



**HAL**  
open science

**Note sous Conseil d'État, Assemblée, 9 juillet 2010,  
numéro 317747, Madame Souad Cheriet-Benseghir**

Laurent Benoiton

► **To cite this version:**

Laurent Benoiton. Note sous Conseil d'État, Assemblée, 9 juillet 2010, numéro 317747, Madame Souad Cheriet-Benseghir. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2011, 12, pp.219-230. hal-02622974

**HAL Id: hal-02622974**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02622974v1>**

Submitted on 28 Aug 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Consécration prétorienne du pouvoir souverain du juge administratif pour contrôler le respect de la condition de réciprocité**

Conseil d'État, Assemblée, 9 juillet 2010, *Madame Souad Cheriet-Benseghir*, req. n° 317747, à paraître au *Recueil Lebon*

*Laurent BENOITON, Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de La Réunion*

### **La consécration prétorienne du pouvoir souverain du juge administratif pour contrôler le respect de la condition de réciprocité.**

Vingt ans après l'arrêt *GISTI*<sup>1</sup>, qui a sonné le glas de la justice retenue en matière d'interprétation des conventions internationales, l'arrêt d'Assemblée *Madame Souad Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010 est venu parachever l'avancée réalisée par le juge administratif français, s'agissant cette fois du respect de la condition de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958<sup>2</sup>. Si la position du Conseil d'Etat ne faisait plus guère de doute, aucune décision en ce sens n'avait encore été rendue par le juge administratif suprême, faute d'affaires susceptibles d'entraîner le revirement désormais opéré. Est ainsi venu le temps du « *changement de cap jurisprudentiel* »<sup>3</sup> du Conseil d'Etat en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité, le juge administratif ayant décidé d'abandonner sa jurisprudence *Rekhou* du 29 mai 1981<sup>4</sup>.

L'arrêt de principe du 9 juillet 2010 concerne la portée de l'article 55 de la Constitution qui prévoit la supériorité des traités ou accords internationaux sur les lois françaises, soumettant toutefois celle-ci à une triple condition : *primo*, les traités ou accords doivent avoir été régulièrement ratifiés ou approuvés ; *secundo*, ils doivent avoir été publiés ; et *tertio*, ils doivent être appliqués par l'autre Etat partie, la condition dite de réciprocité étant ainsi énoncée<sup>5</sup>, bien que l'introduction de cette réserve par le pouvoir constituant ait pu être considérée comme une innovation « *fâcheuse* » et « *maladroite* »<sup>6</sup>.

Les faits ayant donné lieu au renversement de jurisprudence sont simples. Ils sont également similaires à ceux ayant donné lieu au dernier arrêt rendu en la matière dans l'affaire *Chevrol-Benkeddach*<sup>7</sup>, qui a connu un dénouement différent. Madame Cheriet-Benseghir, femme

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, *Rec.* p. 171, concl. R. ABRAHAM ; *GAJA*, 2009, n° 95, p. 675 ; *AJDA* 1990, p. 621, concl. R. ABRAHAM, note G. TEBOUL ; *D.* 1990, p. 560, note P. SABOURIN ; *RDP* 1990, p. 1579, note F. SABIANI ; *RFDA* 1990, p. 923, note J.-F. LACHAUME, p. 1085, obs. D. RUZIE ; *LPA* 19 septembre 1990, p. 8, note J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1990, II 21579, note J. TERCINET ; *JDI* 1990, p. 968, note F. JULIEN-LAFERRIERE ; *RRJ* 1991, p. 753, note R. GHEVONTIAN.

<sup>2</sup> L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 est cité dans le quatrième considérant de l'arrêt : « *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* ».

<sup>3</sup> Pour reprendre l'expression du professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Libertés, Justice, Tolérance, *Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 329-344.

<sup>4</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *RDP* 1981, p. 1707.

<sup>5</sup> La formulation de cette condition est une référence à la règle de l'exception d'inexécution admise en droit international, règle qui constitue l'une des manifestations du principe général de réciprocité. Elle a été systématisée par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dans ses articles 60 et suivants.

<sup>6</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2004, p. 410.

<sup>7</sup> CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, *Rec.* p. 115 ; *AJDA* 1999, p. 459, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *RFDA* 1999, p. 937, note J.-F. LACHAUME.

de nationalité française titulaire d'un diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran, s'est vue refuser l'inscription au tableau par le Conseil départemental de l'ordre des médecins de la Haute-Garonne. Saisi en appel, le Conseil régional de l'ordre des médecins de Midi-Pyrénées siégeant en formation restreinte a confirmé cette solution par décision du 25 octobre 2007, tout comme la formation restreinte du Conseil national de l'ordre des médecins, qui a également rejeté le recours de Madame Cheriet-Benseghir par la décision n° 45 du 19 mars 2008. Pour justifier le refus d'inscription au tableau de l'ordre des médecins, le Conseil national de l'ordre des médecins s'était fondé sur deux motifs : d'une part, le motif selon lequel ce diplôme n'était pas valable de plein droit en France sur le fondement de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, faute d'application réciproque de cette déclaration par la partie algérienne, et d'autre part, le motif selon lequel les attestations délivrées par le ministre chargé de l'enseignement supérieur relatives à la valeur scientifique du diplôme algérien ne lui conféraient pas la qualité de l'un des diplômes mentionnés à l'article L. 4111-1 du Code de la sante publique.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat était amené à se prononcer le 9 juillet 2010. Réparant la « négligence » commise en 1999 lors de l'examen de l'affaire *Chevrol-Benkeddach*, il a fait évoluer sa jurisprudence en se rapprochant de la solution adoptée dans l'affaire *GISTI* relative à l'interprétation des traités, tout en s'en démarquant quelque peu.

