

De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse

Sophie-Justine Liéber, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Damien Botteghi, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Les rapports de pouvoirs ont occupé l'assemblée du contentieux lorsqu'elle se pencha sur deux affaires à la portée peu comparable. D'un côté, il s'agissait de la légalité d'un refus d'inscription au tableau de l'ordre des médecins d'une praticienne ayant effectué ses études en Algérie et considérant que ses diplômes étaient de plein droit reconnus en France en vertu de l'article 5 des accords d'Evian (CE 9 juill. 2010, *M^{me} Cheriet-Benseghir*, req. n° 317747 , AJDA 2010. 1396 ). De l'autre, il était question de la contestation en excès de pouvoir du décret n° 2009-427 du 16 avril 2009 portant publication de l'accord entre la République française et le Saint-Siège pour la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur. Une centaine de requérants - dont 57 sénateurs et 14 députés - était à l'origine des recours (CE 9 juill. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, req. n° 327663 , AJDA 2010. 1397 .

Les deux décisions posaient, sous des angles différents, la question de la portée des articles 53, 54 et 55 de la Constitution, constituant l'essentiel de son titre VI. Nous rappellerons que ces articles relèvent de logiques propres : le premier fixe une règle de procédure, le deuxième octroie des pouvoirs au Parlement et le dernier détermine et conditionne la place des accords et traités dans la hiérarchie des normes. Ainsi, l'article 53 précise ceux des traités dont une loi doit au préalable autoriser la ratification ou l'approbation  (1). L'article 54 permet, quant à lui, la soumission préalable au Conseil constitutionnel d'un « engagement international », pour déterminer s'il comporte une « clause contraire à la Constitution » et soumettre, le cas échéant, la ratification ou l'approbation de l'accord à une révision préalable de cette dernière. L'article 55 fixe enfin la supériorité à la loi « des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés [...] dès leur publication [et] sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Le Conseil d'Etat était appelé à fixer sa jurisprudence sur deux points. Fallait-il, d'une part, continuer à s'en remettre à l'avis du ministre des affaires étrangères pour la vérification du respect de la condition de réciprocité prévue à l'article 55 ? Fallait-il, d'autre part, soumettre un décret publiant un accord non seulement à un contrôle de la régularité de la procédure d'introduction en droit interne, mais de la constitutionnalité même de l'accord ? Les réponses apportées à ces deux questions ne participent pas du même mouvement. Si, dans l'affaire *Cheriet-Benseghir*, le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence pour se reconnaître le pouvoir d'apprécier lui-même le respect de la condition de réciprocité posée à l'article 55, il la maintient dans *Fédération nationale de la libre pensée* : le juge administratif contrôle la régularité de la procédure d'introduction en droit interne d'un traité ; il ne contrôle pas la constitutionnalité de ce traité.

Relations de pouvoirs, disions-nous plus haut, car en plus des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre interne, se posait la question sensible de l'intérêt à agir des parlementaires, et donc celle de la relation que le juge administratif doit entretenir avec la représentation nationale. Cette chronique se concentrera ainsi sur les deux questions de droit international public et sur cette dernière question de procédure contentieuse ; l'approche sera de fait un peu désincarnée, puisque les données propres à ces affaires, qui seront sûrement commentées ailleurs, ne seront pas traitées ici.

Le contrôle de l'application réciproque des traités... *Cheriet-Benseghir c/ Chevrol-Benkeddach* ou la différence du même

La question de l'application de la (curieuse) condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution est une affaire d'initiés : comme le notait le rapporteur public, Gaëlle Dumortier, l'affaire n'était que la cinquième depuis 1958 à la poser. En outre, la plupart ont porté sur l'application des accords d'Evian, c'est-à-dire les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie. Plus étonnant encore, les faits de l'affaire *Cheriet-Benseghir* sont similaires à ceux de la dernière affaire en date (CE ass. 9 avr. 1999, *M^{me} Chevrol-Benkeddach*, req. n° 180277, Lebon 115 ; AJDA 1999. 459, chron. F. Raynaud et P. Fombeur).

On se rappelle sûrement que la décision *Chevrol-Benkeddach* avait pu surprendre en maintenant la nécessité pour le juge administratif de renvoyer au ministre des affaires étrangères la question de savoir si est remplie la condition de l'article 55 de l'application par l'autre partie d'une stipulation d'un traité - qui n'est pas d'ordre public, quoique la question puisse se poser. Elle confirmait ainsi la jurisprudence *Rekhou* (CE ass. 29 mai 1981, req. n° 15092, Lebon 220), alors même qu'avait été abandonnée la nécessité de renvoyer une question d'interprétation d'un traité (CE ass. 29 juin 1990, *GISTI*, req. n° 78519, Lebon 170 ; AJDA 1990. 621, concl. R. Abraham et note G. Teboul ; *GAJA*, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 95). La majorité des observateurs s'attendait à ce que le Conseil d'Etat abandonne, dès 1999, le principe du renvoi d'une question préjudicielle au ministre des affaires étrangères ; il s'y refusa pourtant. C'est la décision commentée qui, onze ans plus tard, consacre cet abandon.

