

Pierre Serrand

FEU LA JURISPRUDENCE *REKHOU*
À PROPOS DE L'ARRÊT D'ASSEMBLÉE DU CONSEIL D'ÉTAT
DU 9 JUILLET 2010, *MME CHERIET-BENSEGHIR*

La jurisprudence *Rekhou* n'est plus. Par son arrêt d'Assemblée du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* (req. n° 317747), le Conseil d'État considère en effet « qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir requis les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant celles de l'État en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ».

Cette « réserve » ou, comme le dit encore le Conseil d'État, cette « condition de réciprocité » est ainsi énoncée par l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Si le terme « réciprocité » n'est pas expressément utilisé à cet article, la notion apparaît néanmoins implicitement puisque cette disposition conditionne l'autorité des traités ou accords internationaux dans l'ordre interne à leur application réciproque par les parties contractantes. Il s'agit d'une réciprocité d'application exigeant que les parties exécutent leurs obligations conformément à ce qu'elles doivent. Elle se distingue ainsi de la réciprocité « formelle » mentionnée à l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946 et aux articles 88-2 et 3 de la Constitution de 1958 qui repose sur les modalités d'entrée en vigueur de l'engagement international, et

non pas sur les modalités d'application de cet engagement¹. Cette réserve de réciprocité entretient des liens étroits avec l'exception d'inexécution prévue par la Convention de Vienne de 1969. L'article 60 de cette Convention prévoit que la violation substantielle d'un traité par l'une des Parties autorise l'autre Partie à mettre fin au traité ou à suspendre son application en totalité ou en partie. Les deux textes consacrent donc, l'un et l'autre, la notion de réciprocité dans l'application d'un traité. Ils font en outre produire les mêmes effets au non respect par l'une des parties de ses obligations. Nos juridictions administratives et judiciaires considèrent en effet que la réponse donnée à la question de savoir si un traité est ou non réciproquement appliqué conditionne l'applicabilité de ce traité dans l'ordre interne. Par conséquent, à l'image de ce qui est prévu par l'article 60 de la Convention de Vienne, l'affirmation par les autorités françaises du non respect par l'État étranger de ses obligations conventionnelles équivaut à suspendre l'application de l'engagement, voire même à y mettre fin.

L'article 55 de la Constitution n'est pas pour autant la stricte réplique de l'article 60 de la Convention de Vienne. D'abord, selon cette Convention, seule une violation « substantielle » d'un traité autorise sa suspension ou sa dénonciation, et les conséquences de cette violation sont encadrées par la Convention. L'article 55 de la Constitution n'exige pas une telle violation, et elle ne soumet cette « arme » à aucune condition particulière. Bref, comme cela ressort des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 : la réserve de réciprocité de l'article 55 permet à la France de « sanctionner » les États qui ne respectent pas leurs obligations conventionnelles, sans pour autant aller jusqu'à, de manière officielle, suspendre l'engagement international ou même y mettre un terme en le dénonçant. La réserve de réciprocité de l'article 55 apparaît ainsi comme une « arme » d'un usage plus souple, donc différente, de celle prévue par l'article 60 de la Convention de Vienne.

Quel est son champ d'application ? Dans la mesure où l'article 55 fait état de « l'application par l'autre partie », la Constitution envisage principalement d'appliquer la réserve de réciprocité aux accords bilatéraux. Il semble cependant qu'elle soit aussi susceptible de s'appliquer aux traités multilatéraux, dans la mesure tout au moins où ces traités sont « bilatéralisables ». En tout état de cause, deux catégories d'engagements internationaux sont exclues de son champ d'application. La réserve ne s'applique, ni aux obligations qui naissent du droit

1. V° « Réciprocité », *Dictionnaire de la culture juridique* (sous la direction de D. Alland et S. Rials), PUF/Lamy, 2003.

communautaire², ni à celles issues des conventions humanitaires³.

