

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

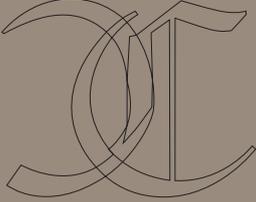
N° 766



*Publication
bimensuelle*

*15 juillet
2012*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

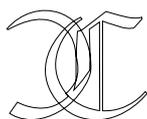
www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications

Jurisprudence



2
•

Par arrêt du 21 mars 2012, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 971) que « *La rémunération à comparer au salaire minimum de croissance doit être calculée sur la base du nombre d'heures de travail effectif, à l'exclusion des temps de pause durant lesquels le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur* ». Gérard Vachet note (JCP 2012, éd. S, n° 1222) que « *ni la loi ni la jurisprudence n'[ayant] donné une définition du complément de salaire, les magistrats, pour exclure une somme de l'assiette de calcul du SMIC ou l'y inclure, ont adopté un approche pragmatique tenant compte de la finalité de la somme versée* ». Or, « *la durée de travail effectif s'entend du temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». Dès lors, « *les primes rémunérant les temps de pause pendant lesquels les salariés ne restent pas à la disposition de l'employeur ne sont pas [...] une contrepartie à un temps de travail effectif* ».

Le 27 mars dernier, la même chambre a jugé (*infra*, n° 958) qu'« *un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* », approuvant « *l'arrêt qui, relevant que le salarié appartenant au "personnel critique de sécurité" avait consommé des drogues dures pendant ses escales entre deux vols et qui, se trouvant sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait fait courir un risque aux passagers, en a déduit qu'il avait ainsi commis une faute grave, justifiant la rupture immédiate de son contrat de travail* », Jean Mouly notant (*Droit social*, mai 2012, p. 526 et s.) que « *c'est [...] seulement dans la mesure où le comportement du salarié dans sa vie personnelle est susceptible d'affecter directement l'exécution du contrat que l'employeur dispose d'un droit d'ingérence dans cette vie personnelle* ».

Doctrine



Par avis du 4 juin dernier, la Cour de cassation, saisie pour avis par le tribunal de grande instance de Paris de la question suivante : « *L'enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite en application de l'article 21-12 1° du code civil exige-t-il que la personne ayant recueilli l'enfant depuis au moins cinq années ait été de nationalité française durant toute la période de ce recueil ou suffit-il qu'elle justifie remplir cette condition au moment de la souscription de ladite déclaration ?* », a estimé que « *Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1° de ce code l'enfant recueilli en France depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France.* »

Enfin, le 15 juin, l'assemblée plénière a jugé que « *Le Président de la République, en sa qualité de victime, ayant joint son action à celle du ministère public, est recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat* », précisant qu'« *au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, qui ne vise que les juges, la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* », « *Les garanties du procès équitable s'appréci[a]nt en fonction des circonstances de l'espèce* », et qu'« *ayant constaté que, pour chacun des mis en cause, l'ordonnance rappelle les éléments à charge et à décharge, la cour d'appel en a exactement déduit que le juge d'instruction avait satisfait aux exigences de l'article 184 du code de procédure pénale.* »

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 4 juin 2012

Nationalité _____ Page 5

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 15 juin 2012 rendu par l'assemblée plénière

Instruction _____ Page 28

Peines _____ Page 28

Président de la République _____ Page 28

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS -

4 • ARRÊTS DES CHAMBRES Numéros

Contrat de travail, exécution _____ 957

Contrat de travail, rupture _____ 958 à 961

Convention européenne
des droits de l'homme _____ 962

Élections professionnelles _____ 963-964

Représentation des salariés _____ 965-966

Statut collectif du travail _____ 967 à 969

Travail réglementation, rémunération _____ 961-970-971

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, **dans leur rédaction définitive**, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 4 JUIN 2012

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 5
Rapport	Page 6
Observations	Page 21

Nationalité

Nationalité française - Acquisition - Modes - Déclaration - Réclamation à raison du recueil en France - Mineur recueilli et élevé par une personne de nationalité française - Conditions - Délai de cinq ans - Point de départ - Détermination.

Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française, en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1° de ce code, l'enfant recueilli en France, depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci il réside en France.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 1^{er} mars 2012 par le tribunal de grande instance de Paris, reçue le 8 mars 2012, dans une instance opposant M. X... à M. le procureur de la République et ainsi libellée :

« *L'enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite en application de l'article 21-12 1° du code civil exige-t-il que la personne ayant recueilli l'enfant depuis au moins cinq années ait été de nationalité française durant toute la période de ce recueil ou suffit-il qu'elle justifie remplir cette condition au moment de la souscription de ladite déclaration ?* »

Sur le rapport de Mme Bodard-Hermant, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Pagès, avocat général, entendu en ses observations orales ;

EST D'AVIS QUE :

Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française, en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1° de ce code, l'enfant recueilli en France depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France.

N° 12-00004 - TGI Paris, 1^{er} mars 2012.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Bodard-Hermant, Rap., assistée de Mme Dibie, auditeur. - M. Pagès, Av. Gén.

Rapport de Mme Bodard-Hermant

Conseiller rapporteur

PLAN

INTRODUCTION : la question posée

I. - Faits et procédure à l'origine de la demande d'avis

II. - Recevabilité de la demande d'avis

II. - 1. Recevabilité formelle

II. - 2. Recevabilité au regard de l'article L. 441-1 du COJ

II. - 2.1. *Une question de droit nouvelle*

a) en droit

b) en l'espèce

II. - 2.2. *Qui se pose dans de nombreux litiges*

a) en droit

b) en l'espèce

II. - 2.3. *Et qui pose une difficulté sérieuse*

a) en droit

b) en l'espèce

II. - 3. Conclusion sur la recevabilité de la demande d'avis

III. - Les textes

III. - 1. Éléments de contexte du droit de la nationalité

III. - 2. Conditions de la déclaration au titre des dispositions en cause

III. - 2.1. *Le code civil*

III. - 2.2. *L'article 16 du décret du 30 décembre 1993*

III. - 2.3. *La circulaire du 11 juin 2010*

III. - 3. Les travaux parlementaires de la réforme de 2003 : la lutte contre la fraude organisée par les filières d'immigration clandestine

III. - 3.1. *Exposé*

III. - 3.2. *Analyse*

III. - 4. les réponses ministérielles

IV. - La jurisprudence : la bienveillance n'exclut pas la vigilance

IV. - 1. **Le sens des termes « recueilli ... et élevé... »**

IV. - 2. **L'enfant recueilli par les services de l'ASE**

IV. - 3. **La fraude**

V. - La doctrine : une réforme controversée pour un texte à double usage

CONCLUSION

INTRODUCTION

Par jugement du 1^{er} mars 2012, le tribunal de grande instance de Paris a saisi la Cour de cassation pour avis de la question suivante :

« *L'enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite en application de l'article 21-12 1^o du code civil exige-t-il que la personne ayant recueilli l'enfant depuis au moins cinq années ait été de nationalité française durant toute la période de ce recueil ou suffit-il qu'elle justifie remplir cette condition au moment de la souscription de la dite déclaration ?* »

I. - Faits et procédure à l'origine de la demande d'avis

M. Faycal X... est né le 17 août 1991 à Hussein Dey (Algérie) de parents inconnus et a été confié à M. Mohamed X... dans le cadre d'un acte de kafala judiciaire en date du 23 septembre 1991.

Soutenant être entré en France en 1999 et y avoir été élevé par le couple que forme le recueillant avec Mme X... depuis cette date, il a saisi le tribunal de grande instance de Paris par acte du 14 octobre 2010, afin de voir ordonner l'enregistrement de la déclaration de nationalité française qu'il a souscrite le 13 mars 2009 sur le fondement de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil, à la suite du refus d'enregistrement opposé par le juge d'instance de Nogent-sur-Marne selon décision du 13 mars 2009, au motif que le recueillant n'avait pas la nationalité française depuis plus de cinq ans au jour de la déclaration, pour ne l'avoir recouvrée, par décret de réintégration, que le 10 octobre 2008, soit moins de cinq mois avant celle-ci.

Les conclusions du ministère public signifiées le 17 mai 2011, qui tendent à voir constater l'extranéité de M. Faycal X..., se fondent sur le même motif.

Par conclusions signifiées le 23 juin 2011, le recueilli fait valoir que les dispositions de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil ne requièrent pas que la nationalité française du recueillant ait été acquise depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, mais seulement qu'elle le soit au jour de la déclaration.

C'est dans ce contexte qu'a été formulée la demande d'avis.

II. - Recevabilité de la demande d'avis

II. - 1. Recevabilité formelle

La procédure suivie et les diligences accomplies par le tribunal de grande instance de Paris satisfont aux exigences des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

Dans le délai fixé par cette juridiction au conseil du recueilli et au ministère public, pour faire valoir leurs observations, chacun d'eux a produit une note en délibéré, maintenant son argumentation initiale.

II. - 2. Recevabilité au regard de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, « *Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

Il faut donc vérifier si la question posée est une question de droit nouvelle, si elle présente une difficulté sérieuse et si elle se pose dans de nombreux litiges. Ces conditions sont cumulatives¹.

II. - 2. 1. Une question de droit nouvelle

a) en droit

La Cour de cassation considère que ne sont pas susceptibles de donner lieu à avis les questions mélangées de fait et de droit, dès lors que la réponse à la question suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond et de son pouvoir souverain. Elle indique que la juridiction demanderesse de l'avis doit formuler une question de pur droit, dégagée des éléments de fait de l'espèce².

N'est pas non plus susceptible de donner lieu à avis une question portant sur la compatibilité d'une disposition interne et des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que son examen suppose l'analyse de conditions de fait et de droit³.

Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation⁴. Mais n'est pas nouvelle la question dont est saisie la Cour de cassation à l'occasion d'un pourvoi pendant devant elle⁵.

¹ Avis du 27 avril 2000, n° 02-00.004, *Bull.* 2000, Avis, n° 2 ; avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8 ; avis du 29 janvier 2007, n° 07-00.003, *Bull.* 2007, Avis, n° 2 ; avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, n° 3.

² Avis du 24 janvier 1994, n° 09-30.017, *Bull.* 1994, Avis, n° 1 ; avis du 1^{er} décembre 2003, n° 00-00.000, *Bull.* 2003, Avis, n° 2 ; avis du 8 octobre 2007, n° 07-00.011, *Bull.* 2007, Avis, n° 7 ; avis du 5 décembre 2011, n° 11-00.006, *Bull.* 2011, Avis, n° 8 ; avis du 12 décembre 2011, n° 11-00.007, *Bull.* 2001, Avis, n° 9.

³ Avis du 8 octobre 2007, n° 07-00.011, relatif aux articles L. 512-2 et D. 512-2, qui concernent l'attribution de prestations familiales aux étrangers en séjour régulier sur le territoire national, *Bull.* 2007, Avis, n° 7 ; avis du 16 décembre 2002, n° 00-20.008, *Bull.* 2002, Avis, n° 6.

⁴ Avis du 25 juin 2010, n° 10-00.003, *Bull.* 2010, Avis, n° 3 ; avis 4 avril 2011, n° 11-00.001, *Bull.* 2011, Avis, n° 5 : lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis.

⁵ Avis du 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4 ; avis 4 avril 2011, n° 11-00.002, *Bull.* 2011, Avis, n° 4, le pourvoi en cours opposant les mêmes parties.

b) en l'espèce

Les dispositions en cause résultent de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, et n'ont pas encore donné lieu à application par la Cour de cassation. En outre, après vérification, aucun pourvoi actuellement en cours d'examen par la Cour de cassation ne porte sur la question posée par la demande d'avis.

La question, qui, dégagée de toute considération d'espèce, **est incontestablement de droit** dès lors qu'elle concerne les conditions d'acquisition de la nationalité française sur le fondement de cet article, **est donc nouvelle.**

II. - 2. 2. *Une question se posant dans de nombreux litiges*

a) en droit

Ce critère est sans doute le plus délicat ici, dès lors que les conditions de fond sont cumulatives. Il l'est d'autant plus que les précédents sont rares⁶.

Cette exigence de nombreux litiges suppose préalablement définis la notion de litiges à prendre en compte et l'adjectif « nombreux ». À cet égard, il est renvoyé à la note de synthèse du SDER⁷, qui précise notamment, quant aux litiges à prendre en compte :

« Frédéric Zenati considère que, puisque la finalité de la procédure d'avis est de prévenir les conflits de jurisprudence par une fixation anticipée de la jurisprudence suprême, celle-ci n'a lieu d'être mise en œuvre que si ces conflits existent, du moins à l'état potentiel, c'est-à-dire que des procédures aient été engagées. Il recommande d'inclure dans le compte des litiges requis ceux qui ont déjà donné lieu à des décisions voire à une décision passée en force de chose jugée car ils attestent que la question qui se pose constitue un point sensible.

Pour Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud, il importe peu que la demande soit simplement susceptible de se poser à nouveau et d'intéresser de nombreux justiciables, il faut qu'elle soit déjà posée dans plusieurs litiges ».

Elle poursuit, s'agissant du terme « nombreux », dans l'expression « nombreux litiges » :

Pour Jean-Jacques Hyst, le terme « nombreux litiges » vise « le phénomène des séries ». Quant à Georges Kiejman, la question soulevée doit, selon lui, contribuer à résoudre « un volume d'affaires important ». Il précise devant le Sénat que « la Cour de cassation pourra dire qu'il n'y a pas lieu de solliciter son avis, car la demande porte sur une question singulière, individuelle et peu susceptible d'être posée à nouveau. Elle laissera donc au juge qui lui a demandé l'avis le soin de prendre sa décision sans ledit avis ». Marcel Rudloff, rapporteur devant le Sénat, expose de son côté que « la question doit être considérée comme une sorte de préalable à la solution d'un grand nombre d'affaires ». Il ajoute : « c'est ce qu'on appelle des questions de principe ».

Marc Lauriol, sénateur, à l'occasion du débat devant le Sénat, a tenu des propos quelque peu différents : « Première question : qu'entendez-vous par nombreux ? Il est rare qu'un législateur s'exprime ainsi. Sans doute avez-vous voulu dire "plusieurs". Au moins, on sait qu'à partir de deux on tombe dans la catégorie "plusieurs". Il faudrait donc dire "plusieurs litiges plutôt que de nombreux litiges". Mais ces propos n'ont pas été commentés dans la suite des débats et le mot "nombreux" n'a pas été remplacé par le mot "multiples" ».

La doctrine, elle aussi, considère qu'il ne faut pas se contenter de deux litiges. [...] Cette condition suppose-t-elle que la Cour de cassation recherche elle-même l'existence de nombreux litiges ?

Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud⁸ observe en 1993 que, à la lecture des avis, il apparaît que la Cour se refuse à contrôler effectivement l'existence de nombreux litiges. C'est le caractère d'intérêt général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence qui conditionne sa recevabilité. Il ne saurait y avoir d'arrêt d'espèce. Quinze ans plus tard, ces propos semblent toujours pouvoir être tenus. En effet, les décisions de la Cour de cassation sur ce critère particulier ne sont pas très nombreuses⁹.

⁶ Avis du 16 juin 1995, n° 09-50.009, Bull. 1995, Avis, n° 11 :
« Un contrat d'assurance obligatoire peut-il valablement exclure de son champ d'application territorial une partie du territoire national tels les départements d'Outre-mer ?
La demande d'avis ne soulève pas une question de droit se posant dans de nombreux litiges, au sens de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire ;
En conséquence, Dit n'y avoir lieu à avis ».

