

Introduction au Droit.

Cours de M. Stéphane BRENA.
TD de M. Sophiane BEN ALI.

Séance 4 : Les sources écrites du droit.

I. La hiérarchie des normes.

Propos introductifs :

Doc. 1 : H. Kelsen, Théorie pure du droit, Dalloz, 2ème éd. 1962, trad. C. Eisenmann, p. 255 à 257, « Le droit comme ordre normatif ».

Si l'on conçoit le droit comme un ordre normatif, comme un système de normes qui règlent la conduite des êtres humains, une question se pose aussitôt : qu'est-ce qui fonde l'unité d'une pluralité de normes, pourquoi une norme donnée fait-elle partie d'un ordre déterminé ? Et cette question est en connexion étroite avec cette autre : pourquoi une certaine norme est-elle valable, quel est le fondement de sa validité (Geltungsgrund) ?

De ce que quelque chose est, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose est. La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle.

Le fait brut que quelqu'un commande quelque chose n'est jamais une raison suffisante de considérer le commandement en question comme une norme valable, c'est-à-dire obligatoire pour son adressataire. Seule une autorité compétente peut poser des normes valables, et la compétence en question ne peut reposer que sur une norme habilitant à la création de normes. A cette norme, l'autorité qui reçoit le pouvoir de création de normes est soumise, aussi bien que les individus obligés à l'obéissance à l'égard des normes qu'elle posera.

Comme on l'a noté dans un alinéa précédent, la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du

fondement de la validité d'une norme se poursuit à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée - elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale (Grundnorm)...

Toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif. La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre ; elle est le fondement commun de leur validité. L'appartenance d'une norme à tel ou tel ordre a sa source dans le fait que le fondement ultime de sa validité est la norme fondamentale de cet ordre. C'est cette norme fondamentale qui fonde l'unité d'une pluralité de normes, par le fait qu'elle représente le fondement de la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre.

A) La Constitution.

Doc. 2 : Cons. const., 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, Liberté d'association.

Le Conseil constitutionnel, Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ; Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déférée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier : Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 : Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

Article 3 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Doc. 3 : Cass., A.P., 2 juin 2000, n°99-60274.

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que Mlle X... fait grief au jugement attaqué (tribunal de première instance de Nouméa, 3 mai 1999) d'avoir rejeté sa requête tendant à l'annulation de la décision de la commission administrative de Nouméa ayant refusé son inscription sur la liste prévue à l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie des électeurs admis à participer à l'élection du congrès et des assemblées de province et d'avoir refusé son inscription sur ladite liste, alors, selon le moyen : 1° que le jugement refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie au regard des articles 2 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et F (devenu 6) du traité de l'Union européenne du 7 février 1992, l'article 188 étant contraire à ces normes internationales en tant qu'il exige d'un citoyen de la République française un domicile de dix ans pour participer à l'élection des membres d'une assemblée d'une collectivité de la République française ; 2° qu'il appartenait subsidiairement au tribunal de demander à la Cour de justice des Communautés européennes de se prononcer à titre préjudiciel sur la compatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec l'article 6 du traité de l'Union européenne ;

Mais attendu, d'abord, que le droit de Mlle X... à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire ;

Attendu, ensuite, que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution ; que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté ;

D’où il suit que le moyen n’est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu’il y ait lieu de statuer sur le premier moyen auquel Mlle X... a déclaré renoncer :

REJETTE le pourvoi.

B) Les traités internationaux.

Doc. 4 : Article 55 de la Constitution.

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.

Doc. 5 : Cons. const., déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, « Loi relative à l’interruption volontaire de grossesse ».

Vu la Constitution, et notamment son préambule ;

Vu l’ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

1. Considérant que l’article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d’appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;

2. Considérant, en premier lieu, qu’aux termes de l’article 55 de la Constitution : “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.” ;

3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu’elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n’impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l’article de celle-ci ;

4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l’article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu’il résulte de l’article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu’au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l’article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d’une part, à ce qu’elle est limitée au champ d’application du traité et, d’autre part, à ce qu’elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s’apprécier le respect de cette condition ;

5. Considérant qu’une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ;

6. Considérant qu’ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l’article 55 de la Constitution ne saurait s’exercer dans le cadre de l’examen prévu à l’article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;

7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ;

8. Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

9. Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ;

10. Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ;

11. Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ;

Décide :

Article premier : Les dispositions de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, déférée au Conseil constitutionnel, ne sont pas contraires à la Constitution.

Article 2 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Doc. 6 : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13556, Jacques Vabre

SUR LE PREMIER MOYEN PRIS EN SES DEUX BRANCHES :

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE (PARIS, 7 JUILLET 1973) QUE, DU 5 JANVIER 1967 AU 5 JUILLET 1971, LA SOCIETE CAFES JACQUES VABRE (SOCIETE VABRE) A IMPORTE DES PAYS-BAS, ETAT MEMBRE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, CERTAINES QUANTITES DE CAFE SOLUBLE EN VUE DE LEUR MISE A LA CONSOMMATION EN FRANCE; QUE LE DEDOUANEMENT DE CES MARCHANDISES A ETE OPERE PAR LA SOCIETE J. WIEGEL ET C. (SOCIETE WEIGEL), COMMISSIONNAIRE EN DOUANE; QU'A L'OCCASION DE CHACUNE DE CES IMPORTATIONS, LA SOCIETE WEIGEL A PAYE A L'ADMINISTRATION DES DOUANES LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE, POUR CES MARCHANDISES, PAR LA POSITION EX 21-02 DU TABLEAU A DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES; QUE, PRETENDANT QU'EN VIOLATION DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957 INSTITUANT LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, LESDITES MARCHANDISES AVAIENT AINSI SUBI UNE IMPOSITION SUPERIEURE A CELLE QUI ETAIT APPLIQUEE AUX CAFES SOLUBLES FABRIQUES EN FRANCE A PARTIR DU CAFE VERT EN VUE DE LEUR CONSOMMATION DANS CE PAYS, LES DEUX SOCIETES ONT ASSIGNE L'ADMINISTRATION EN VUE D'OBTENIR, POUR LA SOCIETE WIEGEL, LA RESTITUTION DU MONTANT DES TAXES PERCUES ET, POUR LA SOCIETE VABRE, L'INDEMNISATION DU PREJUDICE QU'ELLE PRETENDAIT AVOIR SUBI DU FAIT DE LA PRIVATION DES FONDS VERSES AU TITRE DE LADITE TAXE;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A LA COUR D'APPEL D'AVOIR ACCUEILLI CES DEMANDES EN LEUR PRINCIPE (...)

