

COMPTE RENDU
de la SÉANCE du
Mardi 5 Mai 1998

La séance est ouverte à 11 heures, sous la présidence de Monsieur Yves GUÉNA, Doyen d'âge, en présence de tous les conseillers, excepté Monsieur le Président Roland DUMAS.

Monsieur le Président : Le Président Roland DUMAS m'avait fait savoir la semaine dernière qu'il présiderait notre séance. Mais il nous a prévenu hier qu'il avait des séquelles secondaires de son opération qui lui font renoncer à son projet.

Nous sommes en nombre pour délibérer -nous sommes huit- mais le Préfet ABADIE devra s'absenter en cours de séance et Monsieur MAZEAUD veut faire une mise au point sur sa présence : je lui donne tout de suite la parole.

Monsieur MAZEAUD : Etant intervenu dans le débat à l'Assemblée nationale sur ce qui est devenu l'article 29, contesté dans la saisine, le recours reprenant des arguments que j'avais développés, je considère qu'il convient que je me déporte sur cette question et que cela soit mentionné au Journal officiel.

Monsieur GUÉNA : Je comprends parfaitement votre position, surtout à la suite de l'intervention quelque peu intempestive de l'un de vos anciens collègues. Il nous restera à trouver une formule pour l'indiquer au Journal officiel.

Quoiqu'il arrive au cours de la séance, je constate que le quorum est réuni à son ouverture, ce qui est suffisant.

Madame VEIL : Comme présidente du Haut comité pour l'intégration, j'avais été conduite à donner un avis, favorable, à l'avant-projet de loi ayant donné naissance au texte qui nous est déféré et je tenais préalablement à vous en informer.

Monsieur COLLIARD et Monsieur MAZEAUD : Oui, mais ce n'est pas un avis juridique que vous étiez appelée à rendre.

Monsieur GUÉNA : Je crois que le Conseil ne voit aucune objection à ce que vous siégiez et délibériez avec nous.

Je ferai une dernière remarque, qui a trait à notre formation en nombre pair. Si nous devons être conduits à nous partager en nombre égal, je crois qu'il conviendrait d'adopter la règle en vigueur dans les assemblées parlementaires. La censure, si elle ne recueillait que quatre voix sur huit, serait alors rejeté et partant, la disposition législative en cause, validée. Nous sommes en effet dans une situation différente de celle -inextricable- d'un contentieux électoral où le rejet d'un projet, par exemple de validation de l'élection- n'entraîne pas *ipso facto* annulation de l'élection.

Monsieur COLLIARD : Sans doute devra-t-on reprendre la question, d'autant que la situation actuelle pourrait se reproduire. Je pense -et je le dis sans flagornerie- que rien n'interdit au Doyen d'âge d'exercer l'ensemble des pouvoirs conférés au Président du Conseil constitutionnel.

Monsieur GUÉNA : Oui, mais nous avons tranché ce point en sens inverse, en considérant que seul le Président du Conseil constitutionnel, nommé par le Président de la République, dispose de la voix prépondérante prévue à l'article 56 de la Constitution. Nous passons maintenant à notre ordre du jour. Monsieur LANCELOT, vous avez la parole sur le déclassement.

Monsieur LANCELOT : La loi du 2 mai 1930 relative à « la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque » institue dans chaque département, en son article 1er, une commission des sites, perspectives et paysages présidée par le préfet et créée, en son article 3, une commission supérieure des sites, perspectives et paysages présidée par le ministre chargé des sites. La commission départementale des sites prend l'initiative de proposer les inscriptions ou classements qu'elle juge utiles et donne son avis sur les inscriptions qui lui sont soumises. Pour sa part, la commission supérieure se prononce sur les propositions de classement. L'inscription est prononcée par arrêté préfectoral ; le classement relève, selon le cas, de l'arrêté ministériel ou du décret en Conseil d'Etat. Inscription et classement entraînent des conséquences importantes sur les droits du propriétaire (nécessité d'une autorisation pour les travaux autres que d'entretien normal), ainsi que des tiers (nécessité de l'accord de l'architecte des bâtiments de France pour toute construction située dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit).

Jusqu'en 1993, la composition des deux commissions était renvoyée au décret en Conseil d'Etat (décret n° 70-288 du 31 mars 1970). L'article 22 de la

loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 (sur la protection et la mise en valeur des paysages, dite « loi paysages ») et l'article 81 de la loi n° 95-95 du 1er février 1995 (loi de modernisation de l'agriculture) sont venues déterminer précisément la qualité des membres des commissions et l'effectif de chaque collège.

C'est ainsi que l'article 22 de la « loi paysages » précise que la commission départementale est composée de sept représentants élus des collectivités locales, de sept représentants des ministères intéressés et de dix personnalités qualifiées en matière de protection des sites, du cadre de vie et des sciences de la nature. L'article 81 de la loi de modernisation de l'agriculture ajoute que, parmi celles-ci, doivent figurer un représentant des organisations professionnelles agricoles et un représentant des organisations professionnelles sylvicoles.

Quant à la commission supérieure des sites, perspectives et paysages, la « loi paysages » prévoit qu'elle est composée de douze représentants des ministères concernés, de quatre sénateurs et de quatre députés et de dix personnalités qualifiées dans les mêmes domaines que pour la commission départementale, désignées par le ministre chargé des sites.

Le Gouvernement a interrogé le Conseil constitutionnel, dans les conditions prévues par l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, sur la nature juridique des dispositions des articles 1er et 3 de la loi du 2 mai 1930 ainsi modifiées, en tant qu'elles fixent l'effectif de chaque collège de chaque commission et qu'elles précisent que, parmi les personnalités qualifiées siégeant au sein de la commission départementale, figurent un représentant des organisations professionnelles agricoles et un représentant des organisations professionnelles sylvicoles.

La question ainsi posée est celle du caractère législatif ou réglementaire de la composition de commissions intervenant à titre consultatif dans une procédure administrative conduisant à une décision qui, par ses effets, met en cause une règle ou un principe fondamental placé dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution (ici le droit de propriété).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est bien fixée :

- si la commission intervient dans la procédure à titre purement consultatif, sa composition est du domaine réglementaire (80-120 L du 30 décembre 1980, rec. p. 78, à propos de la représentation du conseil d'architecture, d'urbanisme et d'environnement au sein de la commission

départementale d'urbanisme et de la conférence permanente du permis de construire) ;

- en revanche, si l'avis de la commission lie l'autorité compétente, les principales caractéristiques de sa composition relèvent du domaine de la loi car elles conditionnent (en particulier en lui apportant des garanties) l'exercice de droits fondamentaux et touchent dès lors aux règles ou principes fondamentaux placés par l'article 34 de la Constitution dans le domaine de la loi. Ce n'est toutefois pas le détail de la composition qui est attrait au niveau législatif, mais les grandes proportions¹ entre les différents collèges représentés (82-124 L du 23 juin 1982, rec. p. 99, à propos de la représentation majoritaire des redevables au sein des « comités de bassins », lesquels émettent un avis conforme sur l'assiette et le taux des « redevances » -en réalité des impositions- perçues par les agences financières de bassin).

En l'espèce, quelle que soit son importance pratique, et même si la commission départementale peut prendre l'initiative d'une inscription ou d'un classement, l'intervention des commissions départementale et supérieure des sites est purement consultative (80-120 L précitée).

Il en résulte que les dispositions dont le Gouvernement envisage le déclassement (fixation du nombre des membres composant chaque collège et indication selon laquelle le collège des personnalités qualifiées de la commission départementale comprend un représentant des professions agricoles et un représentant des professions sylvicoles) ont le caractère réglementaire.

Madame LENOIR : Je suis tout à fait d'accord avec la proposition du rapporteur, qui reprend notre jurisprudence sur les organes consultatifs. Mais d'habitude, on fait réserve, dans les décisions semblables, de la mise en cause des garanties essentielles des libertés publiques.

Monsieur le Secrétaire général (*invité à répondre par Monsieur LANCELOT*) : Je crois que cette réserve est elle-même liée au caractère co-décisionnel des pouvoirs de la commission en cause. Or ce n'est pas le cas ici, l'organe concerné étant purement consultatif.

Monsieur LANCELOT : Le partage art. 34/art. 37 avait pour but de faire du Gouvernement un législateur de droit commun, essentiellement pour gagner du

¹A noter que le partage entre les domaines législatif et réglementaire est plus favorable encore au premier s'agissant de la composition du conseil d'administration d'organismes constituant une catégorie particulière d'établissements publics, puisque c'est l'importance relative accordée aux diverses catégories représentées au conseil d'administration (et non plus seulement les grandes proportions) qui relève alors de la loi (82-124 L du 23 juin 1982, à propos des agences financières de bassin).

temps. Et c'est bien ici le cas. S'il fallait recourir à la loi pour modifier la composition des innombrables commissions existant dans notre pays, on ne tiendrait plus l'ordre du jour législatif.

Monsieur COLLIARD : La présence de parlementaires dans une commission me paraissait relever de la compétence du législateur. Mais je m'incline au vu de la liste, que m'a communiqué le secrétaire général, des nombreux organismes, comprenant, aux termes de dispositions réglementaires, des membres du Parlement.

Monsieur GUÉNA : La présence de parlementaires dans nombre de commissions me paraît être, en tout état de cause, une hérésie et a donné lieu à des abus. Je pense notamment aux commissions d'urbanisme commercial. N'est-ce pas en outre heurter le vieux principe qui remonte à la monarchie de juillet, prohibant les "députés-fonctionnaires" ?

Monsieur LANCELOT : Nous n'avons pas de textes actuellement, me semble-t-il, sur lesquels nous fonder pour combattre la "commissionnisme" qui affecte les parlementaires.

Madame VEIL : J'observe qu'il y a une demande du Parlement pour que ses membres siègent dans de nombreuses commissions, et pour qu'ils participent activement à la rédaction des décrets d'application des lois.

Monsieur GUÉNA : Bien, Monsieur le Rapporteur, vous pouvez donner lecture du projet de décision.

Monsieur LANCELOT donne lecture du projet de décision. Il est adopté à l'unanimité.

Monsieur GUÉNA : Nous passons maintenant au second point de notre ordre du jour. Monsieur le rapporteur vous avez la parole sur la loi "immigration".

Monsieur LANCELOT : Je souhaiterais faire quelques remarques préliminaires, de nature un peu politique.

1^{ère} remarque : c'est la 26^{ème} modification de cette ordonnance qui a subi de multiples "coups de barre à droite" et "coups de barre à gauche".