Avis du 2 mai 1994, n° 09-04.005, Bull. 1994, Avis, n° 11 :
« Les dispositions de l'article 586, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile autorisent-elles les époux X... à former devant le juge de l'exécution une tierce opposition incidente à l'encontre du jugement du tribunal de grande instance de Toulon en date du 3 décembre 1992 qui a validé la saisie-arrêt (pratiquée) le 20 novembre 1991 à la requête de M. Y... entre les mains de la société Lyonnaise de banque, et ce, compte tenu à la fois des règles propres de l'article 586 susvisé et des dispositions de l'article 97 de la loi du 9 juillet 1991 ? La demande d'avis est mélangée de fait et de droit et ne soulève pas une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges ;
En conséquence, Dit n'y avoir lieu à avis ».

Avis du 9 juillet 1993, n° 09-30.007, Bull. 1993, Avis, n° 10 :
« Un salarié muté sur sa demande à l'étranger depuis plus de six mois, dans des conditions d'éloignement ne lui permettant plus d'exercer normalement son mandat de conseiller prud'homme, sans avoir toutefois démissionné ni été démis de ce mandat, bénéficie-t-il encore de la protection absolue prévue par les articles L. 514-2 et L. 412-18 du code du travail ? La demande ne soulève pas une question de droit se posant dans de nombreux litiges, au sens de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire ;
En conséquence, Dit n'y avoir lieu à avis ».

⁷ Voir la note de synthèse rédigée par Mathilde Zylberberg pour le SDER le 10 décembre 2010 : la saisine de la Cour de cassation pour avis, en matière civile.

⁸ Communications, BICC, 15 décembre 1993, p. 12.

⁹ Voir note 6.

Henri-Michel Darnanville¹⁰ préconise une appréciation très libérale de la condition liée au nombre des litiges. L'attitude inverse conduirait selon lui à négliger l'aspect pratique immédiat de la procédure : l'aide apportée au juge du fond dans son activité pour la résolution d'une question de droit nouvelle et sérieuse l'empêchant de rendre une décision en toute conscience ».

Enfin, pour J. Buffet¹¹, « cette condition est peu prise en compte par la Cour de cassation, ne serait-ce que parce qu'elle ne dispose pas d'instrument de mesure. Le texte est d'ailleurs auto-contradictoire : si une question de droit est véritablement nouvelle et se pose au juge du premier degré, il y a peu de chances qu'on soit en présence d'une pluralité de litiges en cours. La potentialité de litiges à venir est aussi importante, sinon même plus importante, au regard de l'objectif de prévention des contentieux poursuivi par la procédure de saisine pour avis. C'est donc la condition dont l'absence est la moins souvent retenue par la Cour de Cassation. Sur ce fondement, cinq seulement des cent trente-quatre demandes d'avis examinées au 1^{er} mars 2000 n'ont pas été accueillies ».

b) en l'espèce

Le tribunal de grande instance de Paris, dans sa décision formulant sa demande d'avis, ne mentionne aucune donnée chiffrée mais énonce qu'elle « se pose dans de nombreux litiges », et les conclusions en réplique du demandeur invoquent « l'interprétation de certains tribunaux d'instance » au soutien de la thèse qu'il défend pour contester la décision de refus d'enregistrement.

Pour évaluer à la fois l'existence de divergences jurisprudentielles sur la question et le nombre de litiges à prendre en compte, une recherche des décisions figurant sur la base Jurica a été effectuée. Il en ressort qu'il n'existe quasiment pas de décisions portant sur l'application de cette disposition, seules trois décisions pertinentes des cours d'appel de Lyon, Rouen et Grenoble rendues en 2010 et 2011 ayant été sélectionnées et aucune d'elle n'ayant retenu la thèse du demandeur¹².

Et il ressort de l'ensemble des réponses obtenues dans le cadre de la consultation du forum de discussion des greffiers en chef que :

- les juridictions ne tiennent pas de statistiques affinées relativement aux différentes hypothèses visées à l'article 21-12 du code civil ;
- l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil ne semble pas susciter de litige particulier ;
- les greffiers en chef appliquent la circulaire du 11 juin 2010, qui décompte le délai de cinq années à partir de la date d'acquisition de la nationalité française.

De son côté, la chancellerie a indiqué ne pas être en mesure de fournir, dans les délais de la procédure d'avis, les statistiques relatives au contentieux généré par l'application de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil. Elle a précisé que ce texte était, en fait, utilisé dans le cadre de kafala et qu'elle n'avait pas été sollicitée sur sa mise en application dans le cadre d'autres situations que celles-ci.

Enfin, le rapport sur l'adoption de J.-M. Colombani¹³ fait état d'estimations qui situent entre 300 et 1 000 le nombre d'enfants entrés en France sous le régime de la kafala.

Quoi qu'il en soit de ces données statistiques éparses, la demande d'avis concerne une question de droit qui se pose à l'occasion de toute déclaration de nationalité formulée sur le fondement de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil dans laquelle le recueillant n'a pas acquis la nationalité française depuis cinq ans au jour de celle-ci, alors même que le recueil a duré au moins cinq ans.

Des conflits existent donc, au moins à l'état potentiel, dans cette série de cas.

II. - 2. 3. Une difficulté sérieuse

a) en droit

La difficulté est sérieuse dès lors qu'elle commande l'issue du litige et qu'elle donne ou pourrait donner lieu à des solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond, en sorte que la demande d'avis vise à prévenir le risque de contrariété de jurisprudence, ainsi que l'énonce Frédéric Zenati¹⁴. Il rappelle ainsi que cette condition a pour but d'écartier les demandes d'avis qui procèdent d'une méconnaissance du droit, soit que celui-ci comporte la solution recherchée, soit que les juges et les parties aient commis une erreur dans l'analyse juridique du litige et, en conséquence, dans l'élaboration de la question de droit¹⁵.

Ainsi, la formation pour avis a décidé que la question posée doit conditionner la solution du litige ou commander l'issue du procès¹⁶. En revanche, une question n'est pas sérieuse lorsque la réponse va de soi, selon l'expression utilisée par Georges Kiejman, ministre délégué auprès du garde des sceaux, au cours des débats parlementaires.

b) en l'espèce

De prime abord, la lettre même des dispositions en cause semble appeler une réponse univoque à la question posée, qui commande incontestablement l'issue du litige en ce qu'elle concerne la détermination d'une condition de recevabilité de la déclaration de nationalité souscrite à ce titre.

¹⁰ « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001, p. 416.

¹¹ Présentation générale, la saisine de la Cour de Cassation pour avis, 29 mai 2000.

¹² Demande d'avis n° 12-00.004, jurisprudence pertinente des cours d'appel.

¹³ La Documentation française, 2008, p. 113.

¹⁴ Voir *Recueil Dalloz* 1992, p. 247.

¹⁵ Par exemple : avis du 14 mai 2001, n° 01-00.001 *Bull.* 2001, Avis, n° 2 : « La prescription quinquennale régissant l'action en nullité du licenciement pour motif économique est-elle également applicable à l'action en contestation du caractère réel et sérieux du motif économique et du licenciement et à l'action indemnitaire afférente ? L'action en contestation de la cause réelle et sérieuse de licenciement et en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'étant pas une action en nullité, la question posée ne présente pas une difficulté sérieuse ».

¹⁶ Avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8 ; Avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.*, 2007, Avis, n° 3.

En effet, il est prévu que peut réclamer la nationalité française « *l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ...* ». Et la locution « *et* » située entre les mots « *recueilli en France* » et « *élevé par une personne de nationalité française* » suggère la concordance de temps entre la durée du recueil et celle de la qualité de Français du recueillant.

Toutefois, la lettre d'un texte ne saurait suffire, en soi, à son interprétation et il convient de rechercher si l'objectif de la réforme dont il est issu, son accueil en doctrine et les travaux parlementaires de cette réforme confortent ce résultat. Une analyse de la finalité et de la pratique du texte se révèle ainsi nécessaire pour permettre à la formation pour avis de se prononcer sur la pertinence de la question posée.

Et le caractère sérieux de celle-ci - en ce qu'il est lié à l'existence de solutions divergentes adoptées ou susceptibles de l'être par les juges du fond - ne devrait pas pouvoir être affecté, le cas échéant, par l'importance statistiquement relative de la série de cas concernés, dès lors, précisément, qu'il s'agit d'une série.

Ainsi, si rien ne permet d'établir qu'elle n'est susceptible de concerner que quelques cas exceptionnels, en raison, comme dans les avis précités du 16 juin 1995, 2 mai 1994 et 9 juillet 1993¹⁷, de considérations factuelles qui relèvent de l'office du juge, l'existence même de cette série devrait pouvoir justifier la question posée en ce qu'elle traduit la recherche d'une position commune.

II. - 3. Conclusion sur la recevabilité

C'est au vu de ces éléments que la formation pour avis devra dire si la question posée relève de la demande d'avis.

En tout état de cause, il convient d'en préciser le contexte et de rechercher, dans la genèse des textes applicables, la jurisprudence et la doctrine, les éléments de réponse à prendre en considération.

III. - Les textes

Aux termes de l'article 67 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, l'article 21-12, alinéa 3, 1° de du code civil est ainsi rédigé :

« 1° *L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance* ».

L'article 21-12 du code civil est donc désormais libellé comme suit :

« *L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France.*

Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France.

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

1° *L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance* ».

Dans sa **version antérieure à la réforme de 2003**, ce texte ne posait **aucune condition de délai**. Sa formulation datait de la grande réforme du droit de la nationalité opérée par la loi du 9 janvier 1973, qui avait supprimé la condition de délai de cinq années prévue dans le cas de l'enfant confié au service de l'ASE.

Dans sa **version initiale issue de l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française**, l'article disposait alors :

« *L'enfant adopté par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 101 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France.*

Il en est de même de l'enfant confié depuis cinq années au moins au service de l'assistance à l'enfance ou de celui qui, ayant été recueilli en France, y a été élevé par une personne de nationalité française ou par un étranger ayant eu en France depuis au moins cinq années sa résidence habituelle ».

La loi du 22 juillet 1993¹⁸ réformant le droit de la nationalité et intégrant le droit de la nationalité dans le code civil a substitué **l'article 21-12 du code civil à l'article 55 du code de la nationalité**. Son article 16 a supprimé la possibilité, pour un enfant recueilli par un étranger ayant eu en France depuis au moins cinq années sa résidence habituelle, de souscrire une déclaration à ce titre.

III. - 1. Éléments de contexte sur le droit de la nationalité française

L'attribution de la nationalité française d'origine peut résulter :

- de la filiation : c'est le droit du sang¹⁹ ;
- de la naissance : c'est le droit du sol, qui peut être simple²⁰ ou double²¹.

¹⁷ Voir note 6.

¹⁸ JO du 23 juillet 1993, p. 10343. Voir en particulier l'article 50.

¹⁹ Article 18 du code civil : est Français l'enfant dont l'un des parents au moins est Français.

²⁰ Articles 19 et 19-1 du code civil : est Français l'enfant né en France de parents inconnus, apatrides ou étranger, pour lesquels les lois étrangères de nationalité ne permettent en aucune façon qu'il se voie transmettre la nationalité de l'un ou l'autre de ses parents. Sauf ces cas-là, la France ignore le droit du sol simple à effet immédiat à la naissance, tel qu'en vigueur par exemple aux États-Unis. Sur l'évolution récente de cette faculté dont l'origine se trouve dans l'article 9 du code Napoléon, voir P. Lagarde, *op. cit.*, n° 33.11.

²¹ Article 19-3 du code civil : est Français l'enfant né en France d'un parent qui y est lui-même né.

L'acquisition de la nationalité française par un étranger majeur peut résulter d'une décision de l'autorité publique ou d'une déclaration.

Ainsi, **en principe**, tout étranger qui souhaite devenir Français doit solliciter sa **naturalisation**, pour laquelle l'État français se réserve une faculté d'appréciation discrétionnaire²².

Toutefois, dans certains cas, dans lesquels l'étranger présente des liens particuliers qui le rattachent à la France, mais d'une manière qui n'est pas ou plus suffisante pour que lui soit attribuée de plein droit la nationalité française, il peut réclamer celle-ci par **déclaration** et, si les conditions de recevabilité de sa demande sont satisfaites, l'acquiescer par la seule expression de sa volonté, qui viendra conforter ces liens avec la France.

L'acquisition de la nationalité française peut ainsi, sous certaines conditions, être réclamée par déclaration souscrite conformément aux articles 26 et suivants du code civil en raison :

- du **mariage** avec un conjoint de nationalité française (article 21-2 du code civil) ;
- de la **naissance et de la résidence en France** (article 21-7 du code civil) ;
- de l'**adoption simple** par une personne de nationalité française (article 21-12, alinéa premier, du code civil) ;
- du **recueil en France et de l'éducation par une personne de nationalité française**, c'est la situation qui motive la présente demande d'avis ;
- du **placement au service de l'aide sociale à l'enfance** (article 21-12, alinéa 3, 1^o *in fine* du code civil) ;
- du **recueil en France et de l'éducation** dans des conditions ayant permis au recueilli de recevoir une formation **empreinte de culture française** (article 21-12, alinéa 3, 2^o du code civil²³) ;
- de la **possession d'état** de Français décennale (article 21-13 du code civil) ;
- de certains cas **de perte de la nationalité française** (article 21-14), en application de l'article 23-6 du code civil²⁴ ou de la fin de non-recevoir à la preuve de la nationalité française édictée par l'article 30-3 de ce code²⁵.

L'acquisition de la nationalité française par un étranger mineur peut enfin avoir lieu de plein droit, dans les conditions de l'article 22-1 du code civil, par l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française par l'un des deux parents.

La **réintégration**, qui permet à une personne qui a perdu la nationalité française de la recouvrer sans rétroactivité, est assimilée à un mode d'acquisition, du fait même de cette non-rétroactivité. Elle peut être obtenue par déclaration (article 24-2 du code civil)²⁶, statistiquement de peu d'importance²⁷, ou par décret (article 24-1 du code civil), à l'instar d'une naturalisation.

Pour mémoire et **en l'espèce** qui a donné lieu à la présente demande d'avis, le recueilli a acquis la nationalité française par décret de réintégration du 10 octobre 2008.

11
•

III. - 2. Conditions de la déclaration de nationalité à raison du recueil en France et de l'éducation par une personne de nationalité française

III. - 2. 1. *Le code civil*

Selon les dispositions de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 26 novembre 2003, l'enfant qui, depuis au moins cinq années, a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions de forme prévues aux articles 26 et suivants de ce code, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France.

L'article 26 du code civil prévoit que toutes les déclarations, à l'exception de celles qui sont faites à raison du mariage²⁸, sont reçues par le **greffier en chef du tribunal d'instance**²⁹, qui en délivre récépissé après remise des pièces nécessaires à la preuve de leur recevabilité.

Il renvoie, pour les conditions de forme, au décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française, modifié par le décret n° 2010-527 du 20 mai 2010.

²² Article 21-15 et article 21-17 du code civil : en principe, l'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique résulte d'une naturalisation accordée par décret à la demande de l'étranger, qui doit justifier d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent sa demande.

²³ L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'État.

²⁴ La perte de la nationalité française peut être constatée par jugement lorsque l'intéressé, Français d'origine par filiation, n'en a point la possession d'état et n'a jamais eu sa résidence habituelle en France, si les ascendants, dont il tenait la nationalité française, n'ont eux-mêmes ni possession d'état de Français, ni résidence en France depuis un demi-siècle. Le jugement détermine la date à laquelle la nationalité française a été perdue. Il peut décider que cette nationalité avait été perdue par les auteurs de l'intéressé et que ce dernier n'a jamais été Français.