Quelle est la portée de la condition de réciprocité ? Selon le Conseil constitutionnel, la règle de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution « n'a d'autre portée que de constituer une réserve mise à l'application du principe selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois » ; par conséquent, cette règle « affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois » (CC, 80-126 DC). Le non respect du traité par l'État partie opère donc un déclassement de ce traité dans la hiérarchie des normes. Les juridictions judiciaires – pénales (Cass. Crim., 29/06/1972, *Males*, n° 71-91581, et *Administration des douanes*, n° 71-91821) et civiles (Cass. civ., I, 6/03/1984, *Kryla*, n° 82-14008, *JDI*, 1984, p. 859, note J. Chappez ; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, p. 108, note G. A. L. Droz ; *RGDIP*, 1985, p. 538, note C. Rousseau) - et administratives (CE, Ass., 29/05/1981, *Rekhou, Rec.*, p. 220 ; *RDP*, 1981, p. 1707, concl. J.-F. Théry ; *AJDA*, 1981, p. 459 chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; *JDI*, 1982, p. 437, note J. Chappez ; *D.*, 1982, J., p. 137, note G. Calonec ; *RGDIP*, 1982, p. 407, note C. Blumann ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, p. 76, note P. Lagarde ; CE, Ass., 9/04/1999, *Mme Chevrol-Benkeddach, Rec.*, p. 115 ; *RFDA*, 1999, p. 937, note Lachaume ; *AJDA*, 1999, p. 401, chron. Raynaud et Fombeur)

2. Selon la Cour de justice, en effet, le non-respect par un État de ses obligations communautaires ne permet pas à un autre État de se dispenser d'exécuter ses propres obligations (CJCE, 13/11/1964, affaires jointes 90 et 91/63, *Com° c. Belgique et Luxembourg, Rec.*, 1964, p. 1217). Cette solution, qui n'autorise pas les États membres de l'Union à se faire justice eux-mêmes, s'explique en raison de l'existence de procédures juridictionnelles spécifiques permettant d'assurer le respect du droit communautaire par l'ensemble des États membres. Dans le prolongement, la Cour de cassation considère que « l'exception tirée du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales » car, « dans l'ordre juridique communautaire, les manquements d'un État membre de la Communauté économique européenne aux obligations qui lui incombent en vertu du traité du 25 mars 1957 (sont) soumis au recours prévu par l'article 170 dudit traité » (Cass., Chambre mixte, 24/05/1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n° 73-13556). Le Conseil constitutionnel abonde en ce sens. Il estime en effet qu'« en cas de manquement d'un État membre aux obligations qui découlent du paragraphe premier de l'article 8.B (...), il appartiendrait à la France de saisir la Cour de justice, sur le fondement de l'article 170 du traité instituant la Communauté européenne » (CC, 98-400 DC). Par conséquent, la réserve de réciprocité n'est pas applicable en droit communautaire, ou, si l'on préfère, elle est applicable selon des modalités différentes puisque le contrôle de la non application par les États parties relève des institutions communautaires.

3. Le Conseil constitutionnel considère en effet que « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties » ; par conséquent, « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (CC, 98-408 DC). Le Conseil ne fait ici que reprendre la solution du droit international consacrée par l'article 60 § 5 de la Convention de Vienne.

font une lecture différente de l'article 55. Elles considèrent que la réserve de réciprocité conditionne l'applicabilité du traité dans l'ordre interne car apprécier si un engagement international est réciproquement appliqué est, pour reprendre les termes du commissaire du gouvernement Théry dans ses conclusions sur l'arrêt *Rekhou*, un « pouvoir *exorbitant du droit international* tendant à *suspendre unilatéralement tout ou partie des effets d'un traité ou d'un accord inappliqué* » (RDP, 1981, p. 1712). Ainsi, lorsque la condition de réciprocité n'est pas remplie, les stipulations de l'engagement international « perdent en réalité toute valeur juridique, et ne sont, tout simplement, plus applicables » (*ibid.*, p. 1716). Autrement dit, pour reprendre les termes du Conseil d'État, si la condition de réciprocité n'est pas remplie à l'égard des stipulations d'un traité, le requérant « n'est pas fondé à invoquer ces stipulations » (CE, Ass., 9/04/1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, précité). L'arrêt d'Assemblée du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, ne revient pas sur cette solution. Il n'est toujours possible que de se prévaloir des stipulations d'effet direct d'un traité réciproquement appliqué. En revanche, l'arrêt revient sur la solution tendant à reconnaître au seul ministre des Affaires étrangères le pouvoir d'apprécier si un traité est réciproquement appliqué. Cette difficulté doit désormais être juridictionnalisée. C'est ce point qui doit retenir l'attention. Après avoir présenté les modalités de cette juridictionnalisation, nous examinerons quelles peuvent en être les conséquences.

I. La juridictionnalisation de la condition de réciprocité

Quelle est l'autorité habilitée à apprécier le respect de la condition de réciprocité ?