2^{ème} remarque : Monsieur JOSPIN, quand il s'est saisi du projet, a manifesté un désir d'équilibre :

- Il a fait appel à Patrick VEIL pour qu'il rédige un rapport préliminaire.
- Il a refusé d'abroger l'ordonnance de 1945.
- Et le projet se présente sous une forme "florale" apaisante : il s'agit de la loi "réséda".

Cette bonne volonté, un peu irénique, a été vite battue en brèche. La majorité s'est divisée et on a entendu les voix discordantes des communistes et des "verts"....

D'où la déclaration d'urgence, et un débat parlementaire qui a souvent tourné à la parodie : obstruction systématique de la part de l'opposition - échanges peu amènes - passage par le Sénat totalement improductif.

Il suffit que l'assemblée soit mal présidée -aux exceptions notables du Président FABIOUS et de Monsieur MAZEAUD- pour que le désordre s'installe dans l'hémicycle...

La loi votée se ressent de ces difficultés des travaux parlementaires. La rédaction en est souvent fautive et la lecture malaisée.

Je prends un exemple : l'article 25 qui contredit totalement l'article 24 en ce qui concerne l'applicabilité aux TOM...

Après ce préambule très -trop- critique, je souhaiterais exposer maintenant :

1. l'économie générale du projet
2. les griefs de la saisine
3. un article dont nous ne pouvons pas ne pas parler : il s'agit des dispositions relatives à la rétention administrative -et ce même si je ne vous propose pas de soulever d'office ce point.

J'en viens donc à l'économie générale du projet.

I. PRESENTATION GENERALE :

La loi comprend trois titres portant respectivement sur les modifications de l'ordonnance de 1945, la réforme du droit d'asile et diverses dispositions.

De manière plus générale, la loi porte sur l'accès au territoire, le séjour et l'éloignement des étrangers. Elle réforme aussi profondément le droit d'asile.

a) **L'accès au territoire.**

La loi entend renforcer les facilités d'accès au territoire pour ceux dont les liens forts qu'ils ont déjà avec la France autorisent en principe l'entrée, soit en vertu du droit interne, soit du fait du droit européen, soit en raison des conventions internationales, et pour ceux aussi dont l'accueil correspond à l'intérêt de la France.

Ainsi s'expliquent la simplification de la procédure de regroupement familial (article 21), la création du titre de séjour "retraité" (articles 10, 39 et 40), l'extension des cartes de séjour temporaires à de nouvelles catégories (singulièrement pour assurer le droit à la vie familiale ou pour faciliter la venue de scientifiques et d'artistes), la reconnaissance du fait que certains étrangers ne peuvent, du fait de leur situation, être invités à quitter la France et doivent donc se voir délivrer un titre de séjour (malades graves ; séjour depuis plus de dix ans ; étrangers y ayant été scolarisés) (articles 4 et 5).

Ainsi se justifie aussi l'allongement à dix ans de la validité de la première carte de séjour délivrée et l'apparition d'une carte de séjour à validité permanente, après le premier renouvellement, dont sont dotés tout ou partie des ressortissants de l'Union européenne.

L'article 1er de la loi répond à cette même finalité, qui permet à ceux qui ont vocation à séjourner régulièrement en France, de connaître les motifs d'une éventuelle opposition à leur venue (articles 1er et 43).

b) **Le séjour.**

La disposition qui aura le plus de portée concrète est celle qui consiste à tirer toutes les conséquences du principe d'égalité des droits sociaux entre Français et étrangers, désormais étendu aux prestations non contributives (articles 41 et 42).

L'obligation faite aux étrangers en situation irrégulière, mais auxquels la loi donne un titre de séjour de plein droit, d'être entrés régulièrement en France (article 8-I) ou de retourner dans leur pays pour y obtenir un visa, est supprimée (article 20), et le renouvellement de la carte de résident est régi avec plus de souplesse (article 9). Le passage du titre de séjour temporaire à la carte de résident est également facilité (article 8-II).

c) L'éloignement.

Le législateur entend à la fois renforcer les garanties accordées à l'étranger éloigné, mais aussi accroître l'efficacité du dispositif d'éloignement.

Les garanties offertes à l'étranger qui fait l'objet d'un refus de séjour sont renforcées par la création d'une commission du titre de séjour (article 7), dont l'avis est consultatif, mais devant laquelle comparait l'étranger selon une procédure quasi-judictionnelle. Les délais de recours contre les arrêtés de reconduite sont augmentés (article 15).

En même temps, les immunités pénales applicables aux personnes physiques qui ont aidé l'étranger en situation irrégulière, en raison de liens familiaux, sont étendues (articles 12-II), dans la logique de ce qu'avait entrepris la loi du 22 juillet 1996. Dans ce même esprit, une nouvelle immunité pénale est instaurée au bénéfice des associations à vocation humanitaire et des fondations (article 13).

Mais les sanctions pénales applicables aux filières de "passeurs" sont parallèlement accrues (article 12-1).

Pour pallier les effets des dissimulations de documents de voyage, ou des difficultés d'obtention des laissez-passer des consulats étrangers (le défaut de documents transfrontières est la cause en février 1998 de l'échec de 40 % des mesures d'éloignement), la durée de la troisième période de rétention administrative passe de trois jours à cinq jours. La rétention judiciaire, qui peut aller jusqu'à trois mois renouvelables une fois en l'état de la législation actuelle, est supprimée.

En outre, pour faire coïncider autant que possible la fin de l'exécution des peines d'emprisonnement et l'exécution des mesures de reconduites à la frontière, il est prévu un rapprochement entre services pénitentiaires et services du ministère de l'intérieur ou d'autres ministères.

d) Le droit d'asile.

L'extension du droit d'asile tire les conséquences des pratiques suivies et de l'interprétation qui a été faite du Préambule de la Constitution.

La loi consacre la pratique de l'asile territorial (articles 6 et 36). Cette expression n'est d'ailleurs pas rigoureusement exacte, puisqu'il s'agit d'une admission au séjour à titre exceptionnel, lorsqu'une personne, qui peut craindre pour sa vie ou sa liberté, n'est pas éligible au véritable asile. C'est en raison de ce caractère de droit particulier au séjour (matérialisé par une carte de séjour temporaire de droit commun) que la décision est prise par le ministre de l'intérieur, après avis toutefois du ministre des affaires étrangères (de manière similaire à ce qui existe aujourd'hui pour la demande d'asile à la frontière : décret n° 82-442 du 27 mai 1982).

La loi consacre également le droit d'asile issu du Préambule de la Constitution de 1946 (article 29). L'OFPRA et la commission des recours des réfugiés sont compétents pour reconnaître la qualité de réfugié sur cette base.

De manière plus générale, le législateur a souhaité dissocier les dispositions relatives au droit d'asile de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers (article 34).

II. EXAMEN DE LA SAISINE :

Sur l'article 1er de la loi :

Monsieur GUÉNA : J'ouvre la discussion sur ce point. Qui demande la parole sur l'article 1^{er} ?

Monsieur AMELLER : J'ai été étonné des raisons données pour le choix de l'âge de 21 ans et, notamment, à ce que l'on se réfère à des législations étrangères, pour être plus précis à celle de l'Algérie, pour rédiger une disposition de droit interne.

Mais il n'y a pas d'objection d'ordre constitutionnel ; certes le législateur aurait pu choisir n'importe quel âge, me semble-t-il....

Madame VEIL : A l'inverse, je me demande s'il n'y a pas lieu de retenir les arguments du Gouvernement.

Cela ne me choque pas du tout. Les enfants restent à charge bien au-delà de l'âge de 18 ans.

La législation sur les allocations familiales et sur d'autres prestations en tient compte. C'est le cas aussi pour le droit au séjour.

Il y a beaucoup d'éléments de fait et de droit dans le sens des 21 ans.

Monsieur COLLIARD : La notion de majorité n'est pas unifiée dans notre droit. Je suis d'accord sur ce point.

Pour répondre à Monsieur AMELLER, on ne tient pas compte du droit étranger, mais d'éléments de fait qui en sont la conséquence pour les populations concernées.

Madame LENOIR : Je suis d'accord avec Madame VEIL et Monsieur COLLIARD. Le Gouvernement n'avait pas de motifs particuliers pour retenir l'âge de la majorité civile en France.

Il y a, par ailleurs, une cohérence avec l'état actuel de la législation sur le droit à la carte de résident.

Monsieur GUÉNA : 16, 17, 18 ans... C'est l'affaire du Parlement. Mais si on avait dit 25 ans ou 30 ans, il en serait autrement....

Monsieur LANCELOT : J'ai été, dans un premier temps, assez sensible à l'argument de la saisine.

Mais réfléchissons un peu. Un enfant, c'est un descendant. Mais c'est aussi celui qui se trouve en situation de dépendance. Or cette dépendance se prolonge de plus en plus au-delà de 18 ans.

Il faut voir qu'en choisissant un seuil, on crée une discrimination. Reste à savoir si celle-ci est admissible.

L'argument sur la cohérence avec les dispositions sur le séjour m'a finalement convaincu que oui.

Monsieur AMELLER : Je n'ai pas demandé l'annulation, Monsieur le Président !

Madame LENOIR : J'ai une observation sur le respect du principe d'égalité. On introduit l'idée d'un contrôle de l'erreur manifeste... de contrôle restreint. C'est nouveau !

Certes on parle de "rupture caractérisée" en matière fiscale. Mais, dans les autres domaines, on ne retient pas cette formulation.

Monsieur AMELLER : Je n'aime pas l'erreur manifeste du législateur, vous le savez. Je suis heureux que Madame LENOIR se joigne à mon combat.

Monsieur GUÉNA : Monsieur le rapporteur, vous avez la parole.

Monsieur LANCELOT procède à la lecture du projet de décision sur l'article premier.

On met des guillemets pour "le seuil traditionnel de 18 ans" ?

Monsieur LANCELOT : Est-ce vraiment nécessaire ? On ne fait que reprendre ce que les requérants disent...

Monsieur GUÉNA : Je suis assez pour les guillemets.

Monsieur LANCELOT : Il suffit que vous le souhaitiez, Monsieur le Président.

Madame LENOIR : Je préférerais une formule plus neutre : "qu'en égard à l'objectif qu'il s'est fixé, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité, alors surtout...", la suite sans changement.

Monsieur COLLIARD : L'expression "discrimination critiquée" est-elle volontaire ? Elle me paraît péjorative... Pourquoi pas : distinction ?

Monsieur LANCELOT : Dès lors qu'il y a un seuil, il y a discrimination ! Je préférerais en rester là.