Difficile de penser qu'elle puisse étonner tant il semblait acquis qu'il fallait revenir sur la solution de 1999 dès que l'occasion se présenterait. Plusieurs raisons militaient en ce sens.

La première raison était que la décision *Chevrol-Benkeddach* n'était pas loin d'être mort-née. Comme concluait nos prédécesseurs, en mots choisis : « Le caractère viable de la jurisprudence *Rekhou-Chevrol* ne nous paraît [...] pas assuré » (AJDA 1999. 408). Ils expliquaient au contraire, de manière convaincante, que la solution dégagée par *GISTI* pouvait et devait être étendue à l'appréciation de la condition de réciprocité. La solution traditionnelle était en effet sous-tendue autant par une analyse juridique - la portée ambiguë de la condition de réciprocité de l'article 55 - que par des inquiétudes pratiques et la préoccupation politique que l'appréciation opérée par le juge puisse interférer avec les relations diplomatiques que la France entretient avec le pays partie à l'accord.

Mais ces arguments exagéraient les contraintes et n'étaient, en droit, pas si convaincants. On manquait d'abord à identifier la cohérence entre la solution *Chevrol-Benkeddach* et l'arrêt *GISTI*. Dans les deux cas, le juge doit dire quelle est la norme juridique applicable au litige et il conduit donc également un raisonnement juridique, même si, il est vrai, dans le cas de la condition de réciprocité, des éléments de fait doivent être sollicités. Mais un tel contrôle factuel n'a rien d'inhabituel. Par ailleurs, l'argument selon lequel le juge français, s'il établissait lui-même la réciprocité, porterait une appréciation politique ou même une atteinte aux relations diplomatiques de la France, était faible. On ne voit guère de différence avec le contrôle que le Conseil d'Etat exerce en matière d'extradition pour savoir si l'ordre public français est respecté (CE sect. 27 févr. 1987, *Fidan*, req. n° 78665, Lebon 87 ; CE ass. 15 oct. 1993, *M^{me} Aylor*, req. n° 144590, Lebon 283 ; AJDA 1993. 887, chron. C. Maugué et L. Touvet ; RFDA 1993. 1166, concl. C. Vigouroux ; *GAJA*, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 93). Et l'on constate que l'effet était identique avant l'arrêt *Nicolo* (CE ass. 20 oct. 1989, req. n° 108243), quand le Conseil d'Etat écartait un traité devant une loi postérieure ; il paralysait ainsi le mécanisme normal de l'article 55 de la Constitution et engageait la responsabilité de la France dans l'ordre international.

La seconde raison de l'évolution jurisprudentielle est que, en plus d'être fragile, la solution *Chevrol-Benkeddach* avait été définitivement achevée, comme on pouvait s'y attendre, par la Cour de Strasbourg. L'une des critiques de l'arrêt de 1999 était en effet la distance prise avec les exigences du procès équitable. Certes, à l'époque, la Cour n'avait pas condamné la position du Conseil d'Etat sur ce point. Mais un coup de semonce avait été lancé, cette Cour ayant, dans l'affaire *Beaumartin* du 24 novembre 1994 (série A, n° 296-B), condamné le principe même d'une question préjudicielle auprès du ministre des affaires étrangères pour

déterminer l'application d'un traité - elle s'opposait à la jurisprudence antérieure à *GISTI*. Il était difficile de voir pourquoi ce qui s'imposait en matière d'interprétation ne devait pas valoir en cas de réciprocité. Ce qui avait pourtant, semble-t-il, arrêté le Conseil d'Etat en 1999, c'était la différence existant entre une appréciation juridique - l'interprétation - et une considération de fait - la réciprocité - pour laquelle le juge administratif se sentait moins armé.

