

UNIVERSITE D'ORLEANS

FACULTE DE DROIT, ECONOMIE, GESTION

**Master 1 Droit Public
Année universitaire 2023-2024 – semestre 2**

**Grands problèmes
constitutionnels**

Cours magistral de François Lecoutre
Professeur de droit public
(20h)



Recueil de documents pédagogiques

Chapitre 1. Le problème de la composition du Conseil constitutionnel

1. Charles Eisenmann : déficit de compétences

Source : Charles EISENMANN, « Palindromes ou stupeur », in *Le Monde*, 5 mars 1959.

Nous avons reçu la lettre suivante de M. Ch. Eisenmann, professeur de droit public à la faculté de droit de Paris :

Monsieur le directeur,

Si à un chroniqueur d'esprit (V. " Au jour le jour " de Robert Escarpit : " Palindromes " dans le Monde des 22-23 février 1959) le récent choix des membres du Conseil constitutionnel créé par la Constitution de 1958 a pu inspirer de fantaisistes arabesques, à quantité d'hommes de droit ou s'intéressant aux institutions politiques et juridiques ce sont de tout autres réactions et réflexions, plus sombres, qu'il suscite.

Sans doute savent-ils que, tel qu'il a été façonné par nos fougueux constituants, ce Conseil constitutionnel n'est que bien peu de chose : consciemment sans doute, ils ont émasculé la seule fonction qui aurait pu faire son prestige, celle de se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution. Il leur a suffi de réserver le droit de déclencher cette procédure à quatre personnages politiques.

Quand même, en considération de l'apparence d'un rang éminent dont il a été revêtu, il aurait dû semble-t-il être formé du maximum possible d'hommes indiscutablement qualifiés par la nature de leurs fonctions antérieures, par des habitudes contractées avec elles de comportement intellectuel et moral.

Que tous les conseillers désignés satisfassent à ce genre d'exigences, je ne crois pas qu'il soit possible à un esprit indépendant de l'admettre. Le fait qu'ils aient par ailleurs, comme en font foi les indications données par le Monde, des qualités humaines ou professionnelles dignes d'estime, de respect, voire d'admiration, ne change rien à cette donnée fondamentale. Il en est que leurs titres ne qualifient pas, sous l'angle technique, pour les fonctions du Conseil constitutionnel.

Que vient faire dans ce Conseil cet illustre médecin et biologiste ? Encore le défaut de qualification technique est-il en ce cas compensé du moins, si l'on veut, par une

autorité intellectuelle et morale professionnelle éclatante. Aussi n'est-ce pas au bout du compte, le choix le moins motivé.

Hauts magistrats de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, avocats - des deux ordres - de grand renom et entourés de respect, professeurs de droit public ou de sciences politiques, c'est évidemment dans ces catégories de personnes que les hommes moyens éclairés eussent suggéré aux autorités désignantes de choisir au moins le plus grand nombre de membres de cette sorte de cour : ils eussent été les interprètes de l'esprit droit.

On remarquera en particulier que le nouveau collège ne comprend pas un seul professeur de droit public ou de sciences politiques. Oubli de légèreté ? Parti pris, qui serait un hommage dont ils pourraient être fiers, à leur compétence, jointe à une fréquente rigueur génératrice d'indépendance d'esprit ? Qui pourrait le dire, en dépit de l'animosité certaine, bien connue, qu'éprouvent à leur égard, sans distinction de leurs options politiques personnelles, un certain nombre de personnalités bien placées du nouvel État ? Il est vrai que les professeurs qui ont l'amour de leur domaine d'étude ont pu être détournés d'accepter de telles fonctions par cet article d'ordonnance qui leur interdirait de s'exprimer sur n'importe quelle disposition ou problème de droit constitutionnel français actuel. Ajoutons que, de même, pour accepter d'être membre full time (si l'on peut dire) du Conseil constitutionnel il faut avoir du goût, ou en tout cas ne pas avoir de répugnance trop marquée pour le genre d'emploi que Bonaparte accusait le Sieyès de l'an VIII de vouloir lui réserver.

Parmi les hommes sans parti, même s'ils ne sont pas sans inclinations, beaucoup espéraient que sous la haute autorité du Libérateur la République s'emprentrait au moins assez fortement de cette pureté et dureté dont parle une formule célèbre; et n'est-ce pas une des manifestations les plus simples et les plus tangibles de ces vertus que l'attribution des fonctions publiques, en tout cas des fonctions non politiques (pour les politiques, l'indulgence est de rigueur) en considération d'abord des aptitudes établies à les remplir ?

A considérer l'occupation de la majorité des fauteuils du Conseil constitutionnel, on penserait qu'il faut déjà faire son deuil de cette confiance optimiste et naïve, et que l'esprit de faveur, d'amitié, de complaisance est plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles à redresser..., dans une certaine mesure. Espoir de palingénésie, conciliait malicieusement Robert Escarpit ? Mais si le recommencement n'est qu'une continuation d'errements peu glorieux ?

Il m'a semblé qu'il était bon qu'un citoyen indépendant, et relativement éclairé, de par sa formation, essaie de faire soupçonner par les hautes autorités ce que tout un

secteur de l'opinion nationale pense d'une façon de se comporter, même si aujourd'hui elle n'affecte qu'une institution de faible importance réelle.

2. Audition Jacqueline Gourault devant la commission des lois de l'Assemblée nationale le 23 février 2022

https://videos.assemblee-nationale.fr/video.11908292_6215e015effd2.commission-des-lois--mme-jacqueline-gourault-ministre-dont-la-nomination-en-tant-que-membre-du-co-23-fevrier-2022

3. E. Buge : les auditions parlementaires, filtre ou philtre ?

Source : Eric Buge, « Les auditions des candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel par les commissions parlementaires constituent-elles un filtre déontologique ? », in *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Elina Lemaire et Thomas Perroud (ed.), coll. « Colloques & Essais », IFJD, Paris, 2022.

Les philosophes politiques, en revanche, ont été depuis longtemps attentifs aux facultés d'empêcher. Ceux des Lumières, en particulier, s'étaient largement intéressés à cette faculté négative consistant à pouvoir empêcher, dont le modèle était trouvé dans l'institution romaine des tribuns de la plèbe. Montesquieu comme Rousseau y consacrent des développements substantiels. Ils se sont également tous les deux beaucoup intéressés à une autre institution romaine, celle des censeurs, qui avaient la possibilité d'écarter des membres des classes équestre et sénatoriale. Filtre des actes dans le premier cas, des personnes dans le second. Plus récemment, c'est le philosophe américain Philip Pettit qui a mis en valeur la notion de filtre, dans le cadre de sa théorie du républicanisme. Selon lui, il est particulièrement important de se prémunir, en République, contre la corruptibilité des gouvernants : « sommes-nous capables de définir des mesures susceptibles de maintenir dans le droit chemin des porteurs de fonctions publiques qui auraient tendance à s'en écarter ? », s'interroge-t-il. Pour parvenir à cet objectif, il évoque deux modalités de contrôle des gouvernants : la sanction, qui peut être négative ou positive (sous forme de récompense), et le filtre. Le filtre est pour lui une procédure de sélection des individus qui a pour effet « dans une structure institutionnelle idéale, de permettre de sélectionner pour des tâches données les individus qui ont le plus de chances [...]

de se comporter d'une façon que la société apprécie positivement ». Il cite, à titre d'exemple, les examens, les procédures d'enquête ou les qualifications exigées pour pouvoir prétendre à l'exercice d'une fonction. Alors que la sanction intervient a posteriori, quand un comportement réprouvé a été observé, le filtre vise à empêcher que ce comportement ne survienne et il est donc préventif. Pour différentes raisons, qu'il n'y a pas lieu de développer ici, Philip Pettit soutient qu'il est beaucoup plus efficace de filtrer que de sanctionner pour parvenir au respect des normes que la société souhaite imposer, notamment à ses dirigeants. Or, force est de constater qu'à l'inverse, la doctrine juridique a été très attentive à la notion de sanction, au travers notamment de l'étude des différentes formes de la responsabilité (pénale, civile, administrative ou politique), et beaucoup moins à la régulation par les filtres. [...]

II. Ce que filtrent les commissions parlementaires

Pour tenter de mieux cerner les effets de la procédure d'audition préalable, nous avons analysé ces auditions de manière exhaustive à partir des comptes rendus disponibles sur les sites des assemblées. Ces vingt-et-une auditions ont donné lieu à 326 questions parlementaires.

Un premier résultat rassurant quant à l'effectivité de cette procédure est que ces questions ont reçu une réponse dans près de 90 % des cas, seules 34 ayant été laissées sans réponse. La méthode suivie en matière de questions est d'ailleurs variable d'une audition à l'autre, selon que chaque personne auditionnée doit répondre individuellement à chaque parlementaire, avant qu'une nouvelle question lui soit posée, ou que les questions sont posées par « salves », ce qui laisse plus de marge de manœuvre à la personne auditionnée pour y répondre – et le cas échéant pour en éluder.

On peut regrouper les questions posées en onze grandes thématiques qui sont détaillées dans le tableau suivant.

Tableau 2. Thématiques des questions posées

| Thématiques | Nombre de questions |
|--|----------------------------|
| Composition du Conseil constitutionnel | 23 |
| Institution | 40 |
| Méthodes de travail | 43 |
| Recours | 35 |
| Dialogue des juges | 15 |
| Droit matériel | 85 |
| Normes de référence | 20 |
| Philosophie politique | 24 |
| Total conception/idées | 285 |
| Déontologie des membres | 28 |
| Total déontologie | 28 |
| Expérience personnelle | 8 |
| Prises de position antérieures | 4 |
| Total comportement antérieur | 12 |
| Question polémique | 1 |

Presque une moitié des questions (156) porte sur le Conseil constitutionnel, ses méthodes de travail, sa composition. Les parlementaires demandent aux futurs membres leur avis sur le fonctionnement du Conseil constitutionnel et sur ses perspectives d'évolution. Un tiers des questions restantes (105) concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse des normes de référence qu'il applique ou du contenu de ses décisions. Enfin, une vingtaine de questions demande aux impétrants de prendre position sur telle ou telle question générale, relevant de questions de « philosophie politique ».

Ce premier ensemble de questions, qui est très largement majoritaire (87 % des questions posées) se situe à la frontière de ce que l'on a dénommé filtre d'opinion et filtre de compétence. Les parlementaires ne posent jamais de « questions de cours » aux personnes auditionnées. Leurs interrogations visent toujours à recueillir « l'avis » de l'impétrant, mais la réponse reçue témoigne également du niveau de connaissance de l'intéressé quant aux missions et à la jurisprudence du Conseil

constitutionnel. Ces deux aspects sont toujours indissociablement mêlés, que l'on en juge par ces quelques exemples : « Considérez-vous que le législateur est contraint par un trop grand nombre de principes constitutionnels ? » ; « Donnez-vous à la Charte de l'environnement la même valeur que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » ; « La publication des opinions dissidentes ne serait-elle pas un bon moyen d'enrichir la motivation des décisions ? D'une part, chaque membre devrait argumenter davantage pour convaincre les autres ; d'autre part, ces opinions éclaireraient de manière intéressante le fond du débat. Ne serait-ce pas un apport considérable à la démocratie et au fonctionnement de nos institutions ? » Ce premier ensemble de questions présente peu d'intérêt, en termes de capacité de filtrage, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les parlementaires ne revendiquent pas la possibilité de contrôler les compétences des intéressés. Ainsi que l'énonce le sénateur Gaëtan Gorce, « Nous constituons [...] une assemblée politique, non un jury de concours, et il ne nous appartient pas de nous prononcer sur l'aptitude professionnelle de Mme Belloubet ». Il arrive d'ailleurs également que certaines personnes auditionnées assument ne pas avoir de compétence particulière en matière constitutionnelle. Nicole Maestracci, au cours de son audition à l'Assemblée nationale, tenait par exemple les propos suivants : « Compte tenu de mon parcours, je ne revendique pas encore de compétences avérées en droit constitutionnel. C'est en tant que magistrate de terrain, qui a vu beaucoup de justiciables et mesuré leur difficulté pour comprendre certaines décisions, notamment celles de la Cour de cassation, que j'aborde les fonctions de membre du Conseil constitutionnel ». Ceci permet de mettre le doigt sur la limite principale afférente au filtrage des compétences par les commissions parlementaires : les fonctions de membre du Conseil constitutionnel ne supposent pas, d'un point de vue juridique, de compétence particulière. Les textes ne prévoient pas de condition de qualification ou d'expérience et les pratiques de nomination montrent que des personnes sans compétence particulière en droit constitutionnel peuvent être nommées. On peut d'ailleurs noter que les inexactitudes commises par les personnes auditionnées ne sont généralement pas relevées.

La capacité de filtrage est également limitée dans sa modalité « opinions ». En effet, l'idée qu'il n'est pas possible de demander aux impétrants d'engagements quant à l'exercice de leurs fonctions à venir revient régulièrement dans les auditions. C'est ce que disait Michel Charasse lors de son audition à l'Assemblée nationale en 2010 : « il doit être bien clair que je ne prends devant vous aucun engagement et que je ne fais aucune promesse, monsieur le président : ce serait une atteinte à

l'indépendance du Conseil ». Plus clairement encore, le sénateur Alain Richard, à l'occasion de l'audition de Michel Mercier, niait toute forme d'utilité aux questions posées par les parlementaires – et en conséquence, toute utilité aux auditions en elles-mêmes :

« J'éprouve toujours une forme de gêne dans ce type d'auditions, car le Conseil constitutionnel est une instance collégiale, dont chaque membre fait appel à sa conscience et exerce son indépendance. On n'y est donc pas élu sur un programme. [...] Aussi nous faut-il quelque peu meubler cette audition, car il serait vain de chercher à obtenir de l'impétrant des engagements sur tel ou tel sujet. En somme, nous avons là une discussion entre personnes de bonne compagnie ».
(audition du 2 août 2017)

Les personnes auditionnées disposent d'ailleurs toujours d'une échappatoire dans le fait qu'elles ne peuvent pas prendre parti sur des questions qu'elles auront à connaître au sein du Conseil constitutionnel, sans avoir à se déporter à cette occasion. Dans une formulation classique, Nicole Maestracci indiquait à l'occasion de son audition à l'Assemblée nationale : « Sur le droit spécifique qui s'applique en Alsace-Moselle, je réserve ma réponse, puisque cette question sera nécessairement examinée par le Conseil constitutionnel ».

[...]

Ainsi, le rôle de filtre des questions – très majoritaires au cours des auditions – portant sur les compétences et les opinions constitutionnelles des futurs membres du Conseil constitutionnel est-il très réduit, pour ne pas dire à peu près inexistant. Qu'en est-il de la dimension proprement déontologique de ces auditions ?

Les questions déontologiques retiennent relativement peu l'attention des parlementaires. On recense 28 questions portant sur cette thématique, soit en moyenne un peu plus d'une par audition. Au total, ces questions se répartissent de la manière suivante.

Tableau 3. Thématiques des questions posées en matière de déontologie

| Thématiques | Nombre de questions |
|--|----------------------------|
| Déport sur les textes qui le nécessitent | 13 |
| Cumul d'activités et incompatibilités | 4 |
| Devoir d'ingratitude / lien avec l'autorité de nomination | 3 |
| Possibilité de participer à une campagne électorale | 2 |
| Règles de déontologie en général et perspective de leur renforcement | 2 |
| Devoir de réserve | 2 |
| Déjeuners avec des parlementaires | 1 |
| Déclarations de situation patrimoniale | 1 |
| Total déontologie | 28 |

Là encore, les limitations à la capacité de filtrage des parlementaires sont fortes. D'une part, la déontologie se contrôle mal de manière préventive : c'est en situation ou a posteriori que l'on peut observer si les prescriptions déontologiques ont été respectées. D'autre part, toutes les questions en la matière ne concernent pas la situation personnelle de l'intéressé (« Que ferez-vous quand vous aurez à connaître de lois que vous avez portées ? »). D'autres sont posées de manière générale (« Que pensez-vous des incompatibilités liées au statut de membre du Conseil constitutionnel ? »). Seules les premières constituent une forme de contrôle déontologique, les secondes se rattachant plutôt à la catégorie précédente des opinions. Enfin, s'agissant des questions portant sur les règles applicables aux membres du Conseil constitutionnel, il n'est pas rare que les personnes auditionnées rappellent la compétence du législateur organique pour définir ces règles, renvoyant ainsi la question à leurs interlocuteurs.

S'agissant enfin du contrôle d'exemplarité qui pourrait être pratiqué à l'occasion des auditions parlementaires préalables, force est de constater que ce dernier intéresse peu les parlementaires. Seules douze questions portent sur le comportement antérieur des intéressés, et encore, elles peuvent rarement se rattacher directement à ce que l'on attend d'un futur membre du Conseil constitutionnel. Par exemple, les quatre questions qui portent sur des prises de position passées sont-elles plutôt des interrogations de philosophie politique. Celles qui concernent l'expérience personnelle des impétrants sont également très

générales et portent sur leur parcours professionnel. Par exemple, la question suivante a été posée à Nicole Belloubet : « Quels ont été vos travaux de recherche, même si vos fonctions de rectrice ou de vice-présidente d'une région ont pu ne vous laisser que peu de temps pour vous y consacrer ? », quand on demandait à Michel Pinault : « Dans quel état d'esprit vous trouvez-vous ? Un ancien membre du Conseil d'État devenant membre du Conseil constitutionnel doit-il changer d'état d'esprit ? ». De telles questions ne permettent en aucun cas d'exercer un contrôle au titre de l'exemplarité.

Il est révélateur à ce titre que les deux auditions qui auraient peut-être pu le plus se prêter à ce type de questionnement n'aient donné lieu à aucune interrogation sur ce thème. Il s'agissait d'une part de l'audition d'Alain Juppé, qui avait été condamné, en 2004, pour prise illégale d'intérêts dans l'affaire des emplois fictifs de la ville de Paris et d'autre part de l'audition de Michel Mercier, pour lequel la presse révélait le jour même de son audition qu'il aurait employé l'un de ses enfants comme collaborateur parlementaire et qu'il n'était pas certain que ce dernier ait fourni un travail effectif. Dans les deux cas, ces circonstances auraient pu prêter à questions et à discussions quant à la capacité pour des personnes se trouvant dans des situations de ce type de pouvoir exercer les fonctions de membre du Conseil constitutionnel. Dans l'un comme dans l'autre cas, les intéressés ont tenté de « déminer » la difficulté dans leur présentation liminaire.

Alain Juppé : « *La proposition du Président de l'Assemblée nationale m'a surpris, elle m'a honoré, et je l'en remercie à nouveau du fond du cœur. Elle m'a surpris parce que je me suis d'abord demandé si j'en étais digne. J'ai donc interrogé le président de l'Assemblée nationale avant d'accepter sa proposition, pour savoir si ma condamnation pénale constituait un obstacle juridique. Après y avoir réfléchi, M. Ferrand m'a indiqué qu'il n'y avait pas d'empêchement juridique. Mais il y a évidemment une dimension morale que je ne veux pas éluder. J'ai eu ce débat en mon âme et conscience, et je vous en soumets les arguments. Les faits qui m'ont été reprochés datent du début des années 1990, au moment où le législateur définissait un cadre légal pour le financement des partis politiques. J'ai purgé ma peine et peut-être le temps peut-il donner droit à l'oubli. Ensuite, la décision de la cour d'appel de Versailles, en 2004, m'a rendu en grande partie mon honneur en jugeant expressément que je ne m'étais rendu*

coupable d'aucun enrichissement personnel et que je ne devais pas être le bouc émissaire d'une responsabilité collective. Enfin, plusieurs fois depuis lors – en 2006, en 2008 et en 2014 –, aux élections municipales, les électeurs bordelais m'ont renouvelé leur confiance ; j'y ai vu une forme de pardon. À votre Commission, bien sûr, d'en juger ».

Michel Mercier : « Je voudrais à présent devant vous donner des explications très claires sur l'emploi familial auquel j'ai recouru. Il est tout à fait exact – je n'ai aucune raison de le cacher, et pour le moment, en outre, ce n'est pas interdit, puisque la loi n'est pas votée – que j'ai employé l'une de mes filles, d'août 2012 à avril 2014, pour travailler sur des points très spécialisés. À l'époque, en effet, j'étais responsable, localement, de dossiers très difficiles en matière culturelle. Forte de sa formation à l'École du Louvre et de son expérience à divers postes de coopération internationale, ma fille m'a donc assisté sur ces sujets. Elle était alors domiciliée en France : j'ai vérifié ce matin même que le contrat avait bien été corrigé avant août 2012 au bureau de l'Agas, l'association pour la gestion des assistants de sénateurs. Les informations publiées ne correspondent pas à la réalité ! Ma fille a exercé sa mission à temps partiel, dans un certain nombre de domaines où son expertise était grande : préservation du patrimoine, coopération internationale, culture numérique, musées. En avril 2014, nous avons conjointement considéré que les sujets pour lesquels j'avais besoin de son expertise avaient été traités ; nous avons mis fin au contrat. Elle vit aujourd'hui, à Londres, de « petits boulots » dans le domaine des musées. Chaque mois, elle a besoin de ses parents – vous connaissez cette situation, vous qui, pour beaucoup, êtes parents. Avec ma femme, qui est juriste, bien plus brillante que moi, nous avons eu cinq enfants. [...] Nous avons désormais six petits-enfants, ce qui est une source de joie, mais aussi, parfois, de soucis. Je tiens à la disposition du Sénat les travaux que ma fille a effectués dans le cadre de l'emploi que je viens d'évoquer. Si le

Président du Sénat souhaite en avoir connaissance, cela se fera sans problème ».

Cette stratégie s'est révélée efficace puisqu'aucune question n'a ensuite porté sur ces aspects de leur parcours et qu'ils ont pu tous deux faire l'objet d'un vote positif des commissions parlementaires.

Si cette absence de questions dénote une certaine conception du rôle des auditions parlementaires, elle est aussi liée au fait que les députés et les sénateurs ne disposent d'aucune information particulière – autres que celles déjà publiques – quant aux personnes qu'ils auditionnent. La comparaison avec les auditions du Sénat américain dans le cadre du processus de confirmation des nominations présidentielles, souvent prises en exemple, est à ce titre instructive. Les personnes dont la nomination est envisagée font l'objet d'une triple enquête, du FBI, des services fiscaux et de l'Office of Government Ethics. Par ailleurs, l'impétrant doit remplir des dizaines de pages de questionnaires pour la Maison-Blanche comme pour le Sénat, lequel peut auditionner d'autres personnes que l'intéressé pour en savoir plus sur ce dernier, au cours du processus de confirmation. L'impétrant peut d'ailleurs être convoqué à plusieurs reprises si des faits nouveaux apparaissent. Prises de position passées, consommation de drogue, accusations d'agressions sexuelles, agissements au cours de fonctions passées, c'est toute la vie personnelle comme professionnelle du candidat qui est disséquée et passée au crible. La confirmation constitue un vrai processus d'enquête, qui ne se résume pas à une courte audition parlementaire.

À l'inverse, les commissions parlementaires françaises ne disposent d'aucun élément particulier d'information. Les questionnaires envoyés préalablement aux personnes auditionnées par les rapporteurs de l'Assemblée nationale ne comportent que des interrogations sur les opinions de l'impétrant et la manière dont il conçoit ses futures fonctions. Jean-Louis Nadal, dans son rapport au Président de la République Renouer la confiance publique, proposait d'outiller le contrôle parlementaire en permettant aux commissions de se voir communiquer le bulletin no 2 du casier judiciaire de l'intéressé, un certificat de régularité fiscale et une déclaration d'intérêts. Cette proposition n'a toutefois jamais été mise en œuvre.

Dans leur pratique actuelle, les auditions parlementaires ne constituent donc ni un filtre déontologique, ni un filtre en matière d'exemplarité. Il n'est pas exclu que leur simple existence rétroagisse sur l'autorité de nomination et qu'elles aient ainsi un effet indirect sur les personnalités nommées. Seule une étude prosopographique

de plus long terme permettrait de confirmer cette hypothèse. On peut en revanche d'ores et déjà tirer quelques enseignements au sujet des conséquences de cette procédure d'auditions sur la pratique française de la séparation des pouvoirs. [...]

III. Ce que la pratique des auditions préalables dit de la séparation des pouvoirs

[...]

A. *Insiders et outsiders*

En premier lieu, le rôle de filtre – notamment déontologique – que pourraient jouer les auditions parlementaires se trouve substantiellement amoindri par la conjonction de deux facteurs. D'une part, les nominations effectuées par le président de chaque assemblée ne sont soumises au contrôle que de la commission parlementaire de l'assemblée concernée. Or, il existe une adéquation politique entre le président d'une assemblée et la majorité des membres de sa commission des lois, qui est elle-même composée proportionnellement aux effectifs de chaque groupe politique. Ainsi, l'audition est principalement conduite par des parlementaires de la même tendance politique que l'autorité de nomination. Cette question a été débattue à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008, mais le choix a été fait de privilégier l'autonomie de chaque assemblée³¹. D'autre part, il n'est pas rare que les autorités de nomination désignent des personnes qui sont organiquement proches de la commission qui aura à se prononcer sur leur désignation. Ainsi, ce ne sont pas moins de six sénateurs qui ont été désignés, depuis 2010, pour siéger au Conseil constitutionnel. Une fonctionnaire de l'Assemblée nationale a également été nommée. Une telle proximité rend illusoire un contrôle sérieux préalable aux nominations. On peut en effet clairement distinguer, à la lecture des comptes rendus d'auditions, celles qui concernent une personne organiquement proche de la chambre qui l'auditionne, voire de la commission des lois elle-même, et celles qui portent sur la nomination d'une personne extérieure à l'assemblée concernée.

**Tableau 4. Nombre moyen de questions posées
en fonction du parcours de l'intéressé**

| Situation | Nombre moyen de questions |
|---|----------------------------------|
| Moyenne globale | 15,5 questions par audition |
| Auditions à l'Assemblée nationale | 20,1 |
| Auditions au Sénat | 11,3 |
| <i>dont pour l'audition d'un sénateur</i> | 8,6 |
| <i>dont pour l'audition d'un non-sénateur</i> | 14,6 |

La comparaison entre chambres est également instructive dans les deux cas où des sénateurs ont été nommés par le Président de la République, et ont donc eu à effectuer une audition dans chaque chambre. Jacques Mézard a ainsi eu de deux fois plus de questions à l'Assemblée nationale qu'au Sénat et Michel Charasse trois fois plus. L'apogée de cette tendance a été connu à l'occasion de l'audition de Jean-Jacques Hyst, ancien président de la Commission des lois du Sénat, à qui ont été posées en tout et pour tout trois questions. L'audition de Corinne Luquiens par la Commission des lois de l'Assemblée nationale confirme que la proximité avec les membres de la commission qui auditionne est déterminante, puisqu'elle a donné lieu à moitié moins de questions qu'une audition moyenne (dix questions). La tonalité des auditions étaye ces éléments quantitatifs. Quelques extraits des comptes rendus suffiront à s'en convaincre.

Nathalie Delattre (audition de Jacques Mézard) : *Il m'est donné l'occasion de vous dire toute ma fierté de vous voir appelé au Conseil constitutionnel parmi les sages. Vous en avez toutes les qualités. Je veux vous dire toute mon émotion, à vous que je connais depuis longtemps, qui m'avez parrainée pour rejoindre le groupe RDSE puis cédé votre poste de vice-président de la commission des lois. Vous allez nous manquer.*

Philippe Bonnecarrère (audition de François Pillet) : *Plutôt que de poser une question, monsieur Pillet, je tenais simplement à vous dire ma conviction que vous serez un excellent membre du Conseil constitutionnel.*

L'audition de Jean-Jacques Hiest se transforme en concert de louanges, indépendamment des affiliations politiques :

M. Pierre-Yves Collombat : *Je ne ferai pas votre éloge : ce serait trop long.*

M. Michel Mercier : *Nous serons nombreux à éprouver une vraie joie de la nomination de Jean-Jacques Hiest au Conseil constitutionnel.*

Mme Catherine Tasca : *La façon dont vous avez travaillé à la commission des lois m'inspire, au-delà des éloges qui viennent d'être faits, un sentiment de respect. À vos compétences s'ajoute votre indépendance d'esprit.*

Il ne s'agit pas ici de mettre en doute les compétences des intéressés, mais simplement de remarquer que les auditions préalables ne jouent pas le même rôle selon le profil de la personne dont la nomination est envisagée. Il arrive alors, dans certaines configurations, que le filtre devienne philtre. [...]

B. Le Parlement, l'opposition, l'opinion

[...] depuis 2015 la Commission des lois de l'Assemblée nationale désignait l'un de ses membres, de l'opposition, pour être rapporteur de l'audition. Il adresse un questionnaire préalable à la personne dont la nomination est envisagée et a une priorité pour poser des questions en début d'audition. Toutefois, dans la pratique, le rôle du rapporteur n'est pas réellement différent de celui de ses collègues parlementaires. On note en revanche que l'opposition pose la majorité des questions au cours des auditions.

Tableau 5. Répartition des questions entre majorité et opposition

| Parlementaires | Nombre de questions |
|-----------------------|----------------------------|
| Majorité | 148 |
| Opposition | 178 |

NB : la notion d'opposition s'apprécie au regard de l'appartenance politique de l'autorité de nomination.

4. Dossier de presse : l'affaire Michel Mercier

Source 1 : Tribune de Lauréline FONTAINE et Alain SUPIOT dans *Le Monde* daté du 14 juin 2017.

Dans une tribune au « Monde », les juristes Lauréline Fontaine et Alain Supiot estiment que le projet de loi « pour la confiance dans notre vie démocratique », qui prévoit d'exclure de l'institution les anciens présidents de la République, ne sera pas suffisant.

Le projet de loi « pour la confiance dans notre vie démocratique » annoncé par le garde des sceaux, François Bayrou, le 1er juin prévoit [dans son volet constitutionnel] que les anciens présidents de la République ne seront plus membres de droit du Conseil constitutionnel. Cette réforme obéit à un argument juridique imparable : depuis 2008, le Conseil est amené à se prononcer sur la constitutionnalité des lois, non seulement avant, mais aussi bien après leur promulgation.

Or on ne peut faire juger la constitutionnalité des lois par ceux-là mêmes qui ont présidé à leur adoption, sans enfreindre l'interdiction d'être juge et partie. Il y a donc de solides raisons d'approuver la réforme envisagée. Mais ces raisons vaudraient aussi pour les anciens premiers ministres ou anciens ministres et parlementaires, qui forment une partie substantielle de ses membres. Pour instaurer une plus grande confiance dans notre justice constitutionnelle, la réforme devrait donc doter plus généralement le Conseil d'un statut juridictionnel à la hauteur des missions qui sont les siennes.

Le mélange des genres étonne à l'étranger

Les observateurs étrangers tombent des nues lorsqu'ils découvrent le mélange des genres qui préside à la composition de notre Conseil constitutionnel. Dans toutes les autres grandes démocraties, le principe de la séparation des pouvoirs conduit à faire juges de la constitutionnalité des lois, non des hommes politiques ou leurs proches, mais des juristes qualifiés et compétents, hauts magistrats ou universitaires éminents, qui tirent leur autorité d'une longue pratique indépendante de l'interprétation du droit.