Mais je ne me suiciderai pas si on écrit "distinction" et non "discrimination" !

Monsieur GUÉNA : Qui est pour discrimination ? Cinq voix. (*Madame LENOIR, Messieurs AMELLER, MAZEAUD, LANCELOT et GUÉNA*). On garde donc discrimination.

Monsieur le Secrétaire général : Si le Conseil souhaite faire disparaître la notion d'erreur manifeste, il faut biffer depuis "qu'en outre..." jusqu'à "...alors surtout".

Monsieur GUÉNA : Très bien. Ça allège !

Madame LENOIR : Ce qui me gêne, c'est qu'il y a deux idées : la cohérence avec l'objet de la loi et la pertinence du seuil.

On pourrait dire "d'autant plus que" ou "dès lors surtout". Ça supprime le lien de causalité.

Monsieur LANCELOT : Je suis d'accord pour "d'autant plus que".

Monsieur AMELLER : Je suis contre !

Monsieur GUÉNA : On met "d'autant plus que" à l'unanimité moins une voix. Passons à l'article 13.

Monsieur LANCELOT : Venons-en maintenant à l'article 13 de la loi, qui nous retiendra plus longtemps.

Sur l'article 13 de la loi :

Cet article modifie l'article 21 ter de l'ordonnance du 2 novembre 1945, introduit par la loi du 20 décembre 1993, texte qui a eu la caractéristique étonnante de ne pas être déféré au Conseil constitutionnel, **et qui permet d'engager la responsabilité pénale des personnes morales, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, au titre des infractions prévues à l'article 21 de la même ordonnance.**

L'article 21 de l'ordonnance réprime notamment le délit d'aide directe ou indirecte à l'entrée, au séjour et à la circulation irréguliers d'un étranger en France ; cet article a d'ores et déjà été examiné par le Conseil, puisque sa constitutionnalité avait été mise en cause dans la saisine relative à la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, en application de la jurisprudence dite "Nouvelle-Calédonie", s'agissant d'une loi modifiant une disposition déjà promulguée sans avoir été examinée par notre Conseil ; **dans sa décision n° 96-377 du 16 juillet 1996, le Conseil a estimé que les infractions prévues par l'article 21 étaient définies dans des conditions qui permettaient au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la**

critique d'arbitraire, écartant ainsi le grief de violation du principe de légalité des délits et des peines.

Une remarque s'impose ici : le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale ainsi rappelé par le Conseil, qui figure au demeurant dans le code pénal (**article 111-4 : la loi pénale est d'interprétation stricte**), a vocation à s'appliquer dans tous les cas de mise en cause de la responsabilité pénale au titre de l'article 21, qu'il s'agisse des personnes physiques ou des personnes morales, nous reviendrons sur ce point dans quelques instants.

L'article 13 de la loi déferée complète par un alinéa l'article 21 ter ; cette adjonction a pour effet d'instaurer une immunité pénale en faveur des associations à but non lucratif à vocation humanitaire, dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur, et des fondations lorsqu'elles apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France.

1°) Avant de présenter les griefs avancés par les députés saisissants à l'encontre de cette disposition, il me paraît utile de faire, en quelque sorte, la **genèse de cet article**, cela étant susceptible d'éclairer notre discussion.

Dans un premier temps, des amendements ayant une finalité analogue furent présentés lors de la séance du 12 décembre 1997 à l'Assemblée nationale, amendements à l'article 10 du projet de loi -devenu article 12- article modifiant l'article 21 de l'ordonnance ; le but poursuivi était d'éviter que les personnes venant en aide à des étrangers, dans un but non lucratif, afin de leur porter secours et assistance soient pénalement poursuivies et condamnées ; ces amendements ne devaient pas être adoptés.

Puis, lors des débats du 14 décembre au matin, un nouvel amendement était présenté par M. Julien Dray, qu'il est inutile de présenter, visant, cette fois ci, à modifier l'article 21 ter de l'ordonnance, en écartant du champ d'application de cet article les associations à but non lucratif qui apportent aide et conseils à un étranger et en particulier les associations qui viennent en aide aux étrangers dont l'état de santé nécessite un traitement médical.

Le ministre de l'intérieur devait rappeler à cette occasion que la seule finalité de l'article 21 ter était de sanctionner les filières criminelles agissant en bandes organisées pour faciliter le trafic de main d'oeuvre et l'immigration clandestine, les associations d'aide aux étrangers, agissant notamment dans le domaine médical, n'étant évidemment pas visées par cette disposition ; le ministre ajoutait que "la déclaration du ministre vaut interprétation de la loi" ; ces propos n'ont rien d'étonnant et rappelaient simplement, comme je viens de l'indiquer, la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale ; l'amendement devait néanmoins être adopté.

Par la suite, lors de la séance du 26 février à l'Assemblée nationale, le texte de cet article devait être de nouveau modifié, le rapporteur de la commission des lois proposant de ne pas rendre applicables les dispositions de l'article 21 ter aux associations à but non lucratif à vocation humanitaire lorsqu'elles apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France.

Le ministre de l'intérieur, usant alors de son droit d'amendement, proposait alors de préciser la notion d'association humanitaire, indiquant : "le droit d'association est extrêmement libéral en France et nous ne saurions reconnaître des collectifs dont la motivation n'est pas, à proprement parler, de jouer le rôle des avocats de la défense", opposant ainsi les associations connues agissant en tant qu'avocats de la défense commis d'office des étrangers en situation irrégulière et les autres (dont il parle dans des termes non équivoques : "tel ou tel collectif inspiré par un groupuscule dont je ne qualifierai pas l'idéologie..."), et préférant ainsi "disposer d'une liste dressée dans un esprit sérieux et ouvert". Par ailleurs, le ministre proposait de faire bénéficier les fondations de cette immunité, sans que pour celle-ci l'exigence d'une vocation humanitaire ne soit posée, du moins c'est la lecture que l'on peut avoir du texte, sans doute au regard des règles qui régissent leur constitution et de la plus grande confiance que toutes ou certaines d'entre elles doivent inspirer au ministre de l'intérieur.

Le texte définitivement voté devait reprendre cette rédaction, malgré la remarque du député François Goulard s'interrogeant sur la constitutionnalité de l'amendement.

2°) Discussion :

Les saisissants soutiennent que la liberté d'association faisant partie des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, seul le législateur a compétence pour intervenir "dans la vie des associations", sans pouvoir soumettre à un contrôle préalable la constitution des associations ; en renvoyant à un arrêté du ministre de l'intérieur la liste des associations susceptibles d'être exonérées pénalement, le législateur aurait violé l'article 34 de la Constitution et le principe de la liberté d'association ; par ailleurs, cette disposition, en opérant une discrimination entre les associations, serait contraire au principe d'égalité devant la loi.

Pour ma part, si je suis convaincu des difficultés que pose cette disposition, j'ai du mal à les situer dans le cadre ainsi tracé par les saisissants, qui semble, comme vous le savez si vous lisez encore "Le Monde", recevoir l'agrément de Thierry Bréhier...

En effet, l'intervention du ministre de l'intérieur n'a pas pour finalité de limiter la liberté de constitution des associations, ce qui serait de nature à poser une difficulté majeure au regard du principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel dans la si célèbre décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 ! Ce n'est en effet pas une condition essentielle

de mise en oeuvre d'une disposition relative à une liberté publique, qui ne saurait être réglementée par le pouvoir réglementaire, qui est ici en cause.

Dans le cas qui nous occupe, le problème a une autre nature et une autre portée ; le législateur a instauré une immunité pénale qui repose sur deux éléments : d'une part la qualité d'association à but non lucratif et à vocation humanitaire ou de fondation ; d'autre part le fait, pour les associations et fondations, d'apporter, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France.

Il s'agit donc de vérifier la conformité à la Constitution de l'ensemble de cette disposition, et notamment de la délégation faite par le législateur au pouvoir réglementaire de fixer la liste des associations pouvant bénéficier d'une immunité pénale, au regard en particulier du principe de la légalité des délits et des peines.

Avant de poursuivre sur ce terrain, parce que l'on aurait pu s'interroger sur le principe même de l'immunité, je rappelle que s'agissant du principe de l'instauration d'une immunité pénale, le Conseil constitutionnel a déjà reconnu la conformité à la Constitution d'une disposition ayant une finalité similaire : il s'agit de l'introduction de l'immunité familiale, en ce qui concerne de nouveau les infractions prévues par l'article 21 de l'ordonnance de 1945 dans la loi renforçant la répression du terrorisme (96-377 DC du 16 juillet 1996) ; le Conseil a en effet estimé dans cette décision qu'"eu égard à l'objectif qu'il s'est fixé tendant à concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine", le législateur avait pu instaurer une immunité sans méconnaître le principe d'égalité. Comme vous l'avez constaté, la loi qui nous est déférée étend d'ailleurs le bénéfice de cette immunité pénale notamment aux frères et soeurs de l'étranger et à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

Ce n'est donc pas le principe même de l'immunité qui est ici en cause, qui, si elle crée par définition une rupture d'égalité, trouve sa justification dans des motifs liés à la situation particulière de ses bénéficiaires au regard de l'objectif humanitaire poursuivi par le législateur, mais c'est celui de la compétence du législateur en application de l'article 34 de la Constitution s'agissant de la détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables et j'oserai dire plus encore du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen .

Le principe de la légalité criminelle est le principe sans doute le plus important du droit criminel, et l'on comprend pourquoi ; il est ainsi rappelé par le code

pénal : "Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis dans la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement".

Ce principe revêt deux aspects : **d'une part**, il affirme la compétence du législateur dans la création du droit criminel, que l'on trouve rappelée à l'article 34 de la Constitution, ce qui impose au législateur d'exercer effectivement et totalement son pouvoir créateur de la norme pénale ; à cet égard, il convient de relever qu'en l'état du droit, si le pouvoir réglementaire peut établir des incriminations dans le domaine des contraventions de police, c'est le législateur lui-même qui dans le code pénal à fixer les pénalités attachées à ces incriminations ; **d'autre part**, dans la rédaction des textes répressifs créateurs d'incriminations, des exigences particulièrement strictes incombent au législateur.