SUR LE DEUXIEME MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST DE PLUS FAIT GRIEF A L'ARRET D'AVOIR DECLARE ILLEGALE LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE PAR L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES PAR SUITE DE SON INCOMPATIBILITE AVEC LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 24 MARS 1957, AU MOTIF QUE CELUI-CI, EN VERTU DE L'ARTICLE 55 DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DE LA LOI INTERNE, MEME POSTERIEURE, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE S'IL APPARTIENT AU JUGE FISCAL.D'APPRECIER LA LEGALITE DES TEXTES REGLEMENTAIRES INSTITUANT UN IMPOT LITIGIEUX, IL NE SAURAIT CEPENDANT, SANS EXCEDER SES POUVOIRS, ECARTER L'APPLICATION D'UNE LOI INTERNE SOUS PRETEXTE QU'ELLE REVETIRAIT UN CARACTERE INCONSTITUTIONNEL; QUE L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES A ETE EDICTE PAR LA LOI DU 14 DECEMBRE 1966 QUI LEUR A CONFERE L'AUTORITE ABSOLUE QUI S'ATTACHE AUX DISPOSITIONS LEGISLATIVES ET QUI S'IMPOSE A TOUTE JURIDICTION FRANCAISE;

MAIS ATTENDU QUE LE TRAITE DU 25 MARS 1957, QUI, EN VERTU DE L'ARTICLE SUSVISE DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DES LOIS, INSTITUE UN ORDRE JURIDIQUE PROPRE INTEGRE A CELUI DES ETATS MEMBRES; QU'EN RAISON DE CETTE SPECIFICITE, L'ORDRE JURIDIQUE QU'IL A CREE EST DIRECTEMENT APPLICABLE AUX RESSORTISSANTS DE CES ETATS ET S'IMPOSE A LEURS JURIDICTIONS; QUE, DES LORS, C'EST A BON DROIT, ET SANS EXCEDER SES POUVOIRS, QUE LA COUR D'APPEL A DECIDE QUE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DEVAIT ETRE APPLIQUE EN L'ESPECE, A L'EXCLUSION DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES, BIEN QUE CE DERNIER TEXTE FUT POSTERIEUR; D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN EST MAL FONDE;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE LE POURVOI

C) La loi.

Doc. 7 : Portalis, Discours préliminaire au Code civil (extrait).

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance : ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles...

Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ?

Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

Un code quelques complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois qu'elles ont été rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes au contraire ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

Doc. 8 : N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », RTD civ. 2004, p. 155 (extraits).

Devenu maître-mot des politiques publiques contemporaines, la simplification du droit est en train de changer de nature : alors qu'elle était essentiellement programme d'action de l'Administration, visant en premier lieu les procédures administratives et l'allègement de leur formalisme, elle est désormais érigée en un objectif de toute activité normative. Un tel bouleversement ne saurait être négligé : derrière la simplification, ce sont en réalité les modes d'élaboration et d'application du droit qui sont en jeu. [...] Si l'aspiration à la simplification se justifie par la détérioration de la loi, il est surtout notable qu'elle se propose d'y porter remède... sans elle. L'objectif de simplification requiert, selon ses promoteurs, un contournement du pouvoir législatif. Pour simplifier le droit et traiter les maux de la loi, la méthode affichée est en effet sans équivoque : il faut se passer de loi. Aussi est-ce par un recours à la méthode désormais familière des ordonnances que le gouvernement se propose de réaliser le vaste programme de simplification annoncé. A s'en tenir cette fois à la procédure mise en place, le texte se comprend différemment.

Nul n'ignore que la Constitution de la Ve République, bien qu'attachée au respect des domaines de la loi et du règlement, avait prévu en son sein de restaurer l'ancienne pratique des décrets-lois, derrière les ordonnances de l'article 38. On sait aussi que le phénomène devait toutefois rester exceptionnel, puisque voulu pour les temps difficiles et les situations d'urgence. Or il est à l'évidence appelé à devenir procédé de droit commun de « législation gouvernementale ». La période récente en atteste. Ainsi, une loi du 16 décembre 1999 a-t-elle autorisé le gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnances ; une autre du 3 janvier 2001 a ensuite autorisé le gouvernement à transposer par voie d'ordonnances un peu moins de 50 directives communautaires, à refondre le code de la mutualité et à réformer le code des assurances. Cette fois, ce sont une quinzaine de codes et une trentaine de lois qui devraient se trouver sous l'emprise des ordonnances de simplification. Plus encore, suivant l'expérience italienne, le gouvernement propose une nouvelle méthode d'action, consistant à déposer au Parlement, chaque année, au moins un projet de loi d'habilitation couvrant des thèmes déterminés. Un tel recours aux ordonnances a été dénoncé en ce qu'il marque la transformation d'un procédé que le constituant a voulu exceptionnel en technique ordinaire de législation (Y. Gaudemet, Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 617 et s.). Mais il y a sans doute bien