En éclipsant l'un des derniers îlots de justice retenue dans son arrêt d'Assemblée du 9 juillet 2010 (I), le Conseil d'Etat a consacré le pouvoir souverain d'appréciation du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité (II).

## **I. L'abandon de la justice retenue en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité**

Opposée à la justice « déléguée », dans laquelle le pouvoir de juger appartient au juge administratif, la justice « retenue » représente une vision archaïque de la justice administrative, non séparée du pouvoir exécutif. Elle a été abandonnée par le grand arrêt *Cadot*<sup>1</sup>, qui a mis fin à la théorie dite du « ministre-juge ». Mais l'utilisation traditionnelle du mécanisme du renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères par le juge administratif, qui s'estimait ensuite lié par l'avis ministériel, pouvait être présentée comme la résurgence d'une justice administrative retenue.

Le mouvement de « conventionnalisation » engagé par l'arrêt *GISTI* en matière d'interprétation des traités était voué à s'étendre à la question de l'appréciation de la condition de réciprocité. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, Ronny ABRAHAM envisageait déjà que la solution adoptée en matière d'interprétation des traités soit, « *le moment venu* », mise en harmonie avec celle qui gouverne l'appréciation de la condition de réciprocité. Bien que tardive, cette évolution jurisprudentielle latente s'est enfin accomplie.

Aussi la fin de la justice retenue en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité était non seulement attendue (A), mais aussi annoncée (B).

---

<sup>1</sup> CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec.* p. 1148, ccl. JAGERSCHMIDT ; *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., 2009, n° 5.

## A. Un abandon attendu

Vestige de la justice retenue, le mécanisme de la question préjudicielle, tel que pratiqué par le juge administratif, reposait sur une conception traditionnelle du rôle du juge, aujourd'hui désuète (1). L'archaïsme de l'institution, incompatible avec les exigences du droit à un procès équitable, avait été stigmatisé par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

### 1. Une conception traditionnelle désuète

Lorsqu'il était appelé à vérifier, à l'occasion d'un litige, si la condition de réciprocité était ou non remplie, le juge administratif renvoyait cette question au ministre des Affaires étrangères, faisant de ce dernier le « ministre-juge » du respect de la condition de réciprocité. En effet, il considérait, de manière constante depuis l'arrêt *Rekhou*<sup>1</sup>, qu'il ne pouvait vérifier lui-même si la condition de réciprocité était respectée et qu'il devait, lorsqu'une telle question se posait, l'adresser au ministre des Affaires étrangères, afin que ce dernier se prononce. Selon lui, le ministre était « *seul compétent pour se prononcer sur une telle question* »<sup>2</sup>. Cette « automutilation de la fonction juridictionnelle » était entière puisque l'avis ministériel était déterminant pour l'issue du litige, le juge administratif s'estimant lié par lui.

Deux raisons justifiaient ce comportement. En premier lieu, le juge administratif considérait qu'il ne disposait pas des informations suffisantes pour se prononcer avec certitude sur l'application ou non des conventions internationales par un autre Etat. Dépourvu d'éléments de fait, il ne s'estimait pas être le mieux placé pour se livrer à une telle appréciation. En second lieu, le juge administratif estimait qu'il lui était difficile de porter un jugement pouvant interférer dans les relations diplomatiques que la France entretient avec l'autre Etat partie au traité. Le contrôle du respect de la condition de réciprocité revêt, semble-t-il, un caractère plus politique que juridique<sup>3</sup>. Cependant, comme l'énonce un auteur, il est difficile de percevoir la différence entre une telle appréciation et le contrôle que le juge administratif exerce en matière d'extradition pour déterminer si l'ordre public est respecté<sup>4</sup>.

Rare, l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel au ministre aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité ne s'est guère posée. Si l'on excepte un arrêt de 1963 dans lequel le Conseil d'Etat s'était implicitement prononcé sur la question<sup>5</sup>, l'arrêt du 9 juillet 2010 n'est, il est vrai, que le cinquième arrêt intervenu en la matière<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707, concl. J.-F. THERY ; RGDIP 1982, p. 410, note C. BLUMANN ; AJDA 1981, p. 459, chron. F. TIBERGHIE et B. LASSERRE.

<sup>2</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707.

<sup>3</sup> En ce sens, par exemple : B. GENEVOIS, note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1989, p. 830 : « *l'appréciation de la réciprocité relève essentiellement d'un problème d'opportunité politique (...) Il s'agit moins d'une question de droit ou de fait relevant du juge que d'un problème d'opportunité politique* ».