²⁵ Lorsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés pendant plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre n'ont pas eu la possession d'état de Français.

²⁶ Le tribunal devra dans ce cas constater la perte de la nationalité française, dans les termes de l'article 23-6.

²⁷ Réintégration par déclaration de l'article 24-2 (mariage avec un étranger ou acquisition d'une nationalité étrangère par mesure individuelle) ou autres formes de réintégration par déclaration (loi du 26 décembre 1964 : mineurs saisis par la Convention de Strasbourg ; article 32-4 et s. : anciens parlementaires des ex-territoires d'Outre-mer ; article 21-14 : descendants de Français établis à l'étranger).

²⁸ P. Lagarde, *La Nationalité française*, Dalloz 2001, n° 33.141.

²⁹ Qui sont reçues par le représentant de l'État dans le département, à Paris, le préfet de police, ou par le consul.

²⁹ La loi du 12 mai 2009, dont l'article 12 prévoit le transfert de compétence du juge d'instance au greffier en chef de ce tribunal ou au représentant de l'État dans le département, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

L'article 26-3 du code civil précise :

- que le greffier en chef du tribunal d'instance qui reçoit la déclaration refuse de l'enregistrer si elle ne satisfait pas aux conditions légales, suivant décision motivée notifiée au déclarant, qui peut la **contester** devant le **tribunal de grande instance** durant un délai de **six mois** ;

- que le refus d'enregistrement doit intervenir dans le délai de six mois à compter de la délivrance du récépissé susvisé ;

- que ce délai est porté à un an pour les déclarations souscrites en raison du mariage et à deux ans, pour les mêmes déclarations, dans le cas où la procédure d'opposition par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation autre que linguistique, est engagée par le gouvernement en application de l'article 21-4 du code civil.

Selon l'article 26-4, alinéa premier, du code civil, à défaut de refus d'enregistrement dans les délais légaux, copie de la déclaration est remise au déclarant, revêtue de la mention de l'enregistrement.

Cependant, aux termes des deux alinéas suivants de cet article, **le ministère public peut contester l'enregistrement** :

- si les conditions légales ne sont pas satisfaites, dans les **deux ans** suivant la date à laquelle il a été effectué ;

- ou, en cas de mensonge ou de fraude, dans le délai de **deux ans** à compter de leur découverte. « *La cessation de la communauté de vie dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 21-2 constitue une présomption de fraude* ».

À cet égard, d'une part, la première chambre a jugé, le 28 mars dernier³⁰, que seul le ministère public pouvant agir en annulation de l'enregistrement pour fraude, c'est à compter de la date à laquelle celui-ci l'a découverte que court le délai biennal d'exercice de cette action, peu important la date à laquelle divers services de l'État ont pu, le cas échéant, en avoir connaissance.

Et, d'autre part, elle a transmis au Conseil constitutionnel, le 18 janvier dernier, une question prioritaire de constitutionnalité à laquelle ce dernier a répondu, par décision n° 2012-2007 QPC du 30 mars 2012 :

« *Considérant que, par suite, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué ; que, sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense*³¹.

³⁰ 1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.136 et 11-30.196 (à paraître) : « *Attendu, cependant, que seul le ministère public pouvant agir en annulation de l'enregistrement pour fraude, c'est à compter de la date à laquelle celui-ci l'a découverte que court le délai biennal d'exercice de cette action* ».

³¹ 1^{re} Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 11-40.091 : « *Attendu que la question transmise est ainsi rédigée : « Les dispositions des articles 21-1 (lire 21-2) et 26-4 du code civil portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2010-25, question prioritaire de constitutionnalité du 16 septembre 2010 (considérant n° 6), ayant considéré que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique le respect de la vie privée ? » Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige ; qu'elles n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; Attendu que la question posée présente un caractère sérieux sur le point de savoir si la présomption de fraude édictée par l'article 26-4 du code civil porte au respect dû à la vie privée que garantit la Constitution une atteinte excessive dès lors qu'elle induit d'un événement survenu dans un délai pouvant atteindre deux ans après la célébration du mariage l'existence d'une fraude concomitante à celle-ci, partant d'une simulation de vie commune pendant ce même délai ; D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ; »*

« Conseil constitutionnel, décision n° 2012-2007, QPC du 30 mars 2012 :

[...]

10. *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'est garanti par ces dispositions le principe du respect des droits de la défense, qui implique, en particulier, l'existence d'une procédure juste et équitable.*

11. *Considérant, en premier lieu que la première phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 prévoit qu'en cas de mensonge ou de fraude, le délai dans lequel le ministère public peut contester l'enregistrement court à compter du jour de la découverte de ce mensonge ou de cette fraude ; que ces dispositions ne méconnaissent pas en elles-mêmes le respect des droits de la défense ;*

12. *Considérant, en deuxième lieu, que la présomption de fraude instituée par la seconde phrase du troisième alinéa de ce même article a pour seul objet de faire présumer, lorsqu'est établie la cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 21-2, que cette communauté de vie avait cessé à la date de cette déclaration ; que cette présomption simple peut être combattue par tous moyens par le déclarant en rapportant la preuve contraire ; que, dans ces conditions, ces dispositions ne méconnaissent pas, en elles-mêmes, le respect des droits de la défense ;*

13. *Considérant, en troisième lieu, que, toutefois, l'application combinée des dispositions de la première et de la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 conduirait, du seul fait que la communauté de vie a cessé dans l'année suivant l'enregistrement de la déclaration de nationalité, à établir des règles de preuve ayant pour effet d'imposer à une personne qui a acquis la nationalité française en raison de son mariage d'être en mesure de prouver, sa vie durant, qu'à la date de la déclaration aux fins d'acquisition de la nationalité, la communauté de vie entre les époux, tant matérielle qu'affective, n'avait pas cessé ; que l'avantage ainsi conféré sans limite de temps au ministère public, partie demanderesse, dans l'administration de la preuve, porterait une atteinte excessive aux droits de la défense ;*

14. *Considérant que, par suite, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué ; que, sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense ;*

15. *Considérant que les articles 21-2 et 26-4 du code civil ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.*

DÉCIDE :

Article premier - L'article 21-2 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité, est conforme à la Constitution.

Article 2 - Sous la réserve énoncée au considérant 14, l'article 26-4 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, est conforme à la Constitution. »

III. - 2. 2. *Le décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993*

Le détail des pièces à fournir figure à l'article 16 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 susvisé, dont le 4° est ainsi rédigé :

« lorsque le déclarant est un enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, [il doit fournir] les actes de l'état civil ou tous documents émanant des autorités françaises de nature à établir que cette personne possède la nationalité française [décret n° 2005-25 du 14 janvier 2005] « ainsi que tout document justifiant que l'enfant a été recueilli en France et élevé par cette personne depuis au moins cinq ans » ;

III. - 2. 3. *La circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et l'enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef*

Cette circulaire, en son point 3.1.2. 2°, relatif à l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil, énonce :

« 3.1.2. *Déclaration en vue de réclamer la nationalité française pour l'enfant par application de l'article 21-12 du code civil. Cette déclaration, dont les modalités de souscription sont énoncées par l'article 16 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, s'adresse à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française (1°), ou bien a été recueilli par une personne de nationalité française (2°) ou par l'aide sociale à l'enfance (3°).*

[...]

2° Recueil d'au moins cinq ans par une personne de nationalité française. L'enfant recueilli et élevé pendant au moins cinq ans par une personne de nationalité française peut également souscrire cette déclaration. La notion de recueil recouvre la situation d'un enfant pris en charge par une personne de nationalité française. Il n'est pas requis que l'enfant soit détaché de son milieu familial. Ainsi, le recueil par des membres de la famille de l'enfant ou par kafala ouvre la faculté de souscrire cette déclaration³².

Aux termes de l'article 16-4 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, il appartient au déclarant de produire tout document justifiant que l'enfant a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq années³³. À ce titre, il pourra être produit l'acte judiciaire ou administratif de recueil, les certificats de scolarité de l'enfant, le justificatif de la prise en charge de l'enfant par les organismes sociaux dont dépend le recueillant.

Si le recueillant est de nationalité étrangère au moment du recueil et s'il n'acquiert la nationalité française que postérieurement, la déclaration ne pourra être souscrite qu'après un délai de cinq ans courant à compter de l'acquisition de la nationalité française du recueillant.

Dans le cadre d'une kafala, les effets diffèrent en fonction du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli. La décision de kafala, dès lors qu'elle a été régulièrement prise par l'autorité publique, a vocation à être reconnue de plein droit en France, sans qu'une procédure d'exequatur soit nécessaire. La personne investie de la kafala (le kafil) est considérée comme exerçant l'autorité parentale sur l'enfant. Lorsque les attributs de cette autorité ont été transférés au kafil, sans renoncement définitif des parents à les exercer, la kafala peut être assimilée à une délégation d'autorité parentale. Dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue, ou orphelins, la kafala produira en France les effets d'une tutelle (sans conseil de famille). Le recueillant est dès lors en capacité de procéder à la déclaration visée à l'article 21-12, alinéa 3, 2° du code civil. En revanche, dans le cas d'une kafala non judiciaire, le recueillant devra produire une décision de délégation d'autorité parentale ou une décision l'autorisant à souscrire cette déclaration ».

Ainsi, et bien que la rédaction de l'article 16 4° du décret de 1993 issue de celui de 2005, soit postérieurement à la réforme de 2003 qui nous occupe, ne commande pas nécessairement cette interprétation, la circulaire du 11 juin 2010 opte en faveur d'une condition de délai applicable tant à la nationalité française du recueillant qu'au recueil en France.

Les travaux parlementaires permettent-ils de conforter cette option ?

III. - 3. Les travaux parlementaires de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003

III. - 3. 1. *Exposé*

La modification de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil résultant de cette loi est issue d'un amendement n° 355, présenté par M. Mancel, au projet de loi initial, relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, n° 823, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2003. Selon le rapport de J.-P. Courtouis, déposé au nom de la commission des lois le 1^{er} octobre 2003 (p.198-200) :

« Le nombre de mineurs ayant engagé cette procédure d'acquisition de la nationalité française s'est élevé en 2001 à 886, ce qui constitue une augmentation par rapport à 2000 (747 acquisitions).

[...]

Le présent article, issu d'un amendement du député Jean-François Mancel, adopté en première lecture lors des débats à l'Assemblée nationale, tend à modifier le dispositif du quatrième alinéa de l'article 21-12 du code civil en exigeant une durée de cinq ans entre le moment où un enfant est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance et celui où il peut réclamer la nationalité française par déclaration.

³² Le texte original n'est pas souligné.

³³ Le texte original n'est pas souligné.

Sans remettre en cause l'esprit d'une disposition permettant l'acquisition de la nationalité française par de jeunes étrangers dont les conditions d'éducation laissent présumer une assimilation à la société française, la réforme proposée a pour finalité de lutter contre certains détournements constatés de la procédure³⁴.

En effet, selon les services du ministère de l'intérieur et de la chancellerie, le dispositif actuel serait utilisé par des filières d'immigration clandestine³⁴ faisant venir irrégulièrement en France en s'appuyant sur les règles d'assistance des mineurs étrangers isolés sur le territoire national.

Arrivés en France avec des visas de court séjour pour un séjour culturel et y demeurant après la péremption de leurs titres, des jeunes mineurs de 16-17 ans de plus en plus nombreux sollicitent leur placement en foyer d'accueil (la législation française ne permettant pas la reconduite des mineurs) et demandent la nationalité française une fois recueillis.

L'instauration du délai de cinq ans semble de nature à décourager les utilisations frauduleuses de ce mode d'acquisition de la nationalité française ».

La commissions des lois (Sénat), lors de ses travaux du 8 octobre 2003, a examiné deux amendements de suppression de la modification proposée :

« Mme Michèle André, tout en comprenant la nécessité de lutter contre ces détournements, s'est interrogée sur la possibilité de trouver un dispositif alternatif qui ne pénaliserait pas de manière indifférenciée l'ensemble des jeunes concernés, qui ne sont pas tous des fraudeurs. Elle s'est inquiétée de la précarisation de ces jeunes. M. Michel Dreyfus-Schmidt a demandé que cette question soit posée au gouvernement et a émis des doutes sur l'opportunité d'engager un débat sur la nationalité au cours de l'examen d'un texte relatif à l'immigration.

La commission a souhaité recueillir l'avis du gouvernement sur la suppression de cet article ».

À cet égard, l'examen du compte rendu intégral des débats qui se sont déroulés au Sénat lors de la séance du 16 octobre 2003 révèle :

1°) que l'amendement a été proposé avec la volonté d'éviter le détournement du dispositif d'octroi de la nationalité française par des réseaux criminels, dont les mineurs sont les premières victimes ;

2°) que le ministre de l'intérieur a consenti à l'abaissement du délai de cinq à trois ans s'agissant des enfants pris en charge par les services de l'action sanitaire et sociale du département ;

3°) et qu'il a proposé, « s'agissant d'un enfant qui est recueilli en France par une famille, [...] de maintenir le délai de cinq ans, car c'est le délai de droit commun pour un enfant né en France ou arrivé en France avant »³⁵.

Par conséquent, le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, adopté par le Sénat le 16 octobre 2003, comporte un article 35 B disposant : *Le 1° de l'article 21-12 du code civil est ainsi rédigé : « 1° L'enfant qui, depuis au moins cinq ans, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois ans, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance ».*

Puis ce projet a été adopté en commission mixte paritaire par l'Assemblée nationale le 28 octobre 2003, sans que cet article 35 B ne soit modifié, et par le Sénat, le même jour, après que seule la numérotation de cet article en soit modifiée³⁶.

III. - 3. 2. Analyse

Il résulte de ce qui précède que le but poursuivi par le législateur a manifestement été de lutter contre les filières d'immigration clandestine, qui, à la faveur des protections contre toutes mesures d'éloignement dont bénéficient les mineurs de dix-huit ans, détournent les dispositions en cause pour faire entrer illégalement des enfants en France, où ils acquerraient ensuite, sans condition de délai ni de résidence, la nationalité française, leur permettant de bénéficier des droits qu'elle confère en terme d'admission au séjour pour eux-mêmes et leurs parents.

³⁴ L'original n'est pas souligné.

³⁵ Voir Sénat - séance du 16 octobre 2003 (compte rendu intégral des débats), notamment :
p. 4, « **M. Jean-Patrick Courtois, rapporteur.** L'amendement n° 93 est purement rédactionnel. Les deux amendements de suppression de l'article concernent un sujet très difficile. Il faut éviter l'écueil qui consisterait à aider les réseaux criminels à faire entrer des enfants en France dans les conditions que vient de décrire M. le ministre. La commission des lois a donc été partagée et a sollicité l'avis du gouvernement. M. le ministre nous a fait comprendre qu'il était défavorable à la suppression de cet article. Je voudrais dire, à titre personnel, que je me rallierai à l'avis du ministre, car il me semble primordial de réussir à arrêter les réseaux criminels dont les activités ont des conséquences particulièrement dramatiquement sur les enfants.
[...]

p. 5, **M. Nicolas Sarkozy, ministre.** J'ai prévu un délai de cinq ans parce que c'est le délai de droit commun en la matière et que je ne souhaite pas multiplier les seuils, monsieur Mahéas. Si vous pensez qu'un délai de trois ans permettrait d'obtenir un consensus, le gouvernement est prêt à l'accepter.
[...]

p. 6, **M. Nicolas Sarkozy, ministre.** [...] S'agissant d'un enfant qui est recueilli en France par une famille, je propose de maintenir le délai de cinq ans, car c'est le délai de droit commun pour un enfant né en France ou arrivé en France avant. Je crains beaucoup d'avoir une échelle de perroquet. En revanche, s'agissant d'un enfant qui arrive en France et qui est confié à un service social, et notamment au service de l'ASE, on pourrait porter ce délai à trois ans. »

³⁶ Article 67 au lieu de 35 B.