Le Conseil constitutionnel considère que la réserve de réciprocité justifie son incompétence pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales, c'est-à-dire pour intégrer les conventions internationales parmi les normes servant de fondement à son contrôle. Il estime en effet que le contrôle de constitutionnalité, qui lui incombe, n'est pas de même nature que le contrôle de « conventionnalité ». Ce dernier présente « un caractère à la fois relatif et contingent » car la supériorité du traité sur la loi « est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (CC, 74-54 DC)⁴.

4. Ce refus initial du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionnalité des lois pourrait évoluer. Son refus est en effet justifié par la condition de réciprocité. Or l'on sait que la réserve de réciprocité n'est pas applicable aux traités à vocation humanitaire. Si la réserve n'est pas

Les juridictions judiciaires s'estiment également incompétentes car elles considèrent qu'apprécier si un traité est réciproquement appliqué revient à suspendre les effets de ce traité. Ce pouvoir lié à la conduite des relations internationales relève donc, selon elles, de la compétence exclusive de l'Exécutif. Toutefois, leurs positions divergent relativement à la manière dont l'Exécutif doit faire connaître son appréciation. Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, il existe une présomption de réciprocité. Elle estime en effet qu'« en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre États par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 » (Cass. civ., I, 6/03/1984, *Kryla*, précité ; v. aussi, dans le même sens, Cass. civ., I, 16/02/1994, *Ordre des avocats à la cour de Paris et autres*, n°s 92-10397, 92-10398, 92-10403, 92-10404, 92-11638). Le Gouvernement doit donc prendre l'initiative de suspendre l'application de l'engagement ou de le dénoncer, et de le faire savoir officiellement. A défaut d'une telle initiative, le juge civile présume la réciprocité et applique la convention régulièrement ratifiée et publiée. La chambre criminelle de la Cour de cassation procède différemment. Si elle estime également qu'il ne lui appartient pas d'apprécier si la condition de réciprocité édictée par l'article 55 se trouve remplie, elle considère qu'il convient de se retourner vers le ministre des Affaires étrangères (Cass. Crim., 29/06/1972, *Males*, précité, et *Administration des douanes*, précité). Après avoir ainsi posé au ministre la question préjudicielle de savoir si l'État étranger se conforme à ses obligations conventionnelles, le juge pénal prend acte de l'appréciation donnée par l'Exécutif.

Jusqu'à l'arrêt *Mme Cheriet-Benseghir*, le Conseil d'État procédait comme le juge pénal. Il estimait qu'« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution » (CE, Ass., 29/05/1981, *Rekhou*, précité ; CE, Ass., 9/04/1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, précité). Incompétent, le juge administratif devait alors renvoyer cette question préjudicielle au ministre des Affaires étrangères (CE, Ass., 29/05/1981, *Rekhou*, précité), et il ne pouvait ensuite que prendre acte des observations données sur ce point par le ministre (CE, Ass., 9/04/1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, précité). C'est sur cette solution, connue sous le nom de jurisprudence *Rekhou*, que revient l'Assemblée du Conseil d'État dans son arrêt du 9 juillet 2010. Voici

applicable, le fondement de l'incompétence du Conseil constitutionnel disparaît. Il est alors possible d'envisager de la part du Conseil constitutionnel un contrôle de la conformité des lois aux stipulations des traités multilatéraux à vocation humanitaire.

quelles en sont probablement⁵ les raisons.

Il y a d'abord les prolongements de la jurisprudence *Nicolo* (*Rec.*, p. 190, concl. P. Frydman ; *RFDA*, 1989, p. 813, concl., et p. 824, note B. Genevois ; *AJDA*, 1989, p. 756, chron. Honorat et Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; *RGDIP*, 1989, p. 1041, concl. ; *RGDIP*, 1990, p. 91, note J. Boulouis ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, p. 125, concl. et p. 139, note P. Lagarde ; *RTDE*, 1989, p. 786, note G. Isaac ; *JDI*, 1990, p. 5, note J. Dehaussy ; *GAJA*) par laquelle le Conseil d'État a décidé de faire systématiquement prévaloir les conventions internationales sur les lois internes, même postérieures. Premier prolongement : le juge administratif s'est reconnu compétent pour interpréter lui-même les stipulations desdites conventions sans recourir au ministre des Affaires étrangères (CE, 29/06/1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, *Rec.*, p. 171, concl. R. Abraham ; *AJDA*, 1990, p. 621, concl., et note G. Teboul ; *RFDA*, 1990, p. 923, note J.-F. Lachaume ; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, p. 61, concl., et p. 79, note P. Lagarde ; *D.*, 1990, J., p. 560, note P. Sabourin ; *JCP*, 1990, II, n° 21579, note J. Tercinet ; *JDI*, 1990, p. 965, note F. Julien-Laferrière). Second prolongement : le juge administratif s'est aussi reconnu compétent pour vérifier le respect de la procédure constitutionnelle conduisant à la ratification des traités ou à l'approbation des accords internationaux, aussi bien par voie d'action, c'est-à-dire à l'occasion d'un recours dirigé contre le décret portant publication de l'engagement (CE, Ass., 18/12/1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *Rec.*, p. 483, concl. Bachelier ; *RFDA*, 1999, p. 315, concl. ; *AJDA*, 1999, p. 127, chron. Raynaud et Fombour), que par voie d'exception, c'est-à-dire à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement (CE, Ass., 5/03/2003, *M. Aggoun*, *Rec.*, p. 77, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA*, 2003, p. 726, chron. Donnat et Casas ; *RFDA*, 2003, p. 1214, concl. et note Lachaume).