<sup>4</sup> S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, Chron. sous CE, ass., 9 juillet 2010, *Madame Cheriet-Benseghir et Fédération nationale de la libre pensée et autres*, AJDA 2010, pp. 1635-1642, spéc. p. 6.

<sup>5</sup> Dans cet arrêt (CE, Sect., 25 janvier 1963, *Costa*, Rec. p. 47) recensé par le professeur Raymond ODENT, le Conseil d'Etat avait implicitement admis qu'il n'avait pas à rechercher d'office si la condition de réciprocité était remplie : voir R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, Tome I, Fasc. 1, p. 145.

<sup>6</sup> Seuls quatre arrêts étaient répertoriés à ce sujet : CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707, concl. J.-F. THERY ; RGDIP 1982, p. 410, note C. BLUMANN ; AJDA 1981, p. 459, chron. F. TIBERGHIE et B. LASSERRE ; CE, Ass., 29 mai 1981, *Ministre du Budget c. Mme Veuve Bellil*, Rec. p. 220 ; CE, 27 février 1987, *Ministre du budget c. Nguyen Van Giao*, Rec. p. 77 ; CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, Rec. p. 115 ; AJDA 1999, p. 459, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; RFDA 1999, p. 937, note J.-F. LACHAUME.

Privant le juge administratif de sa fonction de juger, la position traditionnelle issue de l'arrêt *Rekhou* se heurtait directement à la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit le droit à un tribunal « *de pleine juridiction* ».

## 2. Une conception traditionnelle condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme

L'incompatibilité du mécanisme de la question préjudicielle relative à la condition de réciprocité a été relevée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Chevrol contre France* du 13 février 2003<sup>1</sup>. En ce qu'il dépossède le juge administratif de son pouvoir de juger les litiges qui lui sont soumis, le mécanisme emporte violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, plus largement, des « *grands principes sur lesquels repose le droit public français (...): le droit à l'exercice d'un recours juridictionnel, l'impartialité du juge, l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative* »<sup>2</sup>. Considérant que le droit du justiciable à un tribunal de pleine juridiction exige, en matière civile, un contrôle du droit et des faits, l'utilisation en ces termes de la question préjudicielle aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité aboutit à ce que le juge se prive « *volontairement de la compétence lui permettant d'examiner et de prendre en compte des éléments de fait qui (peuvent) être cruciaux pour le règlement du litige* »<sup>3</sup>.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme n'était en rien imprévisible, à tel point que l'on peut s'étonner que le Conseil d'Etat ait maintenu sa jurisprudence traditionnelle en 1999 lorsque l'affaire *Chevrol-Benkeddach* s'est présentée à lui<sup>4</sup>. En effet, les arrêts *Benthem contre Pays-Bas* du 23 octobre 1985<sup>5</sup> et *Beaumartin contre France* du 24 novembre 1994<sup>6</sup> avaient d'ores et déjà scellé la position de la Cour sur les institutions nationales traditionnelles portant atteinte au droit à un tribunal de pleine juridiction en ce que le juge administratif n'assurait pas la « *solution juridictionnelle du litige* ». Le premier arrêt avait condamné la procédure de recours devant la Couronne (« *Kroonberoep* »), recours administratif, le Gouvernement statuant après avis de la Section du contentieux du Conseil d'Etat depuis une loi de 1861. Le Conseil d'Etat néerlandais (*Raad van State*) était dans le cadre de cette procédure un organe simplement consultatif, chargé de préparer un projet de décision pour le Gouvernement qui, lui, prenait la décision finale. Le second arrêt avait sanctionné l'Etat français pour la pratique du juge administratif consistant, en cas de difficultés d'interprétation, à poser une question préjudicielle au ministre des Affaires étrangères quant à l'interprétation à donner au traité en cause. Le vice d'inconventionnalité résultait du fait que l'interprétation ministérielle liait le juge administratif<sup>7</sup>. Ces deux arrêts ont tous deux entraîné des mesures générales de conventionnalisation aux Pays-Bas et en France : pour les Pays-Bas, la loi provisoire du 18 juin 1987 sur les litiges portés devant la Couronne et la loi définitive du 4 juin 1992 portant règles générales de droit administratif, et pour la France, l'arrêt *GISTI* du Conseil d'Etat.

<sup>1</sup> Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, D. 2003, Jur., p. 931, note H. MOUTOUH ; *AJDA* 2003, p. 1984, note T. RAMBAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 572, obs. R. LIBCHABER.

<sup>2</sup> R. ABRAHAM, concl. sur l'arrêt du CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, *AJDA* 1990, p. 627.

<sup>3</sup> Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, § 82.

<sup>4</sup> Arrêt préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, 23 octobre 1985, *Benthem c. Pays-Bas*, série A, n° 97 ; *JDI* 1986, p. 1089, obs. P. ROLLAND.

<sup>6</sup> Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, § 38, série A, n° 296-B ; D. 1995, Jur., p. 273, note X. PRETOT ; *RUDH* 1994, p. 405 ; *AJDA* 1995, p. 137, obs. J.-F. FLAUSS.