À cet égard, la loi de 2003 a mis en exergue une situation assez paradoxale dans laquelle certains jeunes, notamment des Chinois, qui ne demandaient qu'un simple titre de séjour, se voyaient proposer la nationalité française sans savoir que cette procédure aurait pour conséquence la perte de plein droit de leur nationalité d'origine³⁷.

Dans cette optique, la nécessité a été évoquée d'explorer davantage la piste d'octroi de titres de séjour plutôt que celle d'octroi de la nationalité française, l'acquisition de celle-ci étant envisagée comme un acte réfléchi et *intuitu personae* devant participer du « désir » de devenir Français, et non pas du simple souhait d'obtenir un titre de séjour ou de simplement résider sereinement en France³⁸.

Néanmoins, il ressort de cet examen des travaux parlementaires que la situation des enfants recueillis dans une famille n'a fait l'objet d'un examen spécifique par rapport à celle des mineurs isolés que pour maintenir l'exigence initiale d'un délai de cinq ans. Et que cette durée a été justifiée comme correspondant à la durée « du droit commun » de la déclaration de nationalité française souscrite par des mineurs nés en France ou arrivés en France avant leur majorité, à l'instar, donc, des délais de cinq ans prévus aux articles 21-7 et 21-12, alinéa 3, 2° du code civil.

Dans la première hypothèse (article 21-7), cette assimilation au délai de cinq ans de résidence en France exigé³⁹ pour l'acquisition, à dix-huit ans, de la nationalité française par des jeunes gens nés en France de parents étrangers conduit à un délai uniforme, insusceptible de prolongation.

En effet, exiger que le recueillant soit de nationalité française depuis au moins cinq ans à la date de la déclaration aboutit, nécessairement, à un délai de plus de cinq ans, si ce dernier ne l'acquiert que postérieurement au recueil, ou, même, à priver de la possibilité de devenir Français par déclaration le mineur de dix-huit ans qui, comme en l'espèce, bien que recueilli en France depuis au moins cinq ans, a été élevé par une personne qui a acquis ou réintégré la nationalité française après son treizième anniversaire.

Cette assimilation des deux délais de cinq ans n'est donc pas compatible avec l'hypothèse d'une durée éventuellement supérieure liée à la tardiveté de l'acquisition de la nationalité française par le recueillant.

Quant à la seconde hypothèse (article 21-12, alinéa 3, 2°), elle correspond au mineur recueilli, par une personne morale, publique ou privée, autre que le service de l'aide sociale à l'enfance, dans des conditions telles qu'il a pu « recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française ». La condition est quantitative (délai de cinq ans) et qualitative (formation française).

L'incidence de l'assimilation des deux délais de cinq ans exigés dans ce cas et dans celui qui nous occupe est plus délicate, puisque la dualité de l'exigence se retrouve dans les deux cas. Mais elle n'a fait l'objet d'aucune observation particulière, notamment quant aux conséquences d'une éventuelle dissociation des délais de recueil et de formation. Il en résulte que la question de cette incidence sur l'acquisition de la nationalité française n'est pas expressément résolue par l'assimilation de ces deux délais.

III. - 4. Les réponses ministérielles

Les réponses ministérielles examinées⁴⁰ confirment l'objectif poursuivi par la réforme de lutte contre les flux migratoires irréguliers, au nombre desquels figurent les arrivées de mineurs, et insistent sur les possibilités, étudiées au cas par cas, d'octroi, aux mineurs recueillis devenus majeurs sans avoir pu prétendre à la nationalité française, de titres temporaires de séjour « vie privée et familiale », « étudiant » ou « travailleur temporaire », dans l'attente d'une éventuelle naturalisation si leur situation démontre une insertion dans notre pays.

Quant à la réponse à la question posée par la demande d'avis, la réponse ministérielle n° 21931 du 22 juillet 2008⁴¹ est sans ambiguïté : « Pour souscrire une déclaration acquisitive de nationalité française en vertu de l'article 21-12 du code civil, l'enfant doit, pendant au moins cinq ans, remplir une double condition : être recueilli en France et être élevé par une personne de nationalité française. Il en résulte que tant que la personne qui recueille l'enfant n'est pas de nationalité française, la seconde condition visée par cet article n'est pas remplie. Le délai de cinq ans court donc nécessairement à compter de l'obtention de la nationalité française par la personne qui l'a recueilli ».

Enfin, les réponses étudiées énoncent que les enfants nés à l'étranger dont la loi nationale prohibe l'adoption, qui ont été recueillis par kafala en France et qui ont obtenu la nationalité française dans les conditions de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil deviennent adoptables conformément à la loi française. La réponse du garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 83139 du 19 octobre 2010⁴² énonce également que, de ce fait, il n'est pas envisagé que l'adoption puisse être admise en faveur d'enfants nés à l'étranger, même de statut prohibitif, s'ils ont été placés dans des conditions conformes au droit du pays de recueil, dès lors qu'elle conduirait à méconnaître les effets de la loi personnelle des intéressés et, partant, les engagements internationaux de la France.

³⁷ Ainsi la Chine, par exemple, déchoit de leur nationalité les citoyens qui en acquièrent une autre : François Héran, directeur de recherches à l'INED, *Parlons émigration*, La Documentation française, 2012, nota, p. 70. Voir aussi J.-P. Rosenczveig, « Des questions difficiles posées par les enfants étrangers isolés », *Dalloz* 2004, p. 149.

³⁸ Voir F. Mananga, « L'apport de la loi du 16 juin 2011 à la situation des mineurs étrangers isolés », *Revue de droit sanitaire et social* 2011, 940.

³⁹ Par l'article 21-7 du code civil.

⁴⁰ Voir notice bibliographique de Vanessa Norguin, greffier en chef, pour le SDER.

⁴¹ *JOAN*, 22 juillet 2008, p. 6389.

⁴² *JO*, 19 octobre 2010, p. 11444.

IV. - La jurisprudence : la bienveillance n'exclut pas la vigilance

IV. - 1. Si la première chambre civile de la Cour n'a pas eu à connaître du point de départ du délai requis au titre de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil, elle a été amenée à préciser les termes « recueilli et élevé ».

Il résulte d'un arrêt de principe du 8 janvier 1968⁴³, dont l'interprétation est considérée comme toujours valable aujourd'hui, que l'ancien article 55 du code de la nationalité « exige seulement que l'enfant étranger ait été matériellement et moralement recueilli et élevé par une personne de nationalité française, sans que cette condition suppose une rupture totale des liens légaux qui l'unissaient à sa famille d'origine ».

Il n'est notamment pas nécessaire que les parents d'origine soient déchus de leur autorité parentale.

La cour d'appel de Limoges, qui a statué sur **renvoi de cassation par arrêt du 11 mai 1970**, a notamment énoncé :

« que les mots recueilli et élevé figurant dans l'article 55, alinéa 2-1°, n'ont pas un sens juridique précis, mais qu'ils recouvrent une réalité de fait qui doit être examinée dans l'esprit de la disposition qui les contient, étant observé que les textes réglant la nationalité doivent être interprétés strictement et sans adjonction de condition... ; qu'un enfant a été recueilli et élevé par une personne de nationalité française quand, en fait, il s'est trouvé détaché de son milieu familial étranger d'origine et n'en a plus subi l'influence, et que son entretien et son éducation ont été assurés par une personne de nationalité française, et ce, pendant un délai qui, s'il n'est pas fixé par la loi dans le cas précis de l'article 55, alinéa 2-1°, doit avoir été néanmoins assez long pour que cet enfant ait atteint un degré d'assimilation suffisant ».

Le fait d'être recueilli et élevé correspond donc à une situation de fait :

1°) indépendante des catégories juridiques, telle la déchéance d'autorité parentale ou sa délégation par kafala, ou toute autre forme de recueil légal ou coutumier ;

2°) qui n'impose donc pas une rupture totale des liens légaux du recueilli avec sa famille d'origine ;

3°) qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier :

- dans le respect de l'esprit du texte accordant une faveur à la mesure de la détresse du mineur concerné, dont la famille d'origine est par hypothèse défaillante ou en tout cas absente de fait et qui, recueilli en France, n'a pas d'autre avenir que dans ce pays⁴⁴ ;

- mais aussi de son caractère dérogatoire au droit commun de la naturalisation, qui est, en principe, le mode d'acquisition de la nationalité pour les étrangers qui ne sont pas nés en France. Si la disposition en cause étend à l'enfant étranger dont les attaches familiales ont en fait pratiquement disparues une faculté - l'acquisition de la nationalité par déclaration - primitivement réservée à l'enfant étranger adopté par un Français ou, ensuite, à l'enfant né en France, c'est à la condition qu'il ait reçu en France une éducation lui ayant permis de recevoir une « empreinte française » suffisante.

Et la Cour de cassation exerce un **contrôle** de motivation quant à l'effectivité de cette condition de recevabilité de la déclaration de nationalité, que ne suffit pas à établir, à lui seul, un acte de kafala et qui ne saurait être épisodique, avec une résidence alternativement en France et dans le pays d'origine. Ainsi jugé le **14 avril 2010**⁴⁵ :

« Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Douai, 17 septembre 2007) d'avoir confirmé ce jugement, alors, selon le moyen, que, dans sa rédaction applicable en la cause, l'article 21-12, alinéa 3, du code civil ne subordonne pas l'acquisition de la nationalité française à un degré suffisant d'assimilation dans la société française ; que, par suite, la cour d'appel, en y ajoutant une condition qu'il ne prévoit pas pour retenir une interprétation radicale de la « notion de recueil », a violé le texte susvisé dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1119 du 26 novembre 2003 ;

Mais attendu qu'après avoir **justement** retenu que si la notion de recueil n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, il faut, pour bénéficier des dispositions de l'ancien article 21-12 du code civil, que l'enfant soit effectivement recueilli et élevé en France, ce que ne suffisait pas à établir à lui seul l'acte de kafala, et qu'il ne s'agisse pas d'un recueil épisodique, avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine, la cour d'appel a constaté qu'il résultait des pièces produites que M. X... avait été inscrit dans un collège en France, de la classe de sixième à la classe de troisième, depuis l'année scolaire 1998-1999 jusqu'à l'année scolaire 2003-2004, mais qu'il n'avait pas été présent régulièrement dans cet établissement, étant très souvent absent des semaines entières, parfois consécutivement, que le certificat médical du 23 mai 2004, faisant état de problème de santé en 2002-2003, ne suffisait pas à justifier l'importance de ces absences ; qu'elle a encore relevé que M. X... reconnaissait qu'il repartait régulièrement en Algérie chez ses parents pour les vacances, sans toutefois justifier, par la production de son passeport ou de titres de transport, les dates effectives de ses séjours à l'étranger, qu'il ne produisait aucune attestation émanant de tiers l'ayant côtoyé en France tendant à corroborer qu'il était effectivement recueilli et élevé par sa tante en France lors de l'établissement de sa déclaration de nationalité et que ses séjours en Algérie n'étaient que ponctuels et limités à des séjours de vacances ; qu'elle a pu déduire de cet ensemble de circonstances

⁴³ 1^{re} Civ., 8 janvier 1968, *Bull.* 1968, I, n° 8, Debrowski, *RC* 68, 276, note P. Lagarde, *JCP* 1968, II, 15555, note Ancel ; *Clunet* 68, 700, note Aymond et, sur renvoi, Limoges, 11 mai 1970, *RC* 70, 665, note P. Lagarde, *Clunet* 70, 810, note Aymond.

⁴⁴ P. Aymond, *Clunet* 68, 704 : « les malheurs de la dernière guerre, de l'exode aux déportations, ne sont pas si loin ».

⁴⁵ 1^{re} Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21.312, *Bull.* 2010, I, n° 95, *JDI*, juillet 2010, 10, note S. Corneloup.; *Droit de la famille*, octobre 2010, commentaire n° 160, M. Farges.

souverainement appréciées que M. X... ne rapportait pas la preuve qu'il remplissait les conditions pour souscrire une déclaration de nationalité au titre de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil dans sa rédaction alors applicable ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

IV. - 2. S'agissant du mineur confié au service de l'aide sociale à l'enfance, la première chambre de la Cour a précisé que le texte dans sa version en vigueur antérieurement à la réforme de 2003 ne prévoyait ni condition de durée du séjour en France ni contrôle, par le juge, du degré d'assimilation du mineur à la société française.

À compter d'un **arrêt de principe du 18 mai 2005**, la première chambre civile de la Cour a ainsi censuré des cours d'appel qui avaient validé des refus d'enregistrement de déclarations fondés sur la courte durée du recueil et le degré insuffisant d'assimilation du requérant dans la société française, violant ainsi l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil en y ajoutant une condition que ce texte ne prévoyait pas⁴⁶.

« Vu l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 novembre 2003 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que peut réclamer la nationalité française, par déclaration souscrite dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, jusqu'à sa majorité et à condition qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France, l'enfant confié au service de l'aide sociale à l'enfance ;

Attendu que M. Carlos X..., né le 16 mars 1984 à Luanda (Angola), est arrivé en France après l'assassinat de ses parents dans son pays d'origine ; que, par jugement du 18 mai 1999, le juge des tutelles a ouvert la tutelle le concernant, en a constaté la vacance et l'a déferée au service de l'aide sociale à l'enfance ; que, statuant sur le recours de M. X... contre le refus d'enregistrement de sa réclamation de nationalité française faite par déclaration du 12 janvier 2000, le tribunal de grande instance a accueilli sa demande ;

Attendu que, pour infirmer le jugement et refuser l'enregistrement de la déclaration, l'arrêt attaqué retient que l'intéressé a été pris en charge par le service de l'aide sociale à l'âge de quinze ans alors qu'il venait d'arriver en France et que, la déclaration ayant été souscrite huit mois plus tard, ce service n'a pu exercer aucune influence notable sur son éducation, alors que l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil suppose un placement dont les modalités, et notamment la durée, ont permis aux services éducatifs d'assumer un rôle effectif dans l'éducation du mineur confié ;

Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a, en y ajoutant une condition qu'il ne prévoit pas, violé le texte susvisé ; »

Cette interprétation est assez facile à mettre en œuvre lorsque la seule condition posée, en dehors de la minorité et de la résidence en France, est le fait d'avoir été confié au service de l'aide sociale à l'enfance. Il suffit de produire la décision judiciaire ou administrative en vertu de laquelle l'enfant a été confié à celui-ci. De même, en matière d'adoption simple, la production de la décision d'adoption ne soulève pas de problème particulier.