Ces cours constitutionnelles sont donc composées, non d'hypothétiques « Sages », mais de véritables juges constitutionnels, plus nombreux et ayant chacun sous son autorité une petite équipe de juristes qualifiés (deux en Espagne, quatre en Allemagne, six en Inde), qui les assistent dans la préparation des cas dont ils ont

à connaître. Ni cette exigence de qualification ni cette assistance technique ne se retrouvent dans notre Conseil, dont la jurisprudence se trouve placée de facto sous l'influence prépondérante de son président (nommé, non par ses pairs, mais discrétionnairement par le président de la République) et de son secrétariat général (sociologiquement lié au Conseil d'Etat).

Dans toutes les grandes démocraties, la dimension inévitablement politique du choix des juges constitutionnels a pour contrepoids des procédures de nomination destinées à garantir leur compétence et leur indépendance (par exemple en Allemagne, les deux chambres du Parlement désignent chacune à une majorité des deux tiers une moitié des membres du Bundesverfassungsgericht).

De véritables vices juridiques

Dans aucune de ces grandes démocraties, il ne serait concevable qu'un juge constitutionnel puisse se mettre en congé le temps de prendre part à une campagne électorale ; qu'un ancien ministre ou parlementaire puisse juger de la constitutionnalité d'une loi à l'adoption de laquelle il a pris part ; qu'un ancien directeur des services juridiques d'un grand groupe d'assurances siège pour censurer une disposition législative contrariant les intérêts des assureurs ; qu'un ancien président de ce Conseil ne fasse pas mystère d'avoir régulièrement pris l'avis sur sa jurisprudence, en dehors de toute procédure contradictoire, du président du Medef et de dirigeants de grandes entreprises.

Il serait erroné de faire ici grief aux personnes – dont on n'a pas de raison de mettre en doute le dévouement et l'intégrité – de vices juridiques, qui procèdent largement de l'histoire du Conseil et des missions très restreintes qui étaient les siennes lors de sa création en 1958. Mais il serait pareillement irresponsable de laisser ces vices sans remède, alors que le poids du Conseil constitutionnel n'a cessé de se renforcer, au point que le nécessaire et délicat équilibre entre le respect de la Constitution et celui du suffrage majoritaire se trouve parfois rompu.

Pour que les citoyens puissent s'assurer que cet équilibre est bien respecté, il conviendrait que les décisions du Conseil soient solidement motivées. L'obligation qui pèse sur le juge constitutionnel de rendre compte au peuple souverain des bornes qu'il pose au pouvoir de la majorité parlementaire, se confond en effet avec cette exigence de motivation. Mais sur ce point également, notre Conseil fait pâle figure démocratique au regard de ses homologues étrangers.

Des comparaisons cruelles

Il serait cruel de comparer par exemple les décisions rendues respectivement en Allemagne et en France sur la constitutionnalité du traité de Lisbonne : d'un côté, une réflexion approfondie et de très haute tenue sur les enjeux de la ratification de ce traité au regard des principes constitutionnels de démocratie et d'économie sociale de marché ; de l'autre une check-list des modifications constitutionnelles impliquées par la ratification.

Pire : il arrive souvent que le Conseil ne se donne même pas la peine de poser les termes du problème qu'il est en train de résoudre. Ainsi il n'a pas même évoqué le principe de solidarité dans sa décision du 13 juin 2013 livrant à la concurrence pure et parfaite des assureurs le très lucratif « marché » obligatoire de la couverture complémentaire maladie des salariés ; dans cette même décision, il fait comme s'il allait de soi qu'une personne morale était assimilable à l'homme et au citoyen de la Déclaration de 1789, pour lui reconnaître une liberté contractuelle non pas équivalente, mais infiniment supérieure à celle des salariés, qui était également en cause mais dont il ne dit mot.

La comparaison est là aussi cruelle avec la façon très argumentée dont la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour suprême des Etats-Unis ont traité ces mêmes problèmes juridiques. Une telle absence de motivation passerait pour de la désinvolture, si on ne pouvait y voir la conséquence inévitable du mélange des genres et du déficit de compétence professionnelle, qui marquent la composition et le fonctionnement de notre Conseil constitutionnel.

Le précédent de 2013

L'impression qui en ressort pour le public est particulièrement désastreuse, lorsque ce manque de transparence nourrit le soupçon d'une classe dirigeante auto-immune à toute remise en question de ses privilèges.

On se rappelle ainsi qu'en 2013, déjà soucieux de « moralisation de la vie publique », le Parlement avait adopté une loi prévoyant d'interdire à ses membres de continuer à exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, lorsqu'ils ne l'exerçaient pas avant le début de leur mandat dans le cadre d'une profession réglementée. Il s'agissait de mettre un terme à la pratique, observée dans tous les partis politiques, consistant pour un élu à se mettre, moyennant finance, au service d'intérêts privés, qu'il a par ailleurs pour mission de réglementer au nom de l'intérêt général.

Invoquant rien moins que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a jugé qu'interdire de telles pratiques, «

[excéderait] manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ». On peine à comprendre en quoi il serait « manifestement excessif » d'interdire à un parlementaire d'ouvrir un cabinet de conseil quelques jours avant son entrée en fonction pour faciliter « les investissements à long terme » de riches clients intéressés au travail législatif. Comme l'ont illustré les déboires du candidat initialement donné favori à l'élection présidentielle de 2017, ce laxisme s'est révélé catastrophique pour ceux-là mêmes dont le Conseil entendait protéger les intérêts économiques.

Ayant ainsi entravé, sans motivation sérieuse, les précédents efforts de moralisation de la vie publique, le Conseil constitutionnel porte sa part de responsabilité dans le manque de confiance pour la vie démocratique auquel entend remédier le nouveau gouvernement. C'est pourquoi ce dernier serait bien inspiré de saisir l'opportunité de la réforme en cours, pour en faire une véritable juridiction, répondant aux mêmes exigences d'impartialité, de compétence et de transparence que ses homologues dans les grandes démocraties.

Source 2 : *Commission des lois du Sénat, Audition de Mme Nicole Belloubet, candidate proposée par M. le Président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel, mercredi 20 février 2013.*

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Je souhaite la bienvenue à Mme Belloubet, candidate proposée par M. le Président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel. [...] En application de l'article 13 de la Constitution, de la loi organique du 23 juillet 2010 et de la loi simple du même jour, les commissions compétentes des deux assemblées sont appelées à formuler un avis sur ces nominations. [...] Vous nous présenterez votre parcours, l'idée que vous vous faites de votre mission en tant que membre du Conseil constitutionnel, ainsi que votre vision de l'avenir de cette institution, source de nombreuses réflexions dans notre Assemblée, certains préconisant la reconnaissance des opinions dissidentes, d'autres un changement de sa composition.

Mme Nicole Belloubet. - Je dois au Président du Sénat l'honneur d'être parmi vous. [...] Je suis professeure de droit, et ma nomination au Conseil constitutionnel, institution centrale de notre République, revêt à cet égard un sens particulier. J'ai également été rectrice d'Académie, fonction qui m'a donné l'expérience de la gestion d'un service public. Elue territoriale, je connais la réalité de la relation quotidienne avec les citoyens. [...] Ces expériences multiples, comme toutes les

personnes que j'ai rencontrées qui ont exercé une influence sur ma personnalité, et que je n'ai pas évoquées, expliquent sans doute le choix du Président du Sénat. [...]

Jean-Pierre Sueur, président. - Je laisse la parole aux membres de la commission : je ne sais s'ils sont « incommodes »...

M. Gaëtan Gorce. - Je suis heureux que le M. le Président du Sénat ait choisi une femme pour siéger au Conseil constitutionnel. Mais les mérites de votre candidature ne se limitent pas à cette caractéristique... Au Conseil constitutionnel, vous aurez à exploiter vos compétences juridiques. Plusieurs questions suscitent régulièrement des débats entre le Parlement et cette institution. [...] Estimez-vous que les modalités de ses délibérations, de désignation de ses membres, ou d'exercice de ses responsabilités sont satisfaisantes dans une démocratie moderne ?

M. Patrice Gélard. - [...] Vous n'avez pas présenté votre vision du Conseil constitutionnel. Votre présentation, magnifique pour un candidat à des élections sénatoriales, convenait moins à une personne proposée à la nomination au Conseil constitutionnel. Certains projets de réforme existent depuis longtemps sur la présence des anciens Présidents de la République ou encore sur l'expression des opinions dissidentes : celles-ci existent dans de nombreuses cours constitutionnelles. Or, la tradition du Conseil est l'unanimité. L'expression d'opinions dissidentes aboutirait à établir une hiérarchie entre les décisions prises à l'unanimité, susceptibles de créer des précédents, et les autres. Que pensez-vous également de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), innovation majeure ? Le rôle du Conseil constitutionnel est-il celui d'une cour constitutionnelle ? Que pensez-vous, enfin, du mode de désignation des membres du Conseil ? [...]

M. Christian Cointat. - [...] L'expérience de responsabilités politiques est enrichissante, mais un juge constitutionnel doit oublier la subjectivité partisane. Comment ferez-vous pour être un conseiller totalement objectif ? [...]

Mme Nicole Belloubet. - [...] Le Conseil constitutionnel a considérablement évolué. Il avait été créé au début de la V^e République pour limiter les pouvoirs du Parlement. Depuis la perspective a changé. Il ne constitue pas une cour suprême mais une cour constitutionnelle : la procédure et la QPC, introduite en 2008, en témoignent. Sa juridictionnalisation était nécessaire. Il devient un juge de protection des droits et libertés fondamentales plus qu'un juge de la procédure, soumis à l'exigence de concilier les droits et les libertés avec l'intérêt général. A cette fin il doit s'appuyer

sur les travaux des parlementaires qui éclairent la volonté de la représentation nationale.

Cette évolution vers une cour constitutionnelle protège le rôle du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Une spécialisation se dessine entre cours suprêmes, en même temps qu'une association par le biais de la QPC et de la procédure de renvoi. Mais les juges des cours suprêmes sont des juges négatifs de la constitutionnalité, alors que le Conseil constitutionnel affirme son rôle de juge positif. La complémentarité est nette : pour apprécier la constitutionnalité d'un texte transmis dans le cadre d'une QPC, le juge s'appuiera en effet sur la jurisprudence des autres cours. [...]

Ma vie politique antérieure ? Je serai soumise à une obligation de réserve et d'impartialité, dans le double sens défini par la CEDH d'impartialité subjective, plus délicate, et objective. Je veillerai à respecter ces obligations. [...] Monsieur Cointat, dans les années à venir, il me semble que le Conseil constitutionnel devra approfondir la piste du dialogue des juges, en respectant le partage des attributions entre un juge de constitutionnalité et des juges de conventionalité et du fond. Concernant la présence des anciens Présidents de la République, je ne saurais répondre à la place du constituant. Il s'avère qu'ils siègent peu, pour différentes raisons. La très grande majorité des décisions du Conseil sont rendues en leur absence. La juridictionnalisation de la procédure pourrait conduire le constituant à réfléchir à cette appartenance de droit. La QPC constitue une innovation majeure et un succès quantitatif : 5000 demandes, 1500 transmises, 250 décisions rendues dont 54% de conformité. C'est aussi un succès qualitatif car le contrôle s'oriente sur les droits fondamentaux. Quant au mode désignation des membres du Conseil constitutionnel, j'espère que j'en serai satisfaite après le vote... [...]

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Nous allons procéder au vote [...] par un scrutin secret. [...] Je vous rappelle que vous avez à votre disposition sur la table des bulletins blancs pour voter. Je vous demande d'exprimer votre vote par les mentions « pour » ou « contre ». [...]

Je demande aux scrutateurs de procéder au dépouillement. Voici les résultats du scrutin : - votants : 25 ; - pour : 13 ; - contre : 11 ; - bulletin blanc : 1

La nomination de Mme Nicole Belloubet est donc validée par ce vote puisque l'addition des votes négatifs ne représente pas au moins 3/5^{èmes} des suffrages exprimés au sein de notre commission des lois, seule appelée à se prononcer sur cette désignation.

Source 3 : Journal officiel de la République française

| | | |
|--|---|-----------------|
| 24 février 2013 | JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE | Texte 2 sur |
| DÉCISION DU 21 FÉVRIER 2013 PORTANT NOMINATION D'UN MEMBRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL | | |
| NOR : HRUX1305267S | | |
| Le président du Sénat, Vu les articles 13 et 56 de la Constitution ; Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, et notamment ses articles 1 ^{er} et 8 ; Vu la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, et notamment son article 3 ; Vu l'avis émis par la commission des lois du Sénat après l'audition, le 20 février 2013, de Mme Nicole Belloubet ; Vu la décision en date du 24 février 2004 par laquelle il a nommé un membre du Conseil constitutionnel | | |
| Décide : | | |
| Article unique. – Mme Nicole Belloubet est nommée membre du Conseil constitutionnel en remplacement de Mme Jacqueline de Guillenchmidt. | | |
| Fait à Paris, au Palais du Luxembourg, le 21 février 2013. | | |
| | | JEAN-PIERRE BEL |

Source 4 : « Nicole Belloubet, juriste de haut vol et garde des Sceaux "inattendue" », *Le Parisien.fr*, 22 juin 2017.

Brillante juriste, "Sage" appréciée de ses pairs, mais aussi ancienne élue PS et haute fonctionnaire ayant revendiqué une certaine liberté de parole, Nicole Belloubet hérite avec la Justice d'un ministère difficile, de manière "inattendue" comme elle l'a dit elle-même.

Jeudi, lors de la passation de pouvoirs Place Vendôme, cette femme de 62 ans a écouté son prédécesseur François Bayrou égrener, dans une longue allocution, les chantiers qui l'attendent : défendre au Parlement une loi sur la moralisation publique, gérer la surpopulation carcérale, batailler pour le budget, concilier libertés publiques et sécurité face à la menace terroriste... [...]

Il est plutôt d'usage en France de finir une carrière politique au Conseil constitutionnel, et les démissions y sont très rares. Ainsi de Georges Pompidou lorsqu'il a été nommé chef du gouvernement en 1962. Nicole Belloubet prend elle aussi ce chemin inverse en quittant les "Sages". Dans l'institution de la rue Montpensier, elle laisse le souvenir d'une "bonne camarade", qui "aime la vie". Et qui laissait transparaître son envie de retrouver "l'action" politique.

Source 5 : Louis HAUSALTER, « Laisser la droite nommer un nouveau Sage : le bon calcul de Macron ? », *Marianne.fr*, 28 juin 2017.

Remplacement en vue au Conseil constitutionnel. En nommant Nicole Belloubet dans le deuxième gouvernement d'Edouard Philippe le 21 juin, Emmanuel Macron a remis en jeu le siège qu'occupait la nouvelle garde des Sceaux dans l'aile Montpensier du Palais-Royal. Or, ce n'est pas lui qui choisira son successeur car Nicole Belloubet n'avait pas été nommée (en 2013) par un président de la République mais par le président du Sénat, à l'époque le socialiste Jean-Pierre Bel. Entretemps, la chambre haute a changé de majorité et c'est à l'actuel président du Sénat, Gérard Larcher, que revient aujourd'hui le choix de celui ou celle qui terminera son mandat de neuf ans. Un homme de droite, donc.

Or, jusqu'au départ de Nicole Belloubet, parmi les neuf Sages, quatre avaient été nommés par la droite et quatre par la gauche - le neuvième étant Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit en raison de son statut d'ancien président de la République. Est-ce à dire que Gérard Larcher a désormais le pouvoir de faire pencher la balance vers la droite ? La réalité est moins partisane. « *Au Conseil, ça fait longtemps que le clivage gauche-droite est dépassé. Comme à la Cour suprême des Etats-Unis, la ligne se dessine plutôt entre conservateurs et libéraux, notamment sur les sujets sociétaux et les libertés publiques* », glisse une éminente professeur de droit, très bonne connaisseuse de l'institution présidée par Laurent Fabius.

De ce point de vue, marquée à gauche - elle a été élue sous les couleurs du PS -, Nicole Belloubet penchait clairement du côté progressiste. Et ce ne sera donc pas forcément le cas de son remplaçant. Mais Emmanuel Macron ne devrait pas s'en émouvoir outre mesure... En effet, les premières réformes de son quinquennat - qui seront très probablement examinées par le Conseil constitutionnel - font tiquer à gauche beaucoup plus qu'à droite. Les défenseurs des libertés publiques s'inquiètent de la future loi antiterroriste, tandis que les syndicats redoutent le contenu des ordonnances à venir sur le code du travail. Autant de textes qui devraient trouver meilleure grâce aux yeux d'un Sage nommé par la droite...

En coulisses, les candidats à la succession de Belloubet ne manquent évidemment pas. Parmi les noms qui circulent figurent au moins deux sénateurs : l'ancien garde des Sceaux Michel Mercier, membre du MoDem, et le professeur de droit Hugues Portelli, étiqueté LR. Mais on murmure aussi le nom de l'universitaire Anne Levade, qui a présidé la Haute autorité de la primaire de la droite l'an dernier. [...]

De quel délai dispose Gérard Larcher pour se décider ? Selon l'ordonnance de 1958 qui régit le Conseil constitutionnel, celui-ci doit d'abord constater « *la démission d'office* » de Nicole Belloubet et la partante doit ensuite être remplacée « *dans la huitaine* ». Mais « *dans la pratique, ce délai n'est pas respecté car [depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008] la personne désignée doit d'abord passer une audition devant la commission des lois du Sénat* », explique-t-on au Conseil constitutionnel. Gérard Larcher est donc maître des horloges. Sollicité, le cabinet du patron du Sénat reste pour l'instant muet, aussi bien sur le calendrier que sur le casting.

Source 6 : *Jean-Baptiste DE MONTVALON, Cédric PIETRALUNGA, « Michel Mercier proposé au Conseil constitutionnel par Gérard Larcher », Le Monde.fr, 26 juillet 2017.*

En soumettant la nomination de l' élu centriste, le président LR du Sénat écarte un possible rival.

C'est un joli coup de billard, aussi efficace que discret, de ceux dont on raffole au Palais du Luxembourg. A la manœuvre, le président Les Républicains du Sénat, Gérard Larcher. C'est à lui que revenait – sous réserve d'une probable validation ultérieure par la commission des lois – la faculté de nommer le (ou la) remplaçante de Nicole Belloubet, qui a quitté le Conseil constitutionnel après son entrée au gouvernement, le 22 juin, comme ministre de la justice. M^{me} Belloubet avait été nommée en 2013 par le président du Sénat de l'époque, le socialiste Jean-Pierre Bel. En proposant, dans un communiqué publié mardi 25 juillet, le nom du sénateur centriste Michel Mercier, M. Larcher a fait plusieurs heureux... dont lui-même, étant entendu que l'on n'est jamais aussi bien servi que par soi-même.

Primo, le promu. M. Mercier obtient là, à 70 ans, un digne couronnement de quarante ans de vie politique, au cours de laquelle il avait déjà conquis la plupart des mandats et fonctions possibles : conseiller municipal à 23 ans, maire à 29, conseiller général à 30, conseiller régional à 31, ce féru de montagne a gravi les échelons un à un pour accéder à la présidence du conseil général du Rhône, qu'il a dirigé pendant près d'un quart de siècle (1990-2013). Brièvement député (de 1993 à 1995), puis sénateur constamment réélu, il fut ministre de l'aménagement du territoire, puis de la justice, pendant le quinquennat de Nicolas Sarkozy. Que faire d'autre ? Fût-il abrégé – s'il est nommé, le mandat de M. Mercier s'achèvera en 2022 –, un séjour rue de Montpensier ne se refuse pas. On l'accepte de (très) bonne grâce, doit-on pour ce faire tirer un trait sur d'autres ambitions.

Car le sénateur n'en manquait pas, sous ses dehors affables et sa rondeur de notable. Son nom revenait avec insistance comme possible prétendant à la présidence du Sénat, dans la foulée du renouvellement partiel de septembre.

Source 7 : « Michel Mercier épinglé pour emplois familiaux », *Le Point.fr*, 1^{er} août 2017

C'est une information embarrassante pour Michel Mercier, ancien garde des Sceaux, en passe de remplacer Nicole Belloubet au Conseil constitutionnel. Selon l'édition du *Canard enchaîné* à paraître mercredi, ce proche de Bayrou a embauché ses deux filles comme assistantes parlementaires lorsqu'il était sénateur : Véronique entre 2003 et 2012 et Delphine entre 2012 et 2014. Seul problème, le passage de la seconde ne semble pas avoir laissé beaucoup de traces et, surtout, elle occupait d'autres fonctions à Londres au même moment. [...]

Une information qui tombe mal, très mal pour Michel Mercier. Non seulement les emplois familiaux sont en passe d'être interdits pour les parlementaires, mais surtout l'examen de sa candidature pour le Conseil constitutionnel est étudié ce mercredi par la commission des Lois.

Source 8 : *Commission des lois du Sénat, Audition de M. Michel Mercier, candidat proposée par M. le Président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel, mercredi 2 août 2017.*

M. Philippe Bas, président. - [...] M. le Président du Sénat a saisi la commission des lois, le 25 juillet dernier, pour qu'elle procède, en application des articles 56 et 13 de la Constitution, ainsi que de la loi organique n° 2010-837 et de la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, à l'audition de M. Michel Mercier et qu'elle émette un avis sur sa nomination aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel, en remplacement de Mme Nicole Belloubet. [...]

M. Michel Mercier, candidat proposé par le Président du Sénat pour siéger au Conseil constitutionnel. - Monsieur le président, je vous remercie ainsi que tous les membres de la commission des lois présents en ce début de mois d'août. Je veux également remercier le président Larcher de proposer ma candidature. [...]

Je voudrais à présent devant vous donner des explications très claires sur l'emploi familial auquel j'ai recouru. Il est tout à fait exact - je n'ai aucune raison de

le cacher, et pour le moment, en outre, ce n'est pas interdit, puisque la loi n'est pas votée - que j'ai employé l'une de mes filles, d'août 2012 à avril 2014, pour travailler sur des points très spécialisés. [...] Les informations publiées ne correspondent pas à la réalité ! [...] Je tiens à la disposition du Sénat les travaux que ma fille a effectués dans le cadre de l'emploi que je viens d'évoquer. Si le Président du Sénat souhaite en avoir connaissance, cela se fera sans problème. [...]

M. Philippe Bas, président. - Merci de nous avoir ainsi fait part de vos motivations et de vos convictions, et d'avoir retracé votre parcours. [...] Merci aussi de vous être spontanément exprimé sur les informations de presse qui vous concernent, et de nous avoir apporté toutes les précisions souhaitables. Votre proposition de fournir au Président du Sénat tous éléments utiles pour justifier du travail accompli entre 2012 et 2014 par votre fille, que vous employiez à temps partiel comme assistante parlementaire, me paraît excellente. [...]

M. Philippe Bas, président. - Nous allons passer au vote sur la proposition de nomination, par le Président du Sénat, de M. Michel Mercier aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel. Le vote se déroulera à bulletins secrets, comme le prévoit l'article 19 bis du Règlement du Sénat, et les délégations de vote ne sont pas autorisées, en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote. En application des articles 56 et 13 de la Constitution, le Président du Sénat ne pourrait procéder à cette nomination si les votes négatifs représentaient au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés.

Voici les résultats du scrutin : Nombre de votants : 31 ; Bulletin blanc : 1 ; Bulletin nul : 1 ; Nombre de suffrages exprimés : 29 ; Pour : 22 ; Contre : 7.

La commission donne un avis favorable à la nomination de M. Michel Mercier aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel.

Source 9 : Journal officiel de la République française

| | | |
|---|---|-----------------|
| 24 février 2013 | JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE | Texte 2 |
| DÉCISION DU 21 FÉVRIER 2013 PORTANT NOMINATION D'UN MEMBRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL | | |
| NOR : HRUX1305267S | | |
| Le président du Sénat, Vu les articles 13 et 56 de la Constitution ; Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le C constitutionnel, et notamment ses articles 1 ^{er} et 8 ; Vu la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 Constitution, et notamment son article 3 ; Vu l'avis émis par la commission des lois du Sénat après l'audition, le 20 février 2013, de Mme N Belloubet ; Vu la décision en date du 24 février 2004 par laquelle il a nommé un membre du Conseil constituti | | |
| Décide : | | |
| Article unique. – Mme Nicole Belloubet est nommée membre du Conseil constitutionnel en remplac de Mme Jacqueline de Guillenchmidt. | | |
| Fait à Paris, au Palais du Luxembourg, le 21 février 2013. | | |
| | | JEAN-PIERRE BEL |

Source 10 : Franck JOHANNES, « Le Parquet national financier ordonne une enquête préliminaire sur Michel Mercier », *Le Monde.fr*, 4 août 2017

Gérard Larcher n'est pas content du tout. Le Parquet national financier s'est saisi, mercredi 2 août, des révélations du *Canard enchaîné* sur l'emploi discutable, au Sénat, d'août 2012 à avril 2014, de l'une des filles de Michel Mercier, sénateur et ancien ministre de la justice. Le parquet, qui entend vérifier si l'emploi contesté est fictif ou non, a ordonné dès mercredi une enquête préliminaire pour « détournements de fonds publics », et a obtenu jeudi une ordonnance d'un juge des libertés et de la détention pour perquisitionner au palais du Luxembourg.

Mais le président du Sénat, Gérard Larcher, qui a signé le 2 août le décret de nomination de l'ancien garde des sceaux au Conseil constitutionnel, a refusé vendredi 4 août l'entrée du Sénat aux policiers de l'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (OCLCIFI), le service dédié au parquet financier. L'affaire fait scandale : le deuxième personnage de l'Etat refuse l'exécution de l'ordonnance d'un juge. Gérard Larcher entend seulement transmettre au parquet les éléments qu'il juge nécessaire – quitte à nourrir du même coup toutes les suspicions sur « l'affaire » Mercier.

Pour Michel Mercier, il est des situations plus confortables. Le nouveau membre du Conseil constitutionnel, nommé donc mercredi 2 août rue de Montpensier par décret du président du Sénat, avait rendez-vous le lendemain avec Laurent Fabius, le président de la haute juridiction. Sans trop savoir si l'enquête préliminaire du parquet national financier était susceptible de compromettre la nécessaire « *dignité de sa fonction* » constitutionnelle.

Source 11 : *Conseil Constitutionnel, Communiqué de presse du 4 août 2017*



Une enquête préliminaire concernant un membre du Conseil constitutionnel a été ouverte.

Sans préjuger en rien de son résultat, le Conseil constitutionnel rappelle les dispositions du [décret du 3 novembre](#) sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel.

Son article 1er prévoit que ceux-ci ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions.

En application des articles 5 et suivants du même décret, il appartient au Conseil constitutionnel d'apprécier si l'un de ses membres a manqué à ses obligations. En pareil cas, le Conseil constitutionnel se prononce à la majorité des membres le composant. Le Conseil constitutionnel peut, le cas échéant, constater la démission d'office de l'un de ses membres.

Source 12 : Renaud LECADRE, Emmanuel FANSTEN, « Conseil Constitutionnel : Michel Mercier sur un siège éjecté », *Libération.fr*, 8 août 2017

Michel Mercier jette l'éponge. Visé depuis une semaine par une enquête préliminaire pour « *détournement de fonds publics* », le sénateur du Rhône a annoncé mardi qu'il renonçait à intégrer le Conseil constitutionnel. « *Alors que ma nomination n'est pas définitive, et dans les conditions créées par l'ouverture de cette enquête, je considère aujourd'hui que je ne pourrai pas siéger avec la sérénité nécessaire* », a déclaré l'ancien ministre dans un communiqué. « *J'ai donc choisi de renoncer à cette nomination et de conserver mes mandats électifs* », poursuit-il.

Sa nomination, proposée par le président du Sénat, Gérard Larcher, en remplacement de la ministre de la Justice, Nicole Belloubet, est pourtant publiée au *Journal officiel* depuis le 3 août. Mais la veille, le Parquet national financier (PNF) avait ordonné l'ouverture d'une enquête préliminaire, après les révélations

du *Canard enchaîné* sur l'emploi de ses deux filles comme assistantes parlementaires. [...]

L'affaire a pris depuis un tour politique. Comme le révèle *Le Canard enchaîné* de ce mercredi, l'Élysée avait décidé de retarder la date de prestation de serment de Mercier devant le président de la République, repoussant de fait sa prise de fonction effective. Une façon polie de temporiser, qui aurait scellé le sort de Mercier.

Source 13 : « Sénat : la nomination de Dominique Lottin au Conseil constitutionnel confirmée », Le Monde.fr, 25 octobre 2017

La commission des Lois du Sénat a confirmé mercredi la nomination de Dominique Lottin, une magistrate, au Conseil constitutionnel pour remplacer Nicole Belloubet devenue Garde des Sceaux en juin, a-t-on appris auprès des services de la Haute Assemblée.

Le président du Sénat Gérard Larcher (LR) avait proposé la nomination de Mme Lottin le 12 octobre, mais elle devait être soumise à l'avis de la commission des Lois.

Cette dernière l'a validée par 39 voix pour, un contre, et un bulletin blanc.

Dans un premier temps, M. Larcher avait proposé la nomination de Michel Mercier, ancien ministre de la Justice et sénateur MoDem proche de François Bayrou. Mais celui-ci avait dû y renoncer après avoir été rattrapé par une enquête sur des soupçons d'emplois fictifs de ses filles comme assistantes parlementaires. Depuis M. Mercier a démissionné du Sénat.

Mme Lottin ne siègera au Conseil constitutionnel que jusqu'en 2022, pour terminer le mandat de Mme Belloubet. Elle ne pourra plus être alors désignée pour un nouveau mandat, ayant siégé plus de trois ans. Mme Belloubet avait été nommée rue de Montpensier en 2013 par le prédécesseur de M. Larcher, le socialiste Jean-Pierre Bel.

Actuellement Premier président de la Cour d'Appel de Versailles, Mme Lottin, 59 ans, a été vice-présidente au TGI de Rouen, puis juge à Nanterre en 1996. Substitut du procureur général près la cour d'appel de Rouen de 1998 à 2001, elle devient ensuite inspectrice des services judiciaires. En 2006, elle est nommée chef du service du secrétariat général à l'administration centrale du ministère de la Justice, puis directrice des services judiciaires. De 2014 à 2016, elle fut présidente de la Conférence des premiers présidents de Cour d'appel.