davantage dans ce désaveu du législatif. Au-delà de la dénaturation constitutionnelle que traduit un tel recours aux ordonnances, c'est l'idée d'une mutation en profondeur du rôle du Parlement qui prend corps. Le texte dessine le rôle d'un nouveau Parlement, qui partagerait désormais la fonction législative avec l'exécutif, pour n'être plus, parfois, organe officiel de discussion et de rédaction des textes. Ce Parlement nouveau, privé de certaines de ses attributions, pourrait en certains domaines n'avoir pour fonction que d'autoriser les textes à venir ou encore d'en contrôler la réalisation. Le Conseil constitutionnel prête d'ailleurs son imperium à cette évolution. La loi d'habilitation du 16 décembre 1999 fut ainsi justifiée par l'urgence, qui figure « au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution » (décis. 99-421 DC du 16 déc. 1999, JO, 22 déc. 1999, p. 19041). Quelle urgence ? Celle de faire face, selon le législateur et le Conseil constitutionnel, à un ordre du jour encombré. Une même justification suffira encore à justifier la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et poursuivre sa codification » (décis. 2003-473 DC du 26 juin 2003, JO 3 juill. 2003, p. 11205 ; J.-E. Schoettl, Simplification du droit et Constitution, AJDA 2003.1391 Document InterRevue). Sous cet aspect, l'objectif de simplification s'éclaire d'un jour nouveau : n'est-il pas simplement une étiquette permettant de justifier constitutionnellement ce bouleversement des prérogatives du Parlement et l'octroi de pouvoirs censés être exceptionnels à l'exécutif ? Ainsi suffit-il à présent que le gouvernement ait un programme visant à simplifier le droit - on conçoit mal qu'il entende ostensiblement le compliquer - pour pouvoir le réaliser par voie d'ordonnances. Peu importe, dans ces conditions, qu'il y ait ou non effectivement urgence à réformer le régime applicable aux valeurs mobilières, comme le laisse croire la loi du 2 juillet 2003, ou encore à substituer au régime d'autorisation administrative, auquel sont soumises les ventes en liquidation, un régime de déclaration préalable, etc. Au demeurant, la loi ayant accordé sur la plupart des points visés un délai de 12 mois au gouvernement pour rédiger ses ordonnances, l'urgence annoncée apparaît au fond toute relative. L'essentiel est en réalité ailleurs : derrière l'idée de simplification fournie en guise de justification par le gouvernement et admise avec souplesse par le Conseil constitutionnel, c'est en réalité une admission de la législation par l'exécutif qui se trouve consacrée. Sans doute observera-t-on qu'à vider ainsi le Parlement de ses prérogatives, on finira bien par dégager son ordre du jour... ce qui empêchera alors le recours aux ordonnances. Mais ce serait oublier que, dans le même temps, les projets de loi abondent, qui pourront à leur tour justifier le contournement du Parlement, et appeler de nouvelles règles de simplification du droit. La complexité s'autogénère, même en période affichée de simplification du droit.

D) Le droit européen : le droit de l'Union européenne et le droit conventionnel européen.

Doc. 9 : Article 5 du Traité sur l'Union européenne (TUE).

« 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.

2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.

3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au

niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

[...]

4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. »

Doc. 10. : CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6-64.

Cet arrêt est une réponse à une question préjudicielle. Une question préjudicielle est une question posée par une juridiction nationale, qui saisit alors la Cour de justice (anciennement Cour de justice des Communautés européennes [qui étaient la Communauté européenne du charbon et de l'acier, CECA, la Communauté économique européenne, CEE, et la Communauté européenne de l'énergie atomique, CEEA]), sur l'interprétation de la législation européenne.

Dans cette affaire portant sur la transposition d'une directive européenne par une loi italienne, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) énonce :

« MOYEN TIRE DE L'OBLIGATION POUR LE JUGE D'APPLIQUER LA LOI INTERNE

ATTENDU QUE LE GOUVERNEMENT ITALIEN SOULEVE " L'IRRECEVABILITE ABSOLUE " DE LA DEMANDE DU GIUDICE CONCILIATORE, AU MOTIF QUE LA JURIDICTION NATIONALE, TENUE D'APPLIQUER UNE LOI INTERNE NE PEUT FAIRE USAGE DE L'ARTICLE 177 ;

ATTENDU QU'A LA DIFFERENCE DES TRAITES INTERNATIONAUX ORDINAIRES, LE TRAITE DE LA C.E.E . A INSTITUE UN ORDRE JURIDIQUE PROPRE, INTEGRE AU SYSTEME JURIDIQUE DES ETATS MEMBRES LORS DE L'ENTREE EN VIGUEUR DU TRAITE ET QUI S'IMPOSE A LEURS JURIDICTIONS ;

QU'EN EFFET, EN INSTITUANT UNE COMMUNAUTE DE DUREE ILLIMITEE, DOTE D'INSTITUTIONS PROPRES, DE LA PERSONNALITE, DE LA CAPACITE JURIDIQUE, D'UNE CAPACITE DE REPRESENTATION INTERNATIONALE ET PLUS PARTICULIEREMENT DE POUVOIR REELS ISSUS D'UNE LIMITATION DE COMPETENCE OU D'UN TRANSFERT D'ATTRIBUTIONS DES ETATS A LA COMMUNAUTE, CEUX-CI ONT LIMITE, BIEN QUE DANS DES DOMAINES RESTREINTS, LEURS DROITS SOUVERAINS ET CREE AINSI UN CORPS DE DROIT APPLICABLE A LEURS RESSORTISSANTS ET A EUX-MEMES ;

[...]

ATTENDU QUE LA PREEMINENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE EST CONFIRMEE PAR L'ARTICLE 189 AUX TERMES DUQUEL LES REGLEMENTS ONT VALEUR " OBLIGATOIRE " ET SONT " DIRECTEMENT APPLICABLES DANS TOUT ETAT MEMBRE " ;

[...]

ATTENDU QU'IL RESULTE DE L'ENSEMBLE DE CES ELEMENTS, QU'ISSU D'UNE SOURCE AUTONOME, LE DROIT NE DU TRAITE NE POURRAIT DONC, EN RAISON DE SA NATURE SPECIFIQUE ORIGINALE, SE VOIR JUDICIAIREMENT OPPOSER UN TEXTE INTERNE QUEL QU'IL SOIT, SANS PERDRE SON CARACTERE COMMUNAUTAIRE ET SANS QUE SOIT MISE EN CAUSE LA BASE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTE ELLE-MEME ;

QUE LE TRANSFERT OPERE PAR LES ETATS, DE LEUR ORDRE JURIDIQUE INTERNE AU PROFIT DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE, DES DROITS ET OBLIGATIONS CORRESPONDANT AUX DISPOSITIONS DU TRAITE, ENTRAINE DONC UNE LIMITATION DEFINITIVE DE LEURS DROITS SOUVERAINS CONTRE LAQUELLE NE SAURAIT PREVALOIR UN ACTE UNILATERAL ULTERIEUR INCOMPATIBLE AVEC LA NOTION DE COMMUNAUTE ; »

Doc. 11. : CEDH, gr. ch., 19 décembre 2018, n°20452/14, Molla Sali c/ Grèce.

Les faits de l'affaire sont les suivants :

Une ressortissante grecque hérite de son époux l'ensemble de ses biens à son décès par un testament établi devant notaire par ce dernier. Les sœurs du défunt ont alors contesté la validité du testament estimant que le régime de la succession applicable était soumis à la loi musulmane, la charia, et à la compétence du mufti et non pas aux dispositions du code civil grec, leur frère appartenant à la communauté musulmane de Thrace. Les sœurs évoquaient notamment les traités de Sèvres de 1920 et le traité de Lausanne de 1923 qui prévoyaient l'application des coutumes musulmanes et de la loi sacrée musulmane aux ressortissants grecs de confession musulmane. La Cour de cassation grecque leur donna raison.

