>. Cette montée en puissance des droits fondamentaux, conjuguée à une exigence accrue de prise en compte des situations particulières des administrés, peut-elle avoir raison de la théorie des actes de gouvernement? L'immunité contentieuse dont ces actes bénéficient en droit administratif peut-elle céder face à des droits et libertés revendiqués? Le contexte de guerre constitue un champ d'application privilégié de cette problématique, puisqu'il suscite des actes à la fois éminemment rattachables aux relations internationales de la France, et, dans le même temps, avec des incidences notables sur les droits fondamentaux.

La guerre demeure un domaine par excellence de production d'actes de gouvernement (I). Néanmoins, si le juge administratif pouvait être autrefois sourd aux incidences sur les droits fondamentaux, ce n'est plus tout à fait le cas aujourd'hui. Les droits fondamentaux invoqués dans un contexte de guerre ne sont plus sans conséquence sur la qualification d'acte de gouvernement. Ils perturbent et interrogent la notion, qui, sans être reléguée, est amenée à être nuancée (II).

## **I. La guerre, génératrice privilégiée d'actes de gouvernement**

Inscrite dans le cadre des relations internationales, fussent-elles dégradées, la guerre suscite traditionnellement des actes de gouvernement (A). Cette doctrine classique a été récemment confirmée par le juge administratif, nonobstant l'invocation de droits fondamentaux par les requérants (B).

### **A) Une doctrine traditionnelle**

Parmi les deux champs de reconnaissance d'actes de gouvernement par le juge administratif, figure celui des relations internationales. Le juge refuse d'interférer dans la conduite des affaires diplomatiques de la France, laissant celle-ci, traditionnellement, au pouvoir exécutif. Les actes pris dans ce cadre ne seront pas connus de lui, opposant directement aux requérants son incompétence. La guerre, paroxysme des dégradations des relations internationales, fait ainsi naître des actes de gouvernement, facilement qualifiés comme tels par le juge.

---

<sup>11</sup> Citons, par exemple, l'acceptation des recours dirigés contre les actes de droit souple (CE, 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GmbH*, 1<sup>re</sup> espèce, et CE, *Sté NC Numéricable*, 2<sup>e</sup> esp., n° 368082, AJ 2016, p. 717, chr. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet; DA 2016, note 10, S. von Coester et V. Daumas; D. 2016, p. 715, obs. M.-C. de Montecler; Gaz. Pal. 2016 n° 22, p. 31, note B. Seiller; JCP 2016, p. 623, note T. Perroud et p. 671, note Y. Aguila et G. Froger; RFDA 2016, p. 679, note F. Melleray; RTD Civ., 2016, p. 571 note P. Deumier; RTD Com., 2016, p. 298, obs. N. Rontchevsky, et 711, note F. Lombard; RDP 2017, p. 482, note H. Pauliat). V. aussi notre art., C. Blanchon, « Faut-il s'inquiéter de la subjectivisation du droit administratif? », Dalloz, 2023, à paraître.

Cette qualification sera d'autant plus aisée que les actes ou faits portés à la connaissance du juge seront *directement* liés à une déclaration ou opération de guerre. C'est le cas de la décision du président de la République d'engager les forces françaises dans l'opération de police internationale dans le cadre de la guerre du Kosovo<sup>12</sup>, ou encore de la décision des autorités françaises d'autoriser le survol du territoire français par des pays alliés pour se rendre sur des opérations extérieures dans le cadre de la guerre en Irak<sup>13</sup>. De manière plus ancienne encore, l'interdiction d'accès aux troupes alliées à un débit de boissons d'une personne suspectée de collaboration a été jugée comme non détachable d'une opération de guerre, et donc insusceptible d'être « discutée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse »<sup>14</sup>. De même, des opérations de saisie de biens en période de guerre apparaîtront comme des actes de gouvernement<sup>15</sup>.

Sans être des opérations de guerre *stricto sensu*, les opérations diplomatiques conflictuelles entreront également facilement dans la catégorie d'actes de gouvernement, que le juge refuse de connaître. Il en va ainsi de l'ordre de brouiller les émissions d'un poste de radio étranger<sup>16</sup>, de la décision de suspendre la coopération intellectuelle et universitaire avec l'Irak<sup>17</sup>, ou encore du décret appliquant une résolution des Nations unies demandant aux États de mettre en œuvre un embargo aérien à l'encontre de la Libye<sup>18</sup>. Nombre de décisions prises à l'encontre de la Russie dans le cadre de la guerre en Ukraine entreraient dans ce cadre. Les actes pris par les autorités françaises en application du droit de l'Union européenne pourraient, en cas de critique, échapper à l'office du juge administratif français. Il en va ainsi de l'interdiction des transactions avec les Banques centrales russe et biélorusse, de l'interdiction d'importer du charbon et du pétrole depuis la Russie, de la fermeture de l'espace aérien à tout aéronef de propriété russe, ou encore de la suspension de la radiodiffusion de médias détenus par l'État russe<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> CE, 5 juill. 2000, n° 183844, *Mégrez et Mekhantar*, Lebon p. 291.

<sup>13</sup> CE, 10 avril 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255905, Lebon T., p. 707; *RGDI publ.* 2004, p. 543, note I. Poirat.

<sup>14</sup> CE, 1<sup>er</sup> févr. 1950, *Sieur Spahn*, Lebon, p. 66; dans la même veine: CE, sect., 22 nov. 1957, *Myrton Steamship*, Lebon p. 632.

<sup>15</sup> CE, 5 juill. 2014, n° 349789, *Kodric et Heer*, Lebon p. 247; *AJDA* 2014, p. 2145, note J.-M. Pontier; *JCP A* 2015, note C. Roux; *JCP G* 2014, 995, note S. Biagini-Girard; *RFDA* 2014, p. 1092, note C. Lavielle.

<sup>16</sup> TC, 2 févr. 1950, *Société Radio Andorre*, Lebon p. 652; *JCP G* 1950, II 5542, note J. Rivero; *RDP* 1950, p. 418, concl. R. Odent, note M. Waline.

<sup>17</sup> CE, 23 sept. 1992, *GISTI et MRAP*, Lebon p. 346; *AJDA* 1992, p. 752, concl. D. Kesler, obs. R. S.

<sup>18</sup> CE, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, *DA* 1998, comm. 100; *RFDA* 1998, p. 208; *Quot. Jur.* 1998, n° 32, p. 8, note G. Péllissier.

<sup>19</sup> V. pour un panorama complet des sanctions à l'égard de la Russie: Ch. Beaucillon, « Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine: leur effectivité », *RFDA* 2022, p. 596.

Cette attractivité de la notion d'acte de gouvernement pour des décisions entourant la guerre a été récemment confirmée, nonobstant l'invocation par les requérants de violations de droits fondamentaux.

## **B) Une confirmation récente : l'inopérance apparente des droits fondamentaux**

La qualification d'acte de gouvernement, à laquelle le juge substitue d'ailleurs la formule plus neutre d'acte « insusceptible » d'être porté à sa connaissance, a cette conséquence lourde de rendre vain tout recours devant le juge administratif. Dès lors que l'acte pris par l'exécutif est rattachable à la conduite de l'action diplomatique de la France ou aux relations entre pouvoirs publics constitués, le juge est censé, en toute bonne logique juridique, ne pas regarder le contenu de l'argumentaire des requérants et opposer immédiatement son incompétence. L'invocation par eux de graves violations de droits fondamentaux est censée être inopérante. La contradiction avec un droit aussi élémentaire que le droit au recours, protégé notamment par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (CEDH), ayant été évacuée par la Cour EDH elle-même en 2006<sup>20</sup>, le juge administratif peut continuer à rester ébloui par l'apposition du qualificatif d'acte de gouvernement.

Dans cette veine, il a jugé en 2019 que le refus du ministre des Affaires étrangères d'organiser le retour de femmes et d'enfants de djihadistes détenus dans des camps en Syrie échappait à son contrôle, nonobstant l'invocation par eux de graves violations de leurs droits fondamentaux<sup>21</sup>. Ces ressortissants français alléguaient les conditions inhumaines de détention et la violation de plusieurs articles de la CEDH. Le Conseil d'État a estimé que les mesures demandées en vue d'un rapatriement « nécessiteraient l'engagement de négociations avec des autorités étrangères ou une intervention sur un territoire étranger ». Il en conclut qu'elles ne sont « pas détachables de la conduite des relations internationales de la France », et donc qu'« une juridiction n'est pas compétente pour en connaître »<sup>22</sup>. Le choix de l'article indéfini « une » accolé à « juridiction » est, au demeurant, notable, puisqu'il sous-entend une immunité juridictionnelle totale de la décision, et ce, de manière *universelle*. Il témoigne de la volonté du juge administratif de faire état de sa conception de la séparation des pouvoirs, qui ne sera toutefois pas entendue par les requérants qui, on le verra, ont saisi ensuite la Cour EDH.

---

<sup>20</sup> CEDH, grde ch., 14 déc. 2006, n° 1398/03, *Markovic c/ Italie*.

<sup>21</sup> CE, ord., 23 avril 2019, *Mme C.*, n° 429668, *AJDA* 2019, p. 1644, note S. Slama; *Dr. adm.*, 2019, comm. 38, note C. Saunier.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pt 3 de l'ordonnance.

En 2021, le juge administratif poursuivait dans cette lignée en refusant d'entendre les revendications de droits fondamentaux, et notamment le droit au regroupement familial, au regard d'opérations d'évacuation depuis l'Afghanistan. L'acte de gouvernement aveugle le juge qui ne peut plus voir les violations de droits fondamentaux. Il ne se prononcera donc pas au fond sur leur éventuelle méconnaissance, arrêtant, en théorie, son raisonnement juridique au stade de la constatation de son incompétence.

Plus récemment encore, l'inopérance des droits fondamentaux a été affirmée dans une décision du 27 janvier 2023 à propos du refus du Premier ministre de suspendre les licences d'exportation de matériel de guerre à destination de pays impliqués dans la guerre au Yémen, tels que l'Arabie saoudite<sup>23</sup>. Le Conseil d'État, confirmant la décision d'appel, a estimé que « le refus implicite opposé à cette demande de portée générale n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France », rendant inopérante l'invocation de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>24</sup>. Si la doctrine traditionnelle est confirmée, en ce que la qualification d'acte de gouvernement rend vaine toute invocation de droits fondamentaux, le juge semble insérer dans la non-détachabilité des relations internationales une incise tout à fait nouvelle: la portée générale ou non de la demande. Au fil des jurisprudences, l'invocation des droits fondamentaux semble avoir, sinon porté ses fruits, du moins, apporté de la nuance dans la classification d'acte de gouvernement.

## **II. Les droits fondamentaux dans un contexte de guerre, perturbateurs de l'acte de gouvernement**

Solidement ancrée dans la construction du droit administratif, résistant à une disparition maintes fois annoncée<sup>25</sup> et jamais réalisée<sup>26</sup>, la théorie des actes de gouvernement a subi une secousse récente par l'intermédiaire de la Cour EDH (A).

---

<sup>23</sup> CE, 27 janv. 2023, *Assoc. Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et a.*, n° 436098 et 436099, *Dr. adm.*, mars 2023, alerte 33, note A. Courrèges.

<sup>24</sup> Et autres stipulations de traités internationaux.

<sup>25</sup> V. la réduction, « telle la peau de chagrin », annoncée par M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 1946, p. 97; J. Auvret-Finck, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin », *RDP*, 1995, p. 131.

<sup>26</sup> Pour un exemple très récent, v. CE, 24 févr. 2023, *Assoc. vivre et agir en Maurienne et a.*, n° 463543, à propos de la déclaration conjointe sur le tunnel de Fréjus; ou encore CE, 21 janv. 2022, n° 460456 sur la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le président de l'Assemblée nationale. V. aussi E. Carpentier, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement » *AJDA* 2015, p. 799.

Loin d'ébranler entièrement l'édifice, cette fragilisation<sup>27</sup> a été reçue par le Conseil d'État, qui, sans abandonner la notion d'acte de gouvernement, s'insère dans la brèche pour lui apporter plus de nuance (B).