5. D. Schnapper : la prise de décision

Source : Dominique SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

Les négociations entre conseillers avant la séance plénière font appel, d'abord, à des arguments de droit. Mais au cours des discussions sont parfois mobilisées des réflexions sur l'opportunité de la décision : « En réalité, on aide le gouvernement en censurant », « C'était de toute façon une mauvaise disposition ». Le destin même et le prestige de l'institution peuvent aussi être invoqués : « On ne peut plus se permettre une nouvelle censure », ou bien au contraire : « On ne peut ruiner le prestige du Conseil en acceptant une telle remise en cause des principes fondamentaux. » Il peut même arriver que l'on fasse appel aux sentiments et à la solidarité du groupe, même si, dans ce cas, on le fait sur le ton de la plaisanterie en marquant ostensiblement sa distance avec un argument aussi peu juridique : « On ne peut pas faire de peine » au rapporteur, qui peut-être « a de gros ennuis de santé », « On lui a déjà refusé telle décision ». On veut parfois éviter d'imposer deux échecs lors d'une même plénière à un conseiller, surtout s'il est prestigieux. On « n'a pas osé », selon la formule d'un conseiller à la sortie d'une réunion plénière, refuser d'inscrire un visa évidemment indéfendable à un autre conseiller tout auréolé de sa gloire extérieure. Quelle décision n'a pas été adoptée parce que le rapporteur n'en dormait plus depuis des semaines et que l'on ne voulait pas se sentir responsable de son effondrement psychologique ? Ou bien parce qu'un des conseillers ayant permis l'adoption d'une décision lors de la réunion plénière précédente par son revirement pendant le délibéré, il aurait été par trop désobligeant de ne pas se ranger à son avis lors de la séance suivante ?

Un conseiller n'a-t-il pas voté contre une décision qu'il approuvait parce qu'il s'était si souvent démarqué d'un de ses amis politiques au cours des séances précédentes qu'il devait, cette fois, manifester sa solidarité avec lui ? Ou parce que, les interventions des conseillers au cours de la séance plénière ayant montré que la majorité était acquise, il pouvait se donner le plaisir de voter contre la décision ? Une décision n'a-t-elle pas été finalement adoptée parce que plusieurs conseillers craignaient, si on s'opposait à un rapporteur très engagé dans sa proposition de conformité ou de censure, de susciter des mesures de rétorsion lors d'une décision plus grave qui devait être débattue la semaine suivante ? Ou parce que des conseillers avaient un « compte à régler » avec le ministre responsable de la loi ou même avec le chef du gouvernement ? Ou avec le secrétaire général qui appuyait

trop clairement le projet du rapporteur ? Ou parce que le mouvement de séance a brusquement fait changer d'avis un conseiller ? Ou parce qu'un ancien ministre devait remettre une décoration après la séance et qu'il craignait que la décision ne soit pas lisible par ses anciens électeurs ? Ou parce que le rapporteur avait menacé de donner sa démission du Conseil s'il n'était pas suivi ? (L'aurait-il fait ?...) Ou encore parce qu'un conseiller, devant la passion manifestée par certains de ses collègues, a voulu préserver la bonne atmosphère de la maison ? Une disposition du règlement de l'Assemblée nationale qu'on aurait pu juger inconstitutionnelle a été ainsi adoptée pour ne pas blesser un rapporteur particulièrement soucieux de conserver au parlement tous ses pouvoirs. Sans oublier le cas d'un conseiller un peu sourd ou distrait votant contre l'opinion qu'il avait défendue lors du délibéré.

6. Hans Kelsen : des juristes à la juridiction constitutionnelle

Source : Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », RDP, 1928, p. 226-227.

On ne peut pas à cet égard proposer une solution uniforme pour toutes les Constitutions possibles : l'organisation de la juridiction constitutionnelle devra se modeler sur les particularités de chacune d'entre elles. Voici cependant quelques considérations de portée et valeur générales : le nombre de ses membres ne devra pas être trop élevé, étant donné que c'est sur des questions de droit qu'elle est appelée essentiellement à se prononcer qu'elle doit remplir une mission purement juridique d'interprétation de la Constitution. Parmi les modes de recrutement particulièrement typiques, on ne saurait prôner sans réserve ni la simple élection par le Parlement, ni la nomination exclusive par le chef de l'État ou par le gouvernement. Peut-être pourrait-on les combiner, en faisant par exemple élire les juges par le Parlement sur présentation du gouvernement, qui aurait à désigner plusieurs candidats pour chacun des sièges à occuper, ou inversement. Il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession. On pourrait y arriver par exemple en accordant aux Facultés de Droit ou à une commission commune de toutes les Facultés de Droit du pays un droit de présentation pour une partie au moins des sièges, ou encore en accordant au tribunal lui-même le droit de faire une présentation pour chaque siège à vaquer ou de les pourvoir par élection, c'est-à-dire par cooptation. Le tribunal a en effet le plus grand intérêt à renforcer lui-même son autorité en appelant à lui des spécialistes éminents. Il est également

important d'exclure de la juridiction constitutionnelle les membres du Parlement ou du gouvernement, puisque ce sont précisément leurs actes qu'elle doit contrôler. Il est aussi difficile qu'il serait désirable d'écarter toute influence politique de la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle. On ne peut nier que les spécialistes peuvent aussi – consciemment ou inconsciemment – se laisser déterminer par des considérations politiques. Si ce danger est particulièrement grand, il est presque préférable d'accepter, plutôt qu'une influence occulte et par suite incontrôlable des partis politiques, leur participation légitime à la formation du tribunal, par exemple en faisant pourvoir une partie des sièges par voie d'élections par le Parlement, compte tenu de la force relative des partis. Si les autres sièges sont attribués à des spécialistes, ceux-ci peuvent tenir beaucoup plus compte des considérations purement techniques, parce qu'alors leur conscience politique est déchargée par la collaboration des membres appelés à la défense des intérêts proprement politiques.

7. J.-M. Denquin : le juge, interprète de la constitution

Source : Jean-Marie Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, juil. 2008, n° 1, (<http://www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>)

Le syllogisme ne saurait rendre compte de l'activité du juge constitutionnel. Celui-ci confronte deux normes générales dont il doit apprécier la compatibilité. La norme supérieure qui lui sert de référence n'est pas, comme peut l'être une loi, un texte précis, détaillé, adapté à son objet et conférant à celui-ci un véritable cadre juridique. La Constitution et les documents annexes sur lequel s'appuie le juge constitutionnel présentent au contraire un caractère extrêmement général et vague, parfois rendu peu opératoire par le décalage temporel entre l'époque de sa rédaction et le moment où le juge en fait usage. Il est extrêmement rare que le législateur contredise *expressis verbis* une disposition constitutionnelle : on ne voit pas quel pourrait être son intérêt d'agir ainsi. Il n'arrive donc quasiment jamais que l'incompatibilité entre norme constitutionnelle et législative se traduise par une contradiction dans les termes susceptible d'être écartée à l'aide d'un traitement mécanique de type syllogistique - que le juge, bouche de la loi, est pourtant censé appliquer. L'incompatibilité ne saurait donc être constatée. Elle doit être déduite au terme d'un raisonnement complexe et largement indéterminé. [...]

L'inadéquation de la forme syllogistique se manifeste également dans le cas où la norme nécessaire manque en fait. Loin de tirer la conclusion des prémisses, le juge constitutionnel n'a d'autre issue que de tirer la majeure de la conclusion et de la mineure. C'est ce qu'a fait le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 16 juillet 1971 où, décidé à censurer la loi Marcellin, il a déclaré norme constitutionnelle un principe directement contraire au texte de cette loi qu'il a baptisé « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». Le Conseil a donc posé la norme qu'il appliquait. Il en est de même lorsqu'il se trouve dans l'obligation de concilier des principes constitutionnels virtuellement contradictoires qu'il a dégagés. Dans de tels cas l'action du Conseil excède la notion traditionnelle d'interprétation, où la norme préexiste, même si le juge en donne une version très libre. D'autre part c'est là exactement le type de comportement que souhaitait proscrire le principe de séparation des pouvoirs : si le juge forge la norme après le fait auquel elle s'applique et avant de l'appliquer, plus aucune limite de droit ne peut lui être opposée.

8. Extrait du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité

Article 4

(al.1) Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président.

(al.2) Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier. La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des premières observations.

(al.3) La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée.

(al.4) Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation.

Chapitre 2 : Le problème de l'asile constitutionnel

1. Convention internationale relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951

Art. 1er. Définition du terme "réfugié"

A. Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne:

1. qui a été considérée comme réfugiée en application des arrangements du 12 mai 1926 et du 30 juin 1928, ou en application des Conventions du 28 octobre 1933 et du 10 février 1938 et du protocole du 14 septembre 1939, ou encore en application de la constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés. Les décisions de non-éligibilité prises par l'Organisation internationale pour les réfugiés pendant la durée de son mandat ne font pas obstacle à ce que la qualité de réfugié soit accordée à des personnes qui remplissent les conditions prévues au paragraphe 2 de la présente section;

2. qui, [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner. Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression "du pays dont elle a la nationalité" vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle a la nationalité, toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est pas réclamée de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.

[...]

Art. 33. Défense d'expulsion et de refoulement

1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

2. Constitution montagnarde du 24 juin 1793

Des rapports de la République française avec les nations étrangères

Article 118. - Le Peuple français est l'ami et l'allié naturel des peuples libres.

Article 119. - Il ne s'immisce point dans le gouvernement des autres nations ; il ne souffre pas que les autres nations s'immiscent dans le sien.

Article 120. - Il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans.

Article 121. - Il ne fait point la paix avec un ennemi qui occupe son territoire.

3. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

4. Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

4. Articles relatifs à l'asile politique dans les Constitutions étrangères

Article 10(3) de la Constitution italienne de 1948 : « *L'étranger, auquel l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne est interdit dans son pays, a droit d'asile sur le territoire de la République, dans les conditions fixées par la loi* ».

Article 16(II)(2) de la Constitution allemande de 1949 : « *Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile* ».

Article 33 alinéa 8 de la constitution portugaise de 1976 : « *Le droit d'asile est garanti aux étrangers et aux apatrides poursuivis ou gravement menacés de poursuites en raison de leurs activités en faveur de la démocratie, de la libération sociale ou nationale, de la paix entre les peuples, de la liberté et des droits de la personne humaine* ».

Article 13 alinéa 4 de la constitution espagnole de 1978 : « *La loi établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne* ».

5. Titre VI la Constitution française du 4 octobre 1958

Titre VI - DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

ARTICLE 52.

Le Président de la République négocie et ratifie les traités.

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification.

ARTICLE 53.

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des

personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

ARTICLE 53-1.

La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif.

ARTICLE 53-2.

La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998.

ARTICLE 54.

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

ARTICLE 55.

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.

6. Décision n°92-307 DC du 25 février 1992. Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 25 janvier 1992, par le Premier ministre, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, aux fins d'apprécier la conformité à celle-ci de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi n° 54-290 du 17 mars 1954 autorisant la ratification de la convention de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1951, ensemble le décret n° 54-1055 du 14 octobre 1954 portant publication de la convention ;

Vu la loi n° 70-1076 du 25 novembre 1970 autorisant l'adhésion de la France au protocole relatif au statut des réfugiés, signé à New York le 31 janvier 1967, ensemble le décret n° 71-289 du 9 avril 1971 portant publication du protocole ;

Vu la loi n° 91-737 du 30 juillet 1991 autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, ensemble la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 ;

Vu le décret n° 91-902 du 6 septembre 1991 portant publication de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu le titre II de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France ;

Vu le décret n° 82-442 du 27 mai 1982 modifié, pris pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

SUR LA DETERMINATION DES DISPOSITIONS SOUMISES AU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE :

1. Considérant que si, aux termes de sa lettre du 25 janvier 1992, le Premier ministre a demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution « de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée », cette précision n'affecte pas la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire porter son contrôle sur les autres dispositions de la loi et d'en tirer toutes conséquences de droit ;

- SUR L'ARTICLE 8 :

. En ce qui concerne le contenu de l'article 8 :

2. Considérant que l'article 8 de la loi comporte deux paragraphes ; que le paragraphe I insère dans le texte de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée un article 35 quater ; que le paragraphe II abroge corrélativement certaines dispositions des articles 5 et 35 bis de cette ordonnance ;

3. Considérant que l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance n° 45-2658 comprend trois paragraphes distincts ;

4. Considérant que le paragraphe I de l'article 35 quater se compose de trois alinéas ; qu'aux termes du premier alinéa, « l'étranger qui n'a pas été autorisé à entrer sur le territoire français à la frontière aérienne ou maritime ou qui a demandé son admission à cette frontière au titre de l'asile peut être maintenu dans la zone de transit du port ou de l'aéroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de sa demande d'admission sur le territoire et pour une durée qui ne peut excéder vingt jours. Cette zone, qui est délimitée

par arrêté du préfet, s'étend des points d'embarquement ou de débarquement sur le territoire français aux postes où sont effectués les contrôles des personnes à l'entrée et à la sortie du territoire. Elle peut être étendue pour inclure dans son périmètre un ou plusieurs lieux d'hébergement sur l'emprise portuaire ou aéroportuaire » ; que selon le deuxième alinéa, « le maintien en zone de transit est prononcé par une décision écrite et motivée du chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, titulaire du grade d'inspecteur. Cette décision est inscrite sur un registre mentionnant l'état civil de l'étranger concerné et les conditions de son maintien » ; qu'il est spécifié au troisième alinéa que « l'étranger est libre de quitter à tout moment la zone de transit pour toute destination étrangère de son choix » ; qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, et communiquer, s'il le désire, avec toute personne de son choix ; qu'il est précisé que l'étranger est informé de ses droits « au moment de la décision de maintien », par l'intermédiaire d'un interprète, s'il ne connaît pas la langue française ; que l'exécution de cette formalité est mentionnée au registre prévu au deuxième alinéa, lequel est « émargé par l'intéressé » ;

5. Considérant que le paragraphe II de l'article 35 quater énonce, dans un premier alinéa, que le maintien en zone de transit au-delà de vingt jours peut être autorisé, pour une durée qui ne peut être supérieure à dix jours, par le président du tribunal administratif ou par un magistrat délégué par lui ; que le deuxième alinéa assigne au président comme à son délégué un délai pour statuer, de quarante-huit heures à compter de sa saisine par le préfet, et indique que « l'audience peut avoir lieu dans la zone de transit » ; qu'en vertu du troisième alinéa l'étranger peut demander le concours d'un interprète et la communication de son dossier ; que le quatrième alinéa fixe les règles de procédure applicables à l'audience à l'issue de laquelle il est statué par le président du tribunal administratif ou son délégué ; qu'il est prescrit notamment que l'audience est publique et que l'étranger est assisté d'un conseil, choisi par lui ou désigné d'office à sa demande par le président du tribunal ou son délégué ; qu'enfin, le cinquième alinéa du paragraphe II de l'article 35 quater détermine les conditions dans lesquelles il peut être relevé appel du jugement rendu par le président du tribunal administratif ou son délégué ;

6. Considérant que le paragraphe III de l'article 35 quater prévoit que les dispositions de cet article s'appliquent également à l'étranger qui se trouve en

transit dans un port ou un aéroport lorsque « la compagnie de transport qui devait l'acheminer dans le pays de destination ultérieure refuse de l'embarquer » ou que « les autorités du pays de destination lui ont refusé l'entrée et l'ont renvoyé en France » ;

7. Considérant que le paragraphe II de l'article 8 a pour objet d'abroger les dispositions de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 qui prévoient qu'un étranger auquel est opposé un refus d'entrée en France peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans les conditions prévues à l'article 35 bis de ladite ordonnance ;

. En ce qui concerne la conformité à la Constitution de l'article 8 :

8. Considérant que l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle ; qu'au nombre de ces derniers figurent aussi bien le droit d'asile que la liberté individuelle ; que c'est en fonction de ce droit de l'État et de ces principes que doit être appréciée la conformité à la Constitution de l'article 8 ;

- Quant au respect du droit d'asile :

9. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958, proclame dans son quatrième alinéa que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ; qu'un tel principe est mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne ;

10. Considérant qu'il résulte du rapprochement des articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 que les documents relatifs à l'objet et aux conditions de séjour ainsi qu'aux garanties de rapatriement ne sont exigés d'un étranger qui désire entrer en France que « sous réserve des conventions internationales » ; que cette réserve vise en particulier la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967, dont les stipulations font obstacle à ce que les documents en cause puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié politique ;

11. Considérant qu'il suit de là qu'un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée ; que, sous cette réserve d'interprétation, l'article 8 de la loi ne méconnaît pas le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ;

- Quant au respect de la liberté individuelle :

12. Considérant qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; qu'elle assume cette mission « dans les conditions prévues par la loi », ainsi qu'il est dit à l'article 66 ;

13. Considérant que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle qu'il entend édicter ; qu'il a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté ;

14. Considérant qu'il y a lieu de relever à cet égard que le maintien d'un étranger en zone de transit dans les conditions définies par l'article 35 quater-I ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 8-I de la loi déferée n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention en application de l'article 35 bis de l'ordonnance précitée ;

15. Mais considérant que le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ;

16. Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 35 quater entourent le maintien en zone de transit des étrangers, ces

dispositions ne prévoient pas l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure ; qu'en tout état de cause, sa durée ne saurait excéder un délai raisonnable ;

17. Considérant qu'il suit de là qu'en conférant à l'autorité administrative le pouvoir de maintenir durablement un étranger en zone de transit, sans réserver la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais, l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 8-I de la loi déferée est, en l'état, contraire à la Constitution ;

18. Considérant que les dispositions du paragraphe II de l'article 8 de la loi sont inséparables de celles du paragraphe I de cet article ;

- SUR L'ARTICLE 3 :

. En ce qui concerne le contenu de l'article 3 :

19. Considérant que l'article 3 ajoute à l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 20 bis ; que cet article est lui-même composé de trois paragraphes ;

20. Considérant que le paragraphe I de l'article 20 bis comprend quatre alinéas ; qu'aux termes du premier alinéa « est punie d'une amende d'un montant maximum de 10 000 F. l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français, en provenance d'un autre État, un étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne et démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable à raison de sa nationalité » ; que le deuxième alinéa, après avoir fixé les règles de constatation du manquement, dispose qu'il « donne lieu à une amende prononcée par le ministre de l'intérieur » et précise que son montant est versé au Trésor ; que le troisième alinéa garantit l'accès de l'entreprise de transport au dossier et lui permet de présenter ses observations préalablement au prononcé de la sanction ; qu'il est prescrit que celle-ci doit être motivée en la forme et peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction ; qu'enfin, en vertu du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 20 bis, le ministre ne peut infliger d'amende à raison de faits remontant à plus d'un an ;

21. Considérant que le paragraphe II de l'article 20 bis énonce que l'amende n'est pas infligée dans deux séries d'hypothèses ; d'une part, lorsque l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui demande l'asile a été admis sur le territoire français ou lorsque la demande d'asile n'était pas manifestement infondée ; d'autre part, lorsque l'entreprise de transport établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement ou lorsque les documents produits ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste ;

22. Considérant que le paragraphe III de l'article 20 bis rend applicables les dispositions des paragraphes précédents à l'entreprise de transport routier exploitant des liaisons internationales en provenance d'un État non partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, sous réserve de mesures d'adaptation et d'une limitation du montant maximum de l'amende encourue à 5000 F. par passager concerné ;

. En ce qui concerne la conformité à la Constitution de l'article 3 :

23. Considérant que la conformité à la Constitution de l'article 3 doit être envisagée plus particulièrement au regard des principes constitutionnels régissant tant le prononcé d'une sanction que le droit d'asile ;

. Quant au respect des principes régissant le prononcé d'une sanction :

24. Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ;

25. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le respect du principe des droits de la défense ;

26. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant

le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ;

27. Considérant que l'infraction instituée par l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 3 de la loi est définie en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ; que l'incrimination nouvelle n'est susceptible de viser que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi ;

28. Considérant que le montant de l'amende encourue par l'entreprise de transport, fixé selon le cas à 10 000 F. et à 5 000 F. par passager concerné, n'est pas manifestement disproportionné par rapport au manquement que la loi entend réprimer ; qu'au surplus, le montant dont il s'agit constitue un maximum ; que son prononcé ne revêt pas un caractère automatique ; que toute décision infligeant une amende doit être motivée ;

29. Considérant qu'il résulte des termes du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 que, conformément au principe du respect des droits de la défense, aucune sanction ne peut être infligée à une entreprise de transport sans que celle-ci ait été mise à même d'avoir accès au dossier la concernant et de présenter ses observations sur le manquement qui lui est reproché ; qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 20 bis I, aucune amende ne peut être infligée à raison de faits remontant à plus d'un an ;

30. Considérant qu'il convient de relever par ailleurs que toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant la juridiction administrative d'un recours de pleine juridiction ; que le sursis à l'exécution de la décision attaquée peut être demandé en application des règles de droit commun ; que le droit de recours étant réservé à l'entreprise sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation ;

31. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 3 de la loi n'est pas contraire aux principes de valeur constitutionnelle régissant le prononcé d'une sanction ;

. Quant au respect du droit d'asile :

32. Considérant que, dans son paragraphe II, l'article 20 bis ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 3 de la loi fait figurer au nombre des causes d'exonération de la responsabilité encourue par le transporteur l'hypothèse dans laquelle l'étranger entend bénéficier de l'asile politique et où sa demande n'était pas « manifestement infondée » ; que cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; que le paragraphe II de l'article 20 bis ne saurait ainsi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique ; qu'il a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France ;

33. Considérant qu'il appartiendra à la juridiction administrative d'apprécier en cas de litige l'étendue de la responsabilité du transporteur compte tenu notamment des causes d'exonération prévues par la loi ;

34. Considérant que sous ces réserves d'interprétation, l'article 3 de la loi n'emporte pas violation des dispositions mentionnées ci-dessus du quatrième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

- SUR L'ARTICLE 10 RELATIF A L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI :

35. Considérant que l'article 10 de la loi est ainsi rédigé : « Les dispositions de l'article 5-2, du II de l'article 19, du II et du III de l'article 22 et du second alinéa de l'article 26 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée, dans leur rédaction résultant de la présente loi, seront applicables à dater de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990. Elles ne seront applicables que dans les départements métropolitains de la République » ;

36. Considérant qu'au nombre des dispositions qui ne seront applicables qu'à compter de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, figurent celles de l'article 19-II de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans leur rédaction issue de l'article 2 de la loi présentement examinée ; que l'article 19-II incrimine et sanctionne pénalement l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui a pénétré ou séjourné sur le territoire métropolitain en violation des stipulations qu'il énumère de la convention internationale précitée ou qui a fait l'objet d'un signalement aux fins

de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à ladite convention ;

37. Considérant que selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ; qu'en raison de ce principe la référence faite par l'article 10 de la loi à la date d'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 doit s'entendre, non de son entrée en vigueur sur le plan international régie par l'article 139, paragraphe 2, de ladite convention, mais de la publication de cet engagement international au Journal officiel de la République française ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont contraires à la Constitution les dispositions du paragraphe I de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Article 2 :

Sont inséparables des dispositions déclarées contraires à la Constitution celles du paragraphe II de l'article 8 de la loi.

Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 12 mars 1992, page 3003

Recueil, p. 48

7. Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986. Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 8 août 1986, par MM. Pierre Joxe, Lionel Jospin, Roland Dumas, Michel Sapin, André Lejeune, Mme Ginette Leroux, MM. Jean Lacombe, Jean Beaufils, Paul Dhaille, Jean Laurain, Raymond Douyère, Jean-Michel Belorgey, Jean Anciant, Mme Catherine Lalumière, MM. Jean-Hugues Colonna, Alain Barrau, Robert Chapuis, Job Durupt, Guy Bêche, Jean-Claude Portheault, André Clert, Mme Yvette Roudy, MM. Christian Laurisergues, Jean Oehler, Mme Martine Frachon, M André Ledran, Mme Gisèle Stiévenard, M Jean Auroux, Mmes Jacqueline Osselin, Marie-France Lecuir, MM. Philippe Bassinet, André Bellon, Jean-Michel Boucheron, Roland Carraz, Mme Odile Sicard, MM. Jean

Proveux, Bernard Derosier, Alain Richard, Louis Mexandeau, André Laignel, Guy Malandain, Alain Vivien, Claude Bartolone, Roger-Gérard Schwartzberg, Alain Calmat, Marcel Wacheux, Maurice Adevah-Puf, Michel Pezet, Dominique Strauss-Kahn, Jean Le Garrec, Jean Giovannelli, Jacques Guyard, André Labarrère, Mmes Edith Cresson, Véronique Neiertz, Catherine Trautmann, MM. Jean-Pierre Sueur, Pierre Bourguignon, Jean-Claude Chupin, Henri Fiszbin, Bernard Schreiner, Henri Emmanuelli, Jean-Jack Queyranne, Gilbert Bonnemaïson, Jack Lang, Olivier Stirn, Michel Berson, Joseph Franceschi, Guy-Michel Chauveau, Guy Chanfrault, André Billardon, Michel Hervé, Henry Prat, Augustin Bonrepaux, Jean-Claude Dessein, Jean-Pierre Worms, Georges Le Baill, André Borel, Philippe Puaud, Henri Nallet, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les auteurs de la saisine contestent la conformité à la Constitution de certaines dispositions de la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; qu'ils font grief à l'article 1^{er} de la loi concernant le refus d'entrée sur le territoire, à l'article 5 fixant les conditions de la reconduite à la frontière et aux articles 7 à 9 relatifs aux mesures d'expulsion, de violer des règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

SUR LE REFUS D'ENTREE SUR LE TERRITOIRE :

2. Considérant que l'article 1^{er} de la loi ajoute aux conditions d'entrée des étrangers en France prévues par l'article 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 l'exigence, s'il y a lieu, d'un document relatif à leurs moyens d'existence ; qu'il abroge la disposition de l'alinéa 2 dudit article 5 selon laquelle la production des documents, visas et justifications, confère, en principe, à l'étranger

le droit d'entrer sur le territoire ; qu'après avoir confirmé la possibilité de refuser l'entrée d'un étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public, l'article 1^{er} de la loi ajoute un dernier alinéa à l'article 5 de l'ordonnance, aux termes duquel toute décision de refus d'entrée est immédiatement exécutoire, sauf si l'autorité consulaire demande un sursis à exécution d'un jour franc ; qu'enfin, l'article 1^{er} de la loi dispose que l'étranger peut être maintenu dans des locaux non pénitentiaires pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans les conditions prévues à l'article 35 bis de la même ordonnance ;

3. Considérant que les auteurs de la saisine font grief à ces dispositions de conférer un caractère immédiatement exécutoire au refus d'accès au territoire français et de laisser ainsi aux autorités de police, à défaut de garantie judiciaire appropriée, un pouvoir discrétionnaire susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel du droit d'asile ; qu'ils font valoir que l'exécution immédiate de la décision de refus risque de priver l'intéressé de la possibilité de se faire reconnaître la qualité de réfugié ; qu'ils en déduisent que la loi ne pouvait rendre le refus d'accès au territoire immédiatement exécutoire qu'à la condition de prévoir une dérogation explicite pour les étrangers qui manifesteraient leur intention de demander le statut de réfugié ;

4. Considérant qu'aux termes du 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ;

5. Considérant qu'un tel principe est mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution ; qu'aux termes de cet article : « 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 » ; que l'article 1-I de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel exclut de l'application des mesures qu'il édicte, non l'ensemble des conventions internationales entrant dans le champ des prévisions de l'article 55 de la Constitution mais uniquement les « conventions internationales dûment ratifiées et non dénoncées » ; qu'en restreignant ainsi le domaine d'application de l'article 55, l'expression « dûment ratifiées et non dénoncées » n'est pas conforme à la Constitution ;

6. Considérant que la règle édictée par l'article 55 de la Constitution, dont le respect s'impose, même dans le silence de la loi, s'applique notamment à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967, convention et protocole qui ont été introduits dans l'ordre juridique interne ; qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives ; que, contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, aucune dérogation n'avait ainsi à figurer dans la loi ; qu'il ne saurait donc résulter de l'article 1^{er} de la loi, quelles qu'en soient les dispositions, aucune méconnaissance du 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

SUR LA MESURE DE RECONDUITE A LA FRONTIERE :

7. Considérant que l'article 5 de la loi permet de reconduire à la frontière quatre catégories déterminées d'étrangers en situation irrégulière ; que, dès la notification de la décision les concernant, ils sont mis en mesure d'avertir leur conseil, leur consul ou toute personne de leur choix ; qu'à la demande de l'autorité consulaire la décision ne peut être mise à exécution avant l'expiration d'un délai d'un jour franc ; que cette décision peut être déférée au tribunal administratif et faire l'objet d'une demande de sursis à exécution ; qu'enfin, ne peuvent être reconduits à la frontière les étrangers non susceptibles d'être expulsés en vertu de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée ;

8. Considérant que les auteurs de la saisine reprochent à cette disposition de substituer à une mesure relevant précédemment de l'autorité judiciaire, une décision administrative discrétionnaire susceptible de mettre en cause la liberté individuelle et de violer ainsi l'article 66 de la Constitution ; qu'ils en concluent que l'article 5 de la loi « devait,... soit maintenir la compétence judiciaire, soit, à tout le moins, organiser la procédure de telle sorte qu'un minimum de droits soient garantis à la défense » ;

9. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu.- L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ;

10. Considérant que cet article n'interdit pas au législateur de prévoir, sous des garanties appropriées, les mesures permettant à l'autorité administrative

d'ordonner à un étranger se trouvant en situation irrégulière sur le territoire français de quitter celui-ci ; que la décision administrative à intervenir, d'ailleurs inapplicable aux étrangers qui ne peuvent être expulsés en vertu de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction issue de l'article 9 de la loi présentement examinée, peut donner lieu à un recours juridictionnel devant le tribunal administratif assorti d'une demande de sursis à exécution ; que le grief n'est donc pas fondé ;

SUR LES CONDITIONS DE L'EXPULSION :

11. Considérant qu'en vertu de l'article 7 de la loi peut être décidée l'expulsion d'un étranger dont la présence sur le territoire peut constituer une menace pour l'ordre public ; que sont exceptés de cette mesure les étrangers entrant dans l'une des catégories figurant à l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ; que l'arrêté d'expulsion peut être abrogé à tout moment ; qu'enfin, lorsqu'une demande d'abrogation est présentée à l'expiration d'un délai de cinq ans, elle ne peut être rejetée qu'après avis consultatif de la commission visée à l'article 24 de ladite ordonnance ; qu'aux termes de l'article 8 de la loi est abrogé le 3 ° de l'article 24 de cette ordonnance d'après lequel l'expulsion ne peut être, en principe, prononcée si la commission émet un avis défavorable à celle-ci ;

EN CE QUI CONCERNE LA MENACE POUR L'ORDRE PUBLIC :

12. Considérant que les auteurs de la saisine reprochent à ces dispositions de ne plus subordonner l'expulsion d'un étranger à une menace grave pour l'ordre public comme l'exigeait la législation antérieure ; que suffit désormais une simple menace pour l'ordre public ; que les risques d'excès de l'administration se trouvent ainsi renforcés alors qu'est supprimée la possibilité pour la commission sus-mentionnée de faire obstacle à l'intervention d'une décision abusive et que disparaît par cela même une disposition essentiellement protectrice des libertés publiques ; que, dès lors, les articles 7 et 8 de la loi violent l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui consacre le droit à la liberté, non seulement pour les citoyens, mais pour tous les individus ;

13. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de ladite Déclaration : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres

membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » ;

14. Considérant qu'il résulte des dispositions de cet article, rapprochées de celles des articles 34 et 66 de la Constitution, qu'il revient au législateur de déterminer, compte tenu de l'intérêt public, les conditions d'exercice de la liberté ; qu'il utilise valablement ces prérogatives en permettant, sous des garanties suffisantes, de procéder à l'expulsion d'étrangers dont la présence constitue une menace pour l'ordre public ; que l'appréciation portée sur ces garanties ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de deux lois successives, mais est fonction de la confrontation de la loi contestée avec les exigences constitutionnelles ; qu'en aménageant les règles de procédure décrites aux 1 ° et 2 ° de l'article 24 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui prévoient, sauf dans le cas d'urgence absolue visé à l'article 26 de l'ordonnance, la comparution de l'intéressé devant la commission instituée par cet article, qu'en faisant enfin précéder la décision de l'autorité administrative de l'avis de cette commission, sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables à l'espèce, les articles 7 et 8 de la loi ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

EN CE QUI CONCERNE LES ÉTRANGERS QUI NE PEUVENT PAS ÊTRE EXPULSÉS :

15. Considérant que l'article 9-I de la loi modifie les dispositions de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui déterminent les catégories d'étrangers qui, sous réserve de l'application de l'article 26 de cette ordonnance, ne peuvent être expulsés ; que, pour pouvoir bénéficier de ces exceptions, l'article 25.2 ° de l'ordonnance dans sa rédaction résultant de la loi déférée, exige de l'étranger dont le conjoint est de nationalité française que la communauté de vie conjugale soit effective et que le mariage ait été contracté depuis au moins une année ; que le 4 ° de l'article 25 prévoit la même exemption en faveur de l'étranger résidant en France depuis l'âge de dix ans, ou depuis plus de dix années et qui n'a pas été condamné à une peine d'emprisonnement au moins égale à six mois sans sursis ou à un an avec sursis ou à plusieurs peines d'emprisonnement au moins égales, au total, à ces mêmes peines ;

Quant aux droits de la famille :

16. Considérant que les auteurs de la saisine font grief à l'article 9-I de la loi de violer les dispositions du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en effet, le conjoint français de l'étranger expulsé « se trouve privé des conditions nécessaires au développement de sa personne et de sa famille » ; qu'en outre, l'allongement de six mois à un an « du délai postérieur au mariage accroît corrélativement les risques d'une expulsion frappant un étranger sur le point de devenir père ou mère d'un enfant français » ;

17. Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que : « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;

18. Considérant qu'il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ; que, s'il peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous éléments d'appréciation, y compris, si besoin est, de sa situation familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir les nécessités de l'ordre public ; que le grief n'est donc pas fondé ;

Quant aux lacunes de la loi :

19. Considérant que, selon les auteurs de la saisine, le 4 ° de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction issue de l'article 9-I de la loi, « n'a...aucun sens » faute de préciser « dans quelle période les condamnations devraient avoir été encourues pour être prises en compte » ; que cette disposition serait ainsi « contraire aux principes contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ;

20. Considérant que si le Conseil constitutionnel a compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi soumise à son examen, il ne lui appartient pas de faire porter son contrôle sur des critiques d'ordre rédactionnel qui sont sans rapport avec des dispositions constitutionnelles ; que le grief doit donc être rejeté ;

SUR LE DELAI DE RETENTION :

21. Considérant qu'il y a lieu d'examiner, au regard de la Constitution, l'article 15-II de la loi qui modifie l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en vertu duquel en cas de nécessité absolue, le président du tribunal de grande instance peut maintenir, dans des locaux non pénitentiaires, un étranger expulsé pendant le temps strictement nécessaire à son départ et pour un délai maximum de six jours ; que l'article 15-II de la loi ajoute à l'article 35 bis de l'ordonnance précitée un douzième alinéa selon lequel le délai de rétention « peut, dans les formes indiquées aux huitième à onzième alinéas, être prolongé par ordonnance d'une durée supplémentaire de trois jours, lorsqu'il est justifié, auprès du président du tribunal de grande instance ou du magistrat du siège désigné par lui, de difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière ».