Mais, à vrai dire, cette différence ne convainc pas, cette inquiétude mélangeant la question de l'information et celle de la décision. La difficulté rédhibitoire de la lignée *Rekhou-Chevrol* est de lier le juge à l'avis de l'administration. La décision juridictionnelle ne se trouvait pas intégralement dans les mains du juge, ce dernier étant tributaire d'une décision administrative incontrôlée, et qui en plus provenait d'une administration pouvant être partie à l'instance. Cet abandon de compétence était incompatible avec les exigences d'une justice indépendante. Indépendance ne veut cependant pas dire isolement. Comme nos prédécesseurs l'avaient laissé entendre, il n'est évidemment pas interdit au juge d'interroger le ministre des affaires étrangères sur l'application du traité. La décision *Cheriet-Benseghir* fait même du recueil de l'avis ministériel une obligation procédurale. Elle explique en effet que le juge, pour se forger une opinion, doit recueillir les observations tant du ministre des affaires étrangères que de l'Etat en cause - le cas échéant, nous semble-t-il, directement, et non uniquement par la voie diplomatique - et les soumettre ensuite à la contradiction pour établir le caractère probant des éléments de droit et de fait en faveur de l'application du traité par l'autre partie.

Cette procédure conduira souvent à ce que l'avis du ministre des affaires étrangères soit suivi (il reste le plus indiqué pour évaluer la réciprocité). On pourrait alors penser que l'affirmation du pouvoir du juge est un peu fallacieuse. Ce serait se tromper, car la différence existe entre l'amputation de principe du pouvoir juridictionnel que constituait la question préjudicielle et l'affirmation de la fonction de juger que représente l'abandon de cette question. Dans le système à venir, des éléments de défense peuvent venir contrecarrer l'analyse du ministre. Surtout, le principe du contradictoire force le ministre à se justifier, et donc à rendre son analyse objective et contrôlable. Le ministre ne tient donc plus le juge, mais bien l'inverse, ce qui est l'ordre normal des choses. On notera d'ailleurs que la stipulation en cause dans le litige est jugée applicable en droit interne, la condition de réciprocité étant remplie, alors que dans *Chevrol-Benkeddach*, la même disposition avait été jugée inapplicable faute de réciprocité sur le fondement de l'avis liant du ministre des affaires étrangères. Où l'on voit que l'affirmation du pouvoir du juge n'est pas qu'artificielle...

Le contrôle de constitutionnalité des traités... ou *Arrighi* retrouvé

L'autre affaire portait sur une question controversée et en droit particulièrement délicate. Etait en jeu la question de savoir s'il revenait au juge administratif de contrôler le respect de la Constitution par un traité introduit par décret en droit français. Si la décision répond par la négative, la question posée est sérieuse et il faudra bien, un jour, y apporter une réponse si l'on veut que l'affirmation, aux accents de *mantra*, de la supériorité de la Constitution dans l'ordre interne ne soit pas... qu'une simple affirmation.

Comme il a été dit précédemment, l'article 53 de la Constitution exige que le Parlement autorise par une loi la ratification des accords et traités concernant les domaines les plus importants, tandis que l'article 55 ne reconnaît de place à un traité dans l'ordre juridique interne qu'à la condition qu'il ait été « régulièrement » introduit. Longtemps, cependant, le Conseil d'Etat n'a rien contrôlé (CE 5 févr. 1926, *Caraco*, Lebon 125), puis s'est limité à contrôler l'existence d'une ratification ou d'une approbation (CE ass. 16 nov. 1956, *Villa*, req. n° 25627, Lebon 433) sans se soucier du respect des exigences constitutionnelles. Il a cependant fini par assurer un contrôle de régularité de la procédure (CE ass. 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, req. n° 181249, Lebon 483 ; AJDA 1999. 180 ; chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1999. 315, concl. G. Bachelier). Dans ce cadre, il se borne à examiner que le traité pouvait être publié sans autorisation législative d'approbation. Il doit notamment vérifier si ce n'est pas un « accord modifiant des dispositions de nature législative », au sens de l'article 53 de la Constitution ; tel est le cas quand les stipulations de l'accord « touchent à des matières réservées à la loi [...] ou

énoncent des règles qui diffèrent de celles posées par des dispositions de forme législative ». Ce contrôle peut être exercé par voie d'action, mais également par voie d'exception (CE ass. 5 mars 2003, *Aggoun*, req. n° 242860 , Lebon 77 ; AJDA 2003. 726 , chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 1214, concl. J.-H. Stahl ).