La veuve a alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant en particulier les articles 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme et premier du Protocole n°1 (protection de la propriété) à la Convention. La veuve considérait que l'application de la charia pour régler les questions de succession et non pas le droit commun applicable à tous les citoyens grecs constituait une discrimination fondée sur la religion ayant conduit à la priver des trois quarts de son héritage.

Article 14 :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Article 1 du Protocole n°1 :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

L'arrêt :

« 3. Appréciation de la Cour

a. Remarques préliminaires et méthode suivie

122. La présente affaire porte sur le droit pour la requérante de tirer bénéfice d'un testament établi en sa faveur, conformément au code civil, par un testateur grec de confession musulmane. Alors que le mari de la requérante, dans le cadre d'un testament établi selon le droit civil devant un notaire avait décidé de lui léguer l'ensemble de ses biens, la Cour de cassation a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer à cette succession le droit successoral musulman. En conséquence de quoi, la requérante a été privée du bénéfice du testament que son époux avait établi et qui s'en est trouvé dépourvu de tout effet juridique. La Cour a décidé ci-dessus (paragraphe 86 ci-dessus) d'examiner l'affaire sous le seul angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no 1. Dans l'examen de ce grief,

la Cour se penchera d'abord sur la question de l'applicabilité aux faits de la cause de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no 1. **Elle recherchera ensuite si la requérante, en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur de confession musulmane, en l'occurrence son époux, se trouvait dans une situation analogue ou comparable à celle d'une bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, et si elle a fait l'objet d'une différence de traitement. En cas de réponse positive à ces questions, la Cour sera appelée, enfin, à dire si la différence litigieuse avait une justification objective et raisonnable.**

[...]

c. Sur l'observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no 1

i) Principes généraux

133. **Pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables** (voir, parmi beaucoup d'autres, Konstantin Markin c. Russie [GC], no 30078/06, § 125, CEDH 2012 ; X et autres c. Autriche [GC], no 19010/07, § 98, CEDH 2013 ; Khamtokhu et Aksenchik c. Russie [GC], nos 60367/08 et 961/11, § 64, 24 janvier 2017, et Fábíán, précité, § 113). En d'autres termes, l'obligation de démontrer l'existence d'une « situation analogue » n'implique pas que les catégories comparées doivent être identiques.

134. **Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de l'article 14. Seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou « situation », sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14** (Fábíán, précité, § 113, et les affaires qui y sont citées). Sur ce point, la Cour rappelle que, dans sa jurisprudence, elle entend généralement en un sens large l'expression « autre situation » (Carson et autres, précité, § 70) et que l'interprétation de celle-ci ne se limite pas aux caractéristiques qui présentent un caractère personnel en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes à la personne (Clift c. Royaume-Uni, no 7205/07, §§ 56-59, 13 juillet 2010). Par exemple, un problème de discrimination a surgi dans des affaires où la situation des requérants, qui selon eux avait servi de fondement à un traitement discriminatoire, avait été déterminée au regard de leurs circonstances familiales, par exemple le lieu de résidence de leurs enfants (Efe c. Autriche, no 9134/06, § 48, 8 janvier 2013). Dès lors, au vu de sa finalité et de la nature des droits qu'il est censé protégé, l'article 14 s'étend aussi aux circonstances dans lesquelles le traitement défavorable d'un individu est lié à la situation ou aux caractéristiques protégées d'une autre personne (Guberina c. Croatie, no 23682/13, 78, 22 mars 2016, et Škorjanec c. Croatie, no 25536/14, § 55, 28 mars 2017, ainsi que Weller c. Hongrie, no 44399/05, § 37, 31 mars 2009).

135. La Cour rappelle aussi que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, **l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Au regard de cette disposition, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »** (Fabris, précité, § 56).

[...]

ii) Application des principes en l'espèce

a) Existence d'une situation analogue ou comparable et d'une différence de traitement

138. Il convient avant tout de rechercher si la requérante, **une femme mariée bénéficiaire du testament de son mari musulman**, se trouvait dans une **situation analogue ou comparable à celle d'une femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari non musulman.**

[...]

140. Or, par son arrêt du 7 octobre 2013, la Cour de cassation a infirmé l'arrêt de la cour d'appel de Thrace du 28 septembre 2011, lequel avait confirmé le jugement du tribunal de première instance de Rhodope. Pour la cour d'appel, le testateur étant libre de choisir le type de testament dans l'exercice de ses droits et donc de faire établir un testament public, conformément à l'article 1724 du code civil, il n'avait pas à se soumettre au droit islamique, qui ne régissait pas les questions de testament public (paragraphe 15 ci-dessus). La Cour de cassation a néanmoins considéré que la cour d'appel avait violé la loi, au motif que la loi applicable à la succession du défunt était le droit successoral musulman, qui faisait partie du droit interne et qui, en Grèce, s'appliquait spécifiquement aux musulmans grecs. Elle a dit plus particulièrement que les biens successoraux concernés appartenaient à la catégorie des moukia, en conséquence de quoi le testament public litigieux ne produisait aucun effet juridique. **En statuant ainsi, elle a placé la requérante dans une situation différente par rapport à une femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari non musulman.** À cet égard, la Cour note aussi que plusieurs organes internationaux ont mis en relief cette question (paragraphe 71-77 ci-dessus).

141. En conclusion, la requérante, **en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur de confession musulmane, se trouvait dans une situation comparable à celle d'un bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, et elle a été traitée différemment sur le fondement d'une « autre situation », en l'occurrence la religion du testateur.**

b) Justification de la différence de traitement

142. La Cour rappelle que son rôle n'est pas de se prononcer sur l'interprétation la plus correcte de la législation interne, mais de rechercher si la manière dont cette législation a été appliquée a enfreint les droits garantis au requérant par l'article 14 de la Convention. En l'espèce, elle est donc appelée à dire **si la différence de traitement litigieuse, qui prenait sa source dans l'application du droit interne, avait une justification objective et raisonnable** (voir, parmi beaucoup d'autres et mutatis mutandis, Fabris, précité, § 63, et Pla et Puncernau c. Andorre, CEDH 2004-VIII, § 46).