Ainsi, celui-ci est tenu de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis afin d'éviter que ne soient créées des infractions de "type ouvert", c'est à dire définies en termes si vagues que l'on pourrait y faire entrer n'importe quels actes et afin aussi d'éviter l'arbitraire dans le prononcé des peines ; le champ d'application de la loi pénale doit par ailleurs être fixé avec précision par le législateur afin notamment de permettre la détermination des auteurs d'infractions ; lorsque le législateur prévoit une incrimination, il lui appartient non seulement de déterminer l'ensemble des éléments constitutifs des infractions mais aussi d'éviter que la détermination des auteurs d'infractions ne soit incertaine ; et par symétrie, si une immunité pénale est créée, la détermination de ses bénéficiaires doit être définie avec la même précision.

On peut noter que, le plus souvent, l'approche du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel porte sur la définition des éléments constitutifs d'infractions, notamment de l'élément matériel. Néanmoins, dans la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 portant sur la loi relative aux entreprises de presse, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution une disposition instituant une incrimination au motif que l'infraction visée méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines dans la seule mesure où la détermination de son auteur demeurerait incertaine.

Au regard des deux faces du principe ci-dessus analysé, le pouvoir qui est donné au ministre de l'intérieur de fixer la liste des associations à vocation humanitaire susceptibles de bénéficier de l'immunité pénale pose, me

semble-t-il, un très réel problème de constitutionnalité, que les observations du gouvernement ne permettent pas, me semble-t-il, de pouvoir résoudre.

Le mémoire du gouvernement fait ainsi état d'un certain nombre d'affirmations sur lesquelles je tiens à revenir un instant ; il précise ainsi que le ministre n'a pas d'autre mission que de constater que l'association poursuit bien l'objet que la loi a défini ; mais le ministre se prononcera sur la vocation humanitaire de l'association, sur des bases juridiques totalement imprécises et même inexistantes puisqu'aucun texte législatif ne donne aujourd'hui de définition de "l'humanitaire" comme le montre bien le flou artistique de la réponse du Gouvernement ; au demeurant si une telle définition existait on ne comprend pas pourquoi le ministre aurait souhaité fixer lui-même la liste des associations ; il est évident que ce n'est pas pour avoir un rôle seulement récognitif que le ministre a présenté un amendement ; c'est bien sa crainte des interprétations du juge pénal qui l'a conduit à vouloir maîtriser l'un des éléments essentiels permettant d'obtenir le bénéfice de l'immunité.

Le législateur laisse ainsi toute latitude au pouvoir exécutif pour préciser quelles associations pourront bénéficier de l'immunité pénale ; **certes, les pouvoirs du juge pénal, rappelés dans l'article 111-5 du code pénal ("les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis") lui permettront d'apprécier la légalité de la décision du ministre relative à l'inscription d'une association sur la liste, voire à sa non-inscription ; toutefois, cette "correction" à posteriori ne peut, selon moi, ni de contrebalancer l'incompétence négative du législateur ni faire disparaître le vice fondamental tenant au non-respect du principe de légalité.**

J'ajouterai, avec inquiétude, que depuis quelques années l'on assiste, comme le souligne une partie de la doctrine (cf MERLE et VITU : traité de droit criminel), à un certain déclin du principe de légalité en matière législative ; le Conseil constitutionnel, pour sa part, essaie résolument d'enrayer ce déclin en déclarant inconstitutionnelles les dispositions qui ne respectent pas le principe que je viens d'analyser et qui est essentiel pour la liberté individuelle ; je pense ici, même si la similitude n'est pas absolue avec le texte qui nous occupe, à notre décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 à propos des pouvoirs du Comité supérieur de la télématique : je vous rappelle que la loi avait confié au Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du CSA des recommandations au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales auraient pu être émis ; aucune limite précise n'étant fixée

par le législateur quant à la détermination de ces recommandations, le Conseil avait considéré qu'il y avait méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et avait, sur mon rapport, censuré les dispositions ; j'espère que vous n'y verrez pas une sorte de manie.

C'est donc dans la ligne d'une jurisprudence qui m'est chère et qui nous est habituelle que je m'inscris en vous proposant **de déclarer contraire à la Constitution le renvoi à la liste arrêtée par le ministre de l'intérieur.**

Une fois ce renvoi censuré, se posent encore certaines questions : en premier lieu, ce qui subsiste de la disposition est-il conforme au principe de légalité des délits et des peines ? les éléments fixés par le législateur sont-ils suffisamment précis pour permettre au juge de vérifier s'il y a lieu de mettre en oeuvre l'immunité pénale, sans lui laisser une marge d'appréciation si étendue que toutes les interprétations seraient possibles ? Certaines interrogations ne demeurent-elles pas, notamment celle tenant au contenu même de la notion de "vocation humanitaire" ? Mais le rôle du juge est d'appliquer la loi en faisant oeuvre interprétative, en recherchant ce que signifient les textes ou les mots qu'ils utilisent et en en déterminant les limites d'application. A cet égard, si la règle en matière pénale est celle de l'interprétation stricte de la loi répressive, qui exclut en principe toute interprétation par analogie, ce n'est pas le cas en l'espèce me semble-t-il, puisqu'il s'agit de la mise en place d'une immunité favorable aux associations ; aussi, est-il assez vraisemblable, dans l'hypothèse où serait maintenu l'article 13 ainsi corrigé, que le juge tenterait de recourir à l'analogie "in favorem", en donnant un champ d'application relativement large à l'immunité. Par ailleurs il n'y a aucun doute sur la conformité aux principes constitutionnels de l'immunité concernant les fondations, puisque pour celles-ci l'exigence d'une vocation humanitaire peut être considérée comme n'étant pas posée.

Se pose cependant la question du sort de l'ensemble de l'article 13 de la loi au regard de la séparabilité ou de l'inséparabilité du membre de phrase contraire à la Constitution ; en effet, si malgré l'amputation de la phrase "dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur" l'article 13 reste parfaitement lisible et applicable par les juridictions, il convient de s'interroger sur le point de savoir, d'une part, si cette incise avait une importance telle que, sans elle, l'immunité au profit des associations à vocation humanitaire n'aurait pas été retenue par le Gouvernement et n'aurait pas été votée, et si, d'autre part, le sort des fondations peut être distingué, leur permettant, malgré la censure concernant les associations, de bénéficier de l'immunité pénale.

Le Conseil constitutionnel n'apprécie pas en effet l'inséparabilité uniquement au regard de la grammaire et de la lecture d'une disposition, ou d'un ensemble de dispositions. Dans deux décisions analysées par F. LUCHAIRE (63-21 DC du 13 mars 1963, 71-44 DC du 16 juillet 1971), il a examiné la séparabilité en tenant compte "des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement", prenant ainsi en considération l'intention du législateur.

Il ressort de la genèse de la disposition , que j'ai présentée au début de mon rapport sur cette question, que l'incise relative à l'intervention du ministre de l'intérieur a été considérée par les députés comme une condition sine qua non de l'adoption de l'immunité en faveur des associations à vocation humanitaire ; en outre le sort des fondations ne saurait être dissocié de celui de ces dernières ; dès lors, il me semble qu'il y a lieu de déclarer inconstitutionnel l'article 13 dans sa globalité.

En dehors de cette déclaration d'inconstitutionnalité, il m'a paru utile et même nécessaire de rappeler, comme nous l'avons fait dans la décision de juillet 1996, le principe de l'interprétation stricte de l'article 21 de l'ordonnance de 1945, car cette indication signifiait qu'en l'état du droit une application stricte de la loi est d'ores et déjà de nature à permettre aux associations à caractère humanitaire d'échapper aux poursuites et aux condamnations au titre de l'article 21 ter ; dans une très large mesure l'article 13 était donc superfétatoire.

La séance est suspendue à 12 h 45 et reprise à 14 h 45.

Le Président ouvre les débats sur l'article 13.

Madame LENOIR : Le problème posé est celui de savoir si la disposition qui prévoit des immunités pénales en faveur des personnes morales est suffisamment précise pour être conforme au principe de légalité ; il n'y a aucun problème, comme l'a clairement dit le rapporteur, par rapport à la liberté d'association.

Il est rare de voir dans le code pénal des immunités concernant les personnes morales et cela du fait que la responsabilité pénale des personnes morales n'existe que depuis 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

Le Conseil s'est déjà prononcé sur les immunités familiales. Je crois qu'il n'y a donc pas, sur le principe même de l'instauration d'une immunité, de reproche d'ordre constitutionnel.

Par contre, je suis tout à fait d'accord avec Alain LANCELOT sur le fait que l'on ne peut renvoyer au ministre le soin de fixer le champ d'application de la loi pénale, ce, alors que les peines encourues sont extrêmement lourdes.

Sur l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines, je n'ai donc pas de doute.

Simplement, j'ai une interrogation sur la séparabilité d'un double point de vue : s'agissant des fondations, leur mention n'encourt pas la même critique d'inconstitutionnalité, puisque la vocation humanitaire ne leur est pas applicable dans les mêmes conditions que pour les associations, aussi je souhaiterais que l'on "sauve" les fondations, même si cela n'a pas grand sens.

Le second problème est de savoir si l'on disjoint simplement le renvoi à l'arrêté du ministre, les autres dispositions pouvant rester dans le texte censuré ; en effet le juge est là pour interpréter la loi ; c'est lui qui forgera la jurisprudence sur la notion de "vocation" humanitaire.

La seule chose en faveur de l'inséparabilité, ce sont les débats parlementaires, comme l'a indiqué le rapporteur ; néanmoins, dans la jurisprudence la plus récente du Conseil, on ne fait pas référence aux débats parlementaires, on ne s'interroge pas sur l'intention du législateur.

L'inséparabilité n'est donc pas évidente.

Monsieur GUÉNA : Trois problèmes se posent donc :

- Le 1^{er} : il s'agit de l'approche des saisissants, qui comme l'a dit le rapporteur, n'est pas la bonne, sur la liberté d'association, que nous pouvons écarter sans difficulté.
- Le 2^{ème} : le principe de l'immunité et du renvoi à l'arrêté du ministre pour fixer la liste des associations pouvant bénéficier de celle-ci.
- Le 3^{ème} : la question de la séparabilité de la disposition censurée par rapport au reste de l'article 13.

Monsieur AMELLER : Je me demandais s'il ne serait pas plus intéressant, plutôt que de partir de l'inconstitutionnalité de l'incise relative à l'arrêté du ministre, de s'interroger sur la conformité du texte, pris dans sa globalité, à la Constitution.

Le principe de la généralité de la loi pénale rencontre ici de nouvelles exceptions qui me paraissent excessives et injustifiées. Ce principe de l'universalité de la loi pénale est une garantie essentielle de non discrimination des justiciables.

Y-a-t-il un rapport entre l'immunité familiale et l'immunité qui s'applique à des personnes morales qui violent la loi ? Je pense que non.