22. Considérant qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ; qu'en étendant indistinctement à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires dans des locaux non pénitentiaires, la deuxième phrase du 12ème alinéa de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, telle qu'elle résulte de l'article 15-II de la loi, est contraire à la Constitution ;

SUR LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA LOI :

23. Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution de la loi soumise à son examen ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France :

dans l'article 1^{er}-I, les mots : « dûment ratifiées et non dénoncées » ;

dans l'article 15-II, la deuxième phrase du douzième alinéa de l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945.

Article 2 :

Les autres dispositions de la loi ne sont pas contraires à la Constitution.

Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 5 septembre 1986, page 10790

Recueil, p. 135

8. Conseil d'État, France Terre d'Asile, 27 septembre 1985

Requête de l'association France Terre d'Asile et autres, tendant à ce que le Conseil d'Etat annule les articles 2-3°, 3, 4, 5, 6, 9, 11 et 12 du décret n° 82-442 du 27 mai 1982 pris pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers ;
Vu l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée ; la loi du 25 juillet 1952 et le décret du 2 mai 1953 ; la Convention de Genève ; le code des communes ; le code des douanes ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; la loi du 30 décembre 1977 ;

Considérant ... jonction ; . .

Cons. qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, dans sa rédaction issue de la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 : " Pour entrer en France, tout étranger doit être muni : 1° Des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, 2° Sous réserve des conventions internationales, des documents prévus par décret en Conseil d'Etat et relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, aux garanties de son rapatriement ; 3° Des documents nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle s'il se propose d'en exercer une. La production des documents, visas et justifications prévus aux alinéas ci-dessus confère le droit d'entrer sur le territoire français. Toutefois, même en cas de production de ceux-ci, l'accès à ce territoire peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public, ou qui fait l'objet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion. Tout refus d'entrée doit faire l'objet d'une décision écrite, prise par une autorité administrative définie par décret en Conseil d'Etat, spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce, dont le double est remis à l'intéressé ... " ; que le décret attaqué, en date du 27 mai 1982, pris pour l'application de l'article 5 précité de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, définit, dans ses articles 1er à 9, les documents

nécessaires pour l'entrée en France des étrangers bénéficiaires d'une dispense de visa qui déclarent vouloir effectuer en France un séjour d'une durée n'excédant pas trois mois et précise, dans ses articles 10 à 12, quelles sont les autorités administratives compétentes pour prendre une décision refusant l'entrée d'un étranger sur le territoire français ;

Sur la légalité des dispositions contestées de l'article 2 du décret attaqué : " Cons. qu'aux termes de l'article 2 du décret attaqué : " En fonction de ses déclarations sur les motifs de son voyage, l'étranger doit présenter selon le cas : ... 3. Pour une visite privée, un certificat d'hébergement signé par la personne qui accueille l'étranger. Ce certificat indique l'identité de l'auteur du certificat et son adresse personnelle, l'identité du bénéficiaire. Il précise les possibilités d'hébergement. Il mentionne, s'il y a lieu, le lien de parenté du signataire du certificat avec la personne hébergée. Si le certificat est souscrit par un ressortissant étranger, il comporte l'indication du lieu, de la date de délivrance et de la durée de validité du titre de séjour de l'intéressé. S'il est souscrit par un Français, il comporte l'indication du lieu et de la date de délivrance d'un document établissant l'identité et la nationalité de celui-ci. Le certificat doit être revêtu du visa du maire de la commune de résidence du signataire après vérification par le maire de l'exactitude des mentions qui y figurent. Le maire peut refuser le visa s'il ressort manifestement de la teneur du certificat que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales " ;

Cons., en premier lieu, qu'en imposant au signataire du certificat d'hébergement, lorsqu'il est Français, d'indiquer le lieu et la date de délivrance d'un document établissant son identité et sa nationalité, le décret attaqué n'a méconnu aucune disposition législative ;

Cons., en second lieu, qu'en disposant que les certificats d'hébergement doivent être revêtus du visa du maire de la commune de résidence du signataire et que le maire peut refuser le visa s'il ressort manifestement de la teneur du certificat que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales, le décret attaqué s'est borné à organiser les modalités de contrôle de la sincérité des déclarations portées sur lesdits certificats en ce qui concerne l'hébergement des étrangers ; que, ce faisant, il n'a pas excédé les limites de l'habilitation législative qui l'autorisait à " déterminer les documents relatifs ... aux conditions de séjour " dont doit être muni tout étranger qui désire entrer sur le territoire français ;

Cons., en troisième lieu, que, dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par l'article 2 du décret attaqué, le maire agit comme agent de l'Etat ; que la répartition des compétences entre agents de l'Etat relève du pouvoir

réglementaire ; que, dès lors, les associations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que seule la loi aurait pu confier au maire les attributions en cause ;

Cons., en quatrième lieu, que les dispositions de l'article 2 du décret attaqué ne confèrent au maire aucun pouvoir d'investigation particulier et ne peuvent donc avoir pour effet de l'autoriser à exercer un contrôle des conditions d'hébergement proposées par le signataire du certificat selon des modalités qui porteraient atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile privé des personnes ;

Cons., enfin, que le principe d'égalité devant le service ne s'oppose pas à ce que des dispositions différentes soient appliquées à des personnes qui se trouvent dans des situations différentes ; que les étrangers désireux d'entrer sur le territoire français, d'une part, les Français et les étrangers résidant légalement en France, d'autre part, sont placés dans des situations de fait et de droit différentes ; que par suite, en exigeant des étrangers désireux d'entrer sur le territoire français pour y effectuer une visite privée qu'ils fassent la preuve de " conditions normales d'hébergement ", alors que les résidents ne sont soumis à aucune obligation analogue, le décret attaqué n'a pas méconnu le principe d'égalité ;

Sur la légalité de l'article 3 : Cons. qu'en prévoyant que " lorsque l'entrée en France est motivée par un transit, l'étranger doit justifier qu'il satisfait aux conditions d'entrée dans le pays de destination ", les auteurs du décret attaqué n'ont méconnu aucune disposition législative ni aucun principe général du droit ; que la circonstance que, pour l'application de ces dispositions, les autorités administratives françaises puissent être amenées à interpréter la législation d'un pays étranger désigné par une personne en transit comme étant son pays de destination est sans incidence sur la légalité des dispositions en cause ;

Sur la légalité des articles 4, 5 et 6 : Cons. qu'en disposant, à l'article 4 du décret attaqué, que " les documents relatifs aux garanties de rapatriement doivent permettre à l'étranger qui pénètre en France d'assurer les frais afférents à son retour du lieu situé sur le territoire métropolitain ou dans un département d'outre-mer où il a l'intention de se rendre jusqu'au pays de sa résidence habituelle ", les auteurs dudit décret ont fait une exacte application des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, aux termes duquel, pour entrer en France, tout étranger doit être muni de documents relatifs, s'il y a lieu, aux garanties de son " rapatriement " ;

Cons. qu'aux termes de l'article 5 du décret attaqué, " le document relatif aux garanties de rapatriement peut être un titre de transport maritime, ferroviaire, routier ou aérien valable pour revenir dans le pays de résidence habituelle. Pour constituer une garantie, ce titre doit porter la mention qu'il n'est pas cessible à un

tiers autre que l'autorité administrative française et qu'il ne peut être transformé ou remboursé sans autorisation de l'autorité administrative française " ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, ces dispositions n'imposent aux transporteurs et agents de voyages qui délivrent leurs titres de voyage aux étrangers désireux de résider en France aucune obligation qui serait contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou à un principe du droit international ;

Cons. que, compte tenu des termes de l'habilitation législative figurant à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les auteurs du décret attaqué ont pu légalement prévoir aux articles 5 et 6 dudit décret que les garanties de rapatriement pourraient être, de façon limitative, constituées soit par un titre de transport non cessible, soit par une attestation bancaire garantissant le rapatriement de l'intéressé au cas où celui-ci ne serait pas en mesure d'en assurer lui-même les frais, à l'exclusion d'autres documents ;

Sur la légalité de l'article 9 : Cons., d'une part, que le principe posé par les dispositions du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles " tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République " ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, les associations requérantes ne sauraient utilement, pour critiquer la légalité de l'article 9 du décret attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions ;

Cons., d'autre part, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que les documents relatifs à l'objet et aux conditions de séjour, ainsi qu'aux garanties de rapatriement ne sont exigés d'un étranger qui désire entrer en France que " sous réserve des conventions internationales " ; que cette réserve vise en particulier la Convention de Genève du 25 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967, dont les stipulations font obstacle à ce que les documents en cause puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugiés au sens de l'article 1er de la Convention ; que, cependant, alors surtout que la réserve relative aux conventions internationales est reprise à l'article 1er du décret attaqué, les dispositions des articles 1er à 6 dudit décret n'ont pas pour objet d'imposer à ces personnes, pour être admises sur le territoire français, les documents visés aux articles 2, 4, 5 et 6 du même

décret, relatifs à l'objet et aux conditions de leur séjour, ainsi qu'aux garanties de leur rapatriement ; que, par suite, l'article 9 du décret attaqué n'avait pas à dispenser expressément les personnes pouvant prétendre au bénéfice de la Convention de Genève de la présentation de documents qu'aucune disposition du même décret ne leur imposait de produire ;

Sur la légalité de l'article 11 : Cons. que les dispositions de l'article 11 du décret attaqué, aux termes desquelles " lorsque le contrôle des personnes à la frontière est assuré par les fonctionnaires des douanes, la décision de refus d'entrée en France opposée à l'étranger est prise, sous réserve des dispositions de l'article 12 du présent décret, par le fonctionnaire investi des fonctions de chef de poste ou par le fonctionnaire désigné par lui titulaire du grade de contrôleur ou d'un grade supérieur ", ne sont contraires à aucune disposition législative ;

Sur la légalité de l'article 12 : Cons. qu'aux termes de l'article 12 du décret attaqué, " lorsque l'étranger qui se présente à la frontière demande à bénéficier du droit d'asile, la décision de refus d'entrée en France ne peut être prise que par le ministre de l'intérieur, après consultation du ministre des relations extérieures"; Cons., en premier lieu, qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré par les requérants de ce que l'article 12 du décret devrait être annulé par voie de conséquence de l'annulation de l'article 9 du même décret ne peut qu'être rejeté ; Cons., en second lieu, que l'article 12 du décret ne comporte aucune disposition relative aux conditions auxquelles peut être subordonnée une décision de refus d'entrée en France opposée à un étranger demandant à bénéficier du droit d'asile et se borne à définir l'autorité compétente et la procédure à suivre pour prendre une telle décision dans les cas où les dispositions légalement applicables le permettent, compte tenu notamment des stipulations des conventions internationales relatives aux réfugiés ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations ne saurait être accueilli ;

Cons., enfin, que si, en vertu du deuxième alinéa de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 précitée, l'office français de protection des réfugiés et apatrides, " reconnaît la qualité de réfugié à toute personne qui relève du mandat du Haut-Commissaire des Nations-Unies pour les réfugiés ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ", ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de conférer au directeur de l'office français de protection des réfugiés et apatrides des pouvoirs en matière d'admission au séjour sur le territoire français des étrangers ; qu'ainsi, en confiant au ministre de l'intérieur, normalement compétent en matière de police des étrangers, le pouvoir de décider un refus d'entrée sur le territoire français des

demandeurs d'asile, le décret attaqué n'a pas méconnu les dispositions précitées de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 ni celles d'aucun autre texte législatif ;

Rejet.

9. Décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991. Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 28 juin 1991, par MM Pierre Mazeaud, Jean-Louis Masson, Eric Doligé, Georges Tranchant, Mmes Martine Daugreilh, Christiane Papon, MM Robert-André Vivien, Didier Julia, Jean-Paul de Rocca Serra, Mme Nicole Catala, MM Georges Gorse, René Couveinhes, Léon Vachet, Bernard Debré, Eric Raoult, Jean Besson, Jean de Gaulle, Jacques Masdeu-Arus, Jacques Houssin, Jacques Limouzy, Patrick Ollier, Mme Elisabeth Hubert, M Alain Jonemann, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM Alain Peyrefitte, Henri Cucq, Pierre Pasquini, Guy Drut, Jean-Louis Debré, Claude-Gérard Marcus, Lucien Guichon, Régis Perbet, Roland Vuillaume, Gérard Léonard, Jacques Godfrain, Xavier Deniau, Olivier Guichard, Franck Borotra, Jean-Claude Mignon, Pierre Mauger, Mme Suzanne Sauvaigo, MM Gabriel Kaspereit, Pierre Bachelet, Jean-Michel Couve, Arthur Dehaine, Michel Inchauspé, Jean Brocard, Daniel Colin, Hubert Falco, François-Michel Gonnot, Marc Laffineur, Pierre Micaux, Roland Blum, François d'Aubert, André Rossi, Georges Durand, Philippe de Villiers, Arthur Paecht, Charles Ehrmann, Mme Louise Moreau, MM Claude Wolff, Gilbert Gantier, Alain Griotteray, Christian Estrosi, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu le décret n° 86-907 du 30 juillet 1986 portant publication de l'accord entre les gouvernements des Etats de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, fait à Schengen le 14 juin 1985 ;

1. Considérant que les auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 ; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que cette convention est contraire à la Constitution ;

2. Considérant que l'engagement international dont le Parlement a, par la loi déferée, autorisé l'approbation comporte huit titres, un acte final, un procès-verbal complémentaire et une déclaration commune des autorités réunies à Schengen le 19 juin 1990 ; qu'ont été également portées à la connaissance du Parlement des déclarations du Gouvernement de la République française ;

3. Considérant que les définitions des termes employés dans la convention figurent dans son titre I^{er} ; qu'en particulier est considéré comme étranger, toute personne autre que les ressortissants des Etats membres des communautés européennes ; que le titre II intitulé « Suppression des contrôles aux frontières intérieures et circulation des personnes » fixe, par ses articles 2 à 38, un ensemble de règles visant à réaliser cet objectif ; que le titre III comprend, sous les articles 39 à 91, des stipulations destinées à promouvoir entre les Parties contractantes une coopération en matière de police ainsi qu'une entraide judiciaire ; qu'à l'effet de faciliter la coopération entre les services compétents le titre IV de la convention, sous les articles 92 à 119 instaure un fichier informatisé accessible aux seuls Etats signataires dénommé « système d'information Schengen » ; que le titre V, composé des articles 119 à 125, concerne les transports et la circulation des marchandises ; que le titre VI énonce, sous les articles 126 à 130, des règles relatives à la protection des données à caractère personnel ; que le titre VII, qui comprend les articles 131 à 133, institue pour l'application de la convention un comité exécutif ; que le titre VIII intitulé « Dispositions finales » contient, à travers ses articles 134 à 142, des précisions touchant notamment au champ d'application de la convention, à la place qu'elle occupe par rapport à d'autres engagements internationaux et à sa procédure de modification ; que l'acte final comporte six déclarations communes aux Parties contractantes faites lors de la signature de la convention ; qu'en complément de l'acte final, les Parties contractantes ont

adopté une déclaration commune concernant le champ d'application de la convention et pris acte de déclarations unilatérales faites en rapport avec celle-ci ; qu'une déclaration commune des ministres et secrétaires d'État réunis à Schengen le 19 juin 1990 détermine l'objet de discussions ultérieures ;

4. Considérant par ailleurs, que, par application de l'article 41, paragraphe 9, de la convention, des déclarations du Gouvernement de la République française définissent « les modalités de la poursuite transfrontalière » ;

5. Considérant que les auteurs de la saisine critiquent à titre principal l'article 2, paragraphe 1, de la convention aux termes duquel, « les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué » ; que cet article est contesté au motif qu'il porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et procède à un transfert de souveraineté ;

6. Considérant que selon la saisine, les articles 20, 22, 40 et 41 de la convention procèdent également à un transfert de souveraineté ;

7. Considérant qu'il est soutenu que méconnaissent les droits et libertés de valeur constitutionnelle les dispositions relatives au traitement des demandes d'asile, les articles 41, 61 et 63 de la convention ainsi que son titre IV ;

8. Considérant que les auteurs de la saisine font observer que la convention ne comporte aucune clause de « dénonciation » ; que son champ d'application, tel qu'il est défini par l'article 138 est contraire au principe de l'indivisibilité de la République ; qu'ils relèvent enfin, qu'il n'est pas établi que la convention soit conforme au droit communautaire ;

- SUR LES DIFFERENTS GRIEFS ARTICULES A L'ENCONTRE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION :

En ce qui concerne l'argumentation suivant laquelle l'article 2 porterait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale :

9. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que l'article 2 de la convention porte atteinte au devoir de l'État d'assurer le respect des institutions

de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ;

- Quant au devoir de l'État d'assurer le respect des institutions :

10. Considérant qu'il est soutenu que l'article 2 de la convention, en supprimant les frontières en matière de circulation des personnes, altère le fonctionnement des institutions de la République car les limites de leurs compétences territoriales deviennent incertaines ;

11. Considérant que le franchissement des frontières sans qu'un contrôle des personnes soit nécessairement effectué n'est pas assimilable à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent la compétence territoriale de l'État ; qu'ainsi le grief allégué manque en fait et ne peut qu'être écarté ;

- Quant à la continuité de la vie de la Nation :

12. Considérant que suivant la saisine le principe posé par l'article 2 de la convention met en cause la vie de la Nation au regard de ses incidences tant sur les modes d'acquisition de la nationalité française que sur la maîtrise des flux migratoires ;

13. Considérant que la convention ne modifie en rien les dispositions du code de la nationalité française ; qu'en particulier, elle n'assimile nullement, pour l'application du droit de la nationalité, la résidence ou le séjour dans un des Etats signataires autres que la France à une résidence en France ;

14. Considérant que la portée du principe posé par l'article 2, paragraphe 1, ne peut être appréciée indépendamment des autres stipulations de la convention ; qu'il y a lieu de relever que la suppression du contrôle des personnes aux « frontières intérieures », laquelle n'est au demeurant pas absolue, va de pair avec le transfert de ces contrôles et leur harmonisation aux « frontières externes » des Etats signataires ; qu'en particulier, sont définies les conditions et modalités de franchissement des frontières extérieures, ainsi que les règles uniformes suivant lesquelles doivent être effectués les contrôles ; qu'il est prévu un régime commun de visas de court séjour s'appliquant aux ressortissants d'Etats tiers, qui ne pourra être modifié que d'un commun accord entre les Parties contractantes et auquel il

ne pourra être dérogé qu'exceptionnellement ; que les visas pour un séjour de plus de trois mois sont des visas nationaux qui autorisent seulement son titulaire à transiter sur le territoire des autres Parties contractantes sous les réserves mentionnées à l'article 18 ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'argumentation fondée sur l'atteinte à la continuité de la vie de la Nation ne saurait être retenue ;

Quant aux droits et libertés des citoyens :

16. Considérant que pour les auteurs de la saisine la « perméabilité des frontières » porterait atteinte aussi bien à la sûreté des personnes proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 qui garantissent la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ;

17. Considérant que le principe posé par l'article 2, paragraphe 1, de la convention ne saurait être regardé comme méconnaissant l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes ; qu'en effet, le principe de libre circulation s'accompagne, ainsi qu'il a été dit précédemment, de mesures de contrôle aux frontières externes des Etats signataires ; qu'en outre, le paragraphe 2 de l'article 2 de la convention autorise une Partie contractante à rétablir, pour une période limitée, les contrôles frontaliers nationaux lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent ; que, de surcroît, le paragraphe 3 de l'article 2 stipule que la suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures ne porte pas atteinte à l'exercice des compétences de police qui appartiennent à chacun des Etats sur l'ensemble de son territoire ; qu'en conséquence, il n'est apporté aucune modification à la législation relative au contrôle des personnes à l'intérieur du territoire national ;

18. Considérant que les dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu desquelles la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs », sont sans rapport avec l'article 2 de la convention ; que, dès lors, le moyen tiré de la violation des dispositions précitées du Préambule est inopérant ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'article 2 entraînerait un « transfert de souveraineté » :

19. Considérant que d'après les auteurs de la saisine l'article 2 de la convention « en ce qu'il supprime tout contrôle des autorités françaises emporte nécessairement un transfert de souveraineté au profit de l'État dans lequel l'étranger sera admis » ;

20. Considérant que si l'article 2 pose le principe du libre franchissement par les personnes des frontières intérieures communes, il prévoit des possibilités de dérogation pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale et réserve expressément les compétences de police de chaque Partie contractante sur son territoire ; qu'ainsi, le moyen invoqué ne peut qu'être écarté ;

- SUR LE MOYEN TIRE DE CE QUE L'ARTICLE 20, PARAGRAPHE 2, ENTRAÎNERAIT UN « TRANSFERT DE SOUVERAINETE » :

21. Considérant que l'article 20 stipule, dans son paragraphe 2, que les dispositions du paragraphe 1 du même article relatives à la durée du séjour des étrangers au sens de la convention non soumis à l'obligation de visa, ne font pas obstacle au droit de chaque Partie contractante de prolonger au-delà de trois mois le séjour de cette personne « sur son territoire dans des circonstances exceptionnelles ou par application des dispositions d'un accord bilatéral conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente convention » ;

22. Considérant que suivant la saisine ces stipulations étendraient à la France des accords bilatéraux auxquels elle ne serait pas partie ;

23. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'article 20, paragraphe 2, que la prolongation de la durée du séjour qu'il autorise ne s'applique qu'au « territoire » de l'État qui est partie à un accord bilatéral antérieur ou qui estime être en présence de circonstances exceptionnelles ; qu'ainsi, l'argumentation invoquée est dénuée de pertinence ;

- SUR LE GRIEF DIRIGE CONTRE L'ARTICLE 22 :

24. Considérant que l'article 22 est relatif à la situation des personnes autres que les ressortissants des Etats membres des communautés européennes qui sont

entrées régulièrement sur le territoire d'une des Parties contractantes ou qui y résident ; que ces personnes, lorsqu'elles pénètrent sur le territoire d'une autre Partie contractante sont tenues de se déclarer, auprès des autorités compétentes, dans les conditions fixées par ladite Partie ; que chaque État a la faculté, pour ce qui le concerne, de prévoir des exceptions au principe de la déclaration obligatoire ;

25. Considérant que selon la saisine, les mesures de contrôle prévues par l'article 22, entraîneraient, en raison de leur insuffisance, un transfert de souveraineté ;

26. Considérant que la déclaration exigée par l'article 22 constitue une formalité à laquelle les personnes visées par le texte sont astreintes pour pouvoir pénétrer en France ; qu'il appartient aux autorités nationales de fixer les règles qui lui sont applicables et d'en tirer les conséquences appropriées ; qu'ainsi l'article 22 n'est en rien contraire à la Constitution ;

- SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES AU TRAITEMENT DES DEMANDES D'ASILE :

27. Considérant que, par ses articles 28 et 135, la convention réaffirme les obligations des Parties contractantes en vertu de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés telle qu'amendée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967 ;

28. Considérant qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 29, quelle que soit la Partie contractante à laquelle un étranger au sens de l'article 1^{er} de la convention adresse sa demande d'asile, une seule Partie contractante est responsable du traitement de celle-ci ; que la détermination de cette Partie est faite selon les critères définis à l'article 30 ; que l'article 38 fixe les conditions dans lesquelles sont échangées des données relatives à l'examen des demandes d'asile ;

29. Considérant que pour les auteurs de la saisine ces dispositions présentent des risques en ce qui concerne la sauvegarde du droit d'asile ; d'une part, du fait de l'absence de garanties suffisantes s'agissant des critères de désignation de l'État responsable de l'examen d'une demande ; d'autre part, en raison de la divulgation possible d'informations confidentielles ;

En ce qui concerne le respect du droit d'asile :

30. Considérant qu'aux termes du 4ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ;

31. Considérant que la détermination de l'État responsable du traitement d'une demande d'asile résulte des règles objectives stipulées à l'article 30 de la convention ; qu'en vertu de l'article 32, la Partie contractante responsable du traitement de la demande d'asile assure celui-ci conformément à son droit national ; que, toutefois, le paragraphe 4 de l'article 29 réserve le droit de toute Partie contractante « pour des raisons particulières tenant notamment au droit national » d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre Partie ; que ces dernières stipulations sont appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

En ce qui concerne les informations relatives aux demandes d'asile :

32. Considérant que l'article 38 fixe les règles applicables aux échanges de données nominatives relatives aux demandeurs d'asile, en précisant aussi bien le contenu que les destinataires de ces données ; que cet article n'est pas contraire à la Constitution ;

- SUR LES ARTICLES 40 ET 41 RELATIFS A LA REGLEMENTATION DE L'OBSERVATION ET DE LA POURSUITE TRANSFRONTALIERES :

En ce qui concerne l'article 40 relatif à l'observation transfrontalière :

33. Considérant qu'en vertu du paragraphe 1 de l'article 40, les agents d'une des Parties contractantes qui, dans le cadre d'une enquête judiciaire, observent dans leur pays une personne présumée avoir participé à un fait punissable pouvant donner lieu à extradition, sont autorisés à continuer cette observation sur le territoire d'une autre Partie contractante « lorsque celle-ci a autorisé l'observation transfrontalière sur la base d'une demande d'entraide judiciaire présentée au préalable » ; que, suivant le paragraphe 2 de l'article 40, lorsque, pour des raisons particulièrement urgentes, l'autorisation préalable de l'autre Partie contractante ne peut être demandée, les agents observateurs sont autorisés à continuer au-delà de la frontière l'observation d'une personne « présumée » avoir commis des faits punissables énumérés au paragraphe 7 de l'article 40, sous les conditions

particulières prescrites par le paragraphe 2 ; que l'observation visée tant au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2 de l'article 40 est assujettie aux conditions et modalités définies par ce même article dans ses paragraphes 3, 4 et 5 ;

34. Considérant que les auteurs de la saisine font valoir que le fait pour des policiers étrangers de poursuivre, sans l'accord des autorités françaises, leurs investigations sur le territoire national est contraire au « respect dû à la souveraineté nationale » ;

35. Considérant que, dans le cas général visé au paragraphe 1 de l'article 40, le droit d'observation transfrontalière est subordonné à l'acceptation d'une demande préalable d'entraide judiciaire ; que, dans le cas d'urgence visé au paragraphe 2, il est expressément stipulé que l'observation doit prendre fin, dès que l'État sur le territoire duquel se déroule l'observation le demande et au plus tard cinq heures après le franchissement de la frontière ; qu'ainsi l'article 40 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ;

En ce qui concerne l'article 41 relatif à la procédure de poursuite transfrontalière :

36. Considérant, d'après le paragraphe 1 de l'article 41, que les agents d'une des Parties contractantes qui, dans leur pays, poursuivent une personne prise en flagrant délit de commission d'une des infractions visées au paragraphe 4 de cet article ou de participer à l'une desdites infractions, sont autorisés à continuer la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire d'une autre Partie contractante lorsque les autorités compétentes de celle-ci n'ont pu être averties préalablement de l'entrée sur ce territoire, en raison de l'urgence particulière, ou que ces autorités n'ont pu se rendre sur place à temps pour reprendre la poursuite ; qu'il en est de même lorsque la personne poursuivie, se trouvant en état d'arrestation provisoire ou purgeant une peine privative de liberté, s'est évadée ; que les autres stipulations de l'article 41 fixent les conditions de recours à la procédure de poursuite transfrontalière ; que le paragraphe 9 de l'article 41 autorise chaque Partie contractante, au moment de la signature de la convention, à faire une déclaration dans laquelle elle définit, sur la base des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4, les modalités d'exercice de la poursuite sur son territoire pour chacune des Parties contractantes avec laquelle elle a une frontière

commune ; que la déclaration faite par le Gouvernement de la République française sur ce dernier fondement est un élément qui doit être pris en compte pour l'appréciation de la conformité à la Constitution de l'article 41 de la convention ;

37. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que l'article 41 permet aux autorités de police étrangères de procéder à des actes de police judiciaire à l'intérieur du territoire français « sans aucun droit de regard des autorités nationales » et « sans limitation dans l'espace et dans le temps » ; qu'ils en déduisent qu'il y a transfert de souveraineté et atteinte aux « libertés individuelles » ;

Quant au moyen relatif à un transfert de souveraineté :

38. Considérant que la procédure de poursuite transfrontalière régie par l'article 41 de la convention et dont les modalités d'exercice ont fait l'objet d'une déclaration du Gouvernement de la République sur le fondement du paragraphe 9 de l'article 41, n'est ni générale, ni discrétionnaire ; que cette procédure n'est applicable qu'à des hypothèses où il y a soit des infractions flagrantes d'une particulière gravité, soit une volonté de la part de la personne poursuivie de se soustraire à la justice de son pays ; que les agents poursuivants ne disposent en aucun cas du droit d'interpellation ; que l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur est interdite ;

39. Considérant qu'en raison des modalités de son exercice, la procédure de poursuite transfrontalière ne procède pas à un « transfert de souveraineté » ;

Quant au moyen relatif à l'atteinte aux « libertés individuelles » :

40. Considérant que l'article 41 de la convention ne prévoit ni n'implique de dérogations aux dispositions de la législation nationale qui ont pour objet d'assurer la sauvegarde de la liberté individuelle et des droits de la défense ; que le respect de ces dispositions s'impose aux agents poursuivants des Parties contractantes ; que d'ailleurs, s'agissant de la rétention aux fins d'auditions de la personne poursuivie, l'article 41 renvoie, dans son paragraphe 6, aux « règles pertinentes du droit national » ;

- SUR LES ARTICLES 61 ET 63 RELATIFS A LA PROCEDURE D'EXTRADITION :

En ce qui concerne l'article 61 :

41. Considérant que l'article 61 est ainsi rédigé : « La République française s'engage à extraditer, à la demande de l'une des Parties contractantes, les personnes poursuivies pour des faits punis par la législation française d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins deux ans et par la loi de la Partie contractante requérante d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an » ;

42. Considérant qu'il est soutenu que cet article institue à la charge de l'État une obligation d'extraditer qui est contraire au respect « des libertés individuelles » ;

43. Considérant que, comme le relève l'exposé des motifs du projet de loi qui autorise l'approbation de la convention, l'article 61 n'a d'autre objet que de soumettre à la procédure d'extradition les personnes poursuivies pour des infractions passibles dans le pays requérant d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an, dès lors que les infractions sont passibles en droit français d'une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans ; que l'article 61 vise exclusivement le quantum de la peine encourue pour les infractions susceptibles d'extradition et ne fait pas obstacle à l'application des garanties résultant des conventions d'extradition et de la loi nationale au profit des personnes dont l'extradition est demandée ; qu'ainsi, le moyen invoqué manque en fait ;

En ce qui concerne l'article 63 :

44. Considérant qu'en vertu de l'article 63, les Parties contractantes s'engagent, conformément à la Convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, à extraditer entre elles les personnes qui sont poursuivies par les autorités judiciaires de la Partie contractante requérante pour l'une des infractions visées à l'article 50, paragraphe 1, ou recherchées par celles-ci aux fins de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté prononcées pour une telle infraction ;

45. Considérant que les auteurs de la saisine reprennent à l'encontre de l'article 63, une argumentation identique à celle dirigée contre l'article 61 ;

46. Considérant que, pour ce qui concerne le Gouvernement de la République française, l'article 63 n'a d'autre objet que de rendre justiciables des stipulations de la Convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957, les infractions

visées à l'article 50, paragraphe 1 ; qu'il n'est nullement fait obstacle à l'application des conditions générales de l'extradition ; que le moyen dirigé contre l'article 63 manque lui aussi en fait ;

- SUR LA MISE EN CAUSE DU TITRE IV DE LA CONVENTION :

47. Considérant que le titre IV de la convention intitulé « Système d'information Schengen » instaure un fichier informatisé accessible aux Etats signataires ; que, dans un chapitre I^{er}, il en définit les composantes ; que le chapitre II du titre IV énonce les conditions d'exploitation et d'utilisation du système ; que le chapitre III édicte un ensemble de règles destinées à assurer la protection des données à caractère personnel, ainsi que la sécurité de ces données ; que la répartition des coûts du système fait l'objet du chapitre IV ;

48. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que le titre IV n'assure pas le respect des « libertés individuelles » en raison, d'une part, de garanties insuffisantes dans la législation des États signataires s'agissant de l'utilisation des données nominatives et, d'autre part, de l'absence de dispositions interdisant des « interconnexions » entre fichiers informatisés ;

49. Considérant que le chapitre III du titre IV de la convention comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories de données collectées par le « Système d'information Schengen » ; que des mesures complémentaires de protection résultent du titre VI ;

50. Considérant en particulier que l'article 102 prescrit que les Parties contractantes ne peuvent utiliser les données prévues aux articles 95 à 100 qu'aux fins énoncées pour chacun des signalements visés à ces articles et, qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article 102, toute utilisation de données non conforme aux paragraphes 1 à 4 dudit article « sera considérée comme détournement de finalité » ;

51. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen invoqué à l'encontre du titre IV manque en fait ;

- SUR LE MOYEN TIRE DE CE QUE LA CONVENTION MECONNAITRAIT LE PRINCIPE D'INDIVISIBILITE DE LA REPUBLIQUE :

52. Considérant que le premier alinéa de l'article 138 de la convention est ainsi rédigé : « Les dispositions de la présente convention ne s'appliqueront, pour la République française, qu'au territoire européen de la République française » ;

53. Considérant que, selon les auteurs de la saisine, l'exclusion du champ d'application de la convention des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer méconnaît le principe de l'indivisibilité de la République affirmé par l'article 2 de la Constitution ;

54. Considérant que le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue ;

55. Considérant que la convention a pour objet la suppression des contrôles opérés aux « frontières communes » des Etats signataires ; qu'en raison du but ainsi poursuivi la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, que stipule son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République ;

- SUR LE MOYEN TIRE DE L'ABSENCE DE CLAUSE DE « DENONCIATION » :

56. Considérant que les auteurs de la saisine font observer que la convention ne prévoit pas de possibilité expresse de « dénonciation » ; qu'il en résulte selon eux un abandon de souveraineté ;

57. Considérant que, dans son article 140, la convention subordonne à l'accord de chacune des Parties contractantes l'adhésion de tout État membre des communautés européennes ; que l'article 141 stipule, dans son paragraphe 2, que « les Parties contractantes arrêtent d'un commun accord les modifications à la présente convention » ; que l'article 142 règle l'hypothèse où les dispositions de la convention peuvent être remplacées ou modifiées en fonction des conventions conclues entre les Etats membres des communautés européennes en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures ; que, dans chaque cas, est réservée l'exigence d'une ratification, d'une approbation ou d'une acceptation ;

58. Considérant qu'au regard des procédures de modification ainsi prévues, sur une base de réciprocité, dans le respect des règles du droit national relatives à

l'introduction des traités dans l'ordre interne, l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté ;

- SUR LE MOYEN TIRE DE CE QUE LA CONVENTION SERAIT CONTRAIRE AU DROIT COMMUNAUTAIRE :

59. Considérant que les auteurs de la saisine, sans prendre en compte les stipulations de l'article 134 de la convention, estiment qu'il n'est pas établi qu'elle soit conforme au droit communautaire ;

60. Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la conformité d'un engagement international aux stipulations d'un traité ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si la convention dont la loi déferée autorise l'approbation serait contraire au traité instituant la Communauté économique européenne ou aux actes pris par les institutions communautaires sur le fondement de ce traité ;

- SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES AU COMITE EXECUTIF :

61. Considérant que le titre VII de la convention institue un Comité exécutif qui, indépendamment de compétences particulières qui lui sont limitativement attribuées, a pour mission générale de veiller à l'application correcte de ladite convention ; qu'en vertu de l'article 132, chacune des Parties contractantes dispose d'un siège au sein du Comité exécutif ; qu'il est stipulé au même article que ce Comité statue à l'unanimité ;

62. Considérant que si la convention n'assujettit pas le Comité exécutif à un contrôle juridictionnel, son institution comme la définition de ses attributions ne sont pas contraires à la Constitution dès lors qu'aucune stipulation de la convention ne confère aux décisions de ce Comité un effet direct sur les territoires des Parties contractantes ; que les mesures prises par les autorités françaises, à la suite des décisions dudit Comité, seront-elles-mêmes soumises au contrôle des juridictions françaises, dans le cadre de leurs compétences respectives ;

63. Considérant qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution en ce qui concerne la loi soumise à son examen ;

Décide :

Article premier :

N'est pas contraire à la Constitution la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 27 juillet 1991, page 10001

Recueil, p. 91

10. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993. Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 15 juillet 1993, par MM Claude Estier, Robert Laucournet, William Chervy, Paul Raoult, Jean-Pierre Masseret, Jean-Louis Carrère, Marcel Bony, Mmes Françoise Seligmann, Marie-Madeleine Dieulangard, Josette Durrieu, MM Jacques Bellanger, Jacques Bialski, Aubert Garcia, Roland Bernard, Guy Penne, Michel Dreyfus-Schmidt, Gérard Miquel, Fernand Tardy, Robert Castaing, Gérard Delfau, Pierre Biarnes, Mme Maryse Bergé-Lavigne, MM André Vezinhet, Louis Philibert, Michel Sergent, Germain Authié, Jean Besson, Jean-Pierre Demerliat, Paul Loridant, Mme Monique Ben Guiga, MM Guy Allouche, Léon Fatous, Claude Fuzier, Claude Cornac, Gérard Roujas, François Louisy, Marc B uf, Francis Cavalier-Benazet, Jacques Carat, Jean Peyrafitte, René-Pierre Signé, Marcel Charmant, Claude Pradille, André Rouvière, Louis Perrein, Marcel Vidal, Franck Sérusclat, Jean-Luc Mélenchon, Charles Metzinger, René Régnauld, François Autain, Michel Moreigne, Michel Charasse, Gérard Gaud, Pierre Mauroy, Roland Courteau, Claude Saunier, Bernard Dussaut, Albert Pen et Rodolphe Désiré, sénateurs, et le même jour par MM Martin Malvy, Jean-Marc Ayrault, Jean-Pierre Balligand, Claude Bartolone, Christian Bataille, Jean-Claude Bateux, Jean-Claude Beauchaud, Michel Berson, Jean-Claude Bois, Augustin Bonrepaux, Jean-Michel Boucheron, Jean-Pierre Braine, Laurent Cathala, Jean-Pierre Chevènement, Henri d'Attilio, Mme Martine David, MM Bernard Davoine, Bernard Derosier, Michel Destot, Julien Dray, Pierre Ducout, Dominique Dupilet, Jean-Paul Durieux, Laurent

Fabius, Jacques Floch, Pierre Garmendia, Jean Glavany, Jacques Guyard, Jean-Louis Idiart, Frédéric Jalton, Serge Janquin, Charles Josselin, Jean-Pierre Kucheida, André Labarrère, Jack Lang, Jean-Yves Le Déault, Louis Le Pensec, Alain Le Vern, Marius Masse, Didier Mathus, Jacques Mellick, Louis Mexandeau, Jean-Pierre Michel, Didier Migaud, Mme Véronique Neiertz, MM Paul Quilès, Alain Rodet, Mme Ségolène Royal, MM Georges Sarre, Henri Sicre, Camille Darsières, Jean-Pierre Defontaine, Gilbert Annette, Kamilo Gata, Roger-Gérard Schwartzberg, Didier Boulaud, Bernard Charles, Aloyse Warhouver, Gérard Saumade, Régis Fauchoit, Emile Zuccarelli, Bernard Tapie, Gilbert Baumet, François Asensi, Rémy Auchedé, Gilbert Biessy, Alain Bocquet, Patrick Braouezec, Jean-Pierre Brard, Jacques Brunhes, René Carpentier, Daniel Colliard, Jean-Claude Gayssot, André Gérin, Michel Grandpierre, Maxime Gremetz, Mme Janine Jambu, MM Georges Hage, Guy Hermier, Mme Muguette Jacquaint, MM Jean-Claude Lefort, Georges Marchais, Paul Mercieca, Louis Pierna, Jean Tardito et Ernest Moutoussamy, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, ensemble la loi n° 54-290 du 17 mars 1954 autorisant sa ratification ;

Vu le protocole relatif au statut des réfugiés, signé à New York le 31 janvier 1967, ensemble la loi n° 70-1076 du 25 novembre 1970 autorisant l'adhésion de la France à ce protocole ;

Vu la Convention signée à Dublin le 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes ;

Vu la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu le code civil, ensemble la loi n° 93-333 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de la construction et de l'habitation ;

Vu le code de la famille et de l'aide sociale ;

Vu le code de procédure pénale, et notamment son article 78-2 ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code du travail ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 modifiée portant création d'un office français de protection des réfugiés et apatrides ;

Vu la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 modifiée relative à l'hébergement collectif ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Vu les décisions n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 et n° 92-307 DC du 25 février 1992 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que sont contraires à la Constitution les dispositions des articles 1^{er}, 3, 8-IV, 14-II, 15, 16, 17, 23, 25 et 27 de la loi qu'ils soumettent à l'examen du Conseil constitutionnel ; que les députés, auteurs de la seconde

saisine, font valoir pour leur part que sont contraires à la Constitution les articles 3, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 43, 44, 45 et 46 de cette même loi ;

- SUR LES NORMES DE CONSTITUTIONNALITE APPLICABLES AU CONTRÔLE DE LA LOI DEFEREE :

2. Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ; que l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel ;

3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ;

4. Considérant en outre que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ;

- SUR LES CONDITIONS GENERALES D'ENTREE ET DE SEJOUR DES ETRANGERS EN FRANCE :

. En ce qui concerne l'article 1^{er} :

5. Considérant que cet article dispose que la décision de refus d'entrée opposée à un étranger peut être exécutée d'office par l'administration ;

6. Considérant que les sénateurs auteurs de la première saisine font valoir que cette disposition prive les étrangers concernés des garanties offertes par la procédure pénale notamment en matière de droits de la défense ;

7. Considérant que le législateur peut, s'agissant des mesures applicables à l'entrée des étrangers, décider que les modalités de mise en œuvre des objectifs qu'il s'assigne notamment en matière d'ordre public reposeront soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de ces deux régimes ; que les décisions prises dans le cadre d'un régime de police administrative sont susceptibles d'être exécutées d'office ; que dès lors le grief invoqué doit être écarté ;

. En ce qui concerne l'article 3 :

8. Considérant que cet article insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, des règles concernant le certificat d'hébergement exigible d'un étranger pour une visite privée ; que selon cette disposition le maire à qui il incombe d'apposer son visa sur ce certificat le refuse s'il ressort manifestement, soit de la teneur de ce dernier, soit de la vérification effectuée au domicile de son signataire, que l'étranger ne peut être hébergé dans des conditions normales ou que les mentions portées sur le certificat sont inexactes ; que les agents de l'office des migrations internationales à qui il revient de procéder sur la demande du maire à des vérifications sur place ne peuvent pénétrer chez l'hébergeant qu'après s'être assurés du consentement de celui-ci donné par écrit mais qu'en cas de refus de ce dernier, les conditions normales d'un hébergement sont réputées ne pas être remplies ;

9. Considérant que les sénateurs soutiennent que ces dispositions méconnaissent les principes sur lesquels repose la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité

du domicile faute de préciser les conditions, les modalités et la portée des vérifications effectuées et de soumettre leur déroulement au contrôle de l'autorité judiciaire ; que les députés font valoir qu'elles portent atteinte au respect de la vie privée qui constitue selon eux un principe à valeur constitutionnelle ;

10. Considérant que dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par cet article, le maire agit en qualité d'autorité de l'Etat ; que les décisions qu'il peut être conduit à prendre sont soumises au recours hiérarchique du préfet représentant de l'Etat dans le département ; qu'il incombe au maire comme le cas échéant au préfet de se prononcer dans le délai le plus bref possible ; que les éventuels refus opposés à des visites des agents de l'office des migrations internationales doivent, pour être pris en compte, résulter d'une manifestation non équivoque de volonté ;

11. Considérant que dès lors les dispositions contestées ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle et que le moyen tiré d'une atteinte à la vie privée manque en fait ;

. En ce qui concerne l'article 5 :

12. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de cet article : « En dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France, à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1 °) du code de procédure pénale ».

13. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cette disposition prive de garanties légales l'exigence constitutionnelle du respect de la liberté individuelle et porte atteinte au principe d'égalité devant la loi en ce qu'elle soumet les étrangers à une obligation qui ne s'applique pas aux nationaux ;

14. Considérant que dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France ; qu'il peut à cette fin prévoir la possibilité de vérifier la mise en

œuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public ;

15. Considérant, d'une part, qu'au regard des objectifs que le législateur s'est ainsi assignés, les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente ; que dès lors les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité ;

16. Considérant, d'autre part, que la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; que sous ces strictes réserves d'interprétation la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution ;

. En ce qui concerne l'article 7 :

17. Considérant que l'article 7 modifie les conditions dans lesquelles est délivrée de plein droit une carte de séjour temporaire à l'étranger mineur ou dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ; qu'elle subordonne dans tous les cas cette délivrance à la condition que la présence des intéressés ne constitue pas une menace pour l'ordre public et qu'elle ramène de dix ans au plus à six ans au plus l'âge à partir duquel les postulants doivent avoir eu en France leur résidence habituelle ;

18. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles de la liberté individuelle ; qu'il permet de procéder par un détournement de procédure à des expulsions du territoire français ; qu'en outre il comporte en méconnaissant les droits de l'enfant des violations du droit à mener une vie familiale normale ;

19. Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et les exigences de la liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale ;

20. Considérant, d'une part, que la loi prévoit par ailleurs par son article 17 que ne peuvent être reconduits à la frontière les étrangers qui justifient par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'ils ont atteint l'âge de six ans ; que la prise en compte d'une menace à l'ordre public ne peut sans circonstance aggravante être de nature à motiver une mesure d'expulsion ;

21. Considérant, d'autre part, qu'il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public s'agissant d'étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français ;

22. Considérant que dès lors les exigences prescrites par la loi ne sont pas de nature à porter des atteintes excessives à la liberté individuelle non plus qu'à méconnaître le droit à la vie familiale ;

. En ce qui concerne l'article 8 :

23. Considérant que cet article modifie les conditions dans lesquelles est délivrée de plein droit la carte de résident ; que le I de cet article exclut de manière générale cette délivrance si la présence de l'étranger est irrégulière ou constitue une menace pour l'ordre public ; qu'il impose au conjoint étranger d'un ressortissant français une durée de mariage assortie d'une communauté de vie d'au moins un an pour bénéficier de cette carte ; que le III du même article subordonne l'obtention de plein droit de ladite carte au profit du conjoint et des enfants mineurs d'une personne ayant obtenu le statut de réfugié au fait que le mariage soit antérieur à l'obtention de ce statut ou qu'il ait été célébré depuis au moins un an et qu'une communauté de vie effective ait été assurée pendant ce délai ; que le IV de cet article prévoit que l'étranger qui est en situation régulière depuis plus de dix ans bénéficie de plein droit sous les réserves énoncées au I de la carte de résident, « sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention étudiant » ; que le dernier alinéa de cet article dispose que la carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger qui remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du code civil ;

24. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, soutiennent que l'article 8-IV porte atteinte au principe d'égalité devant la loi en excluant du droit à l'attribution d'une carte de résident des étrangers en situation régulière depuis plus de dix ans au seul motif qu'ils auraient été, pendant toute cette période, titulaires d'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » alors que ce droit est ouvert aux autres étrangers en situation régulière pendant la même durée ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent que les dispositions de cet article privent de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle et qu'elles méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, le droit à mener une vie familiale normale ainsi que le droit d'asile en ce que le conjoint et les enfants d'un réfugié n'auraient plus droit à la carte de résident pendant l'année qui suit le mariage lorsque celui-ci est postérieur à la reconnaissance de la qualité de réfugié ou en cas de cessation de la communauté de vie ;

25. Considérant, en premier lieu, que la carte de résident, valable pour une durée de dix ans, est renouvelable de plein droit ; qu'eu égard aux exigences de la sauvegarde de l'ordre public et compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés, le législateur a pu exiger que l'obtention de cette carte soit soumise à la double condition de l'absence de menace à l'ordre public et de la régularité du séjour préalable des intéressés sans porter des atteintes excessives aux principes de valeur constitutionnelle invoqués par les députés auteurs de la saisine ; qu'il a également pu imposer, pour cette obtention, aux conjoints de ressortissants français, une durée d'une année de mariage sans cessation de la communauté de vie ;

26. Considérant en deuxième lieu que pour l'obtention des droits que comporte la carte de résident, les étrangers qui ont séjourné préalablement sur le territoire français dans le seul but d'y effectuer des études, lesquelles se seraient prolongées pendant dix années au moins, sont placés dans une situation différente de celle des autres étrangers au regard des raisons justifiant le séjour qu'a entendu prendre en compte le législateur ; que dès lors le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité doit être écarté ;

27. Considérant en troisième lieu qu'en prévoyant pour les conjoints d'étrangers ayant obtenu le statut de réfugié les mêmes conditions à l'octroi de la carte de

résident que pour les conjoints de ressortissants français, le législateur ne saurait avoir méconnu ni le principe d'égalité ni le droit d'asile ;

28. Considérant en quatrième lieu, d'une part, que les étrangers mineurs ne peuvent faire l'objet de décisions de reconduite à la frontière ou d'expulsion, d'autre part, que dès lors qu'il est né en France, l'enfant d'un réfugié a droit, en vertu du dernier alinéa de l'article contesté, à la carte de résident de plein droit dès lors qu'il remplit les conditions d'acquisition de la nationalité française prévues à l'article 21-7 du code civil ; que l'application des dispositions de cet alinéa doit être regardée comme n'étant pas subordonnée à une absence de menace à l'ordre public ; que sous réserve de cette interprétation, le législateur n'a pas, par une méconnaissance du droit à une vie familiale normale des réfugiés, porté atteinte au droit d'asile ;

. En ce qui concerne l'article 9 :

29. Considérant que cet article interdit la délivrance de la carte de résident à tout ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ainsi qu'à ses conjoints ;

30. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article méconnaît le rôle de l'autorité judiciaire pour assurer le respect de la liberté individuelle et qu'il porte atteinte au principe d'égalité, en ce que cette disposition ne frappe que les étrangers et qu'elle traite différemment les enfants d'un même père quant à leur droit à vivre dans le même pays que celui-ci ;

31. Considérant, en premier lieu, que l'obtention d'une carte de résident ne peut concerner qu'une personne étrangère ; qu'ainsi il ne saurait y avoir, au regard de la réglementation régissant cette obtention, de discrimination entre les nationaux et les étrangers ;

32. Considérant, en second lieu, que la disposition contestée doit être entendue comme n'étant applicable qu'aux étrangers qui vivent en France en état de polygamie ; que sous réserve de cette interprétation, le législateur en prenant cette disposition en vue de l'objectif d'intérêt public qu'il s'est assigné, n'a pas méconnu de principe ni de règle à valeur constitutionnelle ;

. En ce qui concerne l'article 11 :

33. Considérant que cet article qui modifie l'article 18 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 supprime la saisine par le préfet de la commission du séjour des étrangers lorsque celui-ci envisage de refuser le renouvellement d'une carte de séjour temporaire ainsi que l'obligation de délivrer un titre de séjour en cas d'avis favorable de la commission ;

34. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ;

35. Considérant qu'il revient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels, compte tenu de l'intérêt public qu'il s'assigne, les conditions d'exercice de la liberté du séjour des étrangers en France ; qu'en modifiant les règles de procédure prévues par l'article 18 bis de l'ordonnance précitée par la limitation des cas et par la restriction de la portée de l'intervention préalable de la commission susvisée sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux étrangers concernés, il n'a méconnu aucune disposition de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ;

. En ce qui concerne l'article 12 :

36. Considérant que l'article 12 porte de 5 000 à 10.000 francs le montant maximum de l'amende encourue par l'entreprise de transport routier qui dans certaines conditions achemine sur le territoire français un étranger non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne démunie d'un document de voyage et le cas échéant du visa requis ;

37. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent à l'encontre de cet article la méconnaissance des principes de légalité et de proportionnalité des peines ;

38. Considérant, d'une part, qu'il ressort de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-307 DC du 25 février 1992 que la disposition contestée n'est pas contraire au principe de la légalité des peines ;

39. Considérant, d'autre part, qu'en portant de 5.000 à 10.000 francs l'amende maximale encourue par les entreprises de transport routier concernées, le

législateur n'a pas fixé un montant manifestement disproportionné par rapport au manquement qu'il a entendu réprimer ;

. En ce qui concerne l'article 13 :

40. Considérant que cet article, en modifiant l'article 21 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée, supprime, sauf en ce qui concerne les mineurs, le principe selon lequel l'interdiction du territoire français ne doit pas être prononcée en cas d'infractions au séjour prévues par les articles 19, 21 et 27 de la même ordonnance à l'encontre de certaines catégories d'étrangers et prévoit les cas dans lesquels cette sanction ne peut être prononcée par le tribunal « que par une décision spécialement motivée au regard de la gravité de l'infraction » ; qu'il étend ces règles nouvelles aux infractions prévues par l'article 33 de l'ordonnance inséré par ailleurs par l'article 25 de la loi déferée ;

41. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cette disposition de comporter des atteintes excessives à la liberté individuelle et de ne pas préciser suffisamment la gravité de l'infraction qui permettrait à un tribunal de prononcer à l'encontre d'un étranger une interdiction du territoire français ;

42. Considérant que la mise en œuvre de la disposition contestée est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire à qui il revient d'assortir sa décision d'une motivation spéciale au regard de la gravité de l'infraction ; qu'ainsi, la faculté ménagée par le législateur ne méconnaît pas le principe de la légalité des peines et ne porte pas à la liberté individuelle une atteinte excessive ;

. En ce qui concerne l'article 14 :

43. Considérant que l'article 14 étend, au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les cas dans lesquels un étranger peut être reconduit à la frontière ; qu'il ajoute au même article la règle aux termes de laquelle « la reconduite à la frontière emporte de plein droit interdiction du territoire pour une durée d'un an à compter de son exécution » ;

44. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, font valoir que cette dernière disposition établit le prononcé automatique et indifférencié d'une sanction à caractère pénal ; qu'elle méconnaît la compétence de l'autorité judiciaire pour assurer le respect de la liberté individuelle ainsi que le principe

d'égalité et qu'elle porte atteinte aux droits de la défense ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que ladite disposition prive de garanties légales le respect de la liberté individuelle des étrangers résidant en France ; qu'ils articulent un grief similaire à l'encontre des extensions des cas de reconduite à la frontière ; qu'ils allèguent en outre que l'interdiction du territoire résultant de la reconduite à la frontière méconnaît « l'exigence d'individualisation des peines et des sanctions », le principe de proportionnalité des peines et qu'elle constitue une violation du principe d'égalité, en ce qu'elle comporte l'application d'un traitement uniforme à des situations différentes ;

45. Considérant que les modifications apportées aux cas susceptibles de justifier des arrêtés de reconduite à la frontière concernent des étrangers qui ne seraient pas titulaires d'un titre de séjour en cours de validité, qui auraient fait l'objet d'une mesure de retrait de titre de séjour ou qui, dans différents cas, seraient dépourvus de titre de séjour en raison d'une menace à l'ordre public ; qu'en étendant ainsi les cas où des mesures de police peuvent être prises en l'absence de possession d'un titre de séjour régulier, sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles applicables en l'espèce, le législateur n'a méconnu aucune disposition de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ;

46. Considérant en revanche que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ;

47. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que les droits de la défense ;

48. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ;

49. Considérant qu'en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire

pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée ; que, dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; qu'ainsi le dernier alinéa de l'article 14 de la loi est contraire à la Constitution ;

. En ce qui concerne les articles 15 et 16 :

50. Considérant que ces articles ont pour objet de supprimer les cas dans lesquels un avis conforme de la commission visée à l'article 24 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est requis ;

51. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, font valoir qu'en ne liant plus la décision de l'autorité administrative à l'avis de cette commission, le législateur a privé de garanties légales les droits de la défense des étrangers concernés ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que les dispositions de ces articles méconnaissent l'article 66 de la Constitution ;

52. Considérant que les cas visés par les dispositions contestées concernent des décisions d'expulsion et les demandes d'abrogation des arrêtés prononçant de telles décisions ; qu'en ne liant plus dans ce domaine les décisions de l'autorité administrative par l'avis d'une commission consultative, le législateur a modifié une procédure administrative sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables en l'espèce ; qu'il n'a ainsi méconnu aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ;

****.** En ce qui concerne l'article 17 : ******

53. Considérant que par l'article 17 sont modifiés les cas prévus par l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans lesquels un étranger ne peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion ; que cet article abaisse de dix à six ans l'âge limite à partir duquel l'étranger doit avoir résidé habituellement en France pour qu'un arrêté d'expulsion ne lui soit pas applicable ; qu'il exclut du champ d'application de cette protection les personnes qui ont résidé régulièrement en France du seul fait que pendant toute la période concernée elles ont été titulaires d'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » ; qu'il prévoit que les étrangers mariés à un conjoint français ne bénéficient de la même protection que si le mariage a

duré depuis un an au moins, si la communauté de vie n'a pas cessé et si le conjoint a conservé la nationalité française ; qu'il permet, en tout état de cause, pour certaines catégories d'étrangers, le prononcé d'un arrêté d'expulsion lorsque l'intéressé a été condamné à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans ;

54. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, et les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cet article de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi en excluant de la catégorie des étrangers protégés contre l'expulsion les résidents titulaires d'une carte de séjour d'étudiant ; qu'en outre, les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ; qu'il méconnaît, sans que soit alléguée une menace particulièrement grave pour l'ordre public, les principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines et des sanctions ; qu'enfin, en supprimant toute protection contre l'expulsion et la reconduite à la frontière pour les étrangers entrés en France entre l'âge de six et de dix ans et pour les conjoints de Français pendant la première année du mariage ou en cas de cessation de la communauté de vie, il constitue une violation du droit à mener une vie familiale normale ;

55. Considérant en premier lieu qu'au regard de leurs attaches avec la France les étrangers qui n'ont résidé sur le territoire français que pour y effectuer des études ne sont pas dans la même situation que ceux qui y ont résidé pendant la même durée pour d'autres motifs ; que, dès lors, compte tenu du but que s'est assigné le législateur, la réserve qu'il a prévue concernant certains étudiants ne méconnaît pas le principe d'égalité ;