<sup>7</sup> L'arrêt *Beaumartin* avait même été confirmé par le Palais des droits de l'homme : Cour EDH, 17 décembre 1996, *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas*, *JCP G* 1997, I 4000, p. 74, obs. F. SUDRE (violation en raison de la position d'une juridiction judiciaire cantonale, qui a estimé qu'elle était liée par le rapport d'une autorité administrative sur la pollution du sol et ses effets sur la santé publique et l'environnement).

En ce qu'il évite la répétition de l'illicite, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* figure aujourd'hui parmi les mesures générales d'eupéanisation intéressant les droits du contentieux administratif européens. Attendu, le revirement opéré par le Conseil d'Etat le 9 juillet 2010 était également annoncé.

## **B. Un abandon annoncé**

S'il s'est fait attendre, l'abandon de la jurisprudence *Rekhou* par le Conseil d'Etat avait néanmoins été annoncé. A l'échelon européen, la clôture de l'affaire *Chevrol contre France* par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, réalisée en l'absence de mesure générale d'exécution, en constituait un indice fort. Par ailleurs, à l'échelon national, on pouvait déceler dans la jurisprudence du juge administratif du fond un signe avant-coureur de cet abandon.

### **1. La clôture de l'affaire *Chevrol contre France* en l'absence de mesure générale d'exécution**

Chargé de contrôler l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 46 de la CEDH, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est devenu le garant de l'eurocompatibilité des mesures d'adaptation des droits nationaux. A ce titre, il a clôturé l'affaire *Chevrol contre France*, en 2006<sup>1</sup>, sans attendre qu'une mesure générale d'exécution, c'est-à-dire un revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat français, ne soit adoptée. Si le Comité des Ministres se montre souvent plus tatillon dans son contrôle, la clôture de l'affaire *Chevrol* était quant à elle parfaitement justifiée. Il était bien difficile de prédire quand le juge administratif français allait pouvoir faire évoluer sa position. Les affaires soulevant le présent vice d'inconventionnalité sont rares, comme nous l'avons indiqué, et encore fallait-il que l'occasion de réceptionner l'arrêt *Chevrol contre France* se présente au Conseil d'Etat.

Toutefois, l'évolution de la jurisprudence administrative française ne faisait pas de doute pour le Comité des Ministres qui, en raison des informations données par le Gouvernement français, avait estimé à l'époque qu'il « *n'y a pas lieu de douter qu'il* (le Conseil d'Etat français) *tirera toutes les conséquences du présent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa pratique jurisprudentielle afin d'assurer sa pleine indépendance et ainsi éviter ce type de violation* »<sup>2</sup>. Le présent arrêt démontre que la confiance du Comité était pleinement fondée.

Tout scepticisme sur le changement de cap à venir du juge administratif pouvait, de surcroît, être écarté, en raison d'un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles.

### **2. L'arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Versailles du 8 octobre 2007**

Il était permis de discerner dans une jurisprudence récente de la Cour administrative d'appel de Versailles, « *une amorce de revirement de jurisprudence* »<sup>1</sup>. En effet, il ressort d'un

---

<sup>1</sup> CM, ResDH(2006)52, 2 novembre 2006, aff. *Chevrol c. France*.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>1</sup> Voir notre thèse : L. BENOITON, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sur les contentieux*

arrêt de la Cour administrative d'appel du 8 octobre 2007<sup>2</sup> que le juge administratif ne s'estime plus lié par l'appréciation de l'administration sur le respect d'une condition de réciprocité dont dépend la solution du litige. Dans cette espèce, la Cour était saisie de la légalité d'une décision préfectorale de refus d'échanger un permis de conduire congolais contre un permis français au motif que la République démocratique du Congo n'appliquait pas la condition de réciprocité en matière d'échange de permis de conduire. Le préfet s'était appuyé sur une circulaire du ministre chargé des transports, prise après consultation du ministre des Affaires étrangères, établissant la liste des pays remplissant la condition de réciprocité posée par l'arrêté du 8 février 1999 fixant les conditions de reconnaissance et d'échange des permis de conduire délivrés par les Etats n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, au nombre desquels ne figure pas la République démocratique du Congo. L'on identifie clairement, parmi les termes utilisés, ceux par lesquels le juge administratif a affirmé sa liberté de décider dans un sens contraire à celui de l'administration, en toute indépendance : « *que M. Mvuala Zola ne conteste pas l'appréciation ainsi portée sur le respect par la République démocratique du Congo de la condition de réciprocité en matière d'échange de permis de conduire et ne présente pas davantage devant la Cour que devant le tribunal d'élément susceptible de démontrer que cette condition serait satisfaite* ».

Ainsi, la Cour administrative d'appel s'était reconnue compétente pour apprécier les éventuels éléments de fait transmis par une partie et démontrant l'application réciproque du traité par l'Etat étranger. Il est vrai que la Cour administrative d'appel n'était pas saisie de l'application d'une convention internationale, mais de celle d'un arrêté ministériel prévoyant une condition de réciprocité. Cependant, il semblait légitime de penser, à l'instar de Gilles PELLISSIER, que « *le contrôle exercé ici par la Cour (dût) être étendu à l'application des conventions internationales* »<sup>3</sup>. Partant, la solution de la Cour administrative d'appel contenait le germe d'un revirement de jurisprudence du juge administratif relatif au renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité.