Pour échapper à la délicate question de la séparabilité, on pourrait s'interroger globalement sur le respect de la légalité des délits et des peines ; en effet, l'article 13 est-il suffisamment précis ? Quand il parle des associations à vocation humanitaire, qu'est-ce que cela veut dire ? De même s'agissant de l'aide et de l'assistance donnée conformément à l'objet des associations ou des fondations ?

Par ailleurs, si l'on admet que les fondations en général vont pouvoir bénéficier de l'immunité, cela peut poser difficulté au regard du principe d'égalité : dès lors que la vocation humanitaire ne leur est pas applicable, sur quels critères va se baser le juge ?

Tout cela est trop général et laisse au juge un pouvoir d'appréciation trop large. Aussi je suis plutôt favorable à une censure globale.

Si cette solution n'était pas retenue, je me rallierais à celle proposée par le rapporteur.

Monsieur COLLIARD : J'aurais tendance à raisonner un peu comme Michel AMELLER sur cette question.

Le législateur "a mis dans le même sac" des délits de nature totalement différente : le marchand d'esclaves, et l'association humanitaire. Parce que l'on n'a pas assez défini le délit de l'article 21, on est obligé de créer des immunités, ce qui me choque un peu, je dois le dire.

Ce texte manque fondamentalement de précision.

Je suis donc favorable comme Michel AMELLER à une censure globale de l'article, compte tenu de l'imprécision générale.

Madame VEIL : Je voudrais pouvoir concilier ce qui a été dit de part et d'autre. Il faut que notre décision soit extrêmement claire, et pour cela elle ne doit pas être trop globalisante.

La thèse du rapporteur répond à ce souci.

Sur la séparabilité, je serai très gênée si l'on faisait une distinction entre les fondations et les associations. En effet, on sait très bien ce qui conduit à la reconnaissance du statut de fondations (financement...); pour le reste, associations et fondations oeuvrent dans le même sens, quand il s'agit d'humanitaire.

La confusion vient du fait que l'on ne sait pas s'il s'agit ici d'une aide purement humanitaire, sans qu'il y ait aide à l'irrégularité même du séjour, ou s'il y a mélange des deux. Je pense que les choses ne sont pas suffisamment qualifiées, et qu'il faut une censure de tout l'article 13.

Monsieur GUÉNA : Se pose donc en premier lieu la question de savoir si nous abordons le problème comme l'a fait le rapporteur ou comme le suggère Monsieur AMELLER.

Monsieur LANCELOT : En réalité, nous nous sommes posés l'ensemble des questions qui viennent d'être évoquées. Il est fort possible que soit en facteur commun aux associations et aux fondations la vocation humanitaire, voire le but non lucratif. Pour ma part, j'ai le sentiment que le ministre visait les associations et les fondations à vocation humanitaire.

La distinction entre fondations et associations me semblerait donc contraire à l'esprit du texte. Le Gouvernement cherche à exonérer non pas ceux qui refusent la loi mais ceux qui veulent humaniser son application ; on vise ceux qui, quand l'étranger est en voie d'expulsion, lui apportent une aide normale, une défense minimale ; on vise les associations qui ont, en quelque sorte, la "compassion du malheur" ; que cette fonction ne soit pas retenue me peinerait ; c'est pour cela que le projet reprend le principe de l'interprétation stricte de l'article 21. La globalisation risquerait de se retourner contre nous.

Madame LENOIR : Je me rallie à la censure proposée par le rapporteur, mais suis opposée à la précision sur l'article 21.

Monsieur GUÉNA met au vote le principe du raisonnement proposé par le rapporteur :

☞ *Contre : Messieurs AMELLER et COLLIARD.*

☞ *Pour : Mesdames LENOIR et VEIL, Messieurs GUÉNA, ABADIE, LANCELOT et MAZEAUD.*

Monsieur ABADIE : Ma première pensée est de ne pas séparer les associations des fondations ; sur le plan de la séparabilité proprement dite, ma conviction est faite ; il résulte des débats que c'était "conjointif" sur le plan de la "survivance humanitaire" des étrangers, le juge à la possibilité d'éviter de poursuivre les associations humanitaires ; il faut le rappeler.

Le rapporteur procède à la lecture du projet.

Madame LENOIR : Je suis réservée sur le fait de préciser que la notion de "vocation humanitaire" n'est définie dans aucun texte législatif ; il ne faudrait pas que l'on déduise de cette formulation qu'il appartient au législateur quand il crée une infraction de définir l'ensemble des éléments constitutifs ; ce n'est pas la règle dans notre droit pénal ; le juge est là pour interpréter les lois, combler ses vides.

Monsieur LANCELOT : Nous nous mettrions dans une position plus difficile si l'exigence de précision était purement et simplement mise à l'écart.

Il y a danger d'une imprécision et donc il ne faut pas affaiblir le raisonnement.

Il s'agit d'une notion qui est laissée à une autorité administrative. Si la loi ne fixe pas le contenu de cette notion, il y a bien incompétence négative.

Monsieur GUÉNA met au vote la proposition de Madame LENOIR consistant à supprimer "notion dont la définition n'a été précisée par aucune loi".

☞ *Pour : Madame LENOIR.*

☞ *Contre : Madame VEIL, Messieurs AMELLER, COLLIARD, GUÉNA, ABADIE, LANCELOT et MAZEAUD.*

Monsieur ABADIE : Je m'interroge, quand on rapelle notre jurisprudence sur l'article 21 de l'ordonnance, sur "interpréter strictement" ; il me semble que cette expression est ambigüe, même si pour les spécialistes elle ne pose pas de problème.

Madame VEIL : Je partage l'idée de Monsieur ABADIE ; en effet, nos décisions doivent être compréhensibles pour tous, et ici, manifestement, il y a risque d'équivoque. Il ne faudrait pas croire que l'on incite le juge à plus de rigueur contre les associations humanitaires.

Madame LENOIR : Je suis opposée au principe de toute précision sur l'article 21. On donne en effet l'impression d'inciter les parquets à poursuivre les associations humanitaires, alors qu'aujourd'hui les poursuites ne sont jamais engagées contre elles ; alors, inciter le juge à une interprétation stricte peut être reçu comme une incitation aux poursuites.

Monsieur MAZEAUD : Je suis tout à fait opposé à la notion d'"interprétation stricte" ; il appartient au juge d'interpréter la loi, c'est tout ; alors ne créons pas de doute dans les esprits ou utilisons une autre formule qui fasse apparaître que le juge doit interpréter avec circonspection ou discernement l'article 21.

Monsieur LANCELOT : Je ne vois rien d'anormal dans cette formule ; elle est classique dans la matière pénale, et paraît bien nécessaire puisque l'on fait tomber l'immunité ; il ne faudrait pas donner l'impression d'une décision trop liberticide, faisant abstraction de la vocation des associations.

Madame LENOIR : Il est clair qu'il n'y a aucun doute sur le sens de l'"interprétation stricte" de la loi.

Monsieur GUÉNA met au vote la proposition du rapporteur :

☞ *Pour : Mesdames LENOIR et VEIL, Messieurs GUÉNA, ABADIE, LANCELOT et AMELLER.*

☞ *Contre : Messieurs MAZEAUD et COLLIARD.*

Monsieur MAZEAUD quitte la séance après l'article 13 pour les motifs présentés en début de séance.

Monsieur LANCELOT : *Sur l'article 29 de la loi :*

L'article 29 de la loi déférée a pour objet d'inscrire -on est tenté d'ajouter : "enfin"- le droit constitutionnel d'asile dans une disposition législative. Ce droit -est-il nécessaire de le rappeler ?- est affirmé par le 4ème alinéa du Préambule de 1946, aux termes duquel : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République".

La portée juridique de cette proclamation solennelle est longtemps restée incertaine. Aucun texte en effet ne permettait de mettre en oeuvre le droit d'asile constitutionnel, au point que l'on pouvait s'interroger sur son invocabilité directe : cf. arrêt France Terre d'Asile - 27 septembre 1985, dans lequel le Conseil d'Etat a jugé que l'alinéa 4 du Préambule de 1946 ne s'imposait 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". Un peu plus tard, dans l'arrêt du 13 décembre 1991 : DAKOURY et NKODIA, et en des termes qui rappellent -cela n'est pas fortuit- l'arrêt DEHAENE, le Conseil d'Etat affirmait : "En l'absence de dispositions législatives et réglementaires déterminant les modalités d'application de ce principe, il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures nécessaires à sa mise en oeuvre".

Dans la pratique, c'est donc la Convention de Genève (et la loi du 25 juillet 1952 adoptée pour sa mise en oeuvre) qui a été longtemps le "passage obligé" de l'exercice du droit d'asile en France : les demandeurs d'asile demandaient, en fait, la qualité de réfugié et présentaient leur demande à l'OFPRA ; ils bénéficiaient, dans l'attente de la décision de cet organisme administratif, d'un droit de séjour provisoire sur le territoire jusqu'à ce qu'une décision intervienne, soit de l'Office soit, le cas échéant, de la Commission de recours, juridiction d'appel.

Un tel amalgame entre droit conventionnel et droit constitutionnel d'asile était néanmoins fâcheux, car les champs d'application de ces deux droits -alors même que la population concernée est la même- divergent assez sensiblement.

En effet, l'article 1er de la Convention de Genève prévoit que la qualité de réfugié doit être accordée à "toute personne...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".

Cette définition est, à certains égards, plus large que celle du Préambule de 1946 : là où ce dernier exige des actions positives en faveur de la liberté et l'existence de persécutions effectives, la Convention de Genève se contente de craintes de persécution pour de simples opinions politiques.

Mais elle s'avère, dans la pratique, plus étroite dans la mesure où l'OFPRA, la Commission des recours et le Conseil d'Etat, juge de cassation, interprétant restrictivement l'article 1er de la Convention, exigent que les persécutions émanent, soit des autorités publiques, soit d'organismes encouragés ou tolérés volontairement par celles-ci (ce qui exclut, par exemple, la reconnaissance de la

qualité de réfugié à des kurdes de nationalité turque poursuivis par le PKK, ou encore aux algériens craignant les agissements de groupes islamiques armés : cf, par exemple arrêt ADIB - CE 31 janvier 1996 - L. p. 25).

En conséquence, certains déboutés de la qualité de réfugié -les personnes persécutées par des tiers- ne disposaient d'aucune voie de droit pour demander à bénéficier du droit constitutionnel d'asile, le législateur restant muet sur ce point. Ils avaient seulement la possibilité de solliciter le ministre de l'intérieur, lequel pouvait, par décision toute discrétionnaire, leur délivrer un titre de séjour.