56. Considérant en deuxième lieu qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation du droit à mener une vie familiale normale avec les exigences de l'ordre public ; que s'il peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous éléments d'appréciation, notamment de sa situation personnelle et familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir en cas de menace grave à l'ordre public les nécessités de ce dernier ;

57. Considérant en troisième lieu que les décisions d'expulsion qui constituent des mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la

Déclaration de 1789 ; que dès lors qu'il n'a pas porté atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun qui leur sont applicables, le législateur ne peut être regardé comme ayant méconnu le principe de la liberté individuelle ;

. En ce qui concerne l'article 18 :

58. Considérant que cet article fixe les conditions dans lesquelles l'expulsion peut être prononcée en cas d'urgence absolue ou lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique ;

59. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, allèguent que cet article prive de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle ;

60. Considérant qu'en égard aux conditions posées par cet article qui relèvent d'exigences impérieuses de l'ordre public, les modalités spécifiques qu'il prévoit pour l'intervention de décisions d'expulsion, mesures de police administrative, ne portent pas à la liberté individuelle des atteintes excessives ;

. En ce qui concerne l'article 21 :

61. Considérant que cet article fait obstacle à la présentation d'une demande de relèvement d'une interdiction du territoire ou d'abrogation d'un arrêté d'expulsion présentée après l'expiration du délai de recours administratif lorsque le ressortissant étranger réside en France, sauf lorsqu'il subit, en France, une peine privative de liberté sans sursis ;

62. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à cet article de faire obstacle à l'exercice du droit au recours et des droits de la défense ;

63. Considérant que les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux droits de recours des intéressés à l'encontre des mesures d'éloignement du territoire dont ils ont pu faire l'objet ; qu'elles ne portent pas non plus atteinte aux effets suspensifs que peuvent le cas échéant comporter de tels recours ; qu'elles ne concernent que la remise en cause de ces décisions, après l'expiration des délais de recours ; qu'en prévoyant que cette remise en cause ne puisse intervenir à la demande des intéressés lorsque ceux-ci résident en France, sauf s'ils subissent

une peine privative de liberté, le législateur a entendu prendre en compte les cas où ils se seraient soustraits à l'exécution d'une telle mesure et non ceux où ils seraient régulièrement revenus sur le territoire français après l'exécution de cette mesure ; qu'ainsi eu égard à la situation particulière des étrangers concernés, le législateur à qui il incombe de concilier les garanties de recours avec la sauvegarde de l'ordre public, n'a porté atteinte ni au principe d'égalité ni à tout autre principe de valeur constitutionnelle ;

. En ce qui concerne l'article 30 :

64. Considérant que l'article 30 introduit notamment dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée un article 40 qui prévoit, pendant cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi déferée, des modalités particulières relatives à certaines des dispositions de cette ordonnance dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon ; que, s'agissant de la reconduite à la frontière, il dispose, qu'à la demande de l'autorité consulaire, la mise à exécution d'une telle mesure ne peut intervenir qu'après un délai d'un jour franc suivant la notification de l'arrêté la concernant mais exclut la possibilité d'un recours préalable suspensif ; qu'il exclut également l'institution de la commission de séjour des étrangers prévue par l'article 18 bis de l'ordonnance ;

65. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article méconnaît les droits de la défense et le droit de recours ; qu'en portant aux droits des habitants des collectivités concernées une atteinte discriminatoire, il constitue une violation du principe d'égalité devant la loi ; qu'en outre il méconnaît le principe constitutionnel de l'indivisibilité de la République et dépasse la portée des adaptations autorisées par l'article 73 de la Constitution ;

66. Considérant que les dispositions contestées maintiennent l'existence des garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux mesures de police administrative lesquelles comportent la faculté d'assortir les pourvois de conclusions à fin de sursis à exécution ; qu'en ne prévoyant pas la consultation d'une commission non juridictionnelle, elles se bornent à aménager des procédures administratives ; que les modalités particulières qu'elles prévoient pour une durée limitée peuvent être justifiées par l'état des flux migratoires dans certaines zones concernées et l'existence de contraintes administratives liées à l'éloignement ou à l'insularité des collectivités en cause ; que dès lors l'article 30

ne méconnaît aucune disposition de la Constitution non plus qu'aucun principe à valeur constitutionnelle ;

- SUR LE DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL :

67. Considérant que l'article 23 de la loi insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 des articles 29, 30 et 30 bis constituant un chapitre VI, intitulé : « Du regroupement familial » ; que l'article 29 prévoit les conditions dans lesquelles s'exerce le droit au regroupement familial pour le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins deux ans ; qu'en particulier il énumère les cas dans lesquels le regroupement peut être refusé ; que son II fixe notamment les conditions dans lesquelles les agents de l'office des migrations internationales procèdent à des vérifications sur place ; que son III prévoit que les membres de la famille entrés régulièrement sur le territoire français au titre du regroupement familial reçoivent de plein droit un titre de séjour ; que si, lors de la demande de ce titre, les conditions du regroupement familial ne sont plus réunies, celui-ci peut être refusé ; que le IV prévoit des cas de refus de renouvellement ou de retrait du titre de séjour notamment lorsque son titulaire a fait venir un conjoint ou ses enfants en dehors du regroupement familial ; que l'article 30 fixe des limitations au bénéfice du regroupement familial s'agissant des étrangers polygames et prévoit le retrait du titre de séjour de ceux-ci lorsqu'ils ont fait venir auprès d'eux plus d'un conjoint ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux ;

68. Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, comme les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article méconnaît la compétence de l'autorité judiciaire pour garantir la liberté individuelle ainsi que le droit à mener une vie familiale normale prévu par le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; que les sénateurs, auteurs de la première saisine, invoquent en outre une atteinte à l'inviolabilité du domicile du fait de l'intervention des agents de l'office des migrations internationales ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent pour leur part, que ces articles comportent une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines et des sanctions en ce qu'il autorise le retrait du titre de séjour de l'étranger qui ferait venir son conjoint ou ses enfants en dehors de la procédure de regroupement familial ; qu'en abandonnant au pouvoir réglementaire la fixation du délai de réalisation du regroupement familial

au terme duquel l'autorisation préfectorale de regroupement devient caduque, le législateur a méconnu sa compétence ; qu'en outre les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité en excluant les étudiants étrangers du bénéfice du regroupement familial et en refusant la prise en compte des allocations familiales dans le montant des ressources autorisant le regroupement familial alors qu'elles sont incluses dans celles des nationaux lorsqu'un calcul de ressources est exigé par la loi ;

69. Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;

70. Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit ;

71. Considérant en premier lieu que pour l'ouverture du droit au regroupement familial le législateur a exigé une durée de séjour préalable et régulier en France de deux années ; qu'il importe que la demande de regroupement puisse être formulée avant l'expiration de ce délai pour que ce droit soit effectivement susceptible d'être ouvert à son terme ; que sous cette réserve d'interprétation, cette condition est conforme à la Constitution ;

72. Considérant en deuxième lieu que le regroupement familial prévu par les dispositions contestées ne concerne que les étrangers ; que dès lors le grief tiré d'une rupture du principe d'égalité entre étrangers et nationaux au regard des ressources prises en compte ne saurait qu'être écarté ;

73. Considérant en troisième lieu que dès lors que le législateur a prévu qu'un regroupement partiel pouvait être autorisé pour des motifs tenant à l'intérêt des enfants, il doit être nécessairement admis qu'à cette fin une demande de regroupement partiel pourrait être présentée ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que la règle selon laquelle de façon générale l'exercice du droit au

regroupement familial concerne la famille dans son ensemble est conforme à la Constitution ;

74. Considérant en quatrième lieu que l'exclusion de tout regroupement familial au bénéfice des étrangers qui au moment où ils formulent leur demande résident en France en qualité d'étudiant n'est pas justifiée, au regard du caractère général que le Préambule de la Constitution de 1946 confère au droit au regroupement familial, par une différence par rapport à la situation des autres demandeurs potentiels ; que par suite l'alinéa aux termes duquel « Les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention »étudiant« ne peuvent bénéficier du regroupement familial » est contraire à la Constitution ;

75. Considérant en cinquième lieu que le délai de deux années imposé à tout étranger pour faire venir son nouveau conjoint après dissolution ou annulation d'un précédent mariage dans le cadre du regroupement familial méconnaît le droit de mener une vie familiale normale ; que par suite est contraire à la Constitution l'alinéa aux termes duquel « Lorsque le mariage entre un étranger résidant en France et son conjoint qui a été admis au séjour comme membre de la famille a été dissous ou annulé au terme d'une procédure juridique, cet étranger ne peut faire venir auprès de lui un nouveau conjoint au titre du regroupement familial qu'après un délai de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation du mariage » ;

76. Considérant en sixième lieu que lorsque le représentant de l'Etat dans le département prescrit en vertu des dispositions contestées une visite du logement par des agents de l'office des migrations internationales, la prise en compte d'un éventuel refus de l'occupant pour présumer que les conditions relatives à ce logement ne sont pas remplies doit résulter d'une manifestation non équivoque de volonté ;

77. Considérant en septième lieu que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution ;

78. Considérant en huitième lieu qu'en vue du respect des conditions du regroupement familial, il était loisible au législateur de prescrire le retrait de son

titre de séjour à l'étranger dont le comportement fait apparaître qu'il a refusé de se conformer à ces conditions et de prévoir que si ces conditions ne sont plus remplies au moment de la demande du titre de séjour, ce dernier peut être refusé ;

79. Considérant en neuvième lieu que le législateur pouvait sans méconnaître sa compétence renvoyer à un décret en Conseil d'Etat la détermination d'un délai au terme duquel l'autorisation donnée au regroupement familial deviendrait caduque ;

80. Considérant qu'à l'exception des dispositions déclarées ci-dessus contraires à la Constitution et sous la réserve des interprétations sus-mentionnées, l'article 23 de la loi ne méconnaît aucun principe ni règle de valeur constitutionnelle ;

- SUR LE DROIT D'ASILE :

81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

. En ce qui concerne l'article 24 :

82. Considérant que l'article 24 insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un Chapitre VII intitulé « Des demandeurs d'asile » qui comporte cinq articles, 31, 31 bis, 32, 32 bis et 32 ter ; qu'il fixe les conditions dans lesquelles l'admission en France d'un demandeur d'asile peut être refusée et les modalités selon lesquelles, lorsqu'un tel refus n'est pas opposé, un titre de séjour est délivré à l'intéressé et peut, le cas échéant, lui être retiré ou ne pas être renouvelé ; qu'il détermine les

garanties relatives au maintien sur le territoire français de l'intéressé tant que la qualité de réfugié ne lui a pas été reconnue ;

83. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que cet article porte atteinte aux garanties légales du droit d'asile, principe de caractère constitutionnel, en ce qu'il permet le refus de l'asile en vertu des stipulations des Conventions de Schengen et de Dublin ou d'autres conventions à venir de même contenu alors que le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 n'autorise nullement cette importante restriction ; que cet article conduit les préfets à empiéter sur les compétences de l'office français de protection des réfugiés et apatrides et de la Commission des recours ; qu'il refuse au demandeur d'asile non admis au séjour qui s'est heurté à un refus de l'office le droit de se maintenir sur le territoire national jusqu'à ce que la Commission des recours ait statué sur son cas ; que ces dispositions constituent en outre des violations des principes des droits de la défense et du droit au recours ;

84. Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel ;

85. Considérant en premier lieu que l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 permet de refuser l'admission en France d'un demandeur d'asile dans différents cas « sous réserve du respect des dispositions de l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951..., modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967 » ; que cette réserve doit s'entendre comme concernant l'ensemble des stipulations de cette convention susceptibles d'être appliquées ; qu'à défaut, la loi méconnaîtrait les dispositions de l'article 55 de la Constitution ; que sous cette réserve d'interprétation ladite disposition n'est pas contraire à la Constitution ;

86. Considérant en deuxième lieu que l'article 31 bis de l'ordonnance précitée énumère quatre cas dans lesquels l'admission au séjour d'un demandeur d'asile peut être refusée ; que le premier cas, visé au 1 ° de cet article, concerne l'examen d'une demande d'asile qui « relève de la compétence d'un autre Etat, en application des stipulations de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes, ou du chapitre VII du titre II de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, ou d'engagements identiques à ceux prévus par la Convention de Dublin souscrits avec d'autres Etats conformément à la déclaration annexée au procès-verbal de la conférence de signature de la convention du 15 juin 1990, à compter de leur entrée en vigueur » ; que cet article dispose par ailleurs que lorsque l'admission au séjour a été refusée dans ce cas, le demandeur d'asile ne peut saisir l'office français de protection des réfugiés et apatrides d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié ; qu'en privant ainsi les étrangers concernés de faire valoir leur droit, le législateur a méconnu les principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; qu'ainsi, dès lors qu'ils comportent cette restriction, les mots « pour l'un des motifs visés aux 2 ° à 4 ° du présent article » qui figurent au dernier alinéa de l'article 31 bis de l'ordonnance sont contraires à la Constitution ;

87. Considérant en troisième lieu que dans les trois cas prévus par les 2 ° à 4 ° de l'article 31 bis, si l'autorité administrative peut s'opposer à l'admission au séjour des intéressés, ces derniers ont le droit, en vertu des dispositions de l'article 32 bis, de se maintenir sur le territoire français jusqu'à ce que l'office français de protection des réfugiés et apatrides leur notifie sa décision lorsque cette décision est une décision de rejet ; qu'au regard des exigences de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le législateur pouvait, dès lors qu'il garantissait la possibilité d'un recours, prévoir que l'intéressé n'aurait pas droit à être maintenu pendant l'examen de ce recours sur le territoire français ; qu'ainsi les dispositions concernées ne méconnaissent pas le droit d'asile, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle ;

88. Considérant en quatrième lieu que le huitième alinéa du même article dispose que : « Les dispositions du présent article ne font pas obstacle au droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un des cas mentionnés aux 1 ° à 4 ° du présent article » c'est-à-dire aux quatre cas de refus d'admission au séjour prévus par cet article ; que comme le Conseil

constitutionnel l'a relevé par sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, la détermination d'un autre Etat responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national ; que le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ; que le droit souverain de l'Etat à l'égard d'autres parties contractantes à des conventions doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation ; que ce n'est que sous cette stricte réserve d'interprétation que la disposition sus-analysée peut être regardée comme conforme à la Constitution.

. En ce qui concerne l'article 25 :

89. Considérant que l'article 25, qui insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 33, prévoit les cas dans lesquels un étranger non ressortissant d'un Etat de la Communauté économique européenne peut être, lorsque son séjour en France est irrégulier, remis aux autorités compétentes de l'Etat membre de la Communauté économique européenne qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire ; qu'il dispose, au second alinéa de cet article 33, que la décision prise peut être exécutée d'office par l'administration après que l'étranger a été mis en mesure de présenter ses observations et de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix ;

90. Considérant que les sénateurs auteurs de la première saisine soutiennent que cet article est contraire à la Constitution en ce qu'il prive de garanties essentielles les droits de la défense des étrangers non ressortissants communautaires entrés en France à partir d'un autre Etat de la Communauté économique européenne ; que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article porte à la liberté individuelle des atteintes excessives eu égard aux nécessités de la protection de l'ordre public et font valoir qu'il méconnaît les droits de la défense

et le droit au recours, en ce qu'il ne prévoit ni le respect de la procédure de reconduite à la frontière ni l'existence d'un recours suspensif ;

91. Considérant que les dispositions de cet article prévoient des mesures de police que le législateur peut déterminer eu égard à l'objectif de restriction des cas d'admission au séjour des étrangers en France qu'il s'est assigné ; que les intéressés ne sont pas dépourvus des garanties juridictionnelles de droit commun dont sont assorties les mesures de police prises par les autorités publiques en matière de police administrative ; que toutefois ces dispositions doivent s'entendre compte tenu de la réserve d'interprétation énoncée ci-dessus s'agissant des étrangers qui entendraient se prévaloir de l'application directe du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; que sous cette réserve, l'article contesté ne méconnaît aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ;

. En ce qui concerne les articles 45 et 46 :

92. Considérant que les articles 45 et 46 prévoient notamment que l'office français de protection des réfugiés et apatrides et la Commission des recours ne sont pas compétents pour connaître de la demande présentée par un demandeur d'asile à l'égard duquel le représentant de l'Etat dans le département, ou à Paris, le préfet de police, fait application de la règle fixée au 1 ° de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, selon laquelle l'admission en France d'un demandeur d'asile peut être refusée si l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat en application de stipulations de conventions ou d'engagements internationaux ; que l'article 45 prévoit en outre que « l'office ne peut être saisi d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié qu'après que le représentant de l'Etat dans le département ou à Paris, le préfet de police, a enregistré la demande d'admission au séjour du demandeur d'asile » ;

93. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine invoquent à l'encontre des dispositions de ces articles une méconnaissance du droit d'asile ;

94. Considérant d'une part que la disposition précitée de l'article 45 doit s'entendre comme ne concernant que les étrangers qui ne seraient pas déjà titulaires, avant de se réclamer de la qualité de réfugié, d'un titre régulier de séjour ;

95. Considérant d'autre part que la circonstance, qu'en vertu de conventions internationales un refus d'admission au séjour serait opposé à des demandeurs d'asile ne saurait sans méconnaître les droits de la défense, les priver de la faculté de saisir de leur situation l'office de protection des réfugiés et apatrides et le cas échéant la Commission des recours ; que dès lors est contraire à la Constitution le dernier alinéa de l'article 45 aux termes duquel « L'office n'est pas compétent pour connaître de la demande présentée par un demandeur d'asile à l'égard duquel le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le Préfet de police, fait application du 1 ° de l'article 31 bis de cette ordonnance » ainsi que l'article 46 de la loi déferée ;

- SUR LE RESPECT DE PRINCIPES ESSENTIELS DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE :

. En ce qui concerne l'article 27 :

96. Considérant que cet article modifie les conditions dans lesquelles un étranger peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ ; qu'il prévoit que cette rétention peut avoir lieu s'il y a « nécessité » et non plus « nécessité absolue » ; qu'il confère à l'autorité judiciaire, lorsqu'un délai de vingt-quatre heures s'est écoulé, le soin de prononcer la prolongation du maintien en rétention, sans plus exiger que cette mesure ne puisse intervenir qu'« à titre exceptionnel », restriction qui concernerait désormais l'assignation à résidence laquelle était prévue auparavant à titre principal ; que le III de cet article prévoit que le délai de la rétention peut être prorogé de 72 heures par ordonnance du président du Tribunal de grande instance ou d'un magistrat du siège désigné par lui, lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité compétente de document de voyage permettant l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une reconduite à la frontière ;

97. Considérant que les sénateurs et les députés font valoir que les dispositions de cet article privent de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel sans les remplacer par des garanties équivalentes ;

98. Considérant qu'il est loisible au législateur de modifier les cas dans lesquels une mesure de rétention peut être imposée à un étranger qui doit quitter le territoire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, à condition qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que

cette rétention ne peut intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense ;

99. Considérant qu'en prévoyant que cette mesure intervient, s'il y a nécessité, dans des cas limitativement énoncés, sans priver l'autorité judiciaire de la possibilité d'interrompre la prolongation du maintien en rétention, le législateur n'a méconnu aucune exigence de caractère constitutionnel ;

100. Considérant, en revanche, qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait, sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, être prolongée sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ; qu'en étendant à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, dès lors qu'ils n'ont pas présenté de documents de voyage, la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, le III de l'article 27 de la loi a méconnu la Constitution ;

. En ce qui concerne l'article 29 :

101. Considérant que l'article 29 insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 36 qui dispose, en son premier alinéa, que tout étranger résidant en France peut quitter librement le territoire national ; que le second alinéa de l'article 36 prévoit que toutefois les ressortissants d'Etats n'appartenant pas à la Communauté économique européenne peuvent être tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire français et de produire à cet effet un visa de sortie, lorsque cette déclaration est nécessaire à la sécurité nationale ;

102. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine estiment que cet article crée un régime d'autorisation incompatible avec la liberté d'aller et de venir et avec le droit de quitter le territoire national ;

103. Considérant qu'il revient au législateur d'assurer la conciliation qui doit être opérée entre d'une part la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la protection de la sécurité nationale, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ;

104. Considérant qu'en conférant à l'autorité administrative la faculté d'imposer une déclaration préalable à la sortie du territoire à certaines catégories d'étrangers, pour les besoins de la protection de la sécurité nationale, le législateur n'a pas subordonné le fait de quitter le territoire français à une exigence d'autorisation préalable ; qu'en effet, la délivrance du visa de sortie par l'autorité administrative ne permet pas à celle-ci d'exercer une appréciation quant à l'opportunité du déplacement envisagé par l'étranger ; que la déclaration préalable effectuée doit entraîner la délivrance de ce visa justifiant de l'accomplissement de la formalité exigible ; que, sous ces réserves d'interprétation, l'article 29 de la loi n'apporte pas à la liberté d'aller et venir une gêne excessive ;

. En ce qui concerne l'article 31 :

105. Considérant que l'article 31 de la loi qui est applicable aux nationaux comme aux étrangers modifie les dispositions du code civil relatives au mariage en y insérant plusieurs articles nouveaux ; qu'il prévoit notamment que lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République et que ce dernier peut décider qu'il sera sursis pour une durée ne pouvant excéder trois mois à la célébration du mariage ;

106. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine allèguent que cet article crée une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui l'entraînent, « dont il n'est au surplus même pas certain qu'ils soient établis », méconnaît le droit à exercer un recours et qu'il porte en outre atteinte à la liberté du mariage et au respect de la vie privée ;

107. Considérant que l'article 175-2 du code civil tel qu'il est inséré dans ce code par le III de l'article 31 fait obligation à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale ; que le procureur de la République dispose d'un délai de quinze jours durant lequel il peut décider qu'il sera sursis à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois, sans que sa décision soit assortie d'une voie de recours ; qu'en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage qui est une des

composantes de la liberté individuelle ; que dès lors que celles-ci ne sont pas séparables des autres dispositions de l'article 175-2 du code civil, cet article doit être regardé dans son ensemble comme contraire à la Constitution ;

. En ce qui concerne les articles 33, 35, 43 et 44 :

108. Considérant que ces dispositions permettent à l'autorité judiciaire de prononcer des interdictions du territoire à l'encontre de catégories d'étrangers reconnus coupables de certaines infractions alors que les étrangers concernés ne pouvaient jusqu'à présent être frappés d'une telle peine ;

109. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font grief à ces dispositions de comporter des atteintes excessives à la liberté individuelle et de ne pas préciser suffisamment la gravité de l'infraction qui permettrait à un tribunal de prononcer à l'encontre d'un étranger une interdiction du territoire français ;

110. Considérant que la mise en oeuvre des dispositions contestées est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire à qui il revient d'assortir sa décision d'une motivation spéciale au regard de la gravité de l'infraction ; qu'ainsi, la faculté ménagée par le législateur ne méconnaît pas le principe de la légalité des peines et ne porte pas à la liberté individuelle une atteinte excessive ;

. En ce qui concerne l'article 34 :

111. Considérant que les I, II et IV de cet article prévoient que lorsqu'un étranger est reconnu coupable par un tribunal d'une infraction prévue au deuxième alinéa de l'article 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 du fait de n'avoir pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution d'une mesure de refus d'entrée sur le territoire français, de reconduite à la frontière ou d'expulsion, le tribunal peut ajourner le prononcé de la peine en plaçant le prévenu, par ordonnance, sous le régime dit de la rétention judiciaire pour une durée de trois mois au plus en lui enjoignant de présenter à l'autorité administrative ses documents de voyage ; que cette mesure implique le maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ; que si l'étranger se soumet à l'injonction qui lui a été faite, le procureur de la République saisit, avant expiration du délai d'ajournement, le tribunal, soit d'office, soit sur demande du prévenu, afin qu'il soit statué sur la peine ; qu'il peut aussi saisir le tribunal sur demande de l'autorité administrative ;

112. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que ces dispositions, constituant un détournement de procédure, « la forme judiciaire étant utilisée dans un but de police administrative », privent de garanties légales les exigences constitutionnelles du respect de la liberté individuelle et les principes découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ;

113. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ;

114. Considérant que la rétention judiciaire n'est pas une peine ; que, s'agissant d'une mesure aboutissant à priver totalement une personne de sa liberté pendant une période déterminée dans le cours d'un procès pénal, elle ne saurait être assortie de garanties moindres que celles assurées aux personnes placées en détention provisoire ; que, dès lors, la disposition contestée ne satisfait pas aux garanties légales de la liberté individuelle ; qu'ainsi les I, II et IV de l'article 34 de la loi sont contraires à la Constitution ;

- SUR LES DROITS SOCIAUX DES ETRANGERS :

. En ce qui concerne l'article 36 :

115. Considérant que cet article modifie différentes dispositions du code de la sécurité sociale ; que par son I, il subordonne l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale à l'existence d'une situation régulière au regard de la législation sur le séjour et le travail des étrangers ou de la détention d'un récépissé de demande de renouvellement de titre de séjour ; qu'il prévoit qu'en cas de méconnaissance du respect de ces conditions, les cotisations restent dues, et que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale sont tenus de vérifier la régularité de la situation des assurés étrangers, lors de l'affiliation et de manière périodique ; que le II de cet article subordonne l'attribution d'avantages d'invalidité et de vieillesse à toute personne de nationalité étrangère, à la régularité de son séjour ; que le III comporte en ce qui concerne le droit aux prestations d'assurance maladie, maternité et décès, la même règle à laquelle n'est prévue qu'une exception au bénéfice des mineurs dès lors que la personne du chef de laquelle ils tiennent leurs droits est elle-même en situation régulière ; que par cette disposition, le législateur n'a pas entendu

exclure les personnes concernées ni leurs ayants-droit du bénéfice de l'application du délai de prolongation automatique d'exercice des droits à prestations prévu par l'article L. 161-8 du code de sécurité sociale ;

116. Considérant que les dispositions de l'article 36 doivent en outre être combinées avec celles de l'article 48 qui, sauf en ce qui concerne les avantages d'invalidité, préservent les droits à prestations ouverts à toute personne de nationalité étrangère à raison de cotisations versées avant l'entrée en vigueur de la loi ; que la législateur, en posant une condition de régularité du séjour pour la liquidation des avantages en matière d'invalidité et de vieillesse, que ceux-ci aient été régulièrement acquis après l'entrée en vigueur de la loi ou régularisés en vertu dudit article 48, a entendu que l'autorité administrative accorde, sous réserve des exigences de l'ordre public, aux étrangers qui solliciteraient leur entrée sur le territoire français pour obtenir cette liquidation, un titre de séjour dont la durée est de nature à permettre effectivement celle-ci ;

117. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine allèguent à l'encontre de ces dispositions une méconnaissance du respect de la liberté individuelle, une rupture du principe d'égalité et une atteinte au droit à la vie privée, lequel aurait, selon eux, le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle ; qu'ils font valoir en outre que cet article organise l'enrichissement sans cause des caisses de sécurité sociale ;

118. Considérant que les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi ; qu'au regard de cet objet, les nationaux et les étrangers sont également placés dans des situations différentes ; que dès lors le grief tiré d'une rupture du principe d'égalité doit être écarté ;

119. Considérant que les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versements à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des assurés ; que ces cotisations ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes ;

120. Considérant qu'en édictant des conditions de régularité du séjour et du travail, le législateur a pu, sans méconnaître aucun principe de valeur

constitutionnelle, en tirer les conséquences qu'il a déterminées au regard des droits à prestations d'assurance-maladie, maternité et décès et au regard de la liquidation en France d'un avantage d'invalidité et de vieillesse ;

121. Considérant enfin qu'en prévoyant que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale pourront avoir accès aux fichiers de l'Etat pour vérifier que les assurés étrangers satisfont aux conditions de régularité de leur situation en France, le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

. En ce qui concerne l'article 38 :

122. Considérant que l'article 38 de la loi qui modifie l'article 186 du code de la famille et de l'aide sociale fixe les conditions dans lesquelles les étrangers ont droit à bénéficier de certaines formes d'aide sociale ;

123. Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, font valoir que les dispositions de cet article méconnaissent les prescriptions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

124. Considérant qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » ;

125. Considérant qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en oeuvre ;

126. Considérant d'une part que le législateur a prévu au bénéfice des personnes de nationalité étrangère, les prestations d'aide sociale à l'enfance, l'aide sociale en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réadaptation sociale, l'aide médicale en cas de soins dispensés par un établissement de santé ou de

prescriptions ordonnées à cette occasion, y compris en cas de consultation externe, l'aide médicale à domicile à condition que les intéressés justifient soit de la régularité de leur séjour en France, soit d'une résidence ininterrompue en France métropolitaine depuis au moins trois ans, des allocations aux personnes âgées à condition que les intéressés justifient d'une résidence ininterrompue en France métropolitaine depuis au moins quinze ans avant l'âge de soixante-dix ans ;

127. Considérant d'autre part que le législateur a subordonné le bénéfice des autres formes d'aide sociale à la régularité du séjour des personnes concernées ; que toutefois il a confié au ministre chargé de l'action sociale la responsabilité de déroger à cette règle générale ainsi qu'à la condition de résidence prévue s'agissant de l'aide médicale à domicile pour tenir compte de circonstances exceptionnelles ; que cette disposition doit être entendue comme destinée à assurer la mise en oeuvre effective des principes énoncés par les dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946 ; que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions contestées ne sont pas contraires à la Constitution ;

. En ce qui concerne l'article 40 :

128. Considérant que l'article 40 insère dans le code de la construction et de l'habitation une disposition aux termes de laquelle l'aide personnalisée au logement n'est pas due aux étrangers qui ne justifient pas de la régularité de leur séjour en France ;

129. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette restriction serait contraire aux dispositions du onzième alinéa précité du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

130. Considérant qu'eu égard à la nature de la prestation concernée et en l'état de la législation relative à l'aide sociale, la restriction introduite par le législateur n'est pas susceptible de méconnaître les exigences constitutionnelles posées par les dispositions sus-rappelées ; que dès lors le grief invoqué doit être écarté ;

. En ce qui concerne l'article 41 :

131. Considérant que l'article 41 insère dans le code du travail une disposition qui assure que l'inscription à l'Agence nationale pour l'emploi est subordonnée à la

régularité de la situation des étrangers au regard des législations du séjour et du travail ; qu'elle autorise cet établissement à avoir accès à cette fin aux fichiers des services de l'Etat ;

132. Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette disposition méconnaît le principe d'égalité entre nationaux et étrangers, et porte atteinte au respect de la vie privée qui, selon eux, constituerait un principe de valeur constitutionnelle ;

133. Considérant qu'eu égard à l'objet de la loi les nationaux et les étrangers sont placés dans des situations différentes et que le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; que dès lors les griefs invoqués ne sauraient qu'être écartés ;

134. Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office des questions de conformité à la Constitution s'agissant des autres dispositions de la loi soumises à son examen ;

Décide :

Article premier :

Sont contraires à la Constitution :

- le II de l'article 14 ;
- à l'article 23, les mots : « Les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention » étudiant « ne peuvent bénéficier du regroupement familial », et les mots : « Lorsque le mariage entre un étranger résidant en France et son conjoint qui a été admis au séjour comme membre de la famille a été dissous ou annulé au terme d'une procédure juridique, cet étranger ne peut faire venir auprès de lui un nouveau conjoint au titre du regroupement familial qu'après un délai de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation du mariage » ;
- à l'article 24, au dernier alinéa de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les mots : « pour l'un des motifs visés au 2 ° à 4 ° du présent article » ;
- le III de l'article 27 ;
- au III de l'article 31, l'article 175-2 du code civil ;
- les I, II et IV de l'article 34 ;

- à l'article 45, le dernier alinéa ;
- l'article 46.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 18 août 1993, page 11722

Recueil, p. 224

11. Avis Conseil d'État, n°355 113 du 23 septembre 1993

Le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre de la question suivante « Les règles fixées par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 autorisent-elles le Gouvernement à faire adopter par le Parlement une disposition législative permettant à la France de ne pas être contrainte d'examiner, ainsi que la convention de Schengen l'en dispense, une demande d'asile formulée par une personne - se disant persécutée pour son action en faveur de la liberté - dont le cas relève, en vertu de ladite convention, d'un autre Etat et, par voie de conséquence, de ne pas être obligée de l'accueillir, fût-ce à titre provisoire, sur le territoire national ? » ;

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France;

Vu la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 modifiée portant création d'un office français de protection des réfugiés et apatrides ;

Vu la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ;

Vu les décisions n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, n° 92-307 DC du 25 février 1992, et n° 93- 325 DC du 13 août 1993 du Conseil constitutionnel ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations ci-après :

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, proclame dans son quatrième alinéa : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ;

La Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 stipule :

- dans son article 29 : « 1. Les Parties contractantes s'engagent à assurer le traitement de toute demande d'asile déposée par un étranger sur le territoire de l'une d'elles [...] 3. Quelle que soit la Partie contractante à laquelle l'étranger adresse sa demande d'asile, une seule Partie contractante est responsable du traitement de la demande. Elle est déterminée selon les critères définis à l'article 30 ; 4. Nonobstant le paragraphe 3, toute Partie contractante conserve le droit, pour des raisons particulières tenant notamment au droit national, d'assurer le traitement d'une demande d'asile, même si la responsabilité au sens de la présente convention incombe à une autre Partie contractante » ;

- dans son article 30 : « ... 2. Si une Partie contractante s'est chargée du traitement d'une demande d'asile en application de l'article 29 paragraphe 4, la Partie contractante responsable en vertu du présent article, paragraphe 1, est libérée de ses obligations » ;

- dans son article 31 : « ... 2. Si une demande d'asile est adressée à une Partie contractante non responsable en vertu de l'article 30 par un étranger qui séjourne sur son territoire, cette Partie contractante peut demander à la Partie contractante responsable de prendre en charge le demandeur d'asile, en vue d'assurer le traitement de sa demande d'asile.