– Sur la poursuite d'un but légitime

143. **Le Gouvernement soutient que la jurisprudence constante de la Cour de cassation sert un but d'intérêt public, en l'occurrence la protection de la minorité musulmane de Thrace.** Bien qu'elle comprenne que la Grèce soit tenue par ses obligations internationales relativement à la protection de cette minorité, la Cour doute, au vu des circonstances particulières de l'espèce, que la mesure dénoncée concernant les droits successoraux de la requérante soit appropriée pour réaliser ce but. Cela étant, **la Cour n'a pas à se forger une opinion définitive sur ce point puisqu'en tout état de cause cette mesure n'était pas proportionnée au but poursuivi.**

– Sur la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé

144. Il reste à examiner la question de la proportionnalité de ladite différence de traitement à ce but.

145. La Cour relève tout d'abord que **l'application de la charia à la succession en cause a eu de lourdes conséquences pour la requérante, qui s'est vu privée des trois quarts de l'héritage.**

146. **La Cour de cassation et le Gouvernement justifient cette mesure en s'appuyant principalement sur le devoir pour la Grèce de respecter ses obligations internationales ainsi que la condition spécifique de la minorité musulmane de Thrace.** La Cour note d'emblée que la Cour de cassation a appliqué le droit successoral musulman, dans les circonstances de l'espèce, en se fondant sur des dispositions de droit international, à savoir l'article 11 du traité d'Athènes de 1913, et sur des dispositions de droit interne, à savoir les articles 4 de la loi no 147/1914, 10 de la loi no 2345/1920 (votées en exécution du traité d'Athènes) et 5 § 2 de la loi no 1920/1991 (paragraphe 18 ci-dessus).

[...]

154. En plus, la Cour ne peut que constater que **plusieurs organes internationaux se sont dit préoccupés par l'application de la charia aux musulmans grecs de Thrace occidentale et par la**

discrimination ainsi créée notamment au détriment des femmes et des enfants, non seulement au sein même de la minorité par rapport aux hommes, mais également vis-à-vis des grecs non musulmans. Ainsi, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les droits des minorités en Grèce, a relevé que l'application de la charia aux questions relevant du droit de la famille et des successions était incompatible avec les engagements internationaux contractés par la Grèce, surtout après la ratification par celle-ci des traités internationaux et européens postérieurs à 1948 en matière de protection des droits de l'homme, mais aussi des droits de l'enfant et des droits de la femme. Il a recommandé aux autorités grecques d'interpréter le traité de Lausanne et tout autre traité conclu au début du XXe siècle dans le respect des obligations découlant des instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme (paragraphe 75 ci-dessus). D'autres organes internationaux se sont prononcés dans le même sens (paragraphe 70-73 et 76-77 ci-dessus)

155. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, **la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire** (İzzettin Doğan et autres, précité, § 164).

156. En outre, **rien ne permet de dire qu'un testateur de confession musulmane ayant établi un testament conformément au code civil renonce automatiquement à son droit, ou à celui de ses bénéficiaires, de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur sa religion. Les convictions religieuses d'une personne ne peuvent valablement valoir renonciation à certains droits si pareille renonciation se heurte à un intérêt public important** (Konstantin Markin, précité, § 150). L'État ne peut quant à lui assumer le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci.

157. Refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci (paragraphe 67-68 ci-dessus). Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même. C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel « aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés ». Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel n'oblige une personne à se soumettre contre sa volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités.

[...]

161. En conclusion, au vu des considérations ci-dessus, la Cour estime que **la différence de traitement subie par la requérante en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur de confession musulmane, par rapport à une bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, n'avait pas de justification objective et raisonnable.**

162. Eu égard à ce qui précède, la Cour rejette l'exception tirée par le Gouvernement d'un défaut de qualité de victime de la requérante et estime qu'**il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention.** »

II. Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

Doc. 12 : Cons. const., 30 juillet 2010, déc. n°2010-14/22 QPC.

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu [...]

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les questions prioritaires de constitutionnalité portent sur les mêmes dispositions ; qu'il y a lieu, par suite, de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. [...]

3. Considérant qu'aux termes de l'article 63 de ce même code : « L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République.

« La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue.

« Sur instructions du procureur de la République, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.

[...]

4. Considérant qu'aux termes de son article 63-1 : « Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63.

[...]

« Les informations mentionnées au premier alinéa doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits.

« Si cette personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité.

« Si la personne est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'aucune décision n'ait  t e prise par le procureur de la République sur l'action publique, les dispositions de l'article 77-2 sont portées à sa connaissance.

« Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue » ;

5. Considérant qu'aux termes de son article 63-4 : « Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

« Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

« L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

« À l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

« L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

« Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents.

« Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue » ;

[...]

8. Considérant que les requérants font valoir, en premier lieu, que les conditions matérielles dans lesquelles la garde à vue se déroule méconnaîtraient la dignité de la personne ;

9. Considérant qu'ils soutiennent, en deuxième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer une personne en garde à vue méconnaîtrait le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; que le procureur de la République ne serait pas une autorité judiciaire indépendante ; qu'il ne serait informé qu'après la décision de placement en garde à vue ; qu'il a le pouvoir de la prolonger et que cette décision peut être prise sans présentation de la personne gardée à vue ;

10. Considérant qu'ils estiment, en troisième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît le principe résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prohibe toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer d'une personne mise en cause ;

11. Considérant que les requérants font valoir, en quatrième lieu, que la personne gardée à vue n'a droit qu'à un entretien initial de trente minutes avec un avocat et non à l'assistance de ce dernier ; que l'avocat n'a pas accès aux pièces de la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires ; que la personne gardée à vue ne reçoit pas notification de son droit de garder le silence ; que, dès lors, le régime de la garde à vue méconnaîtrait les droits de la défense, les exigences d'une procédure juste et équitable, la présomption d'innocence et l'égalité devant la loi et la justice ; qu'en outre, le fait que, dans les enquêtes visant certaines infractions, le droit de s'entretenir avec un avocat soit

reporté à la quarante-huitième ou à la soixante-douzième heure de garde à vue méconnaîtrait les mêmes exigences ;

- SUR LES ARTICLES 63-4, ALINÉA 7, ET 706-73 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

12. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

13. Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi du 9 mars 2004 susvisée ; que les requérants contestaient notamment la conformité à la Constitution des dispositions de ses articles 1er et 14 ; que, dans les considérants 2 et suivants de sa décision du 2 mars 2004 susvisée, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 1er qui « insère dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XXV intitulé : " De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées " » et comportait l'article 706-73 du code de procédure pénale ; qu'en particulier, dans les considérants 21 et suivants de cette même décision, il a examiné les dispositions relatives à la garde à vue en matière de criminalité et de délinquance organisées et, parmi celles-ci, le paragraphe I de l'article 14 dont résulte le septième alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale ; que l'article 2 du dispositif de cette décision a déclaré les articles 1er et 14 conformes à la Constitution ; que, par suite, le septième alinéa de l'article 63-4 et l'article 706-73 du code de procédure pénale ont déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; qu'en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen de ces dispositions ;

- SUR LES ARTICLES 62, 63, 63-1, 63-4, ALINÉAS 1er À 6, ET 77 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

14. Considérant que, dans sa décision susvisée du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel n'a pas spécialement examiné les articles 63, 63 1, 63-4 et 77 du code de procédure pénale ; que, toutefois, il a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à ces articles par les dispositions alors soumises à son examen ; que ces dispositions étaient relatives aux conditions de placement d'une personne en garde à vue et à la prolongation de cette mesure, au contrôle de celle-ci par le procureur de la République et au droit de la personne gardée à vue d'avoir un entretien de trente minutes avec un avocat ; que, postérieurement à la loi susvisée du 24 août 1993, ces articles du code de procédure pénale ont été modifiés à plusieurs reprises ; que les dispositions contestées assurent, en comparaison de celles qui ont été examinées par le Conseil dans sa décision du 11 août 1993, un encadrement renforcé du recours à la garde à vue et une meilleure protection des droits des personnes qui en font l'objet ;

15. Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale ;

16. Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement

dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en oeuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, **il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ;**

17. Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er février 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, **le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 ;**

18. Considérant que ces évolutions ont contribué à **banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ;**

En ce qui concerne le grief tiré de l'atteinte à la dignité de la personne :

(...)

En ce qui concerne les autres griefs :

21. Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance » ; qu'aux termes de son article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;

22. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la procédure pénale ; qu'aux termes de son article 66 : « 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 » ;

23. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

24. Considérant, en outre, qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ;

25. Considérant qu'en elles-mêmes, les évolutions rappelées ci-dessus ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle ; que la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire ; que, toutefois, **ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense ;**

26. [...]

27. [...]

28. Considérant, d'autre part, que les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 **ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ;**

29. Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale **n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ;**

- SUR LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ :

30. Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1er juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité,

DÉCIDE :

Article 1er.- Les articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 sont contraires à la Constitution.

Article 2.- La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet le 1er juillet 2011 dans les conditions fixées au considérant 30.

[...]

Doc. 13 : « Garde à vue et CEDH : la France condamnée à Strasbourg » par Jean-François Renucci, Professeur à l'Université de Nice-Sophia-Antipolis, Recueil Dalloz 2010 p.2950.

A PROPOS DE L'ARRÊT BRUSCO CONTRE FRANCE, CEDH, 14 octobre 2010.

1 - A la suite des arrêts Salduz puis Dayanan condamnant la Turquie, nous nous interrogeons sur la réglementation française de la garde à vue. Nous nous demandons alors si le système français était pleinement conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, tout en faisant part de nos doutes et de nos craintes. L'arrêt Brusco, objet du présent commentaire, apporte la preuve que ces craintes étaient fondées, la France étant condamnée à son tour, et pour la première fois en ce qui concerne la garde à vue, pour non-conformité au droit européen. Cette condamnation n'est donc pas une surprise, d'autant plus qu'auparavant le Conseil constitutionnel avait estimé que certaines conditions de la garde à vue étaient inconstitutionnelles ; par la suite, trois arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation mettront en évidence leur inconstitutionnalité.

2 - En l'espèce, le requérant allègue de plusieurs violations de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, principalement une atteinte à son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il soutient que l'obligation de prêter serment pour une personne placée en garde à vue porte nécessairement atteinte à ce droit.

Une question préalable devait cependant être réglée : celle de l'applicabilité de l'article 6. A l'époque des faits, une personne pouvait être placée en garde à vue pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire, sans que pèsent contre elle des indices graves et concordants. Toutefois, même dans ce cas, la personne mise en cause est un « accusé » au sens européen du terme puisque cela peut avoir des répercussions importantes sur sa situation. L'article 6 de la Convention est donc applicable, d'autant plus qu'en l'espèce les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à suspecter le requérant d'avoir participé à l'infraction. La solution retenue par la Cour n'est guère surprenante, tant il est vrai que la notion d'accusation, qui est un concept autonome, est traditionnellement interprétée extensivement.

3 - Le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est pas expressément garanti par l'article 6 de la Convention. Mais il est vrai que, par une interprétation extensive, les juges européens en ont fait une garantie forte, tirant du droit à un procès équitable la règle selon laquelle tout accusé dispose de ce droit. Le fait que cette garantie ne soit qu'implicite n'altère guère sa force, le droit de se taire étant au cœur même de la notion de procès équitable, même s'il ne peut être absolu. Sa finalité est de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention. Conformément aux exigences conventionnelles, un accusé peut garder le silence et l'accusation ne saurait chercher à fonder son argumentation en recourant à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé.

La Cour a donc jugé que le fait d'avoir dû prêter serment « de dire la vérité, rien que la vérité » a constitué pour le requérant placé en garde à vue une forme de pression incompatible avec les exigences du droit à un procès équitable. En outre, pour les juges de Strasbourg, le risque de poursuites pénales en cas de témoignage mensonger a assurément rendu la prestation de serment plus

contraignante. Il y a donc violation de l'article 6 de la Convention. A noter que pareille situation ne peut plus se reproduire puisque, depuis une loi de 2004, l'obligation de prêter serment et de déposer n'est plus applicable aux personnes gardées à vue. Toutefois, dans cette même affaire Brusco, les juges européens apportent une autre précision qui, elle, conserve toute son actualité puisqu'elle concerne la présence de l'avocat pendant la garde à vue.

4 - En effet, la Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire. Reprenant ainsi les principes dégagés dans les affaires Salduz et Dayanan, les juges européens insistent plus particulièrement sur le rôle de l'avocat pendant la garde à vue. Comme nous l'avions alors précisé, non seulement cet avocat doit être présent immédiatement, mais son assistance doit être effective.