IV. - 3. Enfin, dans un arrêt du 9 mars 2011⁴⁷, la première chambre de la Cour a eu l'occasion de sanctionner une déclaration frauduleusement souscrite dans les conditions dénoncées lors des travaux préparatoires à la réforme de 2003, par un mineur né en Chine en 1986 et arrivé en France en 2000, prétendument recueilli par une personne de nationalité française et dont les parents, un an après qu'il ait acquis lui-même la nationalité française par déclaration au titre de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil, enregistrée en 2003, ont sollicité la régularisation de leur situation au titre du séjour en France en leur qualité de parent d'enfant français :

Attendu que M. X..., né le 12 février 1986 en Chine, a souscrit, le 31 janvier 2003, sur le fondement de l'article 21-12 1° du code civil, une déclaration de nationalité française enregistrée le 4 février 2003 ; que, par acte du 23 octobre 2006, le procureur de la République, alerté par la sous-préfecture de Nogent-sur-Marne le 3 février 2005, l'a fait assigner aux fins de voir annuler cette déclaration ; que, par jugement du 11 mars 2008, le tribunal de grande instance de Créteil, constatant que M. X... avait établi, le 17 mai 2004, une attestation aux termes de laquelle il affirmait être arrivé en France en janvier 2000, être scolarisé à Créteil depuis cette date et avoir toujours habité chez ses parents, a annulé l'enregistrement de sa déclaration de nationalité ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 15 octobre 2009) d'avoir confirmé le jugement ;

Attendu qu'ayant rappelé que le recueil, au sens de l'article 21-12 1° du code civil, suppose que l'enfant qui en est l'objet, même s'il n'a pas rompu tout lien avec sa famille d'origine, soit pris en charge tant matériellement que moralement par une personne de nationalité française, c'est par une appréciation souveraine des éléments produits que la cour d'appel a estimé qu'en s'abstenant de révéler au juge d'instance la réalité de sa situation, alors que, dans son attestation du 17 mai 2004, venant au soutien d'une demande de délivrance d'un titre de séjour pour ses parents, il affirmait avoir toujours résidé chez eux, être scolarisé dans un établissement rattaché à leur domicile et avoir fait une déclaration de nationalité française grâce à une famille dont il a oublié le nom et l'adresse, M. X... avait obtenu l'enregistrement de la déclaration litigieuse par fraude ; que le moyen n'est pas fondé.

⁴⁶ 1^{er} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-16.617, *Bull.* 2005, I, n° 220, RC 05, 447, note P. Lagarde, qui fait observer que l'instauration du délai de trois ans brise cette jurisprudence et regrette qu'« une exception n'ait pas été prévue en faveur des pupilles de l'État » (*Droit de la nationalité*, Dalloz, édition 2012, n° 33-61, et RC 04, 533) ; *RDSS*, 05, 683, note F. Monéger ; 1^{er} Civ., 4 octobre 2005, pourvoi n° 03-20.581 ; 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-21.991 ; 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-21.991 ; 9 janvier 2007, pourvoi n° 06-12.239 ; 26 septembre 2007, pourvois n° 06-20.607 et n° 07-10.573, *D.* 2008, 1854, chron. Gouttenoire et Bonfils.

⁴⁷ 1^{er} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-72.310.

V. - La doctrine : une réforme controversée pour un texte à double usage

La formulation actuelle de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil est plus restrictive qu'à l'origine. La préoccupation était alors, en regard avec le déclin de notre natalité, d'ouvrir avec largesse l'accès de la nationalité française⁴⁸, dans un contexte de décolonisation et d'expansion économique.

L'évolution postérieure du droit de la nationalité, sur fond de mondialisation des échanges, donc des flux migratoires, et de crise économique, traduit « *une conception plus "élective" de la nationalité, définie comme l'adhésion aux valeurs fondamentales de la société française et à ses règles, s'agissant d'acquérir la nationalité française postérieurement à la naissance* »⁴⁹, et l'infléchissement corrélatif de cette ouverture.

Pour le professeur Lagarde⁵⁰, l'interprétation des termes « *recueilli et élevé* » par la Cour de cassation doit être approuvée et paraît suffisante pour déjouer la fraude, redoutée par l'administration et par laquelle un enfant étranger, accueilli quelque temps au foyer d'un ami ou d'un parent français, se prétendrait en droit de réclamer la nationalité française plutôt que de s'exposer aux aléas de la naturalisation. Pour lui, « *ce serait ajouter au texte que de poser en règle générale [...] l'exigence d'une rupture juridique complète de l'enfant avec sa famille d'origine* ».

S'agissant de la recevabilité de la déclaration eu égard au délai de cinq ans exigé depuis la loi de 2003, il énonce, **en référence à la réponse ministérielle n° 21931 du 22 juillet 2008**⁵¹, que « *si [le recueillant] a acquis la nationalité française après avoir recueilli l'enfant, le délai de cinq ans court du jour de cette acquisition* ».

Pour le professeur Fulchiron⁵², l'élément de naissance en France jusqu'alors exigé pour l'acquisition de la nationalité française par déclaration est remplacé par une « *garantie d'attachement qui tient à l'éducation* » et, si le recueillant doit posséder la nationalité française au jour de la déclaration, « *il ne semble pas nécessaire qu'il ait été Français lors du recueil de l'enfant* ». Certes, poursuit-il, l'ouverture d'un droit à acquérir la nationalité française par déclaration repose sur la **présomption** que l'assimilation requise à la société française résultera de la qualité de Français de l'éducateur. Mais si celui-ci acquiert la nationalité française entre le recueil et la déclaration, c'est qu'il a lui-même fait la preuve de son intégration et qu'il peut donc être présumé qu'il a élevé l'enfant dans un esprit français.

À cet égard, il peut être observé que la nationalité française d'un étranger adulte est en principe acquise par naturalisation, décision discrétionnaire du gouvernement⁵³, et que **l'intégration précède la naturalisation**.

En effet, aux termes des articles 21-17 et 21-24 du code civil⁵⁴, celle-ci est accordée - **sous condition de stage de cinq années**, sauf exception, avant le dépôt de la demande⁵⁵ - après enquête sur la conduite et la loyauté du postulant et après vérification de son état de santé et de son assimilation à la communauté française.

Il devra en justifier par sa connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises⁵⁶ et des droits et devoirs conférés par la nationalité française, ainsi que de son adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.

Et, à l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé devra signer la charte des droits et devoirs du citoyen français, qui, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française⁵⁷.

Et si la nationalité française du recueillant est acquise par **décret de réintégration**, celui-ci bénéficie, certes, d'une dispense de stage, mais il doit faire la preuve qu'il a possédé la nationalité française et est soumis **à la même condition d'assimilation que pour une naturalisation**⁵⁸.

Enfin, si la nationalité française du recueillant est acquise soit par **déclaration**, souscrite en raison du **mariage**⁵⁹, soit par déclaration de **réintégration**⁶⁰, elle est, certes, acquise de plein droit sous réserve de sa recevabilité.

⁴⁸ R. Savatier, *Dalloz* 1946, légis., p. 17.

⁴⁹ B. Audit, L. d'Avout, *DIP*, *Economica* 2010, n° 960.

⁵⁰ Opus et références *cit.*, nota. *Droit de la nationalité*, n° 33-71.

⁵¹ Voir *JOAN*, 22 juillet 2008, p. 6389.

⁵² *Juris-Classeur DIP*, n° 502-40, mise à jour 11/96.

⁵³ Qui n'est pas un droit, mais une faveur accordée par l'État à un étranger. Voir la jurisprudence citée par P. Lagarde, *op. cit.*, n° 31.151, note 1. Voir aussi ci-dessus, § III.1, éléments de contexte sur le droit de la nationalité française.

⁵⁴ Article 21-24 du code civil (modifié par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 - article 2) : « *Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République* ». À l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française.

⁵⁵ Article 21-17 du code civil : « *Sous réserve des exceptions prévues aux articles 21-18, 21-19 et 21-20, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande* ».

Comme dans le cas de l'article 21-7 (nationalité française par déclaration des mineurs nés en France de parents étrangers), la résidence en France doit être personnelle, habituelle et effective.

⁵⁶ Dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par le décret n° 2012-126 du 30 janvier 2012 modifiant le décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993.

⁵⁷ La charte a été approuvée par le décret n° 2012-127 du 30 janvier 2012, *JO*, 31 janvier 2012.

⁵⁸ P. Lagarde, *op. cit.*, n° 34.121.

⁵⁹ Article 21-2 du code civil.

⁶⁰ Article 24-2 du code civil.

Mais, dans le premier cas, elle suppose la nationalité française de l'époux et une communauté de vie pendant au moins quatre ans en France, outre la durée d'instruction de la déclaration, qui peut aller jusqu'à un an⁶¹, de sorte que l'environnement français de l'enfant pendant cinq années paraît acquis. Et le gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État à cette acquisition, pour indignité ou défaut d'assimilation autre que linguistique⁶².

Et le second cas correspond à des hypothèses dont le professeur Lagarde indique qu'elles sont statistiquement de peu d'importance⁶³ et à propos desquelles, en tout état de cause, il ne va pas de soi d'exclure la présomption d'intégration proposée par le professeur Fulchiron.

Les professeurs Niboyet et de Geouffre de La Pradelle⁶⁴ assimilent les enfants visés au 1^o et au 2^o de l'article 21-12, alinéa 3, à des « *adoptés de fait* » et n'appliquent la condition de durée qu'au recueil en France.

Pour les professeurs Mayer et Heuzé⁶⁵, la règle de l'effet collectif, dont la portée est désormais générale puisqu'elle s'applique à l'acquisition de la nationalité par déclaration comme à la naturalisation, « *traduit un objectif essentiel de l'octroi de la nationalité à un individu postérieurement à sa naissance : en faire la souche d'une famille française. L'assimilation de l'enfant se présume par reflet de celle de son auteur ; elle a d'ailleurs des chances de devenir plus effective qu'elle, en raison du jeune âge de l'enfant au moment où il acquiert la nationalité française* ».

Il peut s'en déduire que l'assimilation des « *adoptés de fait* » par une personne de nationalité française peut être présumée, sauf à privilégier le lien de droit sur le lien de fait, qui, par hypothèse, ne crée pas de lien de filiation. Et **c'est bien là toute la spécificité et la raison d'être du texte en cause**.

Car, de fait encore, ce texte est destiné aux enfants recueillis en France sans pouvoir y être adoptés et qui, en conséquence, ne peuvent pas bénéficier de la nationalité française par déclaration sur le fondement de l'article 21-12, alinéa premier, du code civil.

Il se présente donc comme une alternative à l'adoption simple pour ces « *adoptés de fait* » que sont, notamment, les enfants qui, comme en l'espèce, ont été recueillis en France par kafala : puisque leur loi personnelle prohibe l'adoption, il a paru souhaitable de leur ouvrir l'accès à l'acquisition de la nationalité française par déclaration du fait de ce recueil.

On sait que la kafala, qu'elle soit judiciaire ou adoulaire, est **une modalité spécifique de recueil de l'enfant** en droit musulman, **distincte de l'adoption**, interdite par la plupart des États de droit coranique⁶⁶. Elle est assimilée, en France, soit à une tutelle, en l'absence de lien de droit avec une famille d'origine, soit à une délégation d'autorité parentale, dans le cas contraire, bien qu'elle emporte pour le recueillant des obligations plus conséquentes, comme celle d'entretenir l'enfant. Mais il résulte de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil et d'une jurisprudence constante depuis la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 ayant conduit à l'adoption de ce texte que la kafala ne peut, en tout état de cause, être assimilée à une adoption, même simple⁶⁷.

L'absence de lien de filiation entre le recueilli (makfoul) et le recueillant (kafil) est génératrice de diverses difficultés relatives à l'accès aux visas⁶⁸ et aux droits sociaux⁶⁹, ainsi qu'à l'acquisition de la nationalité française.

Ces difficultés ont été dénoncées par le Défenseur des enfants dans ses rapports de 2004 et 2005, puis par le Conseil supérieur de l'adoption dans un avis de 2007. Le rapport sur l'adoption de J.-M. Colombani, déposé le 19 mars 2008, en a dressé l'état des lieux⁷⁰.

Elles motivent la revendication d'une possible adoption, en dépit du statut prohibitif du recueilli, à l'instar de ce qui se fait notamment en Belgique et en Suisse, et d'une suppression de toute exigence de délai d'une déclaration de nationalité française au titre du recueil, à tout le moins pour les enfants dont la filiation n'est pas établie ou qui ont été abandonnés⁷¹.

La proposition de suppression de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui codifie l'empêchement à adoption, et du délai de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o du code civil a été discutée dans le cadre du **rapport Colombani**, mais n'a pas été adoptée. Il y est relevé qu'une évolution des aspects juridiques de la situation

⁶¹ Article 26-3, alinéa 4, du code civil.

⁶² Article 21-24 du code civil. Voir ci-dessus et la jurisprudence du Conseil d'État citée par P. Lagarde, *op. cit.*, n° 52.92.

⁶³ Voir ci-dessus, notes 27 et 28.

⁶⁴ *DIP*, LGDJ, 2011, n° 883.

⁶⁵ *DIP*, Montchretien, 2010, n° 899.

⁶⁶ À l'exception de la Turquie, de l'Indonésie, de la Tunisie. Voir rapport Colombani, p. 108.

⁶⁷ 1^{er} Civ., 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15.264, *Bull.* 2006, I, n° 431, et pourvoi n° 06-15.265, *Bull.* 2006, n° 432 : « *Violo l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui dispose que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, la cour d'appel qui, pour prononcer l'adoption simple, retient, comparant les effets de l'adoption simple et de la kafala, que cette dernière met à la charge des tuteurs désignés les obligations parentales du droit français, qu'il s'agisse de l'entretien, de l'éducation ou de la protection de l'enfant abandonné, et que l'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation ; alors que, selon ses propres constatations, la loi marocaine interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'est pas né et ne réside pas habituellement en France* ».

⁶⁸ Voir par exemple, pour une injonction de réexamen de décision de refus de visa dans l'hypothèse d'une kafala et l'arbitrage préconisé par les juges du Palais-Royal en la matière : CE, sous-section 2, 13 juillet 2010, n° 337091, *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, commentaire n° 160, et la jurisprudence.

⁶⁹ La Cour de cassation a d'ailleurs eu à connaître des difficultés relatives aux conditions d'octroi des prestations familiales pour des enfants étrangers dont l'allocataire justifie avoir la garde effective et permanente, tant dans sa formation pour avis que dans sa formation plénière, qui a rendu les arrêts du 3 juin 2011, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5 et 6, et du 16 avril 2004, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 8.

⁷⁰ *Préc.*, La Documentation française, 2008, p. 107-116.

⁷¹ Selon Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz édition, 2008, n° 374, la France est le seul État européen à maintenir l'interdiction de prononcer l'adoption d'un enfant dont la loi nationale prohibe cette institution.

semble difficile (p. 113) et il y est proposé, en substance, de privilégier la négociation avec le pays d'origine en vue d'adapter les conditions d'octroi de visa, notamment au titre du regroupement familial, en principe subordonné à l'existence d'un lien de filiation⁷².

Le Médiateur de la République puis le Défenseur des droits ont également examiné ces situations. **Une proposition de réforme** 10-R. 109 du 14 avril 2010 tend à la suppression du délai de résidence de cinq ans fixé par l'article l'article 21-12 du code civil, s'agissant des enfants recueillis par **kafala judiciaire**.

L'examen de la **proposition de loi** sur l'enfance délaissée et l'adoption, dont le rapport de la députée **M. Tabarot** a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 février 2012, a donné lieu au dépôt de deux amendements CS3 et CS4, qui se fondent sur cette proposition de réforme : ils tendent à l'assimilation des enfants recueillis par une personne de nationalité française dans le cadre d'une **kafala judiciaire** à des enfants ayant fait l'objet d'une adoption simple par une telle personne.

Enfin, la **proposition de loi** n° 353 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala, présentée par le sénateur **A. Milon**, le 10 mars 2011, vise aux mêmes fins, que la kafala soit **judiciaire ou non**.