Ce vide juridique est devenu encore plus patent avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui a clairement consacré un droit d'asile constitutionnel autonome, fondé sur le Préambule de 1946, avec ses corollaires : le droit d'admission provisoire en séjour et l'exercice effectif des droits de la défense (au nombre duquel figure le droit à l'examen individuel du dossier). Or les bénéficiaires éventuels de ce droit ne disposaient d'aucune instance devant qui le faire valoir, le Conseil d'Etat jugeant inopérante l'invocation du 4ème alinéa du Préambule de 1946 à l'appui d'une demande de la qualité de réfugié (cf. Conseil d'Etat - 22 novembre 1996 - MESSARA).

Il incombait en conséquence au législateur de combler ce vide juridique, répondant ainsi au souhait unanime des praticiens du droit des étrangers et de la doctrine.

Un choix s'ouvrait cependant à lui :

- Il aurait pu différencier nettement le droit d'asile constitutionnel du droit de solliciter la qualité de réfugié sur le fondement de la Convention de Genève, et prévoir une procédure distincte (organe compétent - type de preuves à apporter - voies de recours) ainsi que des garanties et avantages distincts. Les personnes susceptibles de bénéficier de cet asile "constitutionnel" -"les combattants de la liberté"- auraient été peu nombreux (à raison des conditions restrictives prévues par le Préambule) mais auraient bénéficié d'un "plus" par rapport au régime banalisé de la Convention de Genève.

- Mais le législateur a choisi l'autre solution qui consiste, tout au contraire, au 1er alinéa de l'article 29 qui nous intéresse, à reconnaître la qualité de réfugié non seulement aux personnes qui répondent à la définition de l'article 1er de la Convention de Genève, mais également aux "combattants de la liberté" du Préambule de 1946, et, en modifiant l'article 2 de la loi de 1952, à faire de

l'OFPPRA l'organe compétent pour reconnaître cette qualité quel que soit le terrain juridique de la demande.

Le 2ème alinéa de l'article 29 fait par ailleurs bénéficier les nouveaux "réfugiés du Préambule" des droits et garanties prévus par la Convention de Genève.

Dissociation claire des deux fondements juridiques du droit d'asile, mais confusion des organes compétents pour en connaître : tel est le choix du législateur de 1998.

Les demandeurs d'asile seront donc désormais confrontés à un dispositif "en entonnoir" :

- La plupart d'entre eux continueront à solliciter devant l'OFPPRA la qualité de réfugié sur le fondement de la Convention de Genève.

- Ceux, peu nombreux, qui n'entreront pas dans le champ d'application de l'article 1er de la Convention de Genève, pourront se voir reconnaître cette qualité par l'Office sur le fondement du Préambule.

- Restera, pour les déboutés de la qualité de réfugié, à se tourner vers le ministre de l'intérieur, qui dispose expressément désormais, en vertu de l'article 36 de la loi déferée, du droit discrétionnaire d'accorder l'asile à un étranger "si celui-ci établit que sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH" (c'est-à-dire : torture ou traitements inhumains et dégradants). Cette dernière disposition consacre le droit régalien de l'Etat d'accorder l'asile pour tout motif de son choix. C'est -disons-le au passage- un apport important de la loi : les bénéficiaires de l'asile "régalien" pourront se prévaloir d'une décision expresse du ministre, et ceux à qui il aura été refusé pourront introduire un recours devant le juge administratif.

L'inscription du droit constitutionnel d'asile dans la loi n'est pas, dans son principe, contestée par les requérants. Elle n'est d'ailleurs guère contestable puisque le législateur se borne, ce faisant, à tirer les conséquences pratiques de la décision du 13 août 1993.

Leur grief est d'une autre nature : ils contestent le fait que l'article 29 donne compétence à une juridiction administrative -la commission des recours- pour appliquer et interpréter une disposition de la Constitution, alors que cette juridiction comporte, en son sein, un représentant du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés (le H.C.R.) qui peut être un étranger.

La commission des recours est, rappelons-le, en vertu de l'article 5 de la loi du 25 juillet 1952, le juge d'appel des décisions de l'OFPRA.. Il s'agit d'une juridiction administrative spécialisée (Conseil d'Etat - 29 mars 1957 - Sieur PAYA MONZO L. p. 225) qui se prononce sur le droit des intéressés à la qualité de réfugié d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié à la date de sa décision, puisqu'il s'agit d'un recours de plein contentieux (Conseil d'Etat - 8 janvier 1982 - ALDANA BARRENA L. p. 9). Sa décision se substitue à celle de l'office. (Conseil d'Etat 31 janvier 1986 - KODIAL L. p. 22).

La commission siège le plus souvent en section de 3 membres (président : membre du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ou du corps des tribunaux administratifs ; représentant de l'OFPRA ; représentant du HCR). Elle peut également siéger en formation plus solennelle dite "de sections réunies" comprenant 9 membres, dont 3 représentants du HCR.

Une telle composition de la commission des recours était, estiment les requérants, justifiée, tant que cette commission avait pour mission exclusive de mettre en oeuvre la Convention de Genève, le H.C.R. étant le "gardien naturel" de cette Convention.

En revanche, la présence d'un juge étranger dans une juridiction ayant vocation à appliquer et interpréter la Constitution violerait, selon eux :

- tant l'article 55 de la Constitution, aucune stipulation de la Convention de Genève n'autorisant le HCR à se réclamer du Préambule de 1946,

- que le "principe fondamental reconnu par les lois de la République" selon lequel les juridictions statuent "au nom du peuple français ;

- 1) Vous n'aurez aucun mal à rejeter le grief tiré de la violation de l'article 55. Vous ferez application de votre jurisprudence traditionnelle dite "interruption volontaire de grossesse" (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975) selon laquelle il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité d'une loi au regard d'un traité.

- 2) Beaucoup plus délicate et plus intéressante est la réponse à apporter au second grief.

Deux questions se posent à vous :

- sur quel fondement constitutionnel se placer ?

- y-a-t-il, en l'espèce, violation du principe constitutionnel retenu ?

a) Il n'est pas possible de se situer sur le terrain proposé par les requérants : celui d'un "principe fondamental reconnu par les lois de la République".

Le principe selon lequel les juridictions statuent "au nom du peuple français" est assurément un principe républicain. Les requérants invoquent à cet égard judicieusement l'article 61 de la Constitution de 1793 et l'article 81 de la Constitution de 1848. Mais il ne suffit pas qu'un principe relève de la tradition républicaine pour être consacré comme "PFLR". Il faut qu'il ait pris corps dans un texte législatif républicain, intervenu avant l'entrée en vigueur du Préambule de 1946 (décision n° 80-119 DC du 20 juillet 1988). Or tel n'est pas le cas du principe invoqué qui n'est notamment pas présent dans la loi du 24 avril 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, loi sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est fondé pour affirmer le principe de l'indépendance de la juridiction administrative dans sa décision du 22 juillet 1980.

Ce principe a néanmoins indiscutablement valeur constitutionnelle, comme le Gouvernement en convient d'ailleurs dans ses observations (p. 10) : il découle directement du principe de souveraineté nationale affirmé par l'article 3 de la Déclaration de 1789 et l'article 3 de la Constitution de 1958.

En effet, de ces dispositions résulte la règle générale selon laquelle, en principe, ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère ou représentant un organisme international, des fonctions indissociables de l'exercice de la souveraineté nationale.

Je vous propose d'affirmer clairement ce principe dans notre décision.

Ce n'est d'ailleurs pas une complète nouveauté, puisque le Conseil constitutionnel a implicitement reconnu ce principe dans sa décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, relative à la loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

Ce texte avait pour objet d'ouvrir les emplois publics aux ressortissants des Etats-membres de la Communauté européenne, à l'exception des emplois les plus régaliens. Plus précisément l'article 2 de la loi modifiait le statut général de la fonction publique, et prévoyait l'accession de ces ressortissants communautaires "aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions... sont séparables de l'exercice de la souveraineté". Le Conseil a estimé, qu'à raison même de cette restriction, toute atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale se trouvait exclue, confirmant ainsi,

implicitement, le principe selon lequel les attributions inséparables de la souveraineté nationale doivent être réservées aux nationaux.

Au nombre de ces attributions figurent, à n'en pas douter, les fonctions juridictionnelles, les juridictions tant administratives que judiciaires statuant "au nom du peuple français".

b) Ce principe est-il méconnu en l'espèce ?

La présence, au sein de la Commission, d'un représentant du HCR a fait l'objet, lors de la discussion de la loi de 1952, devant le Conseil de la République, de vifs débats. Elle avait notamment soulevé les objections de Michel DEBRE d'autant qu'à l'époque la Convention de Genève n'avait pas été introduite dans l'ordre juridique interne. Mais c'est le point de vue de Daniel MAYER qui l'avait emporté. Ayant en mémoire le tragique antécédent du bureau des apatrides du Gouvernement de Vichy, il estimait que seule une organisation internationale de type du HCR pouvait jouir de l'indépendance nécessaire pour assurer la protection internationale des réfugiés. Les inquiétudes de Michel DEBRE avaient été apaisées par Maurice SCHUMANN, alors Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères, qui s'était engagé en séance à ce que le représentant du H.C.R. soit toujours en français...

Pour ma part, je suis assez d'accord avec les requérants pour admettre que la composition de la Commission des recours telle qu'elle a fonctionné jusqu'ici est conforme à la Constitution, compte tenu de ses compétences actuelles qui, consistent, exclusivement à mettre en oeuvre la Convention de Genève. Outre qu'il est souhaitable de ne pas jeter l'opprobre sur un organe qui a, jusqu'ici, fonctionné de façon irréprochable, cela se justifie parfaitement en droit. Nous sommes en effet dans un cas d'application de la jurisprudence dite "Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie" (n° 85-187 DC du 25 janvier 1985) qui conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi promulguée à l'occasion de la contestation d'une disposition qui la modifie.

La spécificité de cette juridiction permet, à mon sens qu'il soit dérogé au principe que je viens d'énoncer, et ce en application des 14ème et 15ème alinéas du Préambule du 1946 qui consacrent la volonté de la France de se soumettre aux "règles de droit public international", fût-ce au prix de limitations de souveraineté. Rien ne s'oppose, dans ces conditions, à ce qu'une juridiction administrative spécialisée comme la commission des recours comprenne en son sein un représentant du HCR, dès lors que sa compétence exclusive est la mise en oeuvre de la Convention de Genève, et sous réserve que soient sauvegardées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (expression

que retient le Conseil constitutionnel lorsqu'il examine la conformité d'un traité à la Constitution, signifiant par là qu'il opère un contrôle plus souple du respect du principe de souveraineté nationale lorsqu'il se trouve en présence d'engagements internationaux de la France) que lorsqu'il a devant lui un texte de pur droit interne. Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sont respectées en l'espèce, les représentants du HCR étant minoritaires dans les formations de jugement de la Commission (un membre sur trois).