Il y a ensuite, et sans doute surtout, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, par son arrêt du 13 février 2003, *Chevol c. France* (*AJDA*, 2003, p. 1984, note T. Rambaud ; *D.*, 2003, p. 931, note Moutouh ; *LPA*, 2003, n° 164, p. 6, note F. Melleray ; *RTDH*, 2003, p. 1379, note V. Michel), a condamné la jurisprudence *Rekhou*. La Cour considère en effet dans cet arrêt qu'en refusant de se prononcer sur la réserve de réciprocité, le Conseil d'État ne va pas au bout de sa compétence car un « tribunal de pleine juridiction », au sens de l'article 6-1 de la Convention, doit pouvoir se prononcer sur toutes les questions de droit et de fait pertinentes pour régler le litige dont il est saisi. Si le juge peut poser une question préjudicielle au ministre des Affaires étrangères, la réponse qui lui est donnée ne doit revêtir que le caractère d'un avis

5. Les conclusions du rapporteur public y font sans doute référence, mais nous n'en avons pas connaissance.

susceptible d'être contradictoirement discuté par les parties. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour devait conduire le juge à apprécier lui-même si le traité ou l'accord est réciproquement appliqué. C'est en ce sens que s'était orientée la Cour administrative d'appel de Versailles, dans son arrêt du 8 octobre 2007, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. M. Mvuala Zola* (AJDA, 2008, chron. p. 29)⁶. Et c'est cette voie que vient de suivre l'Assemblée du Conseil d'État dans le considérant précité de son arrêt *Mme Cheriet-Benseghir*. Désormais, c'est au juge administratif qu'il appartient « de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ». Pour cela, il doit solliciter le ministre des Affaires étrangères. Il peut également solliciter l'État concerné. Les observations fournies par le ministre, ainsi que, le cas échéant, celles fournies par l'État en cause, sont alors soumises au débat contradictoire. A la lumière des résultats de l'instruction, il revient enfin au juge administratif de déterminer si le traité est réciproquement appliqué. La question de savoir si un traité ou un accord est réciproquement appliqué est donc désormais juridictionnalisée. Quelles en sont les conséquences ?

II. Les conséquences de la juridictionnalisation de la condition de réciprocité

Dans la logique du droit à un procès équitable, cette juridictionnalisation apparaît comme un progrès puisque la question de la réciprocité d'application fait alors l'objet d'un débat contradictoire entre les parties au litige. Si le ministre des Affaires étrangères fait évidemment valoir son point de vue, il doit cependant expliquer au juge et aux parties les raisons qui le conduisent à prendre telle ou telle position. En outre, il n'est pas impossible que l'État concerné ou le requérant puisse fournir au juge des éléments d'information susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige. L'affaire *Chevroil* l'illustre : la requérante avait pu apporter des attestations de ministères algériens certifiant la reconnaissance

6. En l'espèce, le requérant contestait une décision préfectorale refusant d'échanger un permis de conduire congolais contre un permis de conduire français. Se fondant sur un arrêté du 8 février 1999, qui subordonne la reconnaissance et l'échange des permis de conduire délivrés par des Etats n'appartenant pas à l'Union européenne à une condition de réciprocité, le préfet justifiait ce refus au motif que la République démocratique du Congo ne procédait pas, de manière réciproque, à l'échange du permis de conduire français. Si la Cour rejette le recours, elle a néanmoins accepté d'apprécier elle-même la condition de réciprocité, sans se sentir liée par l'appréciation donnée sur ce point par l'autorité ministérielle. Certes, l'exigence de réciprocité ne provenait pas, en l'espèce, de l'article 55 de la Constitution, mais d'un simple arrêté. Il n'en demeure pas moins que la solution adoptée dans cette affaire peut, eu égard à l'office du juge, être transposée à la réserve de réciprocité de l'article 55.

par équivalence, en Algérie, de diplômes de médecine obtenus en France. Ce débat contradictoire est d'ailleurs de nature à apporter au juge les éléments d'information lui permettant d'apprécier le comportement de l'État étranger.