La commentant, M. Bruggeman⁷³ rappelle que le succès de ces propositions reste incertain et que la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 n'exige pas des États qu'ils transforment la kafala, qu'elle reconnaisse comme une mesure pérenne de protection des enfants sans famille, en adoption⁷⁴.

En ce sens, E. Massalve et C. Corso⁷⁵ considèrent que le recours à la nationalité française constitue un contournement « assez contestable » de la prohibition de l'adoption, dans la mesure où resterait posée la question du consentement du représentant légal de l'enfant à l'adoption, qui, selon l'article 370-3, alinéa 3, du code civil, doit être donné quelle que soit la loi applicable⁷⁶.

Ils souhaitent un traitement distinct, d'une part, de la kafala accordée, sinon en vue d'une adoption en France, du moins en connaissance de la probabilité d'une telle adoption et, d'autre part, de la kafala intrafamiliale, accordée pour des enfants qui n'ont pas vocation à être adoptés en France, compte tenu de la persistance de leurs liens avec leur famille d'origine.

M. Farges⁷⁷ opère également la distinction entre les deux types de kafala, selon qu'elle vise ou non l'adoption.

Il relève que la seconde, qui consiste à déléguer à un proche certains droits parentaux dont la famille établie à l'étranger reste titulaire, peut prêter à discussion concernant l'acquisition de la nationalité française, en ce qu'elle peut abriter des fraudes : une telle kafala peut n'être que de complaisance, n'avoir pour seul but que l'accès au territoire français. Et il estime particulièrement opportune la jurisprudence du 14 avril 2010⁷⁸, qui sanctionne une kafala qui correspond à cette dernière hypothèse, en annulant la déclaration souscrite fautive d'effectivité du recueil sur lequel elle est fondée.

En revanche, il estime cette jurisprudence trop inspirée par le droit du sol pour être transposée à la kafala jouant le rôle d'une adoption, « *substitut à une parenté interdite* » : « *Par hypothèse, n'ayant pas de liens familiaux avec des ressortissants de leur pays d'origine, ces enfants, peu importe qu'ils accompagnent parfois le kafil à l'étranger, doivent pouvoir accéder à la nationalité française dès lors qu'ils sont matériellement et moralement élevés par des Français. Considérer qu'ils doivent demeurer étrangers contredirait la fonction embrassée par la kafala en pareille hypothèse* ».

Et il appelle à une réflexion, à partir de sa double finalité, sur l'accueil de cette institution en France.

CONCLUSION

C'est au vu de ces éléments que la formation pour avis devra examiner la pertinence de la question posée. Il faudra procéder à l'exégèse du texte à interpréter, en contemplation du rôle qui lui est assigné et de l'objectif que la réforme de 2003 s'est fixé.

⁷² Voir articles 15 et 29 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui réserve le regroupement familial à l'enfant légitime ou naturel ou adopté, et la jurisprudence du Conseil d'État (v. CE, 24 mars 2004, n° 249369, et Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz édition, 2008, n° 372-373).

⁷³ M. Bruggeman, « L'adoption bientôt possible des enfants recueillis en kafala ? », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2011, alerte 55 ; E. Massalve et C. Corso, « À propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala », *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421.

⁷⁴ 1^{er} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41 : « C'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, qu'une cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, rejette une requête en adoption dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ».

⁷⁵ *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421.

⁷⁶ À propos des conséquences d'une déclaration de nationalité de l'enfant recueilli par kafala sur la possibilité de faire l'objet d'une adoption, voir Paris, 15 février 2011, n° 10/12.718 (*Actualité juridique Famille* 2011. 320, obs. Douris) : si son recueil en kafala est suivi d'une déclaration de nationalité française, l'enfant dont la loi personnelle initiale prohibait l'adoption peut être adopté en France dans la forme plénière. Voir aussi Paris, 24 juin 2010, n° 10/02082 : les conditions et le consentement à l'adoption par une mère française d'un enfant algérien recueilli par kafala et devenu français par déclaration au titre de l'article 21-12, alinéa 3, 1 du code civil relève de la loi française.

⁷⁷ V. réf. cit., note 44.

⁷⁸ Réf. préc., note 45.

Observations de M. Pagès

Avocat général

Par décision du 1^{er} mars 2012, le tribunal de grande instance de Paris a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

Les faits et la procédure

Faycal X... est né le 17 août 1991 à Hussein-Dey (Algérie) de parents inconnus. En vertu d'une ordonnance de kafala rendue le 23 septembre 1991 par le tribunal de Sidi M'Hamed, il a été confié à M. X... Mohamed, né en 1939 et demeurant en France. Faycal X... est arrivé en France, selon ses dires, en octobre 1999, où il a été élevé au foyer des époux X...

C'est dans ce contexte que, le 13 mars 1999, Faycal X... a souscrit, devant le tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne (94), une déclaration de nationalité sur le fondement des dispositions de l'article 21-12 1^o du code civil. Il s'est alors heurté le jour même à un refus d'enregistrement de la part du juge d'instance, au motif qu'au recueil de l'intéressé, le 23 septembre 1991, M. Mohamed X... n'était pas Français et qu'il n'avait recouvré la nationalité française qu'en vertu d'un décret de réintégration du 10 octobre 2008.

Considérant que les dispositions de l'article 21-12 1^o du code civil ne requièrent pas que la nationalité française du recueillant ait été de cinq années au jour de la déclaration, que la condition de durée visée par le texte ne s'applique en effet qu'au seul recueil de l'enfant et non à la nationalité française de la personne l'ayant élevé, laquelle ne doit justifier de cette nationalité qu'au jour de la déclaration, Faycal X... a assigné le ministère public par acte du 14 octobre 2010 aux fins de voir ordonner l'enregistrement de sa déclaration.

Par décision du 1^{er} mars 2012, le tribunal, après avoir adressé aux parties et au ministère public les avis prévus à l'article 1031-1, alinéa premier, du code de procédure civile, a sollicité de la Cour de cassation un avis sur la question suivante :

« L'enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite en application de l'article 21-12 1^o du code civil exige-t-il que la personne ayant recueilli l'enfant depuis au moins cinq années ait été de nationalité française durant toute la période de ce recueil ou suffit-il qu'elle justifie remplir cette condition au moment de la souscription de ladite déclaration ? »

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire subordonne la recevabilité de la demande d'avis à plusieurs conditions.

Conditions de forme

Les divers avis prévus à l'article 1031-1, alinéa premier, ont été envoyés aux parties.

Sous son aspect formel, la demande d'avis paraît donc recevable.

Conditions de fond

Énoncées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, elles sont au nombre de quatre : il faut que la question posée soit une question de droit (1), nouvelle (2), présentant une difficulté sérieuse (3) et se posant dans de nombreux litiges (4).

1. - Une question de droit

La question invite la Cour de cassation à dire si la double condition posée par l'article 21-12 du code civil, avoir été depuis au moins cinq années recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, doit s'entendre comme exigeant que le recueillant ait été de nationalité française au moment du recueil et pas seulement lors de la déclaration. Elle constitue à l'évidence une question de pur droit.

2. - Une question de droit nouvelle

Selon la doctrine, une question est nouvelle soit parce qu'elle est liée à un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation. Le service de documentation, des études et du rapport (SDER) n'a mis en évidence aucune décision de la Cour de cassation au visa de l'article 21-12 1^o dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003. La question doit donc être considérée comme nouvelle.

3. - Une question de droit sérieuse

Par cette condition, le législateur a entendu exclure les questions qui sont sans doute inédites mais qui ne sauraient requérir l'intervention de la Cour suprême, laquelle ne doit pas être considérée comme un service public de consultation juridique, comme le souligne justement F. Zenati¹. Ce n'est que dans le cas où plusieurs solutions s'offrent raisonnablement avec une égale pertinence qu'un risque de contrariété de jurisprudence existe et mérite d'être prévenu. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises qu'il fallait que la question posée puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du

¹ Frédéric Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 1992, p. 247.

fond². Autrement dit, ne devraient relever de la procédure de demande d'avis que l'interprétation de notions fortement controversées qui exigent une réponse urgente et qui doivent être tranchées dans des délais très courts, avant même qu'un pourvoi ne soit formé.

En l'espèce et au regard de l'évolution du droit de la nationalité, plus particulièrement des innovations de la loi du 26 novembre 2003 éclairées par les travaux parlementaires, de la question très spécifique de la kafala et des quelques décisions rendues au visa de l'article 21-12 1° dans sa rédaction nouvelle, le caractère sérieux du point de droit soulevé par la présente demande d'avis peut réellement se poser. C'est celui-ci qui doit être évalué.

4. - Une question de droit se posant dans de nombreux conflits

La Cour de cassation a rappelé que cette condition devait être satisfaite³, et les travaux parlementaires évoquent l'exigence d'un vaste mouvement contentieux. Pour F. Zenati, la nécessité d'un grand nombre de litiges n'est pas seulement liée à la volonté de traiter les seuls conflits de jurisprudence, elle permet de poursuivre d'autres objectifs non moins importants. Tout d'abord, c'est à travers elle que s'exprime le souci du législateur de lutter contre l'encombrement des cours suprêmes. La procédure d'avis vise en réalité ce qu'on appelle le « phénomène des séries » écrit d'ailleurs un autre auteur⁴. Ensuite, l'importance du nombre des litiges permet à la Cour de cassation de faire mûrir sa décision à partir non seulement des débats des parties à la saisine, mais aussi de ceux qui se développent devant les autres juridictions.

Ici, au soutien de sa demande d'avis, le tribunal de grande instance de Paris affirme, sans préciser davantage, que la question de droit relative à l'article 21-12 1° du code civil se pose dans de nombreuses affaires. Or, sur ce point précis, l'évaluation du contentieux généré par l'application des dispositions de l'article 21-12 1° du code civil est rendue malaisée par l'absence d'outil informatique permettant de l'identifier avec précision. C'est ainsi que les tentatives de votre rapporteur pour obtenir des données chiffrées auprès de la chancellerie (DACS) se sont avérées vaines dans le court délai qu'impose la procédure d'avis. Cependant, et en dépit de cette absence de précisions, il n'est nullement certain que les litiges, strictement circonscrits au point évoqué dans la présente demande d'avis (le 1° de l'article 21-12, relatif au cas d'un enfant recueilli), se posent fréquemment et soulèvent une quelconque difficulté d'interprétation. Les deux dernières conditions, caractère sérieux du point de droit et nombre significatif des conflits où cette question a pu se poser, sont donc indissociables et doivent être examinés simultanément.

Un durcissement progressif des conditions d'acquisition de la nationalité française

L'ordonnance du 19 octobre 1945, reprenant d'ailleurs un certain nombre de dispositions antérieures (décret-loi du 29 juillet 1939), avait organisé et élargi la faculté d'acquérir la nationalité française par déclaration, primitivement réservée à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple par un Français.

Ainsi, l'article 55 du code de la nationalité, issu de l'ordonnance de 1945, avait-il établi une option de nationalité en faveur de l'enfant adopté par un Français, de l'enfant recueilli et élevé par une personne de nationalité française ou par le service de l'aide sociale à l'enfance, mais aussi par un étranger résidant en France sous condition de durée.

Dans sa version initiale, l'article 55 du code de la nationalité disposait :

« L'enfant adopté par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 101 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration, il réside en France. Il en est de même de l'enfant confié depuis cinq années au moins au service de l'assistance à l'enfance ou de celui qui, ayant été recueilli en France, y a été élevé par une personne de nationalité française ou par un étranger ayant eu en France depuis au moins cinq années sa résidence habituelle ».

Cet élargissement des cas permettant à certains mineurs étrangers d'obtenir la nationalité française s'inscrivait dans le contexte de l'immédiat après-guerre. L'intention est d'ailleurs clairement exprimée dans l'exposé des motifs de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française : *« des mesures ont été prises en faveur des enfants trouvés, recueillis et assistés. D'abord une présomption de naissance en France pour l'enfant nouveau-né trouvé en France. Pour les autres, la faculté d'acquérir par déclaration la qualité de Français »*⁵.

R. Savatier, dans un commentaire publié au *Recueil Dalloz* 1946⁶, soulignait la tendance accueillante du nouveau code de la nationalité. Il approuvait la révision de fond de la loi ancienne, dont le contenu, sous le régime de Vichy, avait pris un tour tendancieux en raison de dispositions *« imbues d'influences racistes et quelque peu chauvines »*. Le nouveau code, poursuivait-il, *« ouvre avec largesse l'accès à la nationalité française [...] Sa préoccupation, en regard avec le déclin de notre natalité, de faire le plus de Français possibles se manifeste notamment [...] L'avenir dira si cette large générosité s'est, ou non, montrée excessive »*.

L'article 55 du code de la nationalité française a connu ensuite plusieurs versions.

L'article premier de la loi n° 61-1408 du 22 décembre 1961 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à diverses dispositions concernant la nationalité française (JO, 23 décembre 1961, p. 11819) a modifié la rédaction de l'article 55 du code de la nationalité et ajouté une possibilité d'obtenir

² Avis du 24 janvier et du 11 mars, *Bull.* 1994, Avis, n° 3 et n° 7 ; avis du 14 mai 2001, *Bull.* 2001, Avis, n° 2.

³ Avis du 9 juillet 1993, *Bull.* 1993, Avis, n° 9 ; avis du 16 juin 1995, *Bull.* 1995, Avis, n° 7.

⁴ Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992, éd. G, I, n° 3576 (21).

⁵ JO, 20 octobre 1945, p. 6701 (IV).

⁶ *Dalloz* 1946, légis. p. 17 (2).

la nationalité française en faveur de l'enfant qui « justifie avoir été recueilli et élevé hors de France dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq ans au moins, une formation française » (article 55, alinéa 2, 1^o, *in fine*).

En 1973, la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 (article 7) a supprimé l'exigence du délai de cinq ans antérieurement prévue pour l'enfant confié au service de l'aide sociale à l'enfance.

C'est par l'effet de la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993⁷ que les conditions d'obtention de la nationalité française par déclaration connaissent une première restriction. L'article 16 de la loi supprime la faculté pour un mineur recueilli et élevé par un étranger résidant en France depuis cinq ans au moins de revendiquer la nationalité française (quatrième alinéa (2^o) *in fine* de l'article 55). Par ailleurs, la loi nouvelle intègre les articles du code de la nationalité française dans le code civil. L'article 55 devient désormais l'article 21-12 du code civil.

La loi n° 98-170 du 16 mars 1998 supprime l'obligation de résidence en France concernant l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple par un Français n'ayant pas sa résidence habituelle en France. Cette disposition permet aux mineurs adoptés par des Français établis hors de France de bénéficier de cette faculté d'acquisition de la nationalité française.

Enfin, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité va apporter une nouvelle restriction en introduisant (article 17 de la loi) une condition de durée qui n'existait pas auparavant pour l'enfant recueilli et élevé par une personne de nationalité française (cinq années) ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance (trois années). L'article 21-12 du code civil est désormais rédigé ainsi :

« L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France.

Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France.

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

1^o L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance ;

2^o L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'État ».

L'examen des travaux parlementaires de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 ne laisse aucun doute quant à la volonté du législateur de restreindre, en dehors des cas d'adoptions, l'accès à la nationalité française au mineur étranger simplement recueilli et élevé par un Français, c'est-à-dire dans les cas où n'existe aucun lien de filiation entre l'adulte et l'enfant.