Plus problématique, à mon sens, est la présence d'un représentant du HCR au sein de la Commission au regard de sa compétence nouvelle : la reconnaissance de la qualité de réfugié sur le fondement du Préambule de 1946. Une telle présence ne trouve plus en effet sa justification, en application des 14ème et 15ème alinéas du Préambule de 1946, dans la mise en oeuvre d'un engagement international de la France. Cette présence d'un représentant du HCR, qui représente un organisme international et qui, théoriquement (même si, en pratique, l'engagement de Maurice SCHUMAN a été respecté) peut être un étranger, méconnaît le principe de souveraineté nationale.

En effet un ressortissant étranger, fût-il le représentant d'une organisation internationale, conserve toujours, sinon une obligation, du moins des réflexes de loyauté, voire même d'allégeance, à l'endroit de son pays d'origine...

Ce n'est pas un hasard si, pour prendre l'exemple d'une autre juridiction où siègent des juges non professionnels, le Code du travail exige que les membres des Conseils de Prud'hommes aient la nationalité française, et ce alors qu'une telle condition n'est pas requise pour être électeur (arr. L. 513-1 et L. 513-2).

Quant aux intérêts, aux priorités d'une organisation internationale, ils peuvent diverger de ceux de l'Etat français.

On pourrait certes imaginer de "sauver" l'article 29 au bénéfice de la connexité entre les questions relatives à l'application de la Convention de Genève et celles relatives au respect du 4ème alinéa du Préambule de 1946 sur les combattants de la liberté. Mais cette considération, qui a surtout un intérêt pratique, est sans valeur au regard des principes juridiques en cause.

Je vous propose en conséquence de déclarer inconstitutionnel l'ensemble de l'article 29.

oOo

Reste à dire un mot sur le « péché originel » qui entache, vraisemblablement, la composition de la Commission des recours : la présence en son sein d'un représentant de l'OFPRA.

Il est singulier en effet de voir siéger dans la juridiction d'appel un représentant de l'organe administratif qui a pris la décision contestée devant lui.

Cela heurte, à n'en pas douter, le principe de l'indépendance de la juridiction administrative (PFLR reconnu par la décision du 22 juillet 1988 (n° 80-119 DC)).

La question a été soulevée devant le Conseil d'Etat sous l'angle de la méconnaissance du droit à un juge indépendant et impartial consacré par l'article 6 de la CEDH. Le Conseil d'Etat a, plusieurs reprises, rejeté ce grief comme inopérant, estimant l'article 6 inapplicable, la commission ne statuant pas, selon lui, sur des droits de caractère civil... (cf, par exemple, Conseil d'Etat - 7 novembre 1990 - Madame SERWAAH L. p. 311). Le moyen tiré de la méconnaissance du principe général du droit qu'est l'indépendance des juridictions a également être rejeté, dès lors que la composition de la commission est fixée par la loi (cf. Conseil d'Etat - 11 mai 1994 YIKILMAZ).

Il n'en reste pas moins que la composition de la commission est, vraisemblablement, inconstitutionnelle depuis son origine. Singulière juridiction, en effet, que celle composée d'un juge, le président, et de deux assesseurs représentant, de fait, les parties en présence : l'administration et les réfugiés... Mais je vous propose de ne pas soulever d'office ce grief pour les motifs que j'ai précédemment exposés : il me paraît inopportun en effet de jeter une ombre sur le fonctionnement passé de cette juridiction.

Monsieur GUÉNA : Nous en venons à la discussion après ce remarquable rapport. Veuillez lire le projet de décision s'il vous plaît.

Monsieur LANCELOT procède à la lecture du projet sur l'article 29.

Madame LENOIR : Je préférerais "à un" principe fondamental reconnu par les lois de la République".

Monsieur LANCELOT : Je suis d'accord.

Monsieur GUÉNA : On passe à la suite, qui est le coeur de la décision. J'ouvre la discussion.

Monsieur COLLIARD : Qu'est-ce qui est au fond de cette affaire ? Y a-t-il deux catégories différentes de réfugiés, les uns demandant l'asile sur le fondement de la Convention, les autres sur celui de la Constitution ?

Dans la réalité, je m'interroge sur la pertinence de tout cela.

Faut-il instaurer deux commissions de composition différente ?

J'entends bien que les juridictions françaises statuent au nom du peuple français. Mais ce principe souffre des exceptions.

Tout cela est artificiel et d'un juridisme excessif.

Certes, ce sont des sources juridiques différentes. Mais la Convention de Genève a été incorporée dans le droit français.

Par ailleurs, y a-t-il une opposition entre le Préambule de 1946 et la Convention de Genève ?

On pourrait considérer que le Préambule de 1946 applique la Convention de Genève.

Il y a une autre manière de raisonner. Nous avons des personnes dans des situations identiques : les demandeurs d'asile. Ces périmètres se recouvrent étroitement, à quelques cas près.

Le texte place ces personnes dans des situations identiques. Et la Commission compétente devrait être différente ?

Je souhaite que l'on prenne en compte l'argument de la connexité pour éviter l'organisation de leurs régimes différents.

Monsieur GUÉNA : Nous avons à trancher entre deux thèses : Il est vrai que les réfugiés du Préambule de 1946 seront peu nombreux et que la connexité existe. Mais le principe rappelé par le rapporteur est clairement posé. Poursuivons la discussion sur ce principe.

Madame LENOIR : La portée de la loi n'est pas très importante. Mais c'est la première fois que le Conseil a à se prononcer non pas sur le droit d'asile, mais sur le système national d'application de la Convention de Genève.

Il y a deux problèmes :

✓ Peut-on introduire, pour statuer sur des droits qui concernent des nationaux et des non-nationaux, des juges non-français ?

Je crois en effet qu'en principe il faut exiger la nationalité française pour siéger dans les juridictions nationales.

✓ Mais doit-on admettre des exceptions à ce principe au point de mettre en cause la composition initiale de la Commission ?

Je ne le crois pas.

Il faut voir que la loi actuelle vient combler une carence née d'une interprétation extrêmement rigide de la Convention de Genève pour le Conseil d'Etat.

Dans la décision sur la loi Bonnet de 1980, nous avons admis que l'asile constitutionnel et l'asile conventionnel font un tout. La Constitution pose le principe de l'accueil. La mise en oeuvre incombe au législateur. On ne peut donc pas "saucissonner" le droit d'asile (l'art. 53-1 de la Constitution, issu de la réforme constitutionnelle de 1993, ne fait aucune distinction).

Il faut avouer, enfin, que la jurisprudence administrative sur ce point est très incertaine et évolutive. Quant à notre décision de 1993, elle a un peu entretenu la confusion, il faut en convenir.

Madame VEIL : Je m'attendais, à entendre le rapport de Monsieur LANCELOT, à ce qu'il parvienne à la conclusion qu'il ne fallait pas censurer...

La coopération entre le HCR et les organes nationaux est utile. Faut-il aller jusqu'à une participation active de celui-ci ? C'est le problème.

- Soit on considère que le principe de souveraineté nationale est bafoué.

C'est vrai qu'il peut y avoir des intérêts contradictoires entre le HCR et l'Etat français.

- Mais il y a de très gros inconvénients pratiques à censurer la loi. Les demandeurs qui seront déboutés sur le fondement de la Convention devront introduire un second recours sur le fondement de la Constitution ? Il y a également la procédure devant le ministre de l'Intérieur...

Cela fait beaucoup de procédures distinctes.

Le Conseil d'Etat, dans son avis sur la loi, n'a pas soulevé ce problème. L'argument de connexité m'apparaît donc très fort et devrait permettre de ne pas censurer l'article 29.

De plus, ce ne sera pas si facile pour le Gouvernement de faire revoter un texte sur l'asile constitutionnel.

Monsieur AMELLER : Je serai très bref. Les considérations de fait militent en faveur du texte. Les considérations de droit militent en faveur du respect du principe de souveraineté nationale.

Je suis donc d'accord avec le projet de censure du rapporteur.

Monsieur ABADIE : Pour le rapporteur, il n'y a contrariété avec la Constitution, lorsqu'il s'agit de la mise en service d'une convention internationale, que s'il y a atteinte aux conditions essentiels d'exercice de la souveraineté nationale.

Si on reste en droit interne, on apprécie l'atteinte au principe de la souveraineté nationale.

On peut donc dire qu'en principe les attributions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale doivent être réservées aux nationaux.

C'est la première fois que nous l'affirmons. Car l'interprétation de la décision de 1991 demeure incertaine.

Il peut y avoir des cas d'espèce qui justifient une interprétation moins stricte du principe... D'autant que nous ne devons cette loi qu'à l'interprétation restrictive de la Convention de Genève par le Conseil d'Etat. Il faut ajouter à cela des considérations tirées d'une bonne administration de la justice.

Donc je propose de dire que la présence du représentant du HCR ne constitue pas une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Monsieur LANCELOT : Je voudrais faire deux observations :

1/ Deux logiques s'opposent :

- une logique juridique,
- et une logique tirée d'un souci de bonne administration,

en ajoutant que ce sont les juristes qui soutiennent la bonne administration et les "juristes d'occasion" qui se placent sur le plan juridique...

2/ Quelle est la portée de la censure de l'article 29 ? La censure de l'article 13 est "pain béni" pour le Gouvernement.

Mais celle de l'article 29 est désagréable parce qu'elle a l'air de mettre par terre un apport positif : l'inscription de l'asile constitutionnel dans la loi.

Il serait très facile à mon sens d'introduire une réforme minime : il suffirait que tout fasse l'objet d'une instruction commune, et que, lorsqu'on examine la demande sur le terrain de la Constitution, la commission siège dans une formation excluant le HCR... d'autant que les intéressés seront peu nombreux.

Je suis pour les limitations de souveraineté au profit de l'Europe, vous le savez.

Mais ce qui est valable pour le droit communautaire n'est pas vrai pour l'ensemble des relations internationales de la France !

Par ailleurs le Préambule de 1946 comporte beaucoup de dispositions où il y a "à boire et à manger". Il faut donc être très vigilant sur leur mise en oeuvre par le législateur.

Il faut être prudent dans cette affaire. Je maintiens donc ma position.

Monsieur GUÉNA : Je suis ébranlé par vos propos, Monsieur le rapporteur. En tout état de cause, il faut sauvegarder tout ce qui a trait à la souveraineté nationale.

Je soumets au vote la proposition de censure du rapporteur. Qui est pour le projet du rapporteur, tel qu'il se présente ?

Messieurs GUÉNA, AMELLER et LANCELOT votent pour le projet de censure.

Distribuons donc le projet alternatif.

Monsieur le Secrétaire général : Quelques remarques sur ce projet, Monsieur Président.

- Votre souhait est exaucé : tout le début du projet est le même que celui du rapporteur. Le principe de souveraineté nationale est pris en compte.

- On affirme que, dans le respect de la souveraineté nationale, en principe, les fonctions régaliennes doivent être réservées aux nationaux.

- Et on admet, sur le fondement des 14^{ème} et 15^{ème} alinéas du Préambule, qu'il puisse être apporté une exception à ce principe, dans le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ce qui permet de "bénir" la loi de 52.

Ce n'est que le dernier paragraphe qui change (en page 3). Le considérant est un considérant d'espèce. Il repose sur l'idée de connexité qui n'est pas nouvelle puisque, notamment, votre décision de 97 accepte l'idée de "bloc de compétence".

Monsieur GUÉNA : Lisons le projet.

Monsieur LANCELOT procède à la lecture du projet.

Madame LENOIR : Je me demande s'il est opportun de citer l'article 3 de la Constitution. Les juges ne sont pas des représentants du peuple.

Monsieur LANCELOT : Cela fait apparaître le peuple.

Monsieur GUÉNA : Acceptez le peuple !

Monsieur COLLIARD : D'accord, mais il ne faut pas en tirer la conséquence que les juges sont des représentants.

Monsieur LANCELOT poursuit la lecture du projet.

Monsieur GUÉNA : La motivation sur le tiers des membres de la commission est-elle suffisante ?

Si on se trouvait face à une composition de la Cour de cassation qui comprendrait un tiers d'étrangers...

Monsieur le Secrétaire général : Ce n'est pas possible, Monsieur le Président. On est ici dans le cas d'application d'une convention internationale.

Il faut concilier deux principes : celui de la souveraineté nationale et celui du respect des engagements internationaux de la France. Mais aucun de ces deux

principes ne doit être sacrifié. D'où le "d'une part", "d'autre part". Les deux sont indispensables !

Monsieur LANCELOT continue la lecture du projet alternatif.

Monsieur GUÉNA : C'est la chute qui me gêne !

Monsieur AMELLER : Moi aussi !

Monsieur GUÉNA : Pour la chute, il faut savoir ce qu'on veut. Cela fait mal aux défenseurs de la souveraineté nationale !

"Il importe" c'est tout de même un peu fort !

La discussion s'ouvre sur la suppression de "il importe". La rédaction adoptée est la suivante : "il était loisible au législateur d'unifier les règles de procédure de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune." La dernière phrase est ainsi rédigée "que, dans ces conditions, l'article 29 ne méconnaît...".

Monsieur GUÉNA : Passons au vote.

☞ *Pour : Mesdames LENOIR, VEIL, Messieurs COLLIARD, GUÉNA, ABADIE et MAZEAUD.*

☞ *Contre : Messieurs AMELLER et LANCELOT.*

Monsieur LANCELOT : ***Sur l'article 23 :***

Il modifie, sur un certain nombre de points importants, l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Depuis la loi du 24 avril 1997, l'ordonnance de prolongation du maintien en rétention de l'étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire est délivrée par le président du tribunal de grande instance (ou par son représentant) quarante-huit heures après la décision écrite motivée du préfet de placement en rétention. Ce délai initial de rétention de 48 heures, pendant lequel le juge judiciaire n'intervient pas, délai qui avait d'ailleurs été critiqué devant le Conseil constitutionnel, mais sans succès, n'est pas modifié par la présente loi.

L'application de ces mesures, comme sous l'empire de la loi du 24 avril 1997, prend fin en principe au plus tard à l'expiration d'un délai de cinq jours, à compter de l'ordonnance précitée.

Ce dernier délai, dans l'état de la législation actuelle, peut être prorogé d'une durée maximale de 72 heures, par ordonnance du président du tribunal de grande instance ou de son délégué. **C'est ce dernier délai que l'article 23-III porte à 5 jours, les différents délais de prolongation de la rétention étant ainsi harmonisés (2 + 5 + 5).**

L'une des conditions permettant cette prorogation exceptionnelle est reprise de la législation actuelle : il s'agit du cas où il y a urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public ; cette formule vient d'ailleurs de notre propre jurisprudence.

Mais la prolongation va également pouvoir intervenir dans les hypothèses suivantes : celles où il y a impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement du fait de la perte ou de la destruction des documents de voyage, dissimulation par l'intéressé de son identité, ou obstruction volontaire faite à son éloignement.

La raison de cette augmentation du délai de la prolongation de la rétention, que préconisait au demeurant par le rapport WEIL, tient notamment à la volonté de rendre effectives les mesures de reconduite à la frontière, la libéralisation des règles de séjour devant en outre être équilibrée par une sanction plus efficace de leur méconnaissance.

Le dispositif ainsi envisagé est-il susceptible d'être critiqué, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et en particulier de ses décisions de 1986 et 1993 ?

Dans la décision du 3 septembre 1986 (n° 86-216 DC), le Conseil constitutionnel, alors que la loi déferée avait pour effet de permettre une prolongation de 3 jours de la rétention "en cas de difficultés particulières faisant obstacle au départ de l'étranger", avait considéré "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...". C'est la possibilité d'une extension indistincte de la rétention à tous les étrangers, sans précision des difficultés empêchant la reconduite, qui avait été ainsi censurée par le Conseil.

Dans la décision du 13 août 1993 (n° 93-325 DC), le Conseil a rappelé le même principe et a censuré une disposition qui permettait de retenir les étrangers pendant trois jours supplémentaires, dès lors qu'ils n'avaient pas présenté de document de voyage.

Le texte actuel de l'alinéa 7 de l'article 35 bis prévoit la possibilité d'une prolongation de 72 heures non seulement en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, **mais aussi lorsque l'étranger n'a pas présenté de document de voyage permettant l'exécution de l'éloignement et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ces documents.** Cette rédaction, moins précise que celle qui est retenue par la loi déferée, résulte de la loi du 30 décembre 1993 qui n'a pas été déferée au Conseil constitutionnel ; or, lorsqu'il a examiné la loi d'avril 1997, qui modifiait sur un autre point l'article 35 bis, le Conseil constitutionnel s'est gardé de faire application de la jurisprudence "Nouvelle-Calédonie" et n'a pas soulevé d'office la question de la constitutionnalité de la modification résultant de la loi de 1993.

A-t-il oublié de le faire, s'est-il gardé de le faire ? Beaucoup de commentateurs se sont interrogés, voyant dans ce silence un infléchissement de notre jurisprudence sur la durée de la rétention administrative et sur les conditions permettant sa prolongation.

En toute hypothèse, et indépendamment des conséquences que je tire ainsi du silence que nous avons gardé en 1997, il convient de relever que les deux décisions de censure précitées n'ont donné aucune indication qui prohiberait toute prolongation du délai de rétention, ni davantage posé un délai de prolongation qui pourrait être analysé comme un maximum ne pouvant être dépassé, même si l'on ne peut pas évidemment modifier ce délai à l'infini.

La difficulté essentielle tient au fait que le Conseil semble avoir considéré que seules l'urgence absolue et la menace de particulière gravité pour l'ordre public peuvent justifier une prorogation de la rétention.

Permettez-moi de relever que la rédaction retenue par le législateur, en dehors du cas d'urgence absolue et de menace pour l'ordre public qui ne pose pas de difficulté, est particulièrement précise et plus rigoureuse que dans le précédent de 1993, tacitement accepté par le Conseil en 1997 : sous le contrôle du président du tribunal de grande instance ou de son délégué, la prorogation d'une durée maximale de 5 jours ne pourra intervenir que dans des hypothèses qui

témoignent, pour la plupart, d'une volonté délibérée de l'étranger de s'opposer à la reconduite. Par ailleurs, il faut souligner que la protection des droits des étrangers en rétention administrative est renforcée par les ajouts opérés par les I et II de l'article 23 de la loi.

Parallèlement, l'intervention du juge judiciaire est bien entendu maintenue, qui peut toujours décider de la mise en liberté de l'étranger.

De plus, le mécanisme instauré par la loi d'avril 1997, qui permettait au procureur de la République de s'opposer à une décision de mise en liberté de l'étranger, est supprimé.

Sans revenir sur les motivations qui ont conduit le Gouvernement à proposer cette modification et qui ont été longuement développées lors des débats parlementaires, il existe donc des garanties suffisamment fortes pour ne pas critiquer la constitutionnalité des modifications ainsi apportées à la rétention administrative, étant une dernière fois rappelé que la prorogation en cause n'interviendra que dans des situations exceptionnelles, lorsque l'éloignement n'aura pas été rendu possible à l'expiration du délai normal pour des raisons qui tiennent essentiellement à la mauvaise volonté manifeste de l'étranger, à l'entrave à l'exécution qu'il entend opposer.

Monsieur GUÉNA : Je suis tout à fait convaincu par le rapport.

Monsieur LANCELOT : Il ne faut pas donner un blanc seing, mais on voit bien que l'on se trouve dans une loi bien balisée, avec une augmentation faible du délai.

Monsieur COLLIARD : Si nous ne disons rien sur ce délai, cela va paraître étrange, parce que pour la première fois on atteint un délai de 12 jours. Alors je me suis interrogé sur le point de savoir s'il n'était pas opportun de dire expressément, en expliquant pourquoi, il n'y avait pas d'inconstitutionnalité.

Monsieur AMELLER : Il faut mettre en balance la disparition de la rétention judiciaire.

Monsieur LANCELOT : On ne va pas soulever d'office la question pour dire qu'il n'y a pas de difficulté.

Monsieur COLLIARD : Je me rallie à cette solution.

Monsieur GUÉNA met au vote sur l'ensemble du projet :

☞ *Pour : Mesdames LENOIR et VEIL, Messieurs GUÉNA, ABADIE, LANCELOT, MAZEAUD et COLLIARD.*

☞ *Contre : Monsieur AMELLER.*

La séance est levée à 18 h 45.