3. La Partie contractante responsable est tenue de prendre en charge le demandeur d'asile visé au paragraphe 2 si la requête est effectuée dans un délai de six mois à compter du dépôt de la demande d'asile. Si la requête n'a pas été effectuée dans ce délai, la Partie contractante auprès de laquelle la demande d'asile a été introduite est responsable du traitement de la demande ».

Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, « que la détermination d'un autre Etat responsable du traitement d'une demande

d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national ; que le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa, c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire au séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ».

Il n'apparaît pas que, par sa décision précitée du 13 août 1993, le Conseil Constitutionnel ait entendu mettre en cause la jurisprudence constante, confirmée en dernier lieu par la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, selon laquelle le principe proclamé par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « est mis en oeuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne ». La décision du 13 août 1993 a précisé toutefois que la loi ne peut réglementer les conditions d'exercice du droit d'asile « qu'en vue de le rendre plus effectif, ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ».

Il résulte de ces décisions que si la Constitution fait obstacle à ce que les autorités françaises puissent, sans examiner leur demande, remettre à l'Etat responsable du traitement de cette demande, en vertu de la convention de Schengen, les demandeurs d'asile se réclamant du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, elle n'interdit pas au législateur de déterminer les conditions dans lesquelles il est procédé à l'examen du cas de ces demandeurs d'asile.

C'est ainsi que le législateur pourrait instituer une procédure d'urgence permettant le rejet, par l'office français de protection des réfugiés et apatrides, ou par toute autre autorité présentant des garanties suffisantes au regard des exigences constitutionnelles - notamment le respect des droits de la défense - des demandes d'asile fondées sur le quatrième alinéa du Préambule, qui seraient manifestement infondées, en particulier par ce que leurs auteurs prétendraient avoir été persécutés pour leur action en faveur de la liberté dans des pays où de telles persécutions n'existent pas. La loi pourrait, dans ce cas, autoriser le maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire des demandeurs d'asile concernés pendant la période nécessaire à l'examen de leur demande selon la

procédure d'urgence, et pour une durée qui ne devrait pas normalement excéder sept jours, et, au-delà de ce délai, permettre leur assignation à résidence.

De telles dispositions législatives pourraient être de nature à faciliter l'examen par la France des demandes d'asile dont le traitement relèverait de la responsabilité d'un autre et unique Etat, en vertu des stipulations de la convention de Schengen, mais que la France a néanmoins l'obligation d'examiner pour se conformer aux principes rappelés par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993.

Elles exposeraient toutefois la France, dès lors qu'elle aurait examiné, même selon une procédure d'urgence, le bien-fondé d'une demande d'asile relevant d'un autre Etat, à ce que cet autre Etat se considère comme délié de ses obligations, par application de l'article 30 paragraphe 2 de la convention de Schengen. En tout état de cause, en ce qui concerne les demandeurs d'asile qui se prétendent persécutés en raison de leur action en faveur de la liberté, elles ne permettraient pas à la France de s'en tenir à la stricte application de l'article 29 - paragraphe 4 de la Convention de Schengen, qui donne le droit, aux parties contractantes, sans leur en faire l'obligation, d'examiner les demandes relevant de la responsabilité d'un autre Etat et d'accueillir leurs auteurs sur leur territoire.

Cette obligation découlant, selon la décision précitée du Conseil Constitutionnel, du principe proclamé par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, seule une loi constitutionnelle pourrait en dispenser la France.

Une telle loi pourrait, sans avoir à modifier le texte du Préambule, tendre à rendre possible une coopération en matière de traitement des demandes d'asile avec des Etats liés à la France par des conventions, et respectant des engagements identiques aux siens.

12.G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) » in RFDA, n°2, 1992, p. 177-180 (extrait).

(...)

VI. En terminant, on ne peut s'empêcher de faire remarquer que, si le recours aux dispositions de l'article 54 de la Constitution est la voie juridique normale pour

aboutir à la ratification du Traité de Maastricht, ce n'est pas la voie politique la plus sûre. En effet, la loi autorisant la ratification ne pourra être mise en chantier qu'après l'aboutissement d'une procédure de révision sur les points désignés par le Conseil constitutionnel. Cette procédure, régie par l'article 89 de la Constitution, n'est pas facile, comme l'ont prouvé les impasses dans lesquelles ont échoué diverses perspectives de révision et, en dernier lieu, le projet concernant l'exception d'inconstitutionnalité. A cela s'ajoute l'âpreté sans cesse grandissante du combat politique. Il est à craindre que le projet de révision que le chef de l'Etat serait amené à présenter à la suite de la décision du Conseil constitutionnel rendue en application de l'article 54, même s'il était limité à cet objet précis, soit regardé au Parlement et dans l'opinion comme une motion de confiance envers le chef de l'Etat et son Gouvernement ; l'objet final du processus, à savoir la ratification du Traité de Maastricht, risque d'être bien oublié et l'on peut paradoxalement penser que la majorité potentielle qui semble exister dans les assemblées en sa faveur de délitérait au profit - si l'on peut dire - d'une empoignade de politique intérieure. Quant au recours au référendum sur quelque base que ce soit, il serait chargé des mêmes risques, peut-être aggravés.

Le propos qui précède ne constitue pas une incursion de la politique dans un commentaire juridique. Il ne fait que prélude à un problème de droit : n'existe-t-il pas une autre voie que celle de l'article 54 de la Constitution pour conduire à la ratification du traité de Maastricht ?

François Luchaire n'a pas jusqu'ici écrit sur une idée qui cependant est sienne et qui a donné lieu à quelques discussions entre juristes. Selon lui, il serait possible, sans recours préalable au Conseil constitutionnel, que le Président de la République dépose un projet de révision tendant tout simplement à habiliter le législateur à donner l'autorisation de ratifier le Traité de Maastricht. En somme, si cette procédure devait être suivie et aboutir, notre Constitution serait pourvue d'un quatre-vingt-treizième article dont le seul objet serait celui que l'on vient d'indiquer. L'avantage politique serait d'isoler en quelque sorte le problème spécifique de la construction européenne de toute autre entreprise de révision constitutionnelle, de rassurer les parlementaires qui craignent que l'attribution à certains étrangers d'un droit de vote ne prenne valeur de principe et ne déborde le cadre communautaire, d'attester que la procédure suivie est sans rapport avec la politique intérieure française.

Que cette façon de faire puisse procurer le résultat politique espéré et garantir la ratification du traité, ce n'est pas le lieu d'en discuter.

Sur le terrain juridique en revanche, il n'est pas interdit de remarquer que, contrairement à un premier réflexe de rejet, la procédure ainsi imaginée, pour être insolite, ne serait pas moins juridiquement valable.

On ne saurait lui objecter qu'elle interviendrait « en violation » de l'article 54 de la Constitution. En effet, la loi de révision, ayant le même rang hiérarchique que l'article 54, constituerait simplement une dérogation à celui-ci. De même qu'une loi spéciale peut déroger sans aucune irrégularité juridique à une loi générale, un texte constitutionnel spécial peut déroger à un texte constitutionnel général. La règle « Tu patere leqem quam (ipse) fecisti » qui interdit à une autorité de prendre des décisions individuelles dérogeant à un règlement de même niveau n'est applicable en droit français qu'aux autorités administratives. Elle ne vaut pas pour le législateur (Décis. n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, Rec. p. 52). Elle vaut encore moins pour le pouvoir constituant.

En effet, l'exercice de celui-ci, même sous sa forme dérivée, dès lors qu'il s'opère selon une procédure appropriée, ne trouve ses limites que dans les clauses constitutionnelles interdisant certaines lois de révision. Dans la Constitution, cette prohibition n'existe *ratione temporis* qu'en cas de vacance de la présidence de la République (art. 7, dern. al.) ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, al. 4) et *ratione materiae* pour rendre intangible la forme républicaine du Gouvernement (art. 89, al. 5). Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur.

Quant au fait que la Constitution se trouverait ainsi pourvue d'une disposition étrangère à l'objet normal d'un texte constitutionnel, c'est l'occasion de rappeler qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant. Sans qu'il soit besoin d'évoquer l'exemple fameux et aujourd'hui périmé des prescriptions de la Constitution suisse relative à l'abattage des animaux de boucherie, on se rappellera que la loi constitutionnelle du 10 août 1926 complétant, selon son texte même, la loi constitutionnelle du 25 février 1875, avait pour objet de conférer à la caisse de gestion des bons de la défense nationale et

d'amortissement de la dette publique une autonomie de « caractère constitutionnel » et de lui affecter certaines recettes fiscales. Après tout, une loi constitutionnelle permettant de franchir une étape de la construction européenne serait moins anecdotique que le texte de 1926.

Si l'on se permet cette digression en marge de notre commentaire, c'est parce qu'elle est l'occasion d'une réflexion sur une perversion latente de la logique juridique. A l'occasion de discussions sur l'abrègement éventuel du mandat présidentiel, on a vu surgir des thèses selon lesquelles la révision constitutionnelle ainsi envisagée serait « nécessairement » applicable au mandat en cours. Et de raisonner sur des « principes » empruntés au droit administratif à propos de l'abaissement des limites d'âge dans la fonction publique. Passe à la rigueur, en cas de silence (peu probable) du texte de révision supposé - encore que les mêmes principes d'interprétation ne gouvernent pas automatiquement la fin prématurée de la carrière d'un préfet et celle du mandat d'un chef de l'Etat. Mais plus ou moins clairement, on a vu ou entendu soutenir que la révision constitutionnelle devrait être conforme à des « principes généraux du droit » dont l'origine et le titre de légitimité demeurent d'ailleurs mystérieux. De telle sorte que serait frappée d'invalidité juridique une loi de révision qui ne s'appliquerait pas au mandat en cours...

De même, à défaut d'avoir encore pu le lire, on a entendu dire qu'une loi de révision qui aurait pour objet direct de permettre la ratification du Traité de Maastricht méconnaîtrait la Constitution par une sorte de détournement de procédure ou de mépris de ces fameux « principes généraux ». Or, l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que, sauf les prohibitions rappelées plus haut, le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie.

Les sources de cette dérive de la logique juridique sont curieuses. Après une longue période d'effacement, la Constitution a repris, au sein de la hiérarchie des normes et des pouvoirs, la place qui doit être la sienne dans un Etat de droit. L'existence et l'action du Conseil constitutionnel ont été probablement le facteur déterminant de cette restauration. Mais, comme dans nombre de phénomènes périodiques, le balancier s'écarte dans un sens, comme il le fit dans l'autre, de la verticale. La Constitution prend figure de règle sacrée immuable. La jurisprudence du juge

constitutionnel participe de cette sacralisation. Au-dessus de l'une et de l'autre, d'ailleurs, plane une mystérieuse « supra-constitutionnalité » qui emprunte au droit naturel sa commode plasticité et au droit positif sa vertu de contrainte. La révision de la Constitution rencontrerait ainsi des limites qui ne résultent pas de la Constitution elle-même et qui portent sur le contenu de la révision.

Cette dérive - si elle devait s'amplifier dans l'opinion des juristes et des politiques - serait plus grave qu'une simple erreur de logique. Elle mettrait en cause à plus ou moins long terme l'équilibre démocratique et le contrôle de constitutionnalité.

L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'effectivité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa).

C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. A celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts.

Gardons-nous que la créature - la Constitution - n'échappe à son créateur - le pouvoir constituant - et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre.

13. Articles L. 711-1 et L. 713-2 du CESEDA

Article L. 711-1 CESEDA dispose que : « *La qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'AGNU le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1^{er} de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée* ».

Article L. 713-2 CESEDA : « *Les persécutions prises en compte dans l'octroi de la qualité de réfugié et les menaces graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait des autorités de l'État, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'État ou une partie substantielle du territoire de l'État, ou d'acteurs non étatiques dans les cas où les autorités définies à l'alinéa suivant refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection. Les autorités susceptibles d'offrir une protection peuvent être les autorités de l'État et des organisations internationales et régionales* ».

14. CNDA, 17 février 2020

Mme A., de nationalité irakienne, née le 1er septembre 1978 en Irak, soutient qu'elle craint, en cas de retour dans son pays d'origine, d'une part, d'être persécutée par l'organisation État islamique (EI), en raison de ses opinions politiques, sans pouvoir bénéficier de la protection des autorités et, d'autre part, d'être exposée à une atteinte grave en raison de la situation sécuritaire de sa région d'origine. Elle fait valoir que, d'ethnie kurde, originaire de la ville d'Halabja dans la province de Souleimaniyeh, elle a été élevée avec son frère cadet par sa tante maternelle, dans un environnement laïc après le divorce de ses parents. Elle a bénéficié d'une bourse d'étude pour effectuer un Master en France entre 2011 et 2014. Elle s'est engagée en faveur de la défense des droits de la femme pendant ses études, notamment, en écrivant des articles sous un pseudonyme dans un journal bimensuel. A son retour en Irak en 2015, elle est devenue enseignant-chercheur à

l'université d'Halabja, dans la faculté d'agronomie. Refusant de se voiler elle a créé avec deux collègues une page sur le réseau social Facebook, dédiée aux droits de la femme au Kurdistan irakien et a organisé des groupes de parole informels avec ses étudiantes pour échanger autour de la question des droits de la femme. Elle a tenté d'organiser des séminaires à l'université sur les droits de la femme mais n'a pas été soutenue par ses collègues et sa hiérarchie. La page Facebook dédiée aux droits de la femme a été piratée puis fermée. Elle a reçu des menaces téléphoniques en avril 2015 et en a informé son directeur, lequel lui a recommandé de cesser son militantisme. Les menaces se sont accentuées et elle s'est présentée sur les conseils de sa famille auprès des autorités, qui n'ont pas réussi à retrouver le numéro des auteurs. Elle a changé de numéro de téléphone sur les conseils des autorités et n'a plus été inquiétée pendant plusieurs mois. Elle a continué à publier des articles sur Internet. Elle a reçu à la rentrée, le 23 novembre 2015, une lettre de menaces de l'organisation État islamique, qu'elle a transmise aux forces de l'ordre kurdes sur les conseils de son directeur. Elle a déposé plainte mais les autorités se sont déclarées incapables de la protéger. Elle a pris un congé d'une dizaine de jours puis a repris les cours. Le 20 décembre 2015, une jeune fille de sa localité a été enlevée, violée puis tuée. Les autorités ont arrêté de nombreux membres de l'EI et les menaces ont cessé jusqu'en mars (p. 32) 2016. Elle a été enlevée et frappée en rentrant chez elle le 20 avril 2016 par des individus qui l'ont séquestrée pendant une dizaine de jours dans un lieu inconnu. Elle a été libérée le 2 mai 2016 en échange d'une rançon de plusieurs milliers de dollars, versée par sa famille à ses ravisseurs. Elle s'est retrouvée dans un état de stress profond à la suite de son enlèvement, malgré un suivi psychologique. Craignant pour sa sécurité, elle a donc quitté l'Irak le 23 octobre 2016 à destination de la France munie de son passeport personnel.

3. Il ressort des informations publiques disponibles, telles que le rapport publié en mars 2019 par le Département d'État des États Unis sur la situation des droits de l'Homme en Irak en 2018 que les femmes sont soumises à des discriminations ainsi qu'à des règles morales particulièrement contraignantes. La note publiée le 15 février 2016 par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (CISR), sur la violence au nom de l'honneur dans la région du Kurdistan irakien précise que, dans la région dont la requérante est originaire, les femmes sont soumises à un code moral particulièrement strict et fréquemment victimes de crimes d'honneur. De plus, le rapport publié le 8 juillet 2018 par la mission d'assistance des Nations unies en Irak (UNAMI) sur les droits de l'Homme en Irak entre juillet et décembre 2017, rappelle que la liberté d'expression est restreinte

dans le Kurdistan irakien, où les défenseurs des droits de l'homme ainsi que les journalistes sont exposés à de la censure, des menaces et des violences s'ils abordent des sujets sensibles, notamment, les violences faites aux femmes. De surcroît, la requérante résidait et travaillait à Halabja, gouvernorat où s'est développé l'islamisme kurde. Selon le rapport de l'Institut Français des Relations Internationales (IFRI) intitulé « Les trois générations du djihadisme au Kurdistan d'Irak » publié en juillet 2017, cette localité a fourni des combattants radicalisés qui ont renforcé les rangs de l'EI et commis des attentats à partir de 2016 au Kurdistan irakien. L'ensemble de ces informations corrobore les déclarations précises et constantes de la requérante sur son parcours ainsi que sur les craintes exprimées à l'égard des mouvements islamistes en cas de retour dans son pays d'origine. En effet, le parcours universitaire et professionnel de la requérante, en France puis en Irak, est établi par ses propos détaillés, utilement étayés par les documents produits à l'appui de sa demande d'asile, tels que le diplôme de Master en agronomie qui lui a été délivré en France en 2014 et l'attestation de salaire rédigée par son employeur, le 17 juillet 2016. De plus, Mme A. a expliqué en des termes étayés les circonstances dans lesquelles elle a attiré l'attention des mouvements radicaux, en particulier, de l'organisation État islamique dans sa localité, après son retour en 2015. Elle a précisé en audience à huis clos devant la Cour qu'elle est la seule femme enseignante à l'université d'Halabja à avoir étudié en Occident, qu'elle refusait de porter le hijab et le voile et qu'elle discutait régulièrement à la fin de ses cours avec ses étudiantes de leurs droits en tant que femmes. Elle a repris avec constance les activités qu'elle avait décrites lors de son entretien à l'Office, en indiquant qu'elle a tenté d'organiser des séminaires relatifs aux droits de la femme mais que, face aux multiples excuses trouvées par le directeur de l'Université pour ne jamais trouver une salle disponible, elle a finalement créé avec deux collègues une page sur le réseau social Facebook, visant à sensibiliser les étudiantes et les femmes de sa localité aux violences dont elles sont victimes, telles que l'excision et les crimes d'honneur. Ses propos personnalisés et cohérents, à huis clos devant la Cour, ont également permis de comprendre l'évolution des menaces dont elle a été la cible, depuis avril 2015. Elle a admis avoir obtenu l'aide des autorités et avoir connu des moments d'interruption des menaces, notamment après avoir changé de numéro de téléphone. Ses déclarations sur l'incapacité des autorités à retrouver la source des appels téléphoniques ainsi que celle des lettres qui lui ont été adressées sont apparues vraisemblables. Elle a évoqué en des termes empreints de vécu son enlèvement, pendant lequel elle n'a pas été victime de violences de la part de ses agresseurs, en raison de la rançon attendue (p. 33) de la part de sa famille en

échange de sa vie. Cet enlèvement a néanmoins démontré la carence des autorités irakiennes à la protéger contre les membres des mouvances islamistes, comme de nombreuses autres femmes prises pour cible par les combattants de l'organisation État islamique ainsi que par d'autres mouvances radicales de l'islam en Irak, du fait de leur visibilité médiatique, de leur profession intellectuelle, de leur tenue vestimentaire, de leur comportement « occidentalisé » et, plus largement, de leurs mœurs, regardées comme contraires aux préceptes de l'islam et de la charia. A cet égard, le rapport publié par l'EASO en mars 2019 sur les individus pris pour cible en Irak, notamment, par l'organisation État islamique, cite plusieurs cas documentés de meurtres de femmes avocates, médecins ou journalistes perpétrés par des membres de ce mouvement pour les motifs précités. La requérante publiant, de surcroît, ses opinions sur les droits de la femme sur Internet et les diffusant auprès de ses étudiantes ainsi que de ses collègues, elle peut être regardée comme particulièrement exposée à un risque de représailles de la part des membres de mouvances islamistes, toujours présentes à Halabja, sans pouvoir se prévaloir d'une protection effective de la part des autorités irakiennes. Ainsi, il résulte de ce qui précède que Mme A. doit être regardée, compte tenu de la nature même des actions qu'elle a menées, à la fois dans le cadre de ses fonctions professionnelles et sur les réseaux sociaux, en faveur des droits de la femme, comme persécutée par des membres de mouvances islamistes, sans pouvoir se prévaloir de manière effective de la protection des autorités de son pays, en raison de son action en faveur de la liberté. Dès lors, elle est fondée à se voir reconnaître la qualité de réfugiée sur le fondement des dispositions précitées relatives à l'asile constitutionnel. (Reconnaissance de la qualité de réfugiée)

Chapitre 3. Le problème de la responsabilité politique et pénale des gouvernants

1. Dossier : la pénalisation de la responsabilité gouvernementale : vers une troisième dépendance du Gouvernement ?

Source 1 : « La Cour de justice de la République : une institution contestée », *vie-publique.fr*

En 1993, la CJR remplace la Haute Cour de justice

Jusqu'à la réforme constitutionnelle de 1993, seul le Parlement avait la faculté d'engager des poursuites à l'encontre des membres du gouvernement devant ce qui s'appelait alors la Haute Cour de justice, composée uniquement de parlementaires élus par chaque assemblée. Cette dernière devant être saisie après le vote d'un texte identique dans les deux assemblées était rarement convoquée.

La création en 1993 de la CJR avait pour objectif de réconcilier l'opinion publique avec ses responsables politiques. En effet l'opinion jugeait très sévèrement la classe politique qui lui semblait échapper aux règles communes en particulier lors de certaines affaires liées au financement de la vie politique et surtout lors de l'affaire dite "du sang contaminé".

La création de la CJR s'appuie sur les **propositions du comité présidé par le doyen Vedel** (Comité consultatif pour la révision de la Constitution) institué à l'initiative de François Mitterrand fin 1992. La CJR doit répondre à la nécessité d'établir une définition de la responsabilité pénale des élus et des responsables de l'exécutif dans l'exercice de leurs mandats et de leurs fonctions, tout en faisant en sorte que la justice n'interfère pas sur la politique menée.

Compétences, organisation et procédure

Créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, la Cour de justice de la République (CJR) est mentionnée aux articles 68-1 et 68-2 dans le titre X de la Constitution (De la responsabilité pénale des membres du gouvernement).

La Cour est compétente pour juger les membres du gouvernement (Premier ministre, ministres, secrétaires d'État) pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Les infractions n'ayant aucun lien avec la conduite de la politique de la nation sont du ressort des juridictions pénales de droit commun.

La composition et le fonctionnement de la Cour ont été fixés par la **loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République**.

La Cour est composée de quinze juges : douze parlementaires (six élus par l'Assemblée nationale et six élus par le Sénat) et de trois magistrats du siège à la Cour de cassation. Un de ces trois magistrats la préside.

La Cour peut être saisie par toute personne, française ou étrangère, qui s'estime lésée par un crime ou un délit imputé à un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions.

La procédure de saisine comprend trois étapes :

La commission des requêtes, composée de sept magistrats issus de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes, décide de l'engagement des poursuites. Ce filtre est mis en place afin que le nouveau droit offert aux particuliers ne devienne pas une arme politique contre l'action gouvernementale. La personne qui se déclare victime saisit la commission des requêtes. Cette dernière décide de la transmission de la plainte au procureur général près la Cour de cassation afin de saisir la Cour de justice de la République. Elle peut, à l'inverse, prononcer le classement de la procédure.

Si la plainte est déclarée recevable, **la commission d'instruction**, composée de trois magistrats de la Cour de cassation, procède aux auditions des personnes se déclarant victimes et des personnes incriminées. Elle décide ou non du renvoi de ces dernières devant la CJR.

La formation de jugement, composée de trois magistrats et de douze parlementaires, se prononce à la majorité absolue et à bulletin secret sur la culpabilité du prévenu puis, en cas de culpabilité, sur l'application de la peine infligée. Son arrêt peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, en cas de rejet de ses décisions, la Cour doit être recomposée avant de rejuger l'affaire.

Des ministres et des secrétaires d'État jugés

Depuis sa création, la CJR a prononcé un jugement à l'encontre de huit ministres et deux secrétaires d'État.

En 1999, dans l'affaire du sang contaminé, la CJR a relaxé Laurent Fabius, Premier ministre à l'époque des faits, et Georgina Dufoix, ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale. Elle a condamné "pour manquement à une obligation de sécurité ou de prudence", tout en le dispensant de peine, Edmond Hervé, secrétaire d'État à la Santé.

En 2000, elle a relaxé Ségolène Royal, ministre de la Famille, poursuivie en diffamation par des enseignants qu'elle avait accusés de couvrir des actes de bizutage.

En 2004, la Cour a condamné, après une instruction de dix ans, Michel Gillibert, secrétaire d'État aux Handicapés entre 1988 et 1993, "coupable d'escroquerie au préjudice de l'État", à trois ans d'emprisonnement avec sursis et 20 000 euros d'amende ainsi qu'à cinq ans d'interdiction des droits de vote et d'éligibilité.

En avril 2010, la Cour a condamné Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur à l'époque des faits, à un an de prison avec sursis pour complicité d'abus de biens sociaux et de recel dans l'affaire des détournements de fonds au préjudice de la Sofremi, société d'exportation de matériel de police dépendant du ministère. Il a été blanchi dans les affaires du casino d'Annemasse où il était poursuivi pour corruption passive, et celle de GEC-Alsthom dans laquelle il comparaisait pour complicité et recel d'abus de biens sociaux.

En mai 2011, le procureur général de la Cour de cassation, ayant relevé "de nombreux motifs de suspecter la régularité, voire la légalité du règlement arbitral litigieux pouvant caractériser le délit d'abus d'autorité" a demandé une enquête visant Christine Lagarde, ancienne ministre de l'Économie, pour "abus d'autorité" dans l'arbitrage favorable à Bernard Tapie. Le 19 décembre 2016, elle a été reconnue coupable de "négligence", mais dispensée de peine.

En juin 2018, l'ancien garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas, soupçonné d'avoir transmis des informations confidentielles au député des Hauts-de-Seine Thierry Solère sur une enquête pénale le concernant, a été mis en examen pour "violation du secret professionnel". Le 30 septembre 2019, la CJR a condamné Jean-Jacques Urvoas à un mois de prison avec sursis et à une amende de 5000 euros.

En mars 2021, la CJR a relaxé l'ex-Premier ministre Édouard Balladur, qui était poursuivi pour complicité et recel d'abus de biens sociaux dans l'affaire du financement occulte de sa campagne présidentielle. Elle a en revanche condamné pour complicité dans la même affaire le ministre de la défense de l'époque, François Léotard, à une peine de prison de deux ans avec sursis et à 100 000 euros d'amende.

Vers la suppression de la CJR ?

La légitimité de la CJR est contestée. Selon Cécile Guérin-Bargues, professeure de droit public, ses décisions sont peu convaincantes, les

condamnations très faibles, parfois assorties de jugement moraux. De plus les ministres sont jugés par la CJR mais leurs conseillers par les tribunaux ordinaires, ce qui conduit à une justice à deux vitesses et des jugements peu cohérents.

La suppression de la CJR a été promise par François Hollande lors de la campagne présidentielle de 2012. La commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin, reprend cette proposition dans son rapport remis en novembre 2012. **Le projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du gouvernement** prévoit la suppression de la CJR, "qui constitue un privilège qui n'a plus de raison d'être". Selon ce texte, les ministres devraient être jugés par les juridictions pénales de droit commun, y compris pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, après autorisation préalable de la commission des requêtes. Renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, le projet de loi a été abandonné.

Dans le **projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique** présenté en conseil des ministres le 28 août 2019, la suppression de la Cour de justice de la République est de nouveau proposée, les ministres devant être jugés par la Cour d'appel de Paris.

Source 2 : Jean-Baptiste JACQUIN, « La mise en cause de la responsabilité politique des ministres est devenue un exercice improbable sous la Ve République », *Le Monde.fr*, 22 décembre 2020.

C'est un des paradoxes de cette année 2020, rarement institution promise à la disparition n'aura été autant sollicitée. La Cour de justice de la République (CJR) a été saisie, depuis mars, de 150 plaintes contre la gestion de la crise sanitaire par le gouvernement, selon un pointage au 14 décembre. Sans compter la vingtaine de plaintes récemment adressées, toutes sur le même modèle, invoquant le crime de génocide et rapidement classées sans suite.

Les personnalités ciblées sont l'ex-premier ministre Edouard Philippe, l'ex-ministre de la santé Agnès Buzyn et son successeur, Olivier Véran. L'actuel chef du gouvernement, Jean Castex, vient loin derrière dans ce hit-parade des personnes mises en cause par des citoyens ou associations professionnelles devant la

juridiction spéciale chargée de juger les ministres pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions. [...]