Si, pour des considérations de politique jurisprudentielle ou de conventionnalité, le revirement était attendu et annoncé, il n'allait cependant pas de soi. En effet, comme nous l'avons souligné, saisie de faits identiques en 1999, l'Assemblée du Conseil d'Etat avait maintenu la jurisprudence *Rekhou*, écartant par là même tout rapprochement avec la solution *GISTI*. A l'époque, l'éventualité d'une absence de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de réciprocité devait encore nourrir l'espoir du Conseil d'Etat français, qui envisageait sans doute une position divergente de la Cour par rapport à l'affaire *Beaumartin*. Sous-estimée, la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un tribunal a, à terme, eu raison de la position traditionnelle du Conseil d'Etat, qui, dans l'arrêt ici commenté, a consacré le pouvoir d'appréciation du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité.

## **II. La consécration du pouvoir d'appréciation souveraine du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité**

---

*administratifs nationaux. Essai sur la standardisation des droits européens*, Thèse, Université de La Réunion, 2009, § 48, p. 58.

<sup>2</sup> CAA Versailles, 5<sup>e</sup> ch., 8 octobre 2007, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. M. Mvuala Zola*, req. n° 06VE00142, *AJDA* 2008, p. 29, obs. G. PELLISSIER.

<sup>3</sup> G. PELLISSIER, obs. sous l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Versailles préc., *AJDA* 2008, p. 31.

C'est dans un considérant de principe que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a formulé, sous le visa de la CEDH, la nouvelle règle prétorienne qui sera dorénavant applicable dans les rares litiges soulevant un problème lié au respect de la condition de réciprocité. Le juge a préalablement cité les textes constitutionnels pris en compte pour l'énoncé de cette nouvelle règle : en premier lieu, l'article 55 de la Constitution de la Cinquième République ; en second lieu, le Quatorzième alinéa du Préambule du 27 octobre 1946, qui prévoit que « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». La référence au Préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République a permis au juge de faire, pour la première fois, mention d'une règle primordiale du droit international, à savoir la règle *pacta sunt servanda*. En effet, selon le Conseil d'Etat, cette règle, « *qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »<sup>1</sup>, figure au nombre des règles du droit international public auxquelles la République française est soumise et attachée. Outre le fait qu'il traduit une influence de la jurisprudence du Palais des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* porte également la marque d'une constitutionnalisation du droit administratif<sup>2</sup>, avec la référence explicite du Conseil d'Etat à la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 relative au Traité de Maastricht<sup>3</sup>.

Une fois encore, « *audace et pragmatisme* » ont permis au juge administratif d'endosser de nouveaux habits<sup>4</sup> en affirmant dans l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* son pouvoir souverain d'appréciation du respect de la condition de réciprocité (A). Il dispose, de par ses pouvoirs d'instruction, de moyens lui permettant de vérifier si l'Etat intéressé applique également le traité ou l'accord international (B).

### **A. L'affirmation par le juge administratif de son pouvoir souverain d'appréciation**

S'inscrivant en opposition directe avec la jurisprudence antérieure, les termes de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* sont sans équivoque : « *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* ». La formule utilisée n'est pas sans rappeler le célèbre arrêt *Cadot*<sup>1</sup>, qui avait jadis marqué la naissance du Conseil d'Etat comme juge de droit commun du contentieux administratif.

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat n'a fait que reprendre ici l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

<sup>2</sup> Sur le phénomène de constitutionnalisation du droit en France et outre-manche, voir : L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42 ; du même auteur, « La constitutionnalisation du droit », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Aix en Provence, PUAM, 1998, pp. 181-195 ; du même auteur, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique – Considérations générales », *RBDC* 1998, pp. 233-243 ; P. DELVOLVÉ, « La constitutionnalisation du droit administratif », in *1958 - 2008 Cinquième anniversaire de la Constitution française*, Association française de droit constitutionnel, B. MATHIEU (dir.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 397-418 ; S. GUINCHARD, « La constitutionnalisation du droit processuel », in *1958-2008 Cinquième anniversaire de la Constitution française*, ouvrage précité, pp. 459-473 ; Lord STEYN, *The constitutionalisation of Public Law*, Londres, London Unit, 1999.

<sup>3</sup> Voir le § 7 de cette décision : Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, décision n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*, *JORF* du 11 avril 1992, p. 5354. On peut trouver deux autres décisions constitutionnelles concernant la règle *Pacta sunt servanda* : Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale*, *JORF* du 24 janvier 1999, p. 1317 ; Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, *JORF* du 23 juillet 1993, p. 10391.

<sup>4</sup> J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les habits neufs du juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 11-19, spéc. p. 19.

<sup>1</sup> Arrêt *Cadot* précité : « *il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître* ».

Par l'arrêt du 9 juillet 2010, le juge administratif s'est émancipé de l'appréciation ministérielle de la condition de réciprocité. Ce faisant, il a implicitement confirmé le rejet d'un alignement sur la jurisprudence judiciaire, qui repose sur un raisonnement juridique différent.

## 1. L'émancipation prétorienne du juge administratif

Auparavant, le juge administratif s'en remettait entièrement aux observations du Quai d'Orsay. Mais il appartient désormais au juge administratif de vérifier lui-même si la condition prévue à l'article 55 est ou non remplie. Le juge administratif s'est donc explicitement émancipé du *dictum* du ministre. C'est à lui de se prononcer sur le moyen soulevé par une partie suivant lequel une décision administrative a, à tort, sur le fondement de la réserve de réciprocité, fait application d'un traité ou bien écarté son application.

Une fois saisi, à l'occasion d'un litige, le ministre ne délivrera que des observations qui ne s'imposeront plus au juge administratif. Qualifiée d'« observations » par le Conseil d'Etat, la position ministérielle sur la question posée ne fera plus foi dans tous les cas, le juge administratif bénéficiant de la plénitude de juridiction pour apprécier, au vu de l'ensemble « des pièces du dossier », si les stipulations d'un traité sont appliquées par l'Etat en cause.

En l'espèce, l'administration et le Conseil national de l'Ordre des médecins invoquaient le fait que les conditions de programme, de scolarité et d'examen conduisant à la délivrance du diplôme de docteur en médecine avaient cessé d'être identiques en France et en Algérie dès la fin des années 1960. Selon le Conseil d'Etat, cette circonstance n'est « pas de nature à établir que l'Algérie n'applique pas les stipulations précitées de la déclaration du 19 mars 1962 ». Il précise que, dès lors, « il ne ressort ni des pièces du dossier, ni de l'audience d'instruction tenue (...) que des grades et diplômes d'enseignement de médecine délivrés en France dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen qu'en Algérie n'y auraient pas été regardés comme valables de plein droit ». Par conséquent, le juge administratif a tranché seul le litige dont il était saisi, sans se considérer tenu par les observations du ministre des Affaires étrangères. Il a décidé que la condition de réciprocité était en l'espèce respectée. Dès lors, l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, qui énonce les conditions de fond requises pour la validité de plein droit, dans les deux pays, des grades et diplômes d'enseignement de médecine, était applicable au litige.

En se reconnaissant ainsi compétent pour contrôler le respect de la réserve de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'Etat a *ipso facto* écarté la solution consistant à s'aligner sur la position du juge judiciaire.

## 2. Le rejet confirmé d'un alignement sur la jurisprudence judiciaire

Vainement proposée au Conseil d'Etat en 1999 par le commissaire du gouvernement Rémy SCHWARTZ dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Chevrol-Benkeddach*, la solution consacrée par le juge judiciaire en matière de réserve de réciprocité n'a jamais retenu l'attention du juge administratif, qui en a à nouveau confirmé le rejet. Non exempte de critiques, la solution de la Cour de cassation, issue de l'arrêt *Kryla* du 6 mars 1984<sup>1</sup>, consacre une proposition

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1, 6 mars 1984, *Kryla c. Mme Kappy épouse Lisak*, Bull. civ. I, p. 69 ; AFDI 1985, p. 925, chron. J.-F.

doctrinale<sup>2</sup> : « en l'absence de toute initiative prise par le Gouvernement pour dénoncer une convention ou en suspendre l'application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre Etats par l'article 55 de la Constitution »<sup>3</sup>. La condition de réciprocité est alors réputée remplie. Il s'agit donc d'une « présomption de réciprocité »<sup>4</sup>.

L'inopportunité d'un contrôle judiciaire en matière de réciprocité a encore été récemment préconisée par un auteur<sup>5</sup>. Mais si l'on admet volontiers que la position de la Cour de cassation semble plus conforme à la jurisprudence européenne que celle qui était issue de l'ancienne jurisprudence administrative *Rekhou*<sup>6</sup>, sa conformité à la Convention est loin d'être garantie. En effet, la solution retenue par le juge judiciaire est, en effet, celle du non-contrôle. Comme l'énonce la Cour de cassation, il n'appartient pas au juge judiciaire de contrôler le respect de la condition de réciprocité en l'absence de dénonciation ou suspension gouvernementale d'une convention. Et si dénonciation ou suspension de la convention il y a, le juge judiciaire n'apprécie pas, non plus, le respect de la condition de réciprocité, dans la mesure où une dénonciation gouvernementale s'impose aux juges sans qu'ils puissent en contrôler la régularité<sup>7</sup>. Le juge judiciaire se considère lié par elle. Autrement dit, soit la condition de réciprocité est présumée remplie, soit elle ne l'est plus suite à une dénonciation ou une décision de suspension<sup>8</sup>. Dans les deux cas, c'est le Gouvernement qui s'assure du respect de la condition de réciprocité. A l'inconvénient du non-contrôle s'ajoute, par ailleurs, la critique doctrinale selon laquelle la position de la Cour de cassation fait peser sur le pouvoir exécutif une obligation de vérification permanente de l'exécution des conventions internationales auxquelles la France est partie<sup>9</sup>. Quoiqu'il en soit, la solution du juge judiciaire a le mérite de ne pas faire intervenir le gouvernement au cours même d'un procès et n'aboutit pas à ce que ce dernier influe directement sur le dénouement du litige.