En revanche, le juge ne contrôle pas la conformité à la Constitution des stipulations de l'accord introduit en droit français. Le rapporteur public, Rémi Keller, invitait l'assemblée du contentieux à revoir cette dernière position et à assurer « pleinement le respect de la hiérarchie des normes en vérifiant que les stipulations d'un traité ne sont pas contraires à la Constitution ». Il mettait en avant un « déséquilibre entre les contrôles respectifs du traité et de la loi » qui conduisait à ce que « le traité est aujourd'hui la seule norme qui est revêtue d'une immunité totale à partir du moment où elle est entrée dans l'ordre juridique interne, alors même qu'elle y occupe le rang le plus élevé après la Constitution ». Il proposait de vérifier le respect par les stipulations d'un traité de la Constitution, mais seulement par voie d'action, et non par voie d'exception, afin de préserver une sécurité juridique dans l'ordre international en évitant que le contrôle du traité puisse aboutir, trop longtemps après, à remettre en question l'exécution des engagements internationaux de la France.

L'« angle mort » dont à fait état le rapporteur public existe. Il est même problématique, voire gravement anormal dans un système juridique où le droit international a pris une place centrale. Cette lacune constitutionnelle est du même ordre que celle qui existait en matière de contrôle de constitutionnalité des lois jusqu'à l'introduction de l'article 61-1 en juillet 2008. L'immunité du traité non soumis préalablement au Conseil constitutionnel pose difficulté. Comment en effet ne pas trouver paradoxal que l'on affirme que, dans l'ordre interne, la Constitution est la norme suprême (CE ass. 3 juill. 1996, *Koné*, req. n° 169219, Lebon 255  ; AJDA 1996. 805, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; RFDA 1996. 870, concl. J.-M. Delarue  ; GAJA, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 99 ; CE ass. 30 oct. 1998, *Sarranet Levacher et autres*, req. n° 200286, Lebon 368  ; AJDA 1998. 1039 , chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998. 1081, concl. C. Maugüé  ; GAJA, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 102), sans se donner les moyens d'assurer cette supériorité ?

Pourtant, l'assemblée n'a pas suivi son rapporteur public : elle refuse tout contrôle de constitutionnalité des traités promulgués. Elle a été, croyons-nous, arrêtée par des obstacles tenant tant à la Constitution, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à celle du Conseil d'Etat qu'à des interrogations propres à l'application du droit international public.

Une première divergence tient à la lecture du dispositif constitutionnel. Le rapporteur public considérait qu'« il ne fait aucun doute que le contrôle de la constitutionnalité des traités n'est pas entièrement régi par l'article 54 ». Il fonde d'abord cette conclusion sur le fait que le Conseil constitutionnel a accepté d'exercer un même contrôle au visa des dispositions de l'article 61 de la Constitution, à l'occasion de l'examen d'une loi de ratification (Cons. const. 17 juill. 1980, n° 80-116 DC, Rec. Cons. const. 36). Il la fonde également sur l'idée que « l'article 54 de la Constitution a été prévu pour les engagements soumis à l'approbation du Parlement, c'est-à-dire les traités de l'article 53 ». Pour lui, il est clair que l'article 54 n'a pas été conçu pour que le Conseil constitutionnel soit saisi d'accords situés hors du champ de l'article 53 et il note que les engagements sur lesquels le Conseil s'est prononcé ont toujours été soumis à autorisation parlementaire.

L'assemblée, pensons-nous, ne partage pas cette conviction et cette différence explique largement la solution. La portée de l'article 54 est discutée. Certes, la lecture de l'article convainc plutôt du lien avec l'article 53 puisqu'en cas d'incompatibilité, il est prévu que l'« autorisation de ratifier ou d'approuver » doit être précédée d'une réforme constitutionnelle ; une telle autorisation renvoie bien à l'article 53. Pour autant, peut-on exclure toute autre possibilité ? Les travaux préparatoires à la Constitution sont incertains. L'argument de fait selon lequel seuls des traités rentrant dans le champ de l'article 53 ont été soumis au Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 est faible. Il prouve davantage l'incapacité du Parlement à être au courant des accords négociés par le ministère des affaires étrangères avant qu'ils ne soient signés et, surtout, approuvés qu'une volonté constitutionnelle d'écarter du champ de l'article 54 les traités ne relevant pas de l'article 53. Le rapporteur public reconnaissait

d'ailleurs qu'il serait étonné que le juge constitutionnel refuse de statuer si le Parlement le saisissait d'un traité non soumis à ratification. En fait, le Conseil constitutionnel n'a jamais affirmé sa compétence pour contrôler des accords non soumis à ratification et ne l'a pas non plus exclue. Voilà donc une jurisprudence mal établie, ce qui rend difficile une lecture certaine de l'article 54. Des arguments peuvent pourtant conduire à considérer que le contrôle de constitutionnalité des traités est entièrement régi par l'article 54 de la Constitution, qu'il y ait ou non loi de ratification, et que hors du contrôle *a priori* point de salut.