C'est J.-F. Mancel, député, qui avait proposé, lors des débats à l'Assemblée nationale, un amendement tendant à modifier, dans le sens d'un durcissement, le dispositif du quatrième alinéa de l'article 21-12 du code civil, en exigeant une durée de cinq ans entre le moment où un enfant est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance et celui où il peut réclamer la nationalité française par déclaration. Cet amendement avait été adopté en première lecture lors des débats à l'Assemblée nationale. L'objectif déclaré d'une telle restriction trouvait son origine dans la volonté gouvernementale de faire obstacle à l'utilisation frauduleuse de ce mode d'acquisition de la nationalité française par des filières d'immigration clandestine.

Devant le Sénat, dans son rapport fait au nom de la commission des lois, déposé le 1^{er} octobre 2003, le sénateur J.-P. Courtois rappelait que le mode d'acquisition de la nationalité française par déclaration était justifié par le fait que les enfants concernés, comme les conjoints étrangers de ressortissants français, jouissent déjà d'un lien spécifique avec la France. Il évoquait également le nombre croissant de procédures engagées sur ce fondement, passant de 747 en 2000 à 886 en 2001, étant précisé que ces chiffres concernent l'ensemble des cas de recueil prévus aux 1^o et 2^o de l'article 21-12 du code civil (recueil par un Français, par l'aide sociale à l'enfance ou enfant ayant été recueilli dans des conditions lui ayant permis de recevoir pendant cinq ans au moins une formation française). Quant aux demandes fondées sur l'adoption, elles connaissent une croissance continue plus forte encore depuis plusieurs années (201 en 1993 et 519 en 1998) en raison de la croissance de l'adoption internationale.

Se défendant de vouloir remettre en cause l'esprit d'une disposition permettant l'acquisition de la nationalité française par de jeunes étrangers dont les conditions d'éducation laissent présumer une assimilation à la société française, le sénateur J.-P. Courtois rappelait à son tour que la réforme proposée avait pour finalité de lutter contre certains détournements constatés de la procédure : « *En effet, selon les services du ministère de l'intérieur et de la chancellerie, le dispositif actuel serait utilisé par des filières d'immigration clandestine faisant venir irrégulièrement en France en s'appuyant sur les règles d'assistance des mineurs étrangers isolés sur le territoire national. Arrivés en France avec des visas de court séjour pour un séjour culturel et y demeurant après la péremption de leurs titres, des jeunes mineurs de 16-17 ans de plus en plus nombreux sollicitent leur placement en foyer d'accueil (la législation française ne permettant pas la reconduite des mineurs) et demandent la nationalité française une fois recueillis. L'instauration du délai de cinq ans semble de nature à décourager les utilisations frauduleuses de ce mode d'acquisition de la nationalité française ».*

⁷ JO, 23 juillet 1993, p. 10343.

Les débats lors de la séance du 16 octobre 2003 au Sénat sont également éclairants sur l'objectif visé à travers l'instauration d'un délai préalable à la réclamation de la nationalité française par un mineur étranger. Selon le compte rendu de ces débats, alors que deux amendements de suppression de l'article 35 B modifiant l'article 21-12 du code civil avaient été proposés, le ministre de l'intérieur, après avoir mis en exergue l'incohérence de la situation des mineurs algériens nés en France et des mineurs asiatiques arrivant en France au regard de l'acquisition de la nationalité française, avait indiqué que cet article 35 B tendait simplement à « éviter de rendre service à des filières qui utilisent des enfants mineurs ».

Pour le rapporteur J.-P. Courtois, « les deux amendements de suppression de l'article concernent un sujet très difficile. Il faut éviter l'écueil qui consisterait à aider les réseaux criminels à faire entrer des enfants en France dans les conditions que vient de décrire M. le ministre.

La commission des lois a donc été partagée et a sollicité l'avis du gouvernement. M. le ministre nous a fait comprendre qu'il était défavorable à la suppression de cet article. Je voudrais dire, à titre personnel, que je me rallierai à l'avis du ministre, car il me semble primordial de réussir à arrêter les réseaux criminels dont les activités ont des conséquences particulièrement dramatiques sur les enfants. Ainsi, s'agissant des enfants pris en charge par les services de l'action sanitaire et sociale du département, le ministre de l'intérieur consent à abaisser le délai de cinq à trois ans. M. About indique sur ce point que "le délai de trois ans serait adéquat non seulement pour combattre les filières et empêcher que d'autres enfants ne soient maltraités, mais aussi pour permettre à ceux qui sont malheureusement victimes de ces filières de pouvoir être intégrés, dans un délai raisonnable, au sein de la communauté française".

Le ministre de l'intérieur propose : "s'agissant d'un enfant qui est recueilli en France par une famille [...] de maintenir le délai de cinq ans, car c'est le délai de droit commun pour un enfant né en France ou arrivé en France avant. [...] En revanche, s'agissant d'un enfant qui arrive en France et qui est confié à un service social, et notamment au service de l'ASE, on pourrait porter ce délai à trois ans".

M. Béteille relève que "l'octroi immédiat de la nationalité française a eu des effets absolument désastreux, contraires à l'objectif recherché. En effet, des fraudeurs se sont engagés dans la brèche ouverte par cette mesure : le nombre d'enfants arrachés à leur famille, à leur pays d'origine et arrivés illégalement sur notre territoire a ainsi augmenté dans des proportions considérables. [...] Des filières, notamment en provenance de Chine, profitent de ce système".

Le ministre de l'intérieur indique que "dans un souci de consensus, le gouvernement propose de prévoir un délai de cinq ans pour l'enfant recueilli en France et élevé par un Français et un délai de trois ans pour l'enfant confié au service de l'aide sociale à l'enfance".

Par conséquent, le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, adopté par le Sénat le 16 octobre 2003, comporte un article 35 B disposant : Le 1° de l'article 21-12 du code civil est ainsi rédigé : « 1° L'enfant qui, depuis au moins cinq ans, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois ans, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance » ».

C'est la version actuelle.

On retiendra de cette évolution que, depuis 1993, le législateur a supprimé la possibilité pour un mineur recueilli par un étranger vivant en France depuis cinq ans de revendiquer la nationalité française. C'est la même logique qui a conduit le législateur de 2003 à subordonner la réclamation de la nationalité française non seulement à une exigence de durée, mais également de nationalité pour le recueillant, qui doit avoir cette qualité *ab initio*, c'est-à-dire à l'époque du recueil. Il paraît difficile de soutenir qu'en 2003, dans un contexte de fermeté déclarée, le gouvernement, qui voulait d'une part réduire et contrôler les flux migratoires, mais également accorder la nationalité française dans des conditions plus sélectives, ait pu revenir sur la réforme de 1993 en distinguant l'exigence de durée nouvellement instaurée de celle de nationalité du recueillant pour la même période. Alors qu'avant 2003, en l'absence d'exigence de durée, le texte exigeait que le recueillant soit de nationalité française, ce qui impliquait nécessairement qu'il le fut au moment du recueil, on peine à comprendre pourquoi le texte, plus rigoureux aujourd'hui, supprimerait cette exigence et la limiterait à la date de la déclaration, ce qui reviendrait à admettre la validité de l'accueil par un étranger, pourvu qu'il devienne Français au moment de la déclaration. La rédaction de l'article 21-12 1° ne souffre aucune équivoque au regard de l'évolution décrite et l'argument grammatical, qu'illustre l'usage de la conjonction *et*, confirme une lecture du texte en ce sens.

La question spécifique de la kafala

Les législations d'influence coranique prohibent l'adoption en ce qu'elle crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté. La kafala est une modalité spécifique de recueil d'un enfant en droit coranique, ne créant pas de lien de filiation et pouvant se définir comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur. La kafala est reconnue au titre d'une mesure de protection de l'enfance par les conventions internationales, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989. Contrairement à certains pays dont la législation admet qu'un enfant confié en kafala puisse être adopté (Belgique, Espagne), le législateur français, au nom du principe de personnalité des lois relatives à l'état des personnes, a introduit dans le code civil (loi n° 2001-111 du 6 février 2001) un deuxième alinéa à l'article 370-3, interdisant l'adoption d'un enfant mineur étranger « *si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ».

L'obstacle à toute adoption d'un enfant confié en kafala, qui résulte des dispositions de l'article 370-3, concerne essentiellement les enfants d'origine algérienne ou marocaine (certains États musulmans acceptent l'adoption, comme la Tunisie, la Turquie ou l'Indonésie). En réalité, la kafala n'interdit pas à l'enfant qui en est l'objet d'obtenir son adoption par des voies indirectes. En effet, puisque l'article 21-12 1° du code civil

dispose que l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française (autrement dit, au sein d'une famille française) peut réclamer la nationalité française, dès lors qu'il remplit ces conditions et devient français, il peut faire l'objet d'une adoption. L'interdiction d'adoption ne concerne donc que les cinq années qui précèdent. C'est la raison pour laquelle on assiste, venant de divers horizons, à des propositions de réforme de la kafala sur lesquelles nous ne nous étendrons pas, puisqu'elles sont étrangères à la présente demande d'avis.

La kafala est incontestablement source d'inégalité. Inégalité entre l'enfant qui a été adopté et qui peut ainsi obtenir, jusqu'à sa majorité, la nationalité française pourvu qu'il réside en France, et celui qui doit préalablement patienter cinq années pour obtenir la nationalité française avant de pouvoir être adopté, ce qui implique qu'il ait été recueilli dans les conditions exigées par l'article 21-12 1° du code civil, soit avant sa treizième année. La différence entre les deux cas est sensible. Au regard de la nationalité d'abord, l'un peut l'obtenir plus sûrement et plus rapidement que l'autre, puisqu'aucune condition de délai n'est prévue en cas d'adoption. Au regard de l'adoption ensuite, puisque cette mesure est subordonnée, en cas de kafala, à une condition supplémentaire, l'acquisition préalable de la nationalité française. L'enfant adoptable et celui confié en kafala sont donc dans une position asymétrique. Pour l'un, c'est l'adoption qui permet d'obtenir la nationalité française, pour l'autre, c'est la nationalité française qui permet l'adoption.

Au sein du même article qui détermine les conditions d'acquisition de la nationalité française par déclaration, l'article 21-12, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 novembre 2003, établissait un parallélisme entre l'adoption et le recueil. Dans l'un et l'autre cas, il n'existait pas de conditions de durée (hormis la nécessité de réclamer avant sa majorité) et l'adoptant comme le recueillant devaient être de nationalité française au moment de l'adoption ou du recueil, et pas seulement lors de la déclaration. L'article 16 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 énumérait en son 3° la liste des pièces à fournir lorsque le déclarant a fait l'objet d'une adoption simple par un Français : « ... tous documents émanant des autorités françaises de nature à établir que cette personne possédait la nationalité française à la date de l'adoption... »

La loi du 26 novembre 2003 a introduit une condition de durée spécifique au cas de recueil. Cette modification, pour les raisons évoquées plus haut, n'a cependant pas eu pour effet de supprimer l'exigence de nationalité française au moment du recueil qui existait auparavant.

Peut-être demain le législateur reviendra-t-il sur la règle des cinq ans en faveur des seuls enfants confiés en kafala, comme le suggère, par exemple, le Défenseur des droits à travers les deux propositions suivantes⁸ :

- supprimer le délai de résidence de cinq ans fixé par l'article 21-12 du code civil pour solliciter la nationalité française au bénéfice des enfants recueillis par kafala judiciaire et élevés par une personne de nationalité française, la possession de celle-ci étant pour eux le seul moyen d'être éligible à l'adoption ;

- inviter le législateur à reconsidérer l'interdiction d'adopter un enfant étranger lorsque la loi de son pays d'origine n'autorise pas l'adoption (interdiction posée par l'article 370-3, alinéa 2, du code civil) pour, *a minima*, ouvrir l'accès à l'adoption simple pour les enfants recueillis par kafala judiciaire.

Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel du droit, il n'existe aucun argument pertinent qui puisse justifier qu'un sort distinct soit fait aux mineurs confiés en kafala par rapport aux autres. Le risque de fraude, qu'a voulu éradiquer le législateur de 2003, peut d'ailleurs concerner exactement dans les mêmes conditions l'une ou l'autre catégorie de mineurs. Le titre d'un commentaire par Michel Farge⁹ de deux arrêts, l'un du Conseil d'État, l'autre de la Cour de cassation, est sur ce point éloquent : « *La lutte contre les kafalas de complaisance met en exergue le dualité de finalités de l'institution étrangère en France* ».

Une jurisprudence peu nombreuse mais dépourvue d'équivoque

La jurisprudence au visa de l'article 21-12 1° du code civil est particulièrement rare. Le SDER n'a mis en évidence que trois décisions de cours d'appel. Quant à notre Cour, les quatre décisions rendues sur le sujet sont relatives au texte dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 novembre 2003. Deux ont trait au recueil, la première, très largement commentée, pose en principe que l'expression « recueilli » n'implique pas la rupture complète des liens familiaux avec les parents étrangers¹⁰. La seconde affirme que l'enfant doit être effectivement recueilli et élevé en France et qu'il ne s'agit pas d'un recueil épisodique, avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine¹¹. Les deux autres décisions cassent, en ce qu'ils ajoutent une condition que le texte ne prévoit pas, les arrêts qui approuvent le refus d'enregistrement d'une déclaration de nationalité au motif que celle-ci avait été souscrite par les intéressés peu de temps après leur arrivée en France, alors que l'ASE n'avait pu exercer aucune influence notable sur leur formation et leur éducation¹².

Comment expliquer ce faible nombre et l'absence de pourvoi récent, sur un sujet pourtant particulièrement sensible, le droit de la nationalité, alors que le texte du 1° de l'article 21-12 du code civil date de 2003, ce qui constitue un temps largement suffisant pour permettre l'émergence d'un contentieux et la saisine de la Cour suprême ?

⁸ Le Défenseur des droits. Proposition de réforme visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis en kafala en France (proposition de réforme, 10-R009).

⁹ *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, commentaire n° 160.

¹⁰ 1^{er} Civ., 8 janvier 1968, *JDI* 1968, p. 700, note Aymond, p. 701 à 705 ; *JCP* 1968, II, 15555, note M. Ancel ; *Revue critique de droit international privé* 1970, p. 665, note P. Lagarde.

¹¹ 1^{er} Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21.312, *Bull.* 2010, I, n° 95.

¹² 1^{er} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-16.617, *Bull.* 2005, I, n° 220 ; 1^{er} Civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-21.991.

En réalité, les juridictions du fond, ou du moins la plupart d'entre elles, ne semblent pas éprouver de difficultés dans l'application de l'article 21-12 1° du code civil. Les réponses des greffiers en chef¹³ apportées au SDER ne laissent aucun doute sur ce point. Selon la synthèse communiquée par le SDER (dont le travail particulièrement exhaustif dans cette demande d'avis mérite d'être souligné), il ressort de l'ensemble des réponses obtenues que :

- les juridictions ne tiennent pas de statistiques affinées relatives aux différentes hypothèses visées à l'article 21-12 du code civil ;
- l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil ne semble pas susciter de litiges particuliers ;
- les greffiers en chef appliquent la circulaire du 11 juin 2010 ; les cinq ans, est-il précisé, sont décomptés à partir de la date d'acquisition de la nationalité française si le recueillant acquiert la nationalité française au cours du recueil.

Aux termes de la circulaire du 11 juin 2010 (NOR : JUSC1017281C), il appartient au déclarant de produire tout document justifiant que l'enfant a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq années. Il est précisé que « *si le recueillant est de nationalité étrangère au moment du recueil et s'il n'acquiert la nationalité française que postérieurement, la déclaration ne pourra être souscrite qu'après un délai de cinq ans courant à compter de l'acquisition de la nationalité française du recueillant* ».