Cette juridictionnalisation, qui apparaît ainsi comme un progrès de l'État de droit, présente aussi des inconvénients. Ils seront peut-être moins évoqués par la doctrine et c'est ce qui nous incite à nous y attarder.

En premier lieu, le juge est mal armé pour apprécier si un traité est réciproquement appliqué. Il l'est d'abord parce que la question de la réciprocité est une question fait. La Cour européenne des droits de l'homme le souligne dans son arrêt *Chevrol* : « l'appréciation de l'applicabilité des traités diffère de l'interprétation des traités, affirme-t-elle : il s'agit notamment d'une matière plus factuelle que purement juridique ». Il l'est en outre parce qu'il s'agit ici d'apprécier des faits ayant eu lieu en dehors du territoire national. Il l'est enfin parce que l'inexécution du traité ou de l'accord par l'État étranger peut être le fait d'une multitude d'autorités : législatives, juridictionnelles, mais surtout administratives. Comment le juge national pourra-t-il disposer des éléments d'information pertinents pour déterminer le comportement des multiples administrations, centrales ou déconcentrées, de l'État étranger ? Certes, il disposera des observations fournies par le ministre des Affaires étrangères, et, éventuellement de celles fournies par l'État concerné, voire même par les parties. On conviendra aisément que le juge interne, qui ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête ou d'instruction à l'égard d'une puissance étrangère, n'est pas le mieux placé pour apprécier si un traité est réciproquement appliqué. Sa recherche risque ainsi d'être bien laborieuse et, on peut le craindre, peu concluante.

En second lieu, l'attitude de l'État étranger est susceptible d'évoluer dans le temps. Telle clause d'un traité peut être appliquée par l'autre partie à une date donnée, puis cesser de l'être un peu plus tard. Le caractère évolutif de la réciprocité n'est pas de nature à faciliter le travail du juge et pourrait conduire à des divergences jurisprudentielles. C'est d'ailleurs ce qui avait conduit le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à l'interruption volontaire de grossesse (CC, 74-54 DC), à se déclarer incompétent pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales. L'organisation juridictionnelle présente de ce point de vue un handicap. Une différence d'appréciation peut en effet naître entre les différents juges ordinaires, tant en premier ressort qu'en appel, ce qui serait de nature à porter atteinte aux principes de sécurité juridique et d'égalité devant la justice⁷. En outre, il serait particulièrement inopportun que des réponses divergentes soient données à une question susceptible d'avoir des incidences sur la conduite des relations internationales de la France.

7. En ce sens, S. Lemaire, Le juge judiciaire et le contrôle de la réciprocité dans l'application des traités internationaux, *D.*, 2007, p. 2322.

C'est sans doute ce qui explique pourquoi le Conseil d'État, dans son arrêt *Mme Cheriet-Benseghir*, considère qu'il convient de requérir les observations du ministre des Affaires étrangères car celui-ci dispose d'un réseau d'ambassades et de consulats lui permettant d'être informé de l'attitude de l'État étranger. Même si le ministre dispose sans doute des éléments d'information les plus probants, les observations qu'il communique ne lient pas le juge. C'est donc désormais au juge de trancher la question de la réciprocité. C'est ce transfert de compétence qui apparaît peut-être comme le principal inconvénient de cette juridictionnalisation.