Le second ordre d'obstacles tenait non à la lecture de la Constitution, mais à celle de la jurisprudence du juge constitutionnel. Ce dernier considère en effet qu'une fois un traité promulgué, il ne peut plus contrôler sa constitutionnalité. Ainsi, s'il est saisi de la ratification d'un avenant à un traité, il ne se reconnaît pas la compétence pour vérifier la constitutionnalité du traité d'origine (Cons. const. 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, Rec. Cons. const. 43). C'est une différence notable avec sa pratique en matière législative, qui le conduit à se pencher sur la constitutionnalité d'une loi promulguée à l'occasion d'une loi postérieure qui la modifie, la complète ou affecte son domaine (décis. n° 85-187 DC, préc.). La décision de 1985 est expressément fondée sur le 14^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, c'est-à-dire la règle *pacta sunt servanda*, qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Autrement dit, pour le Conseil constitutionnel, une fois l'accord introduit en droit interne, il n'y a plus de place pour un contrôle de constitutionnalité des stipulations d'un traité. Celui-ci ne peut intervenir qu'avant la publication de l'accord. Les deux procédures des articles 54 et 61 ont en effet en commun de ne pouvoir être mises en oeuvre qu'entre la signature de l'engagement international et sa ratification ou son approbation, donc une date à laquelle celui-ci est encore dépourvu d'effet obligatoire. Le Conseil constitutionnel ne reconnaît donc qu'un contrôle préventif : une fois l'engagement ratifié ou approuvé puis publié, une immunité contentieuse le protège.

Le rapporteur public entendait, dans une certaine mesure, mettre fin à cette immunité. Mais, en l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si le Conseil d'Etat s'était reconnu compétent pour contrôler la constitutionnalité des stipulations d'un traité par voie d'action, une rupture serait apparue. Ces traités ratifiés par une loi, par nature les plus importants, ne pourraient pas être contrôlés après leur promulgation, mais les autres traités, approuvés par décret, pourraient l'être. La différence serait paradoxale.

Une troisième série de considérations relève de la cohérence interne de la jurisprudence administrative. Si le rapporteur public avait été suivi, la régularité de l'introduction d'un traité aurait été mieux contrôlée que la constitutionnalité du traité puisque la première est contestable par voie d'action et d'exception, là où la seconde ne le saurait que par voie d'action. En outre, le Conseil d'Etat vient de juger, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, qu'une loi autorisant la ratification d'un traité, qui n'a d'autre objet que de permettre une telle ratification, est par sa nature même insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution (CE 14 mai 2010, *Rujovic*, req. n° 312305, à publier au Lebon¹). Cette position confirme la logique de l'immunité juridictionnelle du traité régulièrement introduit dans l'ordre interne, avec en arrière-plan l'importance du principe *pacta sunt servanda*. Les conclusions du rapporteur public Julie Burguburu sont très claires en ce sens.

Avec ces jurisprudences apparaît la dernière raison ayant guidé, à notre sens, la décision de l'assemblée : la considération due au droit international, où les conséquences d'un éventuel contrôle de constitutionnalité des traités *a posteriori* - c'est-à-dire postérieurement à leur introduction en droit interne - sont délicates à envisager. Une censure conduirait en effet la France à méconnaître ses engagements internationaux, et à mettre en jeu sa responsabilité (l'article 27 de la convention de Vienne stipule qu'un Etat « ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »). Le rapporteur public reconnaît certes cette difficulté, puisqu'il propose uniquement un contrôle par voie d'action, et non par voie d'exception - mais, à vrai dire, cette solution ne résout pas les difficultés, puisqu'un tel contrôle intervient quand même après que le décret a été signé, donc une fois le traité promulgué. Ce qui est vrai, en revanche, c'est que cet argument n'a pas arrêté le Conseil d'Etat lorsqu'il a adopté *Blotzheim*, puis surtout *Aggoun*, deux décisions qui portent

une atteinte certaine à l'engagement international de la France. Mais il a été considéré que, dans le cas du contrôle de la régularité, l'erreur pouvait être réparée par l'engagement d'un processus régulier conduisant à une loi pouvant avoir un effet rétroactif. En cas d'inconstitutionnalité, la situation est plus radicale...