Dès le 7 juillet, François Molins, le procureur général de la Cour de cassation, a saisi la commission d'instruction de la CJR d'une information judiciaire pour « *abstention de combattre un sinistre* » sur la base de neuf plaintes auxquelles il en a joint quatre autres depuis. Restent une soixantaine de plaintes dont la recevabilité n'a pas encore été examinée, les autres ayant été classées sans suite. [...]

La mise en cause de la responsabilité politique des ministres est devenue un exercice improbable sous la V^e République sous l'effet conjugué du présidentielisme avec des membres du gouvernement rendant compte au président, lui-même irresponsable juridiquement, un Parlement aux prérogatives écornées, et un fait majoritaire synonyme d'étouffoir. Une seule motion de censure a été votée depuis 1958 contre un gouvernement, en 1962. [...]

« *Le mouvement de judiciarisation que l'on observe depuis une trentaine d'années résulte du dysfonctionnement des mécanismes classiques de la responsabilité politique*, analyse Cécile Guérin-Bargues, professeure de droit public à l'université Paris-II. *Les prétoires sont vus comme des forums plus légitimes que le Parlement.* »

Dans le cas de la gestion de l'épidémie de SARS-CoV-2, le recours à une procédure pénale ne sera pas sans poser des difficultés. « *La négligence d'un ministre ou son incompétence, bref un ministre qui n'est pas bon face à une situation de crise, cela ne devrait pas être pris sous l'angle pénal* », estime M^{me} Guérin-Bargues. La qualification retenue pour l'information judiciaire peut surprendre. L'infraction d'« *abstention de combattre un sinistre* » est un délit volontaire, et non une négligence. « *On distord le droit pénal pour y faire entrer une action qui relève du politique* », craint cette universitaire. La commission d'instruction de la Cour peut néanmoins librement requalifier les faits.

Le recours à la CJR serait-il un remède pire que le mal ? Le temps judiciaire n'est pas le temps politique. L'instruction devrait au minimum durer dix-huit mois et si une ou plusieurs des personnalités mises en cause étaient renvoyées devant la Cour, le procès ne se tiendra pas avant la mi-2022, voire 2023. Une éventuelle condamnation tomberait bien tard pour se dire que l'équipe en place n'aurait pas dû rester jusqu'en 2022.

Dans le cas contraire, avec un non-lieu ou une relaxe comme épilogue pour des raisons de qualification pénale ou faute d'élément probant, les faux espoirs

entretenus dans l'opinion auront été tout aussi dévastateurs. Au risque d'alimenter le populisme sur le thème de l'impunité et de la connivence entre les puissants.

La multiplication de ces procédures des investigations qui les accompagnent pourrait en outre distiller un poison dans le processus de décision politique. Comment arbitrer en fonction d'intérêts contradictoires, ce que l'on demande aux gouvernants, ou fixer des priorités (la santé contre l'économie, les soignants contre les soignés, les écoles contre les restaurants, etc.) avec une épée de Damoclès pénale en permanence au-dessus de la tête ? [...]

La responsabilité politique des gouvernants n'y aura rien gagné. Les citoyens non plus.

Source 4 : Tribune d'Olivier BEAUD et Cécile GUÉRIN-BARGUES, *Le Monde.fr*, 13 septembre 2021

Après la mise en examen de l'ancienne ministre devant la Cour de justice de la République, les deux juristes Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues estiment, dans une tribune au « Monde », que le risque est grand de voir les attentes des plaignants déçues.

Plus de vingt ans après l'affaire du sang contaminé, les magistrats de la Cour de justice de la République (CJR) viennent de mettre en examen Agnès Buzyn, ministre de la santé de mai 2017 à février 2020, pour « mise en danger de la vie d'autrui » en raison du rôle qu'elle a joué dans la gestion de l'épidémie de Covid-19. Ils estiment donc que son prétendu défaut d'anticipation ou son éventuelle incompétence relèvent de la responsabilité pénale.

On retrouve ici le cocktail explosif du drame du sang contaminé : un problème sanitaire majeur et des familles endeuillées qui, encouragées par leurs avocats, cherchent à imputer, par la voie pénale, la responsabilité de leurs souffrances aux gouvernants et décideurs publics. Dans un cas comme dans l'autre, les magistrats de la commission d'instruction de la CJR leur ont emboîté le pas, en tablant sur la contestable élasticité du droit pénal et sur la possibilité qui leur est offerte de requalifier pénalement les faits.

En adoptant ici une incrimination définie de manière aussi vague que la « mise en danger de la vie d'autrui », les magistrats tombent dans une lecture rétroactive des faits, prompte à condamner des décisions ministérielles pourtant

prises dans une période d'incertitude scientifique maximale quant à l'étendue et à la dangerosité du Covid-19.

La liberté d'action de la ministre, contrainte par la pénurie de masques, et le contexte politique, marqué par la volonté de la grande majorité des responsables politiques de maintenir les élections municipales de mars 2020, seront probablement minorés. L'instruction, éminemment complexe dans un tel dossier, sera encore ralentie par l'existence de procédures parallèles nées de plaintes relatives aux mêmes faits mais déposées devant les juridictions ordinaires, car visant des décideurs publics qui ne sont pas des « *membres du gouvernement* », pour lesquels seule la CJR est compétente (article 68-1 de la Constitution). [...]

La suite de l'histoire est pourtant écrite. Incapable de résister à la pression d'une opinion publique qui exige qu'on lui rende des comptes, la commission d'instruction saisira la juridiction de jugement. Il reviendra alors à trois magistrats issus de la Cour de cassation et à douze parlementaires de tenter de déterminer s'il y a bien eu, de la part de la ministre, une violation délibérée d'une règle de prudence ou de sécurité.

On assistera alors, une fois encore, à un procès décousu et lacunaire dans lequel des témoins, parce qu'eux-mêmes poursuivis devant des juridictions ordinaires, refuseront de venir déposer pour éviter de s'auto-incriminer. Les parlementaires, plus sensibles à la difficulté de gouverner en période d'incertitude maximale, réduiront alors en charpie l'instruction et l'interprétation toujours plus extensive que font les magistrats des invraisemblables délits du code pénal actuel. Les éventuelles peines prononcées apparaîtront faibles au regard des espoirs.

L'image de la justice et des politiques ne pourra que sortir écornée de cette triste affaire tant est grand le risque de voir les attentes des plaignants déçues. Ils seront alors renvoyés à leur amertume, tandis que les contestataires de tout poil ne manqueront pas de hurler à la connivence et au déni de justice. Espérons – sans trop y croire – que ce lamentable épisode soit au moins l'occasion d'une prise de conscience : le prétoire n'est pas un forum adéquat pour juger de la responsabilité d'un ministre, et encore moins d'un gouvernement tout entier... et la CJR encore moins.

Elle est fondée sur un système baroque qui pose le principe de la responsabilité pénale des ministres tout en la faisant sanctionner par une juridiction essentiellement composée d'hommes politiques. Elle érige des juges judiciaires en censeurs de l'action gouvernementale en violation du principe cardinal du régime

parlementaire – et formellement la V^e République en est un – selon lequel la seule et véritable responsabilité des gouvernants est politique et non pénale. [...]

2. Zoé Lauwereys : perquisition chez Mélenchon

Source : Zoé Lauwereys, « Perquisition chez Mélenchon : pourquoi son immunité parlementaire ne l'a pas protégé », in Le Parisien, 17 octobre 2018.

Le député de La France Insoumise a reçu la visite de policiers à son domicile ce mardi matin.

Cette fois, son immunité parlementaire ne l'a pas protégé. Mardi matin, Jean-Luc Mélenchon a vu son domicile parisien perquisitionné, en même temps que le siège de son parti, la France insoumise, dans le cadre des enquêtes sur les soupçons d'emplois fictifs d'attachés parlementaires au Parlement européen et sur ses comptes de campagne pour la présidentielle de 2017. Des opérations que le député de la 4^e circonscription des Bouches-du-Rhône a qualifiées de « politiques », mais qui s'inscrivent dans un « cadre légal », a répondu la ministre de la Justice, Nicole Belloubet.

Jusqu'alors, Jean-Luc Mélenchon avait en effet réussi à échapper aux convocations des juges en mettant en avant son immunité parlementaire. Définie par l'article 26 de la Constitution, elle implique qu'« aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Mais elle « n'empêche pas un acte d'enquête comme la perquisition », objecte Michel Lascombe, spécialiste du droit constitutionnel. « Ce n'est pas lui qui est personnellement poursuivi mais son parti, reprend l'expert, une enquête est tout à fait possible ». Gilles Toulemonde, constitutionnaliste à l'Université de Lille, ajoute : « Beaucoup d'actes judiciaires peuvent être engagés même avec l'immunité parlementaire, y compris des mises en examen. »

Macron et Mélenchon, deux cas différents

Pourrait-il même être écroué, comme Jean-Luc Mélenchon l'a imaginé ce mardi matin en se comparant à Lula, l'ancien président brésilien incarcéré ? L'article 26 de la Constitution établit certes qu'« aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté ». Mais ce « principe d'inviolabilité » peut toutefois être contourné avec l'autorisation du bureau de l'Assemblée nationale.

Sa fonction de député le distingue donc d'Emmanuel Macron, à qui Jean-Luc Mélenchon a fait allusion ce mardi. « Pourquoi suis-je perquisitionné, et pas monsieur Macron? », a-t-il ainsi questionné, en allusion à l'enquête préliminaire qui vise le rôle des collectivités lyonnaises dans la campagne de l'actuel président. « Le candidat et le candidat élu président ne sont pas soumis à la même loi. On ne peut rien contre les comptes de campagne de celui qui a été élu », explique Michel Lascombe. « Tant que le président est en cours de mandat, il bénéficie d'une totale irresponsabilité », ajoute Gilles Toulemonde. Pour ce dernier, comparer les deux situations est un raccourci qui « place le parlementaire au même niveau que le Président. Sauf que la Constitution en a voulu autrement. »

3. Olivier Beaud : l'affaire Perdriau

Source : Olivier Beaud, « L'affaire Perdriau, le maire et la démocratie locale », *in JP blog*, 1^{er} octobre 2022.

Le lundi 26 septembre 2022 a eu lieu à la mairie de Saint-Etienne un conseil municipal très mouvementé car certains élus ont explicitement demandé au maire actuel, Gaël Perdriau (LR), de démissionner en raison des faits révélés par le journal *Mediapart*. Ils n'ont pas été entendus par ce dernier et ils ont, en signe de protestation, quitté la salle de délibération.

Il faut dire brièvement un mot des faits qui ne sont pas reluisants. On a appris par la presse qu'une tentative de déstabilisation d'un adjoint au maire avait eu lieu puisque celui-ci a fait l'objet d'un chantage à la diffusion d'une vidéo le mettant en scène avec ce qu'on appelle un *escort-boy*. Selon l'accusation proférée initialement par la presse, l'équipe rapprochée du maire aurait été à la manœuvre dans ce procédé déshonorant de pression politique. Depuis la révélation de ces faits, le directeur de cabinet du maire et l'un de ses adjoints à l'éducation ont démissionné.

On imagine bien que ce ne sont pas ces faits — largement relayés par les médias, comme en témoigne la diffusion sur les antennes de radio d'extraits de conversations diffusés sur les médias nationaux — qui peuvent intéresser le constitutionnaliste d'autant qu'ils ne sont pas complètement établis. M. Perdriau n'a tiré aucune conséquence de la très grave accusation selon laquelle il ne serait pas étranger à cette affaire. Comme l'a écrit un journal du soir pour résumer la séance mouvementée du conseil municipal, il « s'accroche à son fauteuil de maire »^[1].

Aux yeux du constitutionnaliste, cette triste affaire est surtout intéressante pour au moins deux raisons : d'une part, la défense du maire de Saint-Etienne est caractéristique de l'attitude actuelle de certaines personnalités politiques consistant à utiliser le droit pénal comme un moyen visant à esquiver leur responsabilité politique et, d'autre part, elle révèle une singulière absence : le défaut de responsabilité politique des maires (et plus globalement des élus locaux).

I – L'omniprésence envahissante du droit pénal : la présomption d'innocence « à toutes les sauces »

Pour expliquer aux édiles stéphanois qu'il ne voulait pas démissionner, Gaël Perdriau s'est réfugié derrière deux règles fondamentales de la procédure pénale. À la radio, il a invoqué le principe de la présomption d'innocence pour se défendre de l'accusation selon laquelle il serait à l'origine du chantage à la vidéo qui est à l'origine d'une plainte pénale depuis le mois d'août^[2]. Par ailleurs, il aurait déclaré lors du conseil municipal, tout en niant les faits qui lui sont reprochés, qu'il ne pouvait pas en dire davantage en raison du secret de l'instruction^[3]. Ainsi, pour ne pas davantage s'expliquer devant certains membres du conseil municipal et devant ses concitoyens stéphanois, M. Perdriau bâtit sa défense sur le droit pénal.

On sait notamment que la présomption d'innocence est un principe issu de la procédure pénale selon lequel tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que survienne son éventuelle condamnation^[4]. Il s'agit d'un principe éminemment libéral qui revient à faire reposer le fardeau de la charge de la preuve sur l'accusation. Même si ce principe est allègrement violé dans beaucoup d'affaires actuelles, il est censé défendre des personnes accusées et poursuivies par la justice.

Le point intéressant dans cette affaire est que Gaël Perdriau le brandit sans comprendre à quel point ce principe de droit pénal est ici inapproprié.

On peut y voir un symptôme de l'impérialisme du droit pénal qui contamine toutes les affaires politiques. Tout le monde raisonne à partir du droit pénal et plus personne ne semble comprendre qu'on *pourrait penser la question de la responsabilité politique, indépendamment de la question de la responsabilité pénale*. En l'occurrence, il est tout à fait indifférent aux citoyens stéphanois de savoir si leur maire a commis un délit pénal. Il leur suffit de connaître une grande partie des faits révélés par la presse pour avoir la conviction qu'il n'est plus digne de leur confiance. Le lien entre confiance et légitimité politique est ici central. Aux yeux d'une grande partie de l'opinion publique « stéphanoise », leur maire est désormais « indigne » de les représenter et devrait donc démissionner de lui-même. Mais il s'accroche à son mandat, comme une moule à un rocher, invoquant tour à tour le principe de présomption d'innocence et le secret de l'instruction pour justifier le fait qu'il ne démissionne pas. Si on comprend bien sa ligne de défense, sa culpabilité ne serait pas encore prouvée dans cette affaire.

Il ne s'agit pourtant pas ici de culpabilité (pénale), mais de responsabilité (politique). En politique, on peut être responsable de l'action d'autrui, c'est le cas pour le ministre qui est responsable — en théorie, au moins — des fautes commises par son administration. Un maire peut être tout autant jugé responsable de l'action de ses collaborateurs. En effet, à supposer que M. Perdriau puisse démontrer qu'il n'a ici rien commandité du tout, sa responsabilité est d'ores et déjà engagée pour s'être entouré de « curieux » collaborateurs aux non moins « curieuses » pratiques. En toute hypothèse, il devrait rendre compte à ses électeurs, et même à ses « grands » électeurs de la façon dont il « administre » (c'est-à-dire gouverne) la ville de Saint-Etienne. De ce point de vue, son invocation récurrente du principe de présomption d'innocence et du secret de l'instruction apparaît comme un moyen de se soustraire à une telle obligation. En d'autres termes, il instrumentalise le droit pénal pour échapper à sa responsabilité politique.

Accordons à M. Perdriau un point : il n'est pas le premier homme politique à user de cette « ficelle » du droit pénal. Mais son cas personnel est secondaire dans la mesure où c'est la question de principe qui nous importe ici. Or, en matière de gouvernement des assemblées locales, les textes ne prévoient pas de véritable responsabilité politique. C'est un obstacle de taille qu'il convient maintenant d'évoquer.

II – L'introuvable responsabilité politique des maires en France : une anomalie démocratique

En effet, le citoyen ordinaire pourrait s'étonner : pourquoi ne peut-on pas mettre en cause la responsabilité politique de cet élu ? Les juristes eux, savent qu'il existe un moyen légal de révoquer un maire. Il est prévu par l'article L2122-16 du code général des collectivités territoriales qui dispose : « *Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres.* » Ainsi dans l'hypothèse d'un maire gravement défaillant, l'Etat refait surface et apparaît comme la seule autorité compétente, agissant comme une autorité de tutelle qu'il n'est plus depuis les lois de décentralisation. En raison du précédent du régime de Vichy, on devine aisément que cet article est rarement mobilisé. Il n'y aurait eu, lit-on, que six révocations de maires depuis 1958. On peut le comprendre car cette immixtion de l'État dans la direction exécutive d'une commune est directement contraire au principe démocratique et au principe de libre administration des collectivités locales. Il n'est donc pas surprenant que M. Perdriau n'ait pas été suspendu par le ministre de l'Intérieur.

Toutefois, cette affaire de Saint-Etienne est hautement instructive en ce qu'elle révèle au grand jour une lacune surprenante : l'absence possible de révocation du maire de la part, non pas de l'Etat, mais de la collectivité locale elle-même, soit par les membres du conseil municipal, soit par les citoyens. Autrement dit, il n'existe pas dans le droit politique local l'équivalent d'une motion de défiance ou de motion de censure votée par les conseillers municipaux pour contraindre le maire (qu'ils ont élu) à démissionner, pas plus qu'il n'existe de procédure de *recall* (à l'initiative des citoyens), pour le destituer.

La question, faute de pratique, intéresse d'ailleurs peu les spécialistes^[5]. Il est même étonnant de constater que la seule question évoquée dans les ouvrages concernant la décentralisation porte sur la seule responsabilité pénale des élus locaux^[6]. On connaît d'ailleurs à ce propos tous les excès de ces jurisprudences invraisemblables condamnant pénalement des maires pour des accidents ayant eu lieu dans des cours d'école. Il a fallu la loi « Fauchon » du 10 juillet 2000 pour mettre fin à ce délire des « délits non intentionnels ».

Un tel contraste entre la responsabilité pénale envahissante du maire et son absence de responsabilité politique est d'autant plus étrange qu'il existe en matière de gouvernance des villes une concentration massive des pouvoirs en faveur du premier édile. Le maire d'une grande commune est une sorte de petit monarque à lui tout seul. Cette concentration des pouvoirs a permis à des maires un peu « visionnaires » de dynamiser leurs villes ou de les réveiller. Chacun peut trouver aisément les noms de ces « grands maires » sous la Ve. Telle est la face positive de cette présidentialisation des institutions municipales. La face négative existe aussi et elle concerne tous les maires qui ont pratiqué, à grande échelle et avec un grand talent, le clientélisme et le népotisme. Ici aussi, des noms connus peuvent venir à l'esprit de toute personne s'intéressant à la politique. Il est donc curieux pour le moins qu'on n'ait pas songé à instituer au moment de la décentralisation, un garde-fou consistant à introduire une forme de responsabilité politique (normale ou exceptionnelle) du maire.

On l'a bien fait en ce qui concerne le président de la République qui, depuis la révision constitutionnelle de 23 février 2007, peut faire l'objet d'une procédure de destitution (art. 68). Il ne serait pas difficile d'imaginer au moins deux mécanismes de mise en cause de la responsabilité politique du maire. Le premier pourrait s'exercer via les membres du conseil municipal, un peu sur le mode de l'article 49 de la constitution de 1958, avec certaines limitations (quorum, majorité absolue ou majorité qualifiée pour ne pas rendre trop facile et arbitraire la révocation du maire). Le second pourrait permettre l'intervention des citoyens eux-mêmes en cas de carence des élus locaux — dont la majorité, soumise au maire, continuerait à faire bloc autour de lui — et qui n'engageraient pas la responsabilité politique de celui-ci. Ce serait une sorte de *recall* à la française qui pourrait améliorer la situation de la commune aux prises avec un maire défaillant et considéré comme « indigne » de représenter ses « administrés » (le terme en dit long sur le système politique local en France).

Alors qu'on discute sans fin de la réforme des institutions de la Ve République et de la défaillance de la démocratie représentative, que devrait pallier en partie la démocratie participative, ne serait-il pas grand temps d'envisager une réforme des lois de décentralisation pour y introduire des mécanismes intelligents et sensés de responsabilité des élus locaux ? Le maire seul ne serait pas concerné tant l'intercommunalité est aujourd'hui présente dans les institutions locales. Cela nous débarrasserait peut-être, enfin, de ces récurrentes « affaires » viciées et de cet

impérialisme nocif du droit pénal dont les premières victimes sont la démocratie et les citoyens.

Enfin, on peut tirer une leçon plus générale de cette absence de responsabilité politique au niveau local : *le droit local est le parent pauvre de la démocratie française*. Tocqueville l'avait déjà noté et son constat reste globalement d'actualité. Le plus curieux, pour ne pas dire le plus étrange, c'est que les lois de décentralisation successives depuis 1982, n'ont pas prévu un tel mécanisme compensatoire. En effet, elles ont supprimé la tutelle de l'Etat et ont nécessairement accordé plus de pouvoir aux maires, qui sont à tout moment de potentiels « tyrans » locaux en raison de leur majorité municipale. Or, elles l'ont fait sans même accompagner ce processus par une corde de rappel qui serait leur responsabilité politique. Les universitaires, qui ne sont pas forcément des élus locaux, sont pourtant bien placés pour connaître ce genre de phénomène car, depuis la loi LRU de 2007, ils connaissent des présidents potentiellement tout puissants, sans mécanisme de révocation possible par le conseil d'administration.

Si cette affaire Perdriau pouvait ouvrir les yeux à « nos » décideurs sur les lacunes de la responsabilité politique locale, elle aurait au moins une utilité. Les citoyens de Saint-Etienne auraient alors une maigre consolation à leurs déboires actuels car ils auraient fait progresser la vie publique en permettant la modernisation du droit politique local. On peut toujours rêver... ce que doivent souvent faire les constitutionnalistes français s'ils veulent continuer à s'intéresser aux institutions de ce pays.

[1] « A Saint-Etienne, le maire s'accroche à son fauteuil malgré le scandale », *Le Monde* du 28 sept.2021

[2] C'est une plainte déposée contre Gaël Perdriau pour « chantage aggravé, guet-apens en bande organisée, détournement de fonds publics et non-dénonciation de faits délictueux ». Elle est à l'étude au parquet de Saint-Étienne. a fait savoir le procureur de la République. « Chantage à la video intime : une plainte déposée contre le maire de Saint-Etienne », *Le Progrès de Lyon* du 28 août 2022

[3] « L'édile fait des mystères. "Des éléments de preuve ont été donnés à la justice, qui montre que le dossier est infiniment plus complexe que la version à charge et sans contradiction véhiculée par une certaine presse", distille-t-il, se réfugiant derrière le secret de l'instruction pour ne pas en dire plus. » *Art. précité* du Monde.

[4] On ne dira rien ici du secret de l’instruction qui est une règle ineffective en France, ce dont tout le monde semble s’accommoder, ce qui en dit long d’ailleurs sur l’inculture juridique dans notre pays. Dans notre livre sur le sang contaminé, nous avons évoqué le couple infernal « médias/justice » qui ne peut prospérer qu’en violant le secret d’instruction.

[5] Dans un manuel qui fait autorité, trois lignes sont consacrées dans le § consacré au mandat du maire à cette question : on y apprend que « le conseil municipal n’a pas la possibilité de mettre fin au mandat du maire » et qu’il existe une disposition particulière pour le révoquer (art. CGCT, art L. 2122-16). J.-F.Auby, J.B. Auby, R/ Noguellou, *Le droit des collectivités locales*, Paris, 6° éd., PUF 2015, p. 156

[6] Voir à ce propos, M. Verpeaux, C. Rimbault, F. Wasserman, *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, 12° éd Paris, La Documentation française, 2021, pp. 101 et suiv.

4. Delphine Iweins, « Éric Dupond-Moretti relaxé par la Cour de justice de la République », in *Gazette du Palais*, 30 novembre 2023.

La Cour de justice de la République a déclaré non coupable du délit de prise illégale d’intérêts le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti. Les faits reprochés sont avérés, mais pas son intention de les commettre.

À défaut de caractérisation de l’élément intentionnel des délits de prise illégale d’intérêts, ces infractions ne sont pas constituées à l’encontre de M. Dupond-Moretti, qui dès lors, doit être relaxé ». C’est par ces mots que Dominique Pauthe, le président de la Cour de justice de la République, a mis fin, le 29 novembre 2023, au procès visant le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti. Le ministre de la Justice en exercice est relaxé et déclaré non coupable des charges de prises illégales d’intérêts qui pesaient contre lui.

Soulagement. Avec cette relaxe, la Cour n’a pas suivi la réquisition du procureur général. Le 15 novembre, Remy Heitz, procureur général près de la Cour de cassation, se disait convaincu de la culpabilité de l’ancien avocat pénaliste et avait requis à son encontre un an d’emprisonnement avec sursis. Le 17 novembre, les douze parlementaires et les trois juges professionnels composant cette juridiction d’exception chargée de juger les membres d’un gouvernement, s’étaient réunis

pour prendre leur décision à bulletin secret. Il aura fallu près d'une dizaine de jours pour que le président, Dominique Pauthe, la motive. Sa rédaction a été validée définitivement le 29 novembre au matin par l'ensemble de la Cour avant d'être énoncée publiquement lors de l'audience tenue à 15 heures.

Le soulagement est alors perceptible sur le visage du ministre de la Justice. Avancé à la barre à la demande du président, dans son costume bleu marine et sa cravate prune, les mains dans le dos, il écoute attentivement cette décision. Vingt minutes durant lesquelles le magistrat professionnel expose un par un les motifs qui ont mené à cet inédit procès d'un ministre en exercice. Éric Dupond-Moretti sort blanchi de ce qu'il a appelé lui-même « une infamie ». « C'est la victoire du droit. Et aussi, dans un sens, la victoire de la séparation des pouvoirs », se réjouit son avocate, Jacqueline Laffont, après l'annonce de la relaxe.

Une impartialité, indépendance et objectivité compromises. Pour être constitué, le délit de prise illégale d'intérêts doit comporter un élément matériel et un élément intentionnel. Il était reproché au garde des Sceaux de s'être servi de sa position pour diligenter des enquêtes administratives à l'encontre de quatre magistrats : le juge Édouard Levraut, en poste à Monaco au moment des faits puis à Nice et trois magistrats du Parquet national financier : Eliane Houlette, sa présidente aujourd'hui retraitée, Ulrika Delaunay-Weiss, désormais première vice-présidente près du président du tribunal judiciaire de Nanterre, et Patrice Amar toujours en exercice au PNF.

Dans la première affaire la Cour considère, selon la décision à laquelle la *Gazette du Palais* a eu accès, que l'existence de l'élément matériel ressort des débats. Éric Dupond-Moretti, en ordonnant une enquête administrative à l'encontre du juge Levraut, « se trouvait placé dans une situation de conflits d'intérêts puisqu'antérieurement et en qualité d'avocat, il avait publiquement critiqué ce magistrat par voie de presse et était intervenu en cette même qualité, dans l'intérêt de M. X [l'un de ses clients au moment des faits, NDLR], se disant victime d'une violation du secret de l'instruction imputable à ce magistrat et dont la plainte était toujours en cours d'instruction à Nîmes ».

Un raisonnement similaire est tenu par la Cour de justice de la République concernant le parquet national financier. Du fait de ses relations plus qu'houleuses et publiques avec les trois magistrats en question, sa plainte toujours en cours d'examen par le parquet de Nanterre déposée à titre personnel dans l'affaire des écoutes téléphoniques dont il a été victime en tant qu'avocat, le garde des Sceaux

« était objectivement en situation de situation de conflits d'intérêts », énonce le président au cours de l'audience. La décision est claire sur ce point : « L'intérêt pris par M. Dupond-Moretti, en décidant, en sa qualité de garde des Sceaux, de saisir l'IGJ aux fins d'enquêtes administratives concernant M. Levraut, d'une part, M^{mes} Houlette et Delaunay-Weiss et M. Amar, d'autre part, a été de nature à compromettre son impartialité, son indépendance et son objectivité dans les opérations dont il avait la charge d'assurer la surveillance et l'administration ».

Aucune volonté de vengeance. Pour autant, « la volonté de revanche » contre ces quatre magistrats – argument avancé à plusieurs reprises lors du procès par les principaux intéressés – « n'est pas établie », continue Dominique Pauthe. « À aucun moment », le ministre « n'avait exprimé, de quelque façon que ce soit, une animosité, un mépris, un désir de vengeance à l'égard des magistrats », ajoute-t-il. La Cour explique qu'« aucun élément ne permet de dire que [le garde des Sceaux] est passé outre la situation de conflits d'intérêts qui n'avait pas été portée à sa connaissance ». Partant de ce constat, il n'est pas établi « la conscience suffisante qu'il pouvait avoir de s'exposer à la commission d'une prise illégale d'intérêts en ordonnant les enquêtes administratives », indique la décision. Le caractère intentionnel de la prise illégale d'intérêts n'étant pas caractérisé, le garde des Sceaux est donc relaxé.

Une juridiction décriée. Avec cette relaxe, Éric Dupond-Moretti est le quatrième ministre, sur les huit qui ont comparu devant cette cour en trente ans d'existence, à être déclaré non coupable. Dans ces conditions, il « va pouvoir continuer à mener son action au sein de l'équipe gouvernementale, au service des Français. Je m'en réjouis », a réagi la Première ministre, Elisabeth Borne, sur le réseau social X. Un avis loin d'être partagé par tous. Quelques minutes après cette annonce, Christophe Clerc, avocat du Syndicat de la magistrature (SM) et l'Union syndicale des magistrats (USM), à l'origine de la plainte, a fait valoir qu'« aujourd'hui, ce conflit d'intérêts qui était nié [par Éric Dupond-Moretti] est reconnu. Nous sommes heureux que, pour l'avenir, de tels phénomènes ne puissent se reproduire ». Dans un communiqué commun, le SM et l'USM se sont montré un peu plus circonspects. Tout en annonçant prendre acte de cette relaxe, ils ont regretté que « ni les victimes ni les plaignants n'[aient] pu faire entre pleinement leurs voix pendant l'instruction ou le procès ».

De son côté, le ministère public a cinq jours, soit jusqu'au 5 décembre, pour se pourvoir en cassation. Selon une source proche du dossier, il étudie en détail le jugement afin de prendre sa décision. Le ministre de la Justice, quant à lui, est resté silencieux. Sorti par une porte dérobée de la salle d'audience afin d'éviter la presse, il s'est rendu à l'Élysée où il avait rendez-vous avec le président de la République, Emmanuel Macron. Interviewé le soir même sur France 2, il a déclaré vouloir « tourner la page ».

Pour autant, Éric Dupond-Moretti n'en a peut-être pas fini avec la Cour de justice de la République. Le 28 novembre, lors des questions réponses au gouvernement, le garde des Sceaux s'est lancé dans une vive charge contre une députée du Rassemblement national dénonçant « l'indécente démagogie du parti » et appelant à « chasser de ses rangs » « les identitaires, nazillons, racistes et antisémites ». Marine Le Pen, présidente du groupe RN à l'Assemblée nationale, a annoncé porter plainte contre le ministre auprès de la CJR.