Le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat dans le présent arrêt s'avère bien plus respectueux de l'article 6 § 1 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'émancipation prétorienne du juge administratif s'est fait attendre. Mais celle-ci ne pouvait raisonnablement que s'accompagner des précisions sur la manière pour le juge administratif de s'assurer du respect de l'article 55 de la Constitution. Ainsi, dans cet arrêt de principe qui fixe désormais la ligne de conduite du Conseil d'Etat en la matière, le juge a pris

---

LACHAUME ; *RGDIP* 1985, p. 538, note D. ROUSSEAU ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 108, note G. A. L. DROZ.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, « La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne », *Rev. crit. DIP* 1975, pp. 25-44.

<sup>3</sup> Pour une confirmation : Cass. civ. 1, 16 février 1994, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris c. Ait Kaci*, *D.* 1995, S.C., p. 161, obs. A. BRUNOIS ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 51, note P. LAGARDE. Deux arrêts ont été rendus en ce sens le même jour.

<sup>4</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 192.

<sup>5</sup> S. LEMAIRE, « Le juge judiciaire et le contrôle de la réciprocité dans l'application des traités internationaux », *D.* 2007, pp. 2322-2326. L'auteur invoque deux motifs : l'impossibilité d'énoncer les conditions de mise en œuvre de ce contrôle et une application particulièrement disparate d'un même traité.

<sup>6</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2005, p. 340.

<sup>7</sup> Cass. civ. 1, 23 mars 1994, *N'Guyen c. Procureur général de Paris et autre*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 51, note P. LAGARDE.

<sup>8</sup> A cet égard, selon l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la violation substantielle d'un traité constitue un motif d'extinction ou de suspension du traité bilatéral ou multilatéral.

<sup>9</sup> G. PELLISSIER, obs. sous l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Versailles préc., *AJDA* 2008, p. 31.

soin d'énoncer les moyens qui lui permettront de vérifier si la condition de réciprocité est remplie, afin de faire application ou non du traité.

## **B. Les moyens de contrôle du respect de la condition de réciprocité par le juge administratif**

Pour déterminer si la condition de réciprocité est ou non remplie, le juge administratif a des obligations particulières d'instruction de l'affaire. Il doit, non plus s'en remettre à l'avis – autrefois conforme – du ministre, mais utiliser les pouvoirs d'instruction dont il est titulaire. L'arrêt du 9 juillet 2010 précise qu'« il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat 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 ».

Le juge administratif dispose, grâce à ses pouvoirs d'instruction, des armes nécessaires à son office. Il semble qu'il soit tenu de respecter deux obligations : l'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre et l'obligation de soumettre ces observations au débat contradictoire.

### **1. L'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre**

Il ressort de la lettre de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* que le juge administratif a, avant de prendre une décision sur le respect de la condition de réciprocité, l'obligation de demander au ministre des Affaires étrangères de produire ses observations. En effet, l'arrêt énonce qu'il incombe au juge administratif de statuer « après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères ».

En ce sens, l'arrêt marque le passage d'une procédure d'avis conforme à une procédure d'avis obligatoire. Il résultait de l'ancienne jurisprudence *Rekhou* une obligation pour le juge administratif de saisir le ministre d'une question préjudicielle et une obligation de suivre l'avis rendu par ce dernier. A l'inverse, s'il découle du présent arrêt une obligation procédurale de recueillir les observations du ministre, celles-ci ne vont plus lier le juge, ce qui correspond à une procédure d'avis obligatoire.

C'est justement la raison pour laquelle il faut éviter tout rapprochement excessif avec la jurisprudence *GISTI*. Le Conseil d'Etat ne s'est pas aligné sur la jurisprudence *GISTI* car il apparaît, au regard des termes de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir*, qu'une nuance essentielle existe entre le mécanisme de la question préjudicielle tel que pratiqué en matière d'interprétation des traités et le nouveau dispositif ici consacré. En effet, en matière d'interprétation des traités, le dispositif mis en place par l'arrêt *GISTI* s'apparente davantage à une procédure d'avis consultatif, avec la simple faculté pour le juge de poser la question préjudicielle au ministre, alors que s'agissant de la condition de réciprocité, recueillir les observations du ministre constitue une obligation procédurale préalable à la prise de décision. Il serait donc hâtif, voire imprudent, de conclure à une extension pure et simple de l'arrêt *GISTI* à la question de la réserve de réciprocité. Il subsiste une différence entre l'interprétation des traités internationaux et l'appréciation de la condition de réciprocité. La distorsion existant entre les deux hypothèses provient sans doute de ce que le ministre demeure l'autorité la mieux armée pour déterminer s'il

y a ou non application réciproque d'un traité par un Etat étranger. Cette divergence minimale entre les arrêts *GISTI* et *Madame Cheriet-Benseghir* se comprend par la nuance qui demeure entre l'interprétation d'un traité, qui donne lieu à une appréciation juridique, et le contrôle de l'application réciproque d'un traité, qui impose au juge de se livrer à une appréciation sur le fait. Il apparaît donc plus juste de parler de rapprochement avec l'arrêt *GISTI* que d'extension de cet arrêt à la question du contrôle du respect de la condition de réciprocité.

Enfin, l'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre s'accompagne de celle de recueillir, « *le cas échéant* », les observations de l'Etat en cause.

Une fois les diverses observations dûment recueillies, celles-ci doivent être soumises au débat contradictoire des parties à l'instance.