C'est pour toutes ces raisons que, pensons-nous, le rapporteur public n'a pas été suivi. S'il avait raison sur le constat, la solution qu'il soutenait avait contre elle d'être une construction prétorienne traitant une difficulté proprement constitutionnelle et appelant, de ce fait, une réponse systémique et non juridictionnelle. On aurait en plus abouti à ce que le contrôle de constitutionnalité des traités soit plus puissant que la procédure de question prioritaire de constitutionnalité puisque dans ce dernier cas, le juge ne contrôle que la méconnaissance des « droits et libertés garantis par la Constitution » et non toute cette dernière, comme ce serait le cas si l'on avait suivi le rapporteur public. La voie que ce dernier proposait était donc trop ambitieuse à structure constitutionnelle constante et le contexte n'était pas propice à accueillir sa solution, même si l'angle mort du contrôle constitutionnel des traités est une grave lacune. Nous rangerons donc plutôt ses conclusions dans la catégorie prestigieuse des conclusions visionnaires - en tout cas, en avance sur leur temps - qui porteront leurs fruits dans les décennies qui viennent.

Notons, pour conclure sur ce point, que la solution n'est pas fondée sur l'article 54 et une quelconque lecture de cet article comme, soit accordant au Conseil constitutionnel le monopole du contrôle de constitutionnalité des traités, soit ne prévoyant qu'un contrôle *a priori* exclusif de tout autre. Nous l'avons dit, cette conclusion ne peut être tenue pour certaine en l'état de la Constitution et de la jurisprudence. La décision *Fédération nationale de la libre pensée* repose en fait sur l'absence d'habilitation constitutionnelle du Conseil d'Etat à assurer un tel contrôle. La décision considère que le Conseil d'Etat n'a pas, en l'état de la Constitution, cette compétence - de même que pour les actes de droit privé (v. la logique, CE sect. 4 mars 1960, *Société anonyme « Le peignage de Reims »*, req. n° 39554, Lebon 168). On reconnaîtra dans ce fondement la logique ayant présidé à la décision *Sieur Arrighi* du 6 novembre 1936 (Lebon 966) affirmant, avec majesté, qu'« en l'état actuel du droit public français, ce moyen [tiré de la méconnaissance par une loi de la Constitution] n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ». On ne peut qu'être frappé par les similitudes avec l'arrêt *Arrighi* : la décision mobilise le même raisonnement pour confirmer de la même manière un îlot d'immunité juridictionnelle. Il faut donc se convaincre, pour combler le manque, à ce que le constituant se saisisse de la question et détermine un régime qui permette de garantir une hiérarchie des normes effective. Il l'a fait pour le contrôle de constitutionnalité des lois ; il devrait le faire pour le contrôle de constitutionnalité des traités. La première réforme est intervenue soixante-douze ans après *Arrighi*. Nous avons donc encore du temps pour continuer à débattre de l'autre sujet...

La question de l'intérêt à agir des parlementaires... ou la jurisprudence cachée
L'affaire *Fédération nationale de la libre pensée* posait également une question relative à l'intérêt à agir des parlementaires puisque 71 d'entre eux s'étaient associés au recours en annulation du décret. Or le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé clairement sur ce point, quoique la perception habituelle soit que le juge administratif refuse de reconnaître un intérêt à agir du parlementaire en cette seule qualité. En vérité, à chaque fois, le Conseil d'Etat traite l'affaire sur un autre terrain : par un « sans qu'il soit besoin de statuer » dans le cas où la requête est rejetée (CE ass. 24 nov. 1978, *Schwartz et autres*, Lebon 467  ; CE 29 oct. 2004, *M. Sueur et autres*, req. n° 269814, Lebon 393 , concl. D. Casas ; AJDA 2004. 2383 , chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas ) ; par l'acceptation de l'intérêt à agir en raison d'une qualité spécifique, même répandue (électeur : CE ass. 19 oct. 1962, *Sieur Brocas*, Lebon 553 ; actionnaire d'une société d'autoroute, pour la privatisation d'une société autoroutière : CE 27 sept. 2006, *Bayrou et autres*, req. n° 290716, Lebon 404  ; AJDA 2006. 2056 , chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006. 1147, concl. E. Glaser  ; « consommateur de produits pétroliers » pour la mise en oeuvre de la « TIPP flottante » : CE 14 mars 2003, *M. Migaud*, req. n° 251935, RFDA 2004. 971, concl. J.-H. Stahl  ; téléspectateur : CE 11 févr. 2010, *M^{me} Borvo*, req. n° 324233 , AJDA 2010. 670 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi)  (2). On pouvait se demander si le temps n'était pas venu de parler et de ne pas

tenir un silence qui pourrait finir par être un peu trop bruyant...

Le rapporteur public était partisan de se prononcer. Rémi Keller pensait qu'en l'espèce, l'intérêt à agir des parlementaires était suffisant. Il ne proposait cependant pas de reconnaître toute forme d'action des parlementaires, mais plutôt de ne pas faire du parlementaire « la seule personne privée de tout droit au recours pour excès de pouvoir » et de mettre fin à la perception de la jurisprudence administrative comme excluant, par principe, tout intérêt du Parlement quel que soit l'acte en cause. Malgré cette invitation, l'assemblée a décidé de maintenir la tradition du silence - ne pas affirmer, ne pas refuser - et met le commentateur mal à l'aise, car comment faire sens de ce qui n'est pas dit ? La décision peut en effet paraître ambivalente.