Dans l'affaire Brusco, la Cour relève que le requérant n'a pas été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire. Elle souligne également qu'il n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue (conformément à l'anc. art. 63-4 c. pr. pén.). Pour les juges européens, l'avocat n'a donc pas été en mesure d'informer le requérant de son droit à garder le silence et à ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ; ils remarquent aussi que l'avocat n'a pu l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui ont suivi, ce qui est contraire aux exigences de l'article 6 de la Convention. L'assistance de l'avocat doit donc bien être effective, le défenseur devant pouvoir jouer pleinement son rôle.

Compte tenu de la jurisprudence européenne et nationale, il est vraisemblable que la chancellerie soit amenée à revoir son projet de réforme, la simple modification de la garde à vue de droit commun pouvant s'avérer insuffisante au regard des impératifs européens, tout comme certaines solutions nouvelles telle l'audition libre. La présence effective de l'avocat dès les premières heures de la garde à vue et en toutes hypothèses semble inéluctable ; il sera sans doute difficile de justifier une éventuelle intervention différée de l'avocat, sauf cas vraiment très exceptionnel comme une situation d'urgence et des déclarations ne présentant pas un caractère incriminant, ou plus généralement l'existence de « raisons impérieuses ». Il reste que des questions se posent : simple arrêt d'espèce traitant d'un cas particulier de droit commun ou, plus probablement, condamnation plus large de la garde à vue à la française ? Il serait certainement opportun que la grande chambre soit amenée à préciser la portée de l'arrêt Brusco et, plus généralement, celle de la jurisprudence européenne relative aux privations de liberté. Toutefois, même si l'arrêt Brusco n'est pas encore définitif et avant même les éventuelles précisions de la grande chambre, la prise en compte de ces nouvelles réalités par les autorités publiques est un impératif majeur. Certes, l'arrêt porte davantage sur le droit au silence que sur l'assistance de l'avocat, mais, d'une part, il fait le lien entre les deux garanties et, d'autre part, le fait de rappeler (et donc de confirmer) l'effectivité du rôle du défenseur pendant une garde à vue n'est certainement pas le fruit du hasard.

Doc. 14 : Garde à vue : offensive décisive de la chambre criminelle – Cour de cassation, crim. 19 octobre 2010 – D. 2010. 2809. Par S. Lavric.

Par ces trois arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle, en sa formation plénière, a jugé contraire au droit à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, plusieurs dispositions régissant la garde à vue, dont certaines n'avaient pas été touchées par la décision d'inconstitutionnalité du 30 juillet 2010 et ne sont, d'ores et déjà, pas appréhendées par le projet de loi présenté, le 13 octobre, par le garde des Sceaux.

La Cour de cassation délivre donc son « brevet de conventionnalité » à la garde à vue française, en (im)posant le respect des principes suivants (pour leur rappel et leur première application à la France, V. CEDH 14 oct. 2010, Brusco c/ France, n° 1466/07) :

- la restriction du droit à l'assistance par un avocat dès le début de la mesure, en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale, doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction ;

- la personne gardée à vue doit être informée de son droit de garder le silence ;

- elle doit également bénéficier de l'assistance d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer ses interrogatoires, auxquels l'avocat doit pouvoir assister.

Une fois ces principes énoncés, restait un problème - de taille - à régler : celui de leur application dans le temps. La chambre criminelle contourne la difficulté, emboîtant, en quelque sorte, le pas au Conseil constitutionnel. Elle précise ainsi, pour chaque arrêt, qu'il « n'encourt pas l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice », et que « ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 ».

La Chancellerie se trouve donc aujourd'hui dans l'obligation de revoir son projet. Réagissant à ces trois arrêts, Michèle Alliot-Marie a indiqué que le texte serait complété par voie d'amendement en ce qui concerne les régimes dérogatoires. Pour le reste, elle a réaffirmé que ces décisions de la chambre criminelle « confortaient » le nouveau dispositif de la garde à vue, s'agissant de la notification du droit au silence, de la présence de l'avocat lors des interrogatoires, et du report possible de la présence de l'avocat par une décision motivée par un magistrat.

Doc. 15 : Cass., A.P., 15 avril 2011, n°10-30.313.

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'ordonnance attaquée (Rennes, 25 janvier 2010), rendue par le premier président d'une cour d'appel, et les pièces de la procédure, que Mme Y..., de nationalité kenyane, en situation irrégulière en France, a été placée en garde à vue le 22 janvier 2010 à compter de 8 heures 15 ; qu'elle a demandé à s'entretenir avec un avocat commis d'office ; que l'avocat de permanence en a été informé à 8 heures 35 ; que Mme Y... a été entendue par les militaires de la gendarmerie de 9 heures 45 à 10 heures 10, puis de 10 heures 25 à 10 heures 55 ; qu'elle s'est entretenue avec un avocat à une heure non précisée ; que le préfet des Deux-Sèvres lui a notifié un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de placement en rétention administrative le 22 janvier 2010 ; qu'il a saisi un juge des libertés et de la détention d'une demande de prolongation de la rétention ; que Mme Y... a soutenu qu'elle n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un avocat dès le début de sa garde à vue et pendant son interrogatoire ; que le procureur général près la cour d'appel a interjeté appel de la décision ayant déclaré la procédure de garde à vue irrégulière ;

Attendu que le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait grief à l'ordonnance de refuser la prolongation de la rétention et d'ordonner la mise en liberté de Mme Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que par application de l'article 46 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un Etat n'est tenu que de se conformer aux décisions rendues dans les litiges auxquels il est directement partie ;

2°/ que, de l'article 63-4 du code de procédure pénale, il résulte qu'en droit français, les personnes gardées à vue pour une infraction de droit commun ont toutes accès à un avocat qui peut intervenir avant même le premier interrogatoire réalisé par les enquêteurs puisque, aux termes de cet article, dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat, au besoin commis d'office par le bâtonnier ; que s'il ne peut assister aux interrogatoires du mis en cause, l'avocat

qui est informé de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, peut toutefois s'entretenir avec le gardé à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien et qu'à l'issue de cet entretien, d'une durée maximale de trente minutes, il peut présenter des observations écrites qui sont jointes à la procédure ;