## **2. La soumission des observations du ministre au débat contradictoire**

Le Conseil d'Etat considère qu'il revient au juge administratif de soumettre les observations du ministre des Affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat intéressé « *au débat contradictoire* ». L'arrêt du 9 juillet 2010 fait, par là même, des observations du ministre, un simple élément du dossier, dont les parties peuvent aujourd'hui débattre. La contradiction est ici placée au service du droit à un tribunal de pleine juridiction. Les observations du ministre seraient l'un des éléments susceptibles d'emporter la conviction du juge, tout comme les éléments apportés par le justiciable. Le juge administratif n'est donc plus tenu de statuer conformément aux observations du ministre.

Le renversement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 9 juillet 2010 pourrait avoir pour effet d'atténuer quelque peu la jurisprudence *Préfet de la Gironde contre M. Mahmedi* du 18 décembre 1992<sup>1</sup>, sans toutefois la remettre en cause directement. Selon ce dernier arrêt, la décision de dénoncer une convention internationale ou d'en suspendre les effets constitue un acte de gouvernement. Or, une décision par laquelle le juge administratif déciderait de contrôler le respect de la condition de réciprocité prévue dans une convention internationale, auparavant dénoncée ou suspendue justement en raison de l'inapplication de la convention par l'autre Etat partie, constituerait un moyen détourné de contrôle de la décision gouvernementale, bien que ce contrôle ne puisse aboutir à son annulation. Un tel contrôle juridictionnel pourrait alors aboutir à sa simple éviction dans toutes les affaires analogues, si l'appréciation de la réciprocité donnée par le gouvernement, c'est-à-dire la preuve d'un acte matériel de l'Etat étranger, n'est pas retenue par le juge.

En l'espèce, une audience d'instruction a été tenue par la 4<sup>ème</sup> sous-section de la Section du contentieux du Conseil d'Etat et l'ensemble des pièces a été soumis au débat contradictoire, y compris à l'audience publique. A ce titre, l'avocat du Conseil national de l'ordre des médecins n'a pas manqué d'user, à l'audience, de son droit de répliquer aux conclusions du rapporteur public, prérogative ouverte aux parties au procès depuis le décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions<sup>1</sup>. Cette sorte de « *note en délibéré orale* »<sup>2</sup>, qui consiste à répondre « en séance » aux

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. M. Mahmedi*, Rec. p. 446 ; RFDA 1993, p. 333, ccl. F. LAMY, et p. 341, note D. RUZIE.

<sup>1</sup> Désormais, en effet, les parties ou leurs mandataires peuvent présenter « *de brèves observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites* » après le prononcé des conclusions du rapporteur public (article R. 733-1 du CJA).

<sup>2</sup> B. STIRN, « Questions à ... Bernard Stirn », AJDA 2008, p. 4. Voir par ailleurs : Conseil d'Etat, Communiqué de presse du 25 juin 2008, *Droit administratif* juillet 2008, alerte 52, p. 5.

conclusions de celui qui, comme l'écrivait René CASSIN, a « *une énorme influence sur le procès* »<sup>3</sup>, a renforcé la contradiction devant le juge administratif.

Au dernier stade de la procédure, le juge statue sur l'ensemble des éléments du débat. Il va alors apprécier si les éléments de droit et de fait suffisamment probants sont de nature à établir que la condition tenant à l'application réciproque est satisfaite. Il est ressorti du débat contradictoire mené dans cette affaire qu'aucune pièce du dossier ne démontre que l'Algérie n'applique pas les stipulations précitées de la déclaration du 19 mars 1962.

Bien que le Conseil d'Etat se soit prononcé en l'espèce dans le sens d'une application réciproque de l'accord international de 1962, contrairement à la décision du Conseil national de l'ordre des médecins, la requête de Madame Souad Cheriet-Benseghir a été rejetée. Sollicitée par le défendeur, une substitution de motifs a permis au Conseil d'Etat de sauvegarder la légalité de la décision de refus d'inscription au tableau du conseil départemental de l'ordre des médecins de la Haute-Garonne attaquée par le requérante. Dans la mesure où les conditions de programme, de scolarité et d'examen dans lesquelles Madame Cheriet-Benseghir a obtenu son diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran n'étaient pas identiques à celles qui étaient requises, à la date de la décision attaquée, pour l'obtention du même diplôme en France, la décision attaquée aurait pu être initialement prise à bon droit sur ce fondement. Au vu de cette condition prévue à l'article 5 de l'accord international bilatéral, le diplôme de l'intéressée ne peut être reconnu en France.

Chassant l'arrêt *Madame Chevrol-Benkeddach*, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010 marque la fin d'une conception traditionnelle de la justice administrative qui continuait à s'appliquer, à l'ombre du procès équitable, en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité. L'abandon de la jurisprudence antérieure a pour incidence de faire disparaître, une fois pour toutes, du paysage juridique français, l'emprise que pouvait encore exercer le ministre des Affaires étrangères sur la juridiction administrative suprême.\*\*\*

---

<sup>3</sup> R. CASSIN, « Les grands principes de l'organisation et du fonctionnement de la justice administrative en France », in *La justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 285-307, spéc. p. 306.