Elle l'est d'abord parce qu'il y avait de bonnes raisons de considérer, avec le rapporteur public, que la configuration de l'affaire permettait de reconnaître un intérêt à agir des parlementaires sans mobiliser de critère général, comme celui de l'atteinte aux prérogatives du Parlement. Il est clair en effet que la norme internationale introduite par le décret contesté aura une autorité supérieure à celle des lois et viendra donc contraindre l'activité parlementaire. Le refus de se prononcer explicitement dans cette affaire pourrait donc faire croire que l'assemblée ne partage pas cette analyse, et nourrirait un sentiment fort d'opposition à tout intérêt à agir du parlementaire. Nous ne pensons cependant pas que la difficulté vienne du règlement de l'espèce. Nous nous hasardons même à penser que, si l'assemblée avait été tenue de statuer sur l'intérêt à agir - en cas d'annulation du décret -, il aurait été reconnu. La difficulté venait plutôt de la difficulté à dresser des limites. Si la décision avait statué sur l'existence d'un intérêt en l'espèce, n'aurait-on pas compris que le Conseil d'Etat ne reconnaît que cette possibilité et en ferme toute autre (puisque statuer n'était pas nécessaire en droit) ? Pour éviter ce risque, il aurait fallu fixer des règles à vocation générale, mais comment trouver un équilibre rassurant ?

Il nous semble que cette question des limites à donner à la reconnaissance de l'intérêt à agir des parlementaires est celle qui peut expliquer la très grande prudence du Conseil d'Etat en la matière - prudence dont on remarquera cependant qu'elle n'a pas toujours été de mise : Marie-Aimée Latournerie⁽³⁾, dans ses conclusions sur *Schwartz* en 1978 (préc.), considérait que l'intérêt à agir d'une dizaine de députés contre un décret approuvant les apports à une société publique, « ne faisait pas de doute » puisque, de manière générale, leur intérêt était suffisant pour « contester la légalité des actes administratifs ayant pour objet d'assurer la restructuration des secteurs publics et semi-publics » en raison du pouvoir de contrôle dont les parlementaires disposent ; la décision ne statue pas sur ce point par le simple effet de l'économie de moyens.

Le Conseil d'Etat a depuis nourri plus d'inquiétudes. Il nous semble qu'il veut d'abord éviter que puisse être mobilisé un critère trop indifférencié, tel que celui de l'atteinte aux prérogatives du Parlement. C'est le sens de l'argumentation, qui a beaucoup pesé dans cette matière, avancée par Jean Massot dans ses conclusions sur *Joxe et Bollon* (CE ass. 2 févr. 1987, Lebon 25⁽⁴⁾) : « Représentant de la Nation tout entière [... le parlementaire] fait partie d'un cercle d'intérêt trop vaste pour que son action ne se confonde pas avec l'action populaire ». Il faut éviter qu'un député ou un sénateur puisse attaquer tous les actes réglementaires de l'exécutif, en contestant le respect par le gouvernement de la répartition des compétences prévue par les articles 34 et 37 de la Constitution. Le Conseil d'Etat sait également d'expérience qu'il est difficile de maîtriser l'ouverture du prétoire à des catégories de requérants, une fois le premier pas franchi, et peut redouter le dynamisme naturel de la jurisprudence sur l'intérêt à agir. Il suffit de voir l'évolution quant à l'intérêt à agir des membres d'un organisme collégial : s'il a d'abord fallu qu'il y ait une atteinte à leurs prérogatives (CE 1^{er} mai 1903, *Bergeon*⁽⁵⁾), cette dernière condition a fini par être abandonnée (CE 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, req. n° 150360, Lebon 208⁽⁶⁾ ; CE 22 mars 1996, *M^{mes} Paris et Roignot*, req. n° 151719, Lebon 99⁽⁷⁾ ; AJDA 1996. 404⁽⁸⁾, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; CE 31 juill. 1996, *Tête*, req. n° 132541, Lebon 33⁽⁹⁾). L'inquiétude existe aussi quant au risque que le Conseil d'Etat devienne l'arbitre d'oppositions politiques et que le prétoire soit utilisé à des fins détournées. Le sentiment peut au final exister qu'aucune frontière ne peut être tracée et qu'il n'existe donc qu'une alternative : soit le juge

administratif refuse un intérêt à agir à un parlementaire en raison de l'atteinte à ses prérogatives, soit il l'admet entièrement et alors l'ouverture peut être très large, en allant jusqu'à accepter qu'il attaque tout acte de l'administration au motif qu'il méconnaît la loi.