3°/ qu'aucune disposition de procédure pénale, d'une part, n'impose à l'officier de police judiciaire d'indiquer l'heure à laquelle l'entretien avec l'avocat se déroulait, d'autre part, ne l'oblige à différer l'audition d'une personne gardée à vue dans l'attente de l'arrivée de l'avocat assurant l'entretien prévu, et enfin n'exige de l'avocat désigné pour assister le gardé à vue qu'il informe l'officier de police judiciaire et le gardé à vue de sa décision d'intervenir ou non et de l'éventuel moment de son intervention ;

Mais attendu que les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ;

Et attendu qu'après avoir retenu qu'aux termes de ses arrêts *Salduz c/ Turquie* et *Dayanan c/ Turquie* rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde, soit effectif et concret, il fallait, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires, le premier président qui a relevé, qu'en l'absence d'indication de l'heure à laquelle Mme Y... avait pu s'entretenir avec un avocat, il était impossible de savoir si elle avait bénéficié des garanties prévues à l'article 6 § 3, a pu en déduire que la procédure n'était pas régulière, et décider qu'il n'y avait pas lieu de prolonger la rétention ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Doc. 16 : Cass., Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2020, n°19-10.375.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 novembre 2018), rendu en référé, Mme X... est propriétaire d'une parcelle cadastrée [...] et située à Chelles, qu'elle a reçue en donation en avril 2004.

2. Se plaignant de divers aménagements réalisés sur ce terrain, classé en zone naturelle par le plan local d'urbanisme, et de la construction d'un chalet en bois où Mme X... réside avec M. Y... et leurs enfants communs, la commune de Chelles les a assignés en référé pour obtenir la démolition des constructions et l'expulsion des occupants.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. Mme X... et M. Y... font grief à l'arrêt d'accueillir la demande en démolition, alors qu'« il appartient au juge, en matière de violation d'une règle d'urbanisme lors de l'édification d'une construction, d'apprécier concrètement si une mesure de remise en état, impliquant l'expulsion d'une famille et la destruction de son logement, porterait une atteinte disproportionnée au droit de ses membres au

respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile ; qu'en se bornant à prendre en considération l'importance purement théorique de l'irrégularité affectant les constructions des conjoints X... et Y... par rapport aux dispositions d'urbanisme, et à affirmer péremptoirement que le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile ne fait pas obstacle à la protection de l'environnement assurée par des dispositions d'urbanisme impératives destinées à préserver l'intérêt public de la commune et de ses habitants, sans rechercher concrètement, comme elle y était expressément invitée, si les mesures d'expulsion et de destruction des constructions litigieuses qu'elle envisageait de prononcer étaient de nature à porter une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile, dès lors que le couple habitait avec ses trois enfants mineurs sur ce terrain depuis l'acquisition du bien en 2004, que M. Y... était inscrit comme artisan au registre des métiers à cette adresse, que leur fille, Mlle A... Y..., était scolarisée à l'école de Chelles, et que l'environnement immédiat de leur parcelle était par ailleurs très urbanisé, avec de nombreuses constructions pavillonnaires de l'autre côté de la rue, et se situait au croisement de deux voies de circulation équipées en eau, électricité et réseaux d'assainissement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 809 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

4. Aux termes de ce texte : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

5. Pour accueillir la demande de démolition, l'arrêt retient que le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile ne fait pas obstacle à la protection de l'environnement assurée par des dispositions d'urbanisme impératives destinées à préserver l'intérêt public de la commune et de ses habitants, que les droits fondamentaux invoqués par Mme X... et M. Y... ne sauraient ôter au trouble que constitue la violation réitérée et en toute connaissance de cause des règles d'urbanisme en vigueur son caractère manifestement illicite et que les mesures de démolition et d'expulsion sollicitées sont proportionnées au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile de Mme X... et M. Y..., l'expulsion devant s'entendre des constructions à vocation d'habitation édifiées sur la parcelle [...] et non de l'ensemble de la parcelle puisque Mme X... en est propriétaire.

6. En se déterminant ainsi, par un motif inopérant tiré de ce que la mesure d'expulsion ne concerne que les constructions à usage d'habitation, sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile de Mme X... et de M. Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

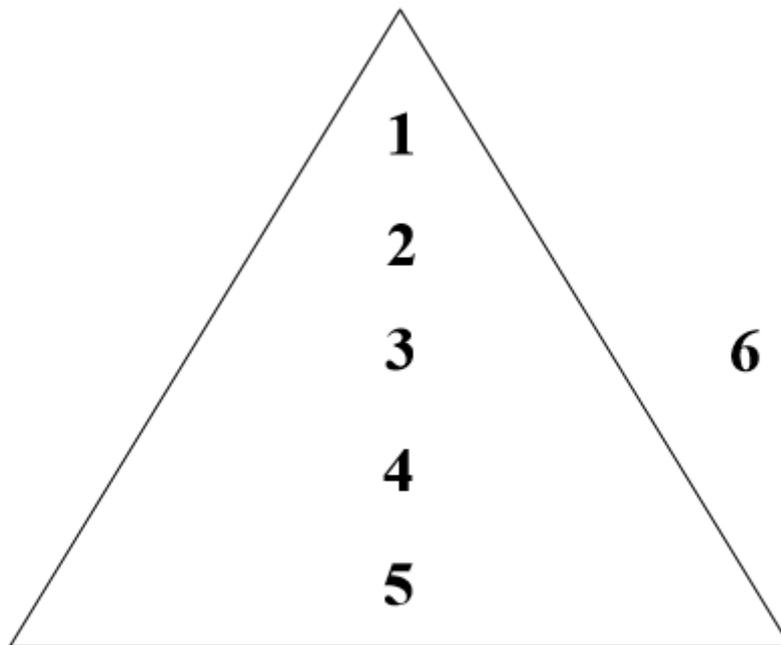
PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 novembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

EXERCICES :

1. Lire les documents.
2. Indiquer pour les normes suivantes leur place dans la pyramide de Kelsen.

- | | |
|----------------------------------|---|
| - La loi | - Le préambule de la Constitution de 1946 |
| - Les PFRLR | - La jurisprudence |
| - Les arrêtés | - La DDHC |
| - Le droit de l'Union européenne | - La coutume |
| - La Constitution de 1958 | - La Charte de l'environnement |
| - Les contrats | - Les actes unilatéraux |
| - Les traités internationaux | - Les décrets |
| - Les PGDs | - Les conventions collectives |



3. Commenter l'arrêt du document 16 (Introduction et plan détaillé avec chapeaux et transitions).