**Séance de TD de droit administratif**

**SÉANCE 6 L’ADMINISTRATION AU SENS FONCTIONNEL**

COMMENTAIRE DE L’ARRÊT CE, ORDONNANCE, 25 AOÛT 2021, M. N.

Il s’agit d’une ordonnance de rejet rendu par le juge des référés du Conseil d’Etat ayant trait à la circonstance historique concomitante : l’évacuation de Kaboul via l’aéroport Hamid Karzaï qui allait être compromise au vu du retrait des armées américaines six jours après le rendu de cet arrêt en date du 25 août 2021.

En l’espèce, au vu des circonstances historiques de l’invasion de l’Afghanistan et l’établissement d’un régime autoritaire par les Talibans, une partie de la population a quitté son pays pour se réfugier ailleurs. Ces départs séparent souvent les familles.

Ainsi un ressortissant afghan M. N. G. se prévalait de son droit à la réunification familiale dans une situation d’urgence qui impliquait notamment la fin du dispositif de rapatriement français depuis l’aéroport de Kaboul, soutenu par l’armée américaine. Le juge des référés est saisi au vu de l’urgence des faits, divers pourvois sont joints et forment l’objet de cette ordonnance.

Les requêtes présentées au Conseil d’Etat visent d’une part l’ordonnancement de mesures visant à protéger des atteintes portées par l’administration française aux libertés fondamentales des réfugiés et d’autre part le respect du droit des réfugiés ou des bénéficiaires de la protection subsidiaire à la réunion familiale, condition du droit de mener une vie familiale normale.

Comment le juge administratif articule-t-il les limites de sa compétence en matière de contrôle de la légalité en temps de guerre et de son incompétence en ce qui concerne les actes de gouvernement ?

Le Conseil d’Etat rejette les requêtes en arguant que certaines relèvent de la conduite des relations diplomatiques de la France, qui exclut sa compétence et que d’autres relèvent d’obligations de moyen en l’occurrence remplies.

Le juge administratif ici se voit saisie d’une requête qui a trait à la conduite des relations diplomatiques de la France, il décline de sa compétence quant au contrôle de l’action diplomatique (I). Mais cette incompétence s’articule dialectiquement avec le contrôle de légalité de l’action administrative en temps de guerre qui, elle, relève de sa compétence (II).

**I, L’incompétence du juge administratif en matière de contrôle de l’action diplomatique**

Le juge administratif conformément à la jurisprudence ancienne ayant trait aux actes de gouvernement doit décliner de sa compétence en matière d’action diplomatique ainsi il empêche son immixtion dans l’activité gouvernementale conformément à la théorie de séparation des pouvoirs.

**A, Le rattachement inévitable des opérations d’évacuations à la conduite des relations internationales**

La saisine du juge des référés est ici justifiée par une situation urgente dont le point d’acmé consiste en l’opération de retrait des Américains de la zone annoncée pour « le 31 août prochain »(6.). Les opérations d’évacuation ont lieu dans une situation d’urgence ce qui implique pour le juge administratif une plus grande liberté de manoeuvres selon l’arrêt du Conseil d’Etat Heyriès de 1918. En revanche, le juge administratif est face ici à une situation qui déborde ses frontières. Sa compétence est donc soumise à de nombreuses contraintes venant tant du lieu des rapatriements : un pays en proie à des bouleversements politiques importants qui conduisent à l’instauration d’un régime autoritaire et sévère que de sa propre capacité d’action sur place qui est ainsi réduite par la fermeture effective de son consulat : « l’activité du poste consulaire de Kaboul ayant cessé »(8.) et de la capacité d’action de ses alliés en l’occurrence l’armée américaine. Ainsi, les opérations d’évacuation que la France mène sont partie intégrale de sa politique étrangère. Cette caractéristique empêche toute possibilité de détacher la requête dont il est saisi des relations internationales auxquelles prend part l’Etat : « l’organisation de telles opérations d’évacuation (…) n’est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France»(6.). Le Conseil d’Etat applique la jurisprudence classique lié aux actes de gouvernement.

La question des relations internationales oppose notamment des Etats entre eux. L’évacuation en l’espèce de l’aéroport, son affrètement et sa sécurité résulte d’un accord de coopération avec les forces armées des Etats-Unis, ainsi en l’espèce le juge administratif français s’il se prononçait pourrait critiquer la politique étrangère du gouvernement. Ce conflit possible a été neutralisé depuis longtemps par la théorie des actes de gouvernement qui interdit au juge administratif de se prononcer.

**B, Un acte de gouvernement entraînant l’incompétence du juge administratif pour apprécier la légalité de l’action gouvernementale**

En affirmant que la requête est indétachable le Conseil d’Etat sous-entend qu’il fait face ici à un acte de gouvernement. Selon la théorie des actes de gouvernement, dans le but d’assurer l’unité de la politique mené par l’Etat unitaire qu’est la France et de maintenir la séparation des pouvoirs, le juge administratif est conduit à décliner de sa compétence. Elle tient son origine du mobile politique et est théorisée à l’occasion de l’arrêt Prince Napoléon de 1975. Cette théorie ancienne a deux applications aujourd’hui : lorsque la requête a trait à une relation complexe entre le pouvoir exécutif et judiciaire souvent incarnée par les plus hauts fonctionnaires de l’Etat cumulant des charges d’administration et des charges relevant de l’exécutif et lorsque la décision porte sur la conduite diplomatique de la France. Ainsi, cet arrêt de rejet est motivé par la théorie des actes de gouvernement. Ainsi le juge respecte les décisions de politique extérieure du gouvernement, il ne se présente pas comme une instance de critique, pouvant émettre des avis en contradiction avec les choix de l’exécutif. Au contraire, son silence signifie son respect des limites de son rôle : « par suite, la juridiction administrative n’est pas compétente »(6.).

En revanche, il est évident que le juge ne se contente pas d’argumenter de son incompétence, il procède ainsi à une articulation avec des compétences qui lui sont acquises en temps de guerre : un contrôle de la légalité assoupli.

**II, La compétence reconnue du juge administratif en matière de contrôle de l’action administrative en temps de guerre**

Le juge administratif est ici soumis, en ce qui concerne sa compétence au respect de la légalité, au respect impératif de normes supérieures à la théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement notamment le droit à la vie familiale normale, protégé par le bloc de constitutionnalité dont la Convention européenne des droits de l’homme et la protection du droit d’asile principe général du droit.

**A, La soumission de l’administration à la légalité, y compris en temps de guerre et l’enjeu sous-jacent du droit à la vie familiale normale**

Le juge reste saisi ici de requêtes qui ne sont pas directement liées aux opérations d’évacuation mais au statut des populations afghanes ayant migré en France. Ainsi, il cherche à contrôler la légalité des décisions prises par l’administration en faisant application de la théorie de l’urgence. Il semble au vu des formules « dans la mesure de leur disponibilité (8.) » et « tant que la situation locale permet la poursuite de ces opérations (8.) » que la légalité dont il doit assurer le respect ne consiste qu’en des obligations de moyen. Ces obligations sont remplies notamment concernant l’assouplissement des conditions de délivrance des visas. En effet la délivrance des visas constitue une étape nécessaire à la réunification familiale en temps normal. En l’espèce, le laissez-passer que constitue le visa n’est pas un obstacle à l’évacuation : « la détention d’un visa d’entrée en France n’est pas requise pour prétendre au bénéfice de ces opérations d’évacuation ». En effet l’évacuation est en revanche une condition pratique nécessaire à la réunification familiale. La réunification familiale constitue un droit protégé par le Préambule de la Constitution de 1946 qui oblige l’Etat au respect du droit à mener une vie familiale normale. Ce droit avait été consacré via la technique de dégagement des principes généraux du droit par l’arrêt Gisti, CFDT et CGT de 1978, qui posait le droit à une vie familiale normale comme ne pouvant jamais être soumis à des entraves administratives en l’espèce la subordination du regroupement familial à l’insertion professionnelle. Ce droit est aussi protégé par la Convention européenne des droits de l’homme en son article 8.

Mais le respect du droit de mener une vie familiale normale ici se conjugue avec le principe général du droit qui consiste en la protection du droit d’asile. Ainsi le juge administratif se trouve dépositaire de nombreux contrôles de la légalité en temps de guerre et dans une situation urgente. La nécessite de continuité du service public dans ces circonstances est cruciale car elle permet le respect de ses normes.

**B, L’impossibilité de se défausser du droit de protection du droit d’asile, un principe général du droit**

Egalement, le juge est tenu de s’assurer que l’administration française respecte le droit d’asile, une liberté fondamentale dégagée par l’arrêt Mme H de 2001 du Conseil d’Etat. C’est ce droit qui irrigue l’articulation du juge entre sa compétence et ses limites, en effet, il est crucial pour le juge de ne pas laisser s’installer une situation d’illégalité dans la réaction de l’administration française à des évènements ayant comme soubassements les conflits interétatiques ainsi que les situations d’urgence. L’arrêt est rendu au visa notamment du « code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile ». C’est pour assurer ce respect que le juge contrôle l’action de l’administration française : « il ne résulte pas de l’instruction que les autorités françaises en métropole ou sur place, n’auraient pas accompli à la date de la présente ordonnance, les diligences qui leur incombent »(9.). Le Conseil d’Etat justifie longuement sa décision et apporte des précisions qui montrent que son choix ici n’était pas évident. Si dans le cas d’extradition, la France peut refuser de l’accorder lorsqu’elle est demandée dans un but politique ou menace le droit à la vie (arrêt Koné de 2006), pourquoi ne pourrait-elle pas étendre cette protection dans le cas de rapatriement civil motivé par le regroupement familial et concernant des personnes faibles ? In fine, le refus de détacher cet acte se maintient et coexiste avec le contrôle de la responsabilité administrative engagée, le Conseil d’Etat assure que la rupture du service public ne constitue pas un obstacle au rapatriement : « la détention d’un visa d’entrée en France n’est pas requise pour prétendre au bénéfice de ces opérations d’évacuation ». Le Conseil d’Etat contrôle la partie administrative de la requête qui le fait juger de la continuité et du préjudice en cas de rupture des services publics (Conseil constitutionnel, décision droit de grève à la radio télévision, 1979). Ce souci d’articuler le contrôle qu’il effectue aux limites de sa compétence est ici le signe que le Conseil d’Etat peut être animé de considérations de politique juridique résultant d’un souci de protection des populations civiles.