En acceptant de se reconnaître compétent pour déterminer si un État étranger respecte ses obligations conventionnelles à l'égard de la France, le juge national doit, soit appliquer le traité s'il estime que l'État étranger respecte ses obligations, soit ne pas l'appliquer dans le cas contraire. En effet, on sait que selon la jurisprudence, un traité qui n'est pas réciproquement appliqué n'est ni invocable, ni opposable : il ne s'applique pas, de la même manière que si ses effets avaient été suspendus ou s'il avait été dénoncé. L'appréciation de la réserve de réciprocité doit donc conduire le juge, soit à maintenir le traité, soit à en suspendre les effets. Cette appréciation a nécessairement un caractère diplomatique car, d'une part, elle est de nature à modifier les rapports conventionnels de la France, d'autre part, les considérations d'opportunité tenant compte de l'intérêt de l'État français dans ses relations avec les puissances étrangères jouent ici un rôle essentiel. Il est ainsi possible, même si un traité n'est pas réciproquement appliqué, que la France souhaite néanmoins le respecter pour des raisons diverses liées à sa politique diplomatique. Le juge, désormais compétent, devra cependant, dans le respect de l'article 55, ne pas l'appliquer. En se prononçant sur la réserve de réciprocité, le juge interne ne devient-il pas un organe participant à la conduite des relations internationales ? Nos juridictions ordinaires l'ont longtemps pensé. C'est en effet parce qu'elles considéraient la question de la réciprocité d'application comme relevant de la fonction diplomatique, et non pas de la fonction juridictionnelle, qu'elles se déclaraient incompétentes pour y répondre. C'est également parce qu'elles regardaient la réserve de réciprocité, moins comme « une question de droit ou de fait », que comme un « problème d'opportunité politique » (B. Genevois, note sous CE, 20/10/1989, *Nicolo, RFDA*, 1989, p. 830), qu'elles refusaient de substituer leur appréciation à celle de l'autorité diplomatique. En effet, dans la mesure où la question de la réciprocité d'application est très largement « a-normée », la réponse qui lui est donnée comprend une part irréductible d'arbitraire : elle est moins pas la conséquence d'une norme que l'expression d'un choix autonome, d'un choix politique. On peut dès lors comprendre les hésitations traditionnelles de nos juridictions à s'aventurer sur ce terrain. Elles ne faisaient que respecter avec sagesse la frontière qui sépare la justice de la politique diplomatique.

Nous assistons ici à une conséquence souvent méconnue de la doctrine de l'État de droit. Cette doctrine a théoriquement pour objet d'accroître la soumission de l'État au droit. Toutefois, comme le droit ne s'applique pas de lui-même, elle conduit à renforcer le pouvoir de l'organe chargé de veiller à son respect. Elle a donc concrètement pour effet de soumettre certains organes de l'État – ceux qui sont contrôlés – à d'autres organes de l'État – ceux qui contrôlent –, provoquant ainsi un transfert de compétence des premiers aux seconds. La juridictionnalisation de la condition de réciprocité l'illustre. Il s'agit bien de transférer de l'autorité gouvernementale à l'autorité juridictionnelle le pouvoir d'apprécier si un État étranger respecte ou non ses obligations conventionnelles. Si l'on nous suit jusque là, on admettra alors probablement que la jurisprudence *Mme Cheriet-Benseghir* provoque un réaménagement de la séparation des pouvoirs telle qu'elle est organisée par notre Constitution. En effet, dans la mesure où elle conduit le juge à décider à la place de l'autorité diplomatique, elle provoque une immixtion du pouvoir juridictionnel dans la conduite des relations internationales de la France. Désormais, l'exercice de la fonction diplomatique apparaît en partie confié à de nouveaux organes : les organes juridictionnels. Ce réaménagement de la séparation des pouvoirs ne correspond pas à la lettre de la Constitution qui fait de la fonction diplomatique un quasi monopole de l'Exécutif.

Bref, la doctrine de l'État de droit et la juridictionnalisation qu'elle induit nous semblent reposer sur une illusion d'optique : elle conduit moins à faire disparaître l'irréductible « arbitraire » étatique qu'à le délocaliser dans les mains du juge.

Pour toutes ces raisons, la position adoptée par la première chambre civile de la Cour de cassation nous semble plus convaincante que celle que vient d'adopter la Haute Assemblée. Rappelons que le juge civil présume la réciprocité en appliquant la convention régulièrement ratifiée et publiée, de telle manière que le pouvoir exécutif doit prendre l'initiative de suspendre l'application de l'engagement ou de le dénoncer, et de le faire savoir officiellement. Cette solution a l'avantage de concilier le respect de la compétence diplomatique de l'Exécutif avec les exigences du droit à un procès équitable. En outre, imposant à l'autorité diplomatique de se prononcer en amont, elle contribue à favoriser le principe de sécurité juridique.

Pierre Serrand

Professeur à l'Université d'Orléans, Pierre Serrand enseigne le droit administratif et l'histoire des idées politiques. Il est l'auteur, aux Presses universitaires de France, d'un *Manuel d'institutions administratives françaises*.