## A) Une perturbation initiée par la Cour EDH

Déboutés par le Conseil d'État en 2019<sup>28</sup>, les femmes et enfants de djihadistes souhaitant revenir sur le sol français ont porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>29</sup>. Sans mettre un terme à la théorie des actes de gouvernement, et aux hypothèses légitimes devant échapper à un contrôle juridictionnel<sup>30</sup>, la Cour a condamné la France pour non-respect des garanties procédurales propres à exclure tout arbitraire<sup>31</sup>. Dans la décision rendue par la Grande chambre le 14 septembre 2022, elle distingue entre « les choix politiques faits dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, lesquels par leur nature même échappent à un tel contrôle, et les autres volets plus concrets de l'action des autorités, lesquels ont une incidence directe sur le respect des droits protégés »<sup>32</sup>. Tentant de respecter au mieux la marge d'appréciation des États, sans renier son office de protection des droits fondamentaux, elle affirme que « les mesures qui affectent les droits fondamentaux doivent être soumises à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant »<sup>33</sup>, celui-ci ne devant pas toutefois être nécessairement juridictionnel<sup>34</sup>. Chargé d'un contrôle de légalité, un tel organe doit pouvoir connaître des demandes *individuelles* de retour des ressortissants dans les circonstances exceptionnelles alléguées (à savoir une menace sur la vie des requérants et la vulnérabilité des enfants mineurs détenus). En l'espèce, de « telles garanties procédurales permettant d'éviter d'exposer les intéressés à l'arbitraire » n'étaient pas apportées par la France, le juge administratif s'étant contenté de se ranger derrière la théorie des actes de gouvernement, et donc derrière son incompétence.

---

<sup>27</sup> C. Roux, « De la condamnation de la France pour le non-rapatriement des “enfants de djihadistes” à la fragilisation de l'acte de Gouvernement », note sous CEDH, 14 sept. 2022, n° 24384/19 et 44234/20, *H. F. c/ France, Dr. adm.* oct. 2022, alerte 19.

<sup>28</sup> CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668, préc.

<sup>29</sup> CEDH, 14 sept. 2022, n° 24384/19 et 44234/20, *H. F. c/ France, Dr. adm.* oct. 2022, alerte 19, note C. Roux; *Dr. adm.*, janv. 2023, comm. 1, note T. Desmoulin; *AJDA* 2023, p. 83, note X. Bioy et J. Schmitz.

<sup>30</sup> CEDH, 14 sept. 2022, préc., § 273.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 276.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 273. Dans le même sens, CEDH, 13 avril 2017, *Tagayeva et a. c/ Russie*, n° 26562/07 et 6 a., § 481.

<sup>33</sup> CEDH, 14 sept. 2022, préc., § 275.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 274.



Cette condamnation expresse de la France, bien qu'entourée de la prudence habituelle de la Cour EDH, a été reçue par la plus haute juridiction administrative française.

## B) Une réception amorcée par le juge administratif

Dans son arrêt précité du 27 janvier 2023<sup>35</sup>, le Conseil d'État confirme certes l'immunité juridictionnelle propre aux actes de gouvernement, mais apporte une nuance nouvelle dans sa qualification. Déboutant les requérants sur le fond, il précise cependant qu'il ne peut faire droit à leur demande (d'interdiction d'exporter des armes) « de portée générale ». Il sous-entend ainsi qu'une demande individuelle pourrait avoir un sort tout autre, puisqu'il pourrait alors la juger détachable de la conduite de la politique internationale, et la faire entrer ainsi dans son office. Ce choix de distinguer à demi-mot entre les mesures générales, d'une part, et les mesures individuelles ayant des effets concrets sur les droits des requérants, d'autre part, fait pleinement écho à la jurisprudence de la Cour EDH. Celle-ci insistait sur les garanties procédurales devant entourer les demandes *individuelles*, détachables de la conduite d'une politique générale par les effets *concrets* sur la situation des requérants<sup>36</sup>.

Cette prise en compte de l'analyse concrète des effets d'une mesure autrefois injusticiable n'est pas inconnue du juge administratif. La catégorie des « mesures d'ordre intérieur » a été réduite dès lors qu'est démontrée une incidence sur les droits fondamentaux du requérant. Cette évolution contentieuse consacrée par le juge administratif dans l'arrêt *Boussouar* de 2007<sup>37</sup> avait également été impulsée par la Cour EDH.

Par cet arrêt de 2023, le Conseil d'État introduirait donc un nouvel indice de détachabilité d'une mesure de la catégorie des actes de gouvernement: la portée individuelle de la mesure, et par ricochet, son incidence concrète sur les droits fondamentaux d'un requérant.

Est-ce à dire que cette distinction nouvelle entre les actes à portée *générale* (non détachables de la conduite des relations internationales et donc de la catégorie des actes de gouvernement), et les actes à portée *individuelle* (dont la détachabilité pourrait être acquise en cas d'incidence concrète sur les droits fondamentaux des requérants) pourrait aboutir à une réduction drastique de l'étendue de la catégorie d'acte de gouvernement? Rien n'est moins sûr tant la rapporteure publique avance

---

<sup>35</sup> CE, 27 janv. 2023, *Assoc. Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et a.*, n° 436098 et 436099, préc.

<sup>36</sup> CEDH, 14 sept. 2022, préc., § 273 et 274.

<sup>37</sup> CE, 14 déc. 2007, *Min. de la justice c/ Boussouar*, n° 290730, *RFDA* 2008, p. 87, concl. M. Guyomar; *AJDA* 2008, p. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau; *D.*, 2008, p. 820, note M. Herzog-Evans; *AJ pénal* 2008, p. 100, obs. E. Péchillon.

cet élément au titre de simple *indice* de détachabilité, sans en faire un critère absolu<sup>38</sup>. L'incidence sur les relations internationales demeura l'élément d'appréciation majeur. Ainsi, peut-on imaginer que la seule portée individuelle de l'interdiction de voyager sur le territoire de l'Union européenne faite à Vladimir Poutine pourrait rendre cet acte détachable de la conduite des relations internationales? Non, évidemment. Si cet exemple est assurément extrême, d'autres situations appelleront, il est vrai, plus d'hésitations de la part du juge.

Le juge administratif aurait-il pu aller plus loin, à l'instar de ce qui a pu être fait en Espagne ou au Royaume-Uni? Dans ce premier pays, une loi de 1998 abandonne l'immunité de principe des *actos políticos* pour protéger les droits fondamentaux<sup>39</sup>. Dans le second, de manière plus casuistique, dès lors qu'une incidence sur les droits fondamentaux est en jeu, la justiciabilité de l'acte sera acquise<sup>40</sup>.

Même si les postures diffèrent, en ce que le Conseil d'État n'adopte pas une ligne aussi claire, l'évolution est bien en marche. Le juge français est appelé à mieux prendre en compte les droits fondamentaux, et il le fera par les contours renouvelés qu'il donnera à la catégorie des actes de gouvernement. Sa prudence actuelle tient à une considération simple: il a en horreur l'accusation de « gouvernement des juges », qui resurgit dans le débat contemporain<sup>41</sup>. L'équilibre est tenu entre la place faite à la prise en compte de la situation concrète des requérants et la raison d'État qu'il ne peut ignorer. Funambule, il saura se frayer un chemin juste s'il garde en tête les conseils du Huron: « nous autres bons sauvages, nous pensons que la justice est faite pour les justiciables »<sup>42</sup>. La victime ne peut être du côté d'une catégorie contentieuse, mais est bien, celle qui subit dans sa chair des exactions. Le Droit, par-delà ses abstractions, doit donc la protéger.

---

<sup>38</sup> CE, 27 janv. 2023, *Assoc. Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et a.*, préc., concl. C. Guibe, § 3.1, p. 5. La rapporteure publique indique qu'une mesure individuelle est « plus aisément détachable », dans la lignée du Président Piveteau (concl. sur CE, 12 mars 1999, n° 162131).

<sup>39</sup> Loi n° 29/1998 du 13 juillet 1998 *sur la juridiction administrative*, art. 2. a), *Boletín oficial del Estado* (BOE), n° 167, 14 juill. 1998. V. pour une analyse: F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *RFDA* 2001, p. 1086.

<sup>40</sup> *V. R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett* [1989] Q.B. 811, et pour une analyse: C. Saunier, « La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux », *Dr. adm.*, juill. 2019, comm. 38.

<sup>41</sup> V. not. J.-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, 2022.

<sup>42</sup> J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », 1962, in A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero et G. Vedel, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 334.