Face à une telle alternative, le choix a été de garder la main et de réserver la question pour l'affronter quand il sera nécessaire de le faire - ce qui, encore une fois, n'était pas le cas ici. Pourtant, limiter la question de l'intérêt à agir des parlementaires à celle de savoir s'il faut reconnaître ou non un critère général, tel que l'atteinte aux prérogatives du Parlement, nous paraît réducteur et asphyxier un peu la réflexion. Celle-ci devrait, pensons-nous, être plus simple : le parlementaire n'est pas un justiciable à part et il requiert un traitement attentif, mais non particulier - ni dans l'excès, ni dans la restriction. A cet égard, l'argument « politique » est exagéré : le juge, surtout administratif, est par sa nature même appelé à régler des problèmes d'ordre politique ; vivre avec son instrumentalisation fait partie de son office. A nos yeux, l'intérêt à agir du parlementaire devrait ressortir de la méthode traditionnelle du juge administratif et gagnerait à ne pas devenir un abcès de fixation, à la recherche, probablement chimérique, d'une conceptualisation *a priori* pouvant donner une illusion de maîtrise.

Pour notre part, nous n'avons guère de doute à considérer que si une décision administrative intervient à la place d'une loi en discussion (hypothèse *Borvo*), si un traité est introduit par décret dans l'ordre interne et qu'il encadre alors le pouvoir législatif ou si le gouvernement ne prend pas les décrets d'application d'une loi, il existe une atteinte - réelle, directe, légitime et certaine - à l'activité du Parlement et donc à un de ses intérêts. La reconnaissance de l'intérêt à agir d'un parlementaire est alors orthodoxe, au regard de l'objet de sa demande. Mais nous ne voyons pas pourquoi conclure en ce sens dans de tels cas doit nécessairement conduire à accepter l'intérêt à agir en cas de méconnaissance par le pouvoir réglementaire du champ de la loi ou même de toute loi. La méconnaissance de la loi, c'est un moyen, et l'intérêt à agir ne s'établit pas au regard d'un moyen. Dans ce cas-là, il n'y a pas d'intérêt en jeu, ce qui est tout à fait différent des exemples précédents. Il nous semble ainsi qu'on peut évoluer sans risquer l'action populaire, tant redoutée. Ainsi que l'écrit le président Daniel Labetoulle, dans un article paru récemment (Le recours pour excès de pouvoir du parlementaire, RJEP mai 2010. 51), il n'y a pas plus de sujétion que de privilège attaché au mandat de parlementaire en termes contentieux ; en vérité, « la question de la recevabilité du parlementaire ne passe pas plus par le : « jamais » que par le : « toujours » mais seulement par le : « quand ? », puisque « les difficultés juridiques qu'il y aura à préciser les critères et les limites de la recevabilité du parlementaire ne sont pas d'une nature différente de celles que connaît la théorie générale de l'intérêt pour agir, rebelle à la systématisation ».

Gageons que cette question - comme celle du contrôle de constitutionnalité des traités - continuera à faire le miel de chroniques futures...

Mots clés :

TRAITE INTERNATIONAL * Application * Réciprocité * Question préjudicielle * Ministre des affaires étrangères * Ratification * Contrôle de constitutionnalité * Pouvoir du juge administratif

CONSTITUTION * Contrôle de constitutionnalité * Traité international * Contrôle du juge administratif

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Règle générale de procédure * Intérêt pour agir * Parlementaire

(1) Les accords en forme simplifiée sont conclus au niveau des gouvernements et « approuvés » par le ministre des affaires étrangères ; les « traités », accords en forme solennelle, sont des actes conclus au nom des chefs d'Etat et « ratifiés » par le président de la République. Dans tous les cas, le traité est publié par décret.

(2) Le rejet de l'intérêt à agir peut aussi être évident : décret nommant le président du Conseil de la concurrence (CE 24 nov. 1981 *Schwartz et Martin*, Lebon 437) ou portant délégation de signature d'un ministre à un directeur d'administration centrale (CE 27 févr. 1987, *Noir*, Lebon 84 )

(3) On peut citer d'autres commissaires : Michel Roux (CE 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, req. n° 64146 , RFDA 1985. 554) ; Maryvonne de Saint-Pulgent (CE 9 nov. 1988, *Fourcade*, req. n° 75506 , AJDA 1989. 173).