Certes, il ne s'agit que d'une circulaire, mais elle ne fait que confirmer une lecture raisonnable de l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil et, à en juger par le faible taux de recours, force est de constater que, de deux choses l'une, soit la question se pose très rarement, soit la réponse apportée ne soulève qu'exceptionnellement une contestation tant elle paraît s'imposer.

La solution retenue par la circulaire du 11 juin 2010 est d'ailleurs conforme à une réponse ministérielle du 22 juillet 2008 dépourvue de toute équivoque.

À l'occasion d'une question écrite, un parlementaire, évoquant les personnes qui ont accueilli un enfant dans le cadre de la kafala et qui ont ensuite obtenu la nationalité française par décret de naturalisation ou de réintégration, avait interrogé la garde des sceaux sur le point de départ du délai de cinq ans.

Dans sa réponse (réponse ministérielle n° 21931, *JO Assemblée nationale*, 22 juillet 2008, p. 6389), la garde des sceaux avait précisé « *qu'en vertu de l'article 21-12 du code civil, la souscription d'une déclaration acquisitive de nationalité française exige que l'enfant réponde, pendant au moins cinq ans, à une double condition : être recueilli en France et être élevé par une personne de nationalité française. Il en résulte que tant que la personne qui recueille l'enfant n'est pas de nationalité française, la seconde condition n'est pas vérifiée. Autrement dit, le délai de cinq ans court nécessairement à compter de l'obtention de la nationalité française par la personne qui a recueilli l'enfant* ».

On retrouve dans le *Guide pratique de la nationalité française*¹⁴ la même interprétation : « *Il faut que la personne qui a recueilli l'enfant soit Française au jour du recueil* ».

Si l'on se tourne maintenant vers la jurisprudence des cours d'appel, on observe que le SDER n'a mis en évidence que trois décisions ayant statué au visa de l'article 21-12 1° du code civil dans sa rédaction actuelle. Deux d'entre elles seulement peuvent utilement éclairer la demande d'avis. L'une et l'autre adoptent, sur le point de départ du délai de cinq ans, une position identique et sans équivoque :

- cour d'appel de Lyon, 6 décembre 2010, RG n° 09/00384 : « *Attendu que l'appelant ne rapporte pas la preuve de ce qu'il a été recueilli par une personne de nationalité française depuis cinq ans au moins à la date de la déclaration litigieuse du 18 juillet 2005, soit depuis le 18 juillet 2000 au moins* » ;

- cour d'appel de Rouen, 16 novembre 2011, RG n° 10/04188 : « *Attendu que Hakima X... ne peut pas non plus réclamer la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1°, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 ; qu'en effet, la déclaration de nationalité française requiert en ce cas non seulement que l'enfant soit recueilli en France depuis cinq années au moins, mais que le recueillant soit Français, cette qualité devant être la sienne pendant toute la durée du recueil ; qu'il est constant que Hakima X...a été recueillie en France par Mme Fatima Y... dans le courant de l'année 2001, mais que cette dernière a acquis la nationalité française par décret de naturalisation française du 14 janvier 2004, publié au Journal officiel du 16 janvier 2004 ; que, par conséquent, les conditions de la déclaration de nationalité française de Hakima X... ne sont remplies que depuis le 14 janvier 2009 ; que c'est donc à tort que les premiers juges ont estimé qu'au jour de la souscription de la déclaration du 30 janvier 2008, les conditions en étaient remplies ; que, par conséquent, le jugement entrepris sera infirmé en toutes ses dispositions* ».

La troisième décision, rendue par la cour d'appel de Grenoble le 2 mai 2011 (RG n° 10/01484), relative à un défaut de justification de la nationalité française, ne concerne pas directement notre demande d'avis, puisque le recueillant avait réintégré la nationalité française le 10 octobre 2008. On rappellera, pour mémoire, que les décrets portant naturalisation ou réintégration n'ont point d'effet rétroactif (article 27-1 du code civil).

CONCLUSION

Si l'on se réfère aux critères énoncés par l'article L. 441 du code de l'organisation judiciaire, la question posée par la présente demande d'avis ne paraît pas devoir justifier une réponse de la Cour de cassation. La genèse de la réforme qui a abouti à la rédaction actuelle de l'article 21-12 1° du code civil ainsi que l'examen

¹³ Le décret n° 2010-527 du 20 mai 2010 a transféré la souscription des déclarations d'acquisition de la nationalité française en raison du mariage au représentant de l'État dans le département de la résidence du déclarant ou, à Paris, au préfet de police, au lieu et place du greffier en chef du tribunal d'instance compétent en matière de nationalité. Ce dernier devient compétent pour la souscription et l'enregistrement de l'ensemble des autres déclarations aux lieu et place du juge d'instance.

¹⁴ 4^e édition, avril 2005, Pâquerette Girard-Zappelli, éd. Sofiac.

des travaux préparatoires de la loi suffisent à convaincre de la volonté du législateur de rendre plus difficile l'obtention de la nationalité française par déclaration en cas de recueil. En imposant au mineur étranger un délai de cinq ans, le législateur a nécessairement entendu que cette mesure nouvelle s'applique au recueil lui-même, mais aussi à l'exigence de nationalité française du recueillant. Toute interprétation qui distinguerait entre l'une et l'autre des conditions et exclurait l'application de l'impératif de durée à la possession de la nationalité française par le recueillant viderait de son sens la réforme de 2003. La loi du 22 juillet 1993 avait, dans un premier temps, supprimé la faculté pour un mineur recueilli et élevé par un étranger résidant en France depuis cinq ans au moins de revendiquer la nationalité française. La loi du 26 novembre 2003 s'inscrit, dix ans plus tard, dans la même logique. Aussi, vouloir aujourd'hui limiter l'exigence de la nationalité française au seul moment de la déclaration et admettre que l'acquisition de nationalité par déclaration puisse produire les mêmes effets quelle que soit la nationalité du recueillant au moment du recueil reviendrait à abroger la réforme de 1993.

On observera que les greffiers en chef, qui se sont vu confier par décret du 10 mai 2010 la responsabilité des enregistrements, ont adopté et appliquent cette interprétation dualiste, parce qu'elle est conforme à une réponse ministérielle qui traite très exactement la question de la demande d'avis, parce que la circulaire du 11 juin 2010 est en ce sens, parce qu'on cherche en vain des décisions contraires et que les deux seules décisions d'appel rendues sur le sujet confirment dans les mêmes termes une pratique qui semble aller de soi.

Pour conclure, et bien que les présentes observations contiennent une proposition de réponse à la question de principe que pose le tribunal de grande instance de Paris, ce n'est pas sur le sens de cette réponse que j'invite la Cour à me suivre. Selon moi, la Cour de cassation n'a pas à se prononcer, car la demande d'avis ne satisfait ni à l'exigence de sérieux de la question de droit posée, faute de controverse exigeant une réponse rapide et de l'urgence à trancher le point de droit soulevé avant même la survenance d'un pourvoi, ni à celle relative à la pluralité de conflits, puisque, si les demandes fondées sur l'article 21-12 1° du code civil sont nombreuses, le contentieux que génère ces actions peut être qualifié de résiduel.

Les conditions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire n'étant pas remplies, je conclus à ce que la Cour dise n'y avoir lieu à avis.

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 15 JUIN 2012 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Communiqué	Page 28
Titres et sommaires	Page 28
Arrêt	Page 29
Rapport	Page 32
Avis	Page 43

COMMUNIQUÉ

À l'occasion d'un pourvoi formé par un prévenu contre un arrêt de condamnation pénale pour des délits d'escroquerie, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la constitution de partie civile du Président de la République, victime d'une partie des faits, au cours de l'exercice de son mandat.

Par son arrêt du 15 juin 2012, l'assemblée plénière a retenu que celui-ci, en sa qualité de victime, était recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat, en précisant qu'il avait joint son action à celle qu'avait exercée le ministère public. Elle a constaté qu'en l'espèce, les garanties du procès équitable n'ont pas été méconnues, la culpabilité du prévenu résultant tant de ses aveux que des déclarations d'autres prévenus et d'éléments découverts en cours de perquisition, en sorte que ce prévenu ne pouvait se prévaloir d'aucun grief du fait de l'absence de possibilité d'audition du Chef de l'État ou de confrontation avec lui. Elle a retenu que la seule signature des décrets de nomination des juges du siège par le Président de la République ne crée pas de dépendance à son égard, puisque ceux-ci sont inamovibles et ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

1^o Président de la République

Exercice des droits de la partie civile. - Procès équitable. - Égalité des armes. - Recevabilité.

2^o Peines

Peines correctionnelles. - Peines d'emprisonnement sans sursis prononcée par la juridiction correctionnelle. - Article 132-24 du code pénal issu de la loi n^o 2009-1436 du 24 novembre 2009. - Motivation. - Nécessité.

3^o Instruction

Ordonnance de renvoi. - Éléments à charge et à décharge. - Motivation.

1^o Le Président de la République, en sa qualité de victime, ayant joint son action à celle du ministère public, est recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat.

Au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, qui ne vise que les juges, la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

Les garanties du procès équitable s'apprécient en fonction des circonstances de l'espèce.

2° Viole l'article 132-24 du code pénal la cour d'appel qui n'a pas caractérisé la nécessité de la peine d'emprisonnement sans sursis, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement.

3° Ayant constaté que, pour chacun des mis en cause, l'ordonnance rappelle les éléments à charge et à décharge, la cour d'appel en a exactement déduit que le juge d'instruction avait satisfait aux exigences de l'article 184 du code de procédure pénale.

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Abdoul Aziz X... (aide juridictionnelle totale, admission du 10 juin 2010) contre l'arrêt rendu le 8 janvier 2010 par la cour d'appel de Versailles (9^e chambre) qui, pour escroqueries, l'a condamné à huit mois d'emprisonnement, a ordonné une mesure de confiscation et l'a, sur l'action civile, condamné, solidairement avec d'autres prévenus, à payer certaines sommes notamment à la société Orange France et à M. Nicolas Y...,

La chambre criminelle a, par arrêt du 18 mai 2011, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière, en application de l'article L. 431-7 du code de l'organisation judiciaire ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de M. X... ;

Deux mémoires en défense ont été déposés au greffe de la Cour de cassation, le premier par la SCP Monod et Colin, avocat de la société Orange France, le second par la SCP Piwnica et Molinié, avocat de M. Y... ;

Le rapport écrit de Mme Bregeon, conseiller, et l'avis écrit de M. Salvat, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

[...]

Sur le rapport de Mme Bregeon, conseiller, assistée de Mme Buck et de Mme Vicard, auditeurs au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, de la SCP Piwnica et Molinié, de la SCP Monod et Colin, l'avis de M. Salvat, avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un juge d'instruction a renvoyé M. X... et d'autres personnes devant un tribunal correctionnel pour escroquerie en bande organisée ; que la cour d'appel a condamné M. X... à une peine de huit mois d'emprisonnement après avoir requalifié les faits en escroquerie et confirmé le jugement en ce qu'il avait rejeté l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi ; qu'elle l'a, sur l'action civile, condamné solidairement avec d'autres prévenus à payer certaines sommes, notamment à la société Orange France et à M. Y..., parties civiles ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi, en violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 184, 385, 388, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale, alors, selon le moyen :

1° que le juge d'instruction doit motiver son ordonnance de renvoi, non seulement au regard des réquisitions du ministère public, mais aussi en l'état des observations des parties qui lui sont adressées, conformément à l'article 175 du code de procédure pénale, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen ; qu'en se bornant à recopier servilement le réquisitoire définitif du ministère public, le juge d'instruction n'a pas démontré qu'il avait procédé personnellement à un examen complet du dossier ; que, dès lors, en refusant d'annuler une telle ordonnance, la cour d'appel a violé l'article 184 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007 ;

2° qu'il ressort de la procédure que, le 7 juin 2009, Mme Z..., prévenue, avait adressé, en application de l'article 175 du code de procédure pénale, des observations à Mme F..., juge d'instruction, afin de contester les conclusions du réquisitoire définitif du procureur de la République, en faisant notamment valoir que ces réquisitions faisaient état d'affirmations erronées ou tronquées et négligeaient des éléments à décharge ; que, dès lors, en affirmant qu'aucune observation portant sur le fond du dossier n'a été adressée au juge d'instruction par aucun des conseils des prévenus à la suite du réquisitoire définitif du parquet, pour en déduire que le magistrat instructeur a pu se borner, dans son ordonnance de renvoi en date du 9 juin 2009, à reproduire les réquisitions du procureur de la République de Nanterre, la cour d'appel s'est contredite et a violé les textes susvisés ;

3° que l'ordonnance de renvoi qui se borne, au titre de sa motivation, à reproduire, sur tous les points en litige, les réquisitions du ministère public statue par une apparence de motivation pouvant faire peser un doute sur l'impartialité de la juridiction, ce qui justifie son annulation ; qu'en l'espèce, le fait pour le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Nanterre d'avoir reproduit, dans son ordonnance de renvoi en date du 9 juin 2009, les réquisitions du procureur de la République de Nanterre, dont il n'est pas contestable qu'il était un proche d'une des parties civiles, faisait peser, au moins en apparence, un manque d'impartialité sur sa décision ; qu'en refusant d'annuler cette ordonnance, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que le demandeur n'est pas recevable à se prévaloir des observations présentées par un autre prévenu sur les réquisitions du procureur de la République ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel retient à bon droit que le ministère public ne décide pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale ;

Et attendu, enfin, qu'ayant constaté que, pour chacun des mis en cause, l'ordonnance rappelle les éléments à charge et à décharge, la cour d'appel en a exactement déduit que le juge d'instruction avait satisfait aux exigences de l'article 184 du code de procédure pénale ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Y..., alors, selon le moyen, *que les dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale sont contraires aux articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 5, 64 et 67 de la Constitution, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs, le respect des droits de la défense et le droit à une procédure juste et équitable, en ce qu'elles ne prévoient pas l'impossibilité pour le Président de la République en exercice, lors de la durée de son mandat, de se constituer partie civile devant une juridiction pénale et de demander des dommages-intérêts en réparation des préjudices subis ; qu'en conséquence, la déclaration d'inconstitutionnalité des textes précités qui sera prononcée après renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel privera l'arrêt attaqué de tout fondement juridique ;*

Mais attendu que, par arrêt du 10 novembre 2010, la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question relative à la constitutionnalité de l'article 2 du code de procédure pénale ;

D'où il suit que le moyen est inopérant ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt de rejeter l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Y..., en violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 226-10 et 434-26 du code pénal, 2, 3, 91, 177-2, 442-1, 472, 516, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motif, manque de base légale, alors, selon le moyen :

1° que la partie civile doit pouvoir être sanctionnée civilement et pénalement du fait de sa dénonciation ; qu'en vertu de l'article 67 de la Constitution, le Président de la République ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ; qu'en déclarant recevable la constitution de partie civile de M. Y..., qui, en sa qualité de Président de la République en exercice, n'est pas susceptible d'être sanctionné civilement ou pénalement du fait de sa dénonciation, la cour d'appel a violé les articles 226-10 et 434-26 du code pénal, ensemble les articles 91, 177-2, 472 et 516 du code de procédure pénale ;

2° que toute partie civile doit pouvoir être interrogée au cours de la procédure initiée par sa constitution et confrontée à la personne poursuivie ; qu'en vertu de l'article 67 de la Constitution, le Président de la République ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner ; qu'en déclarant recevable la constitution de partie civile de M. Y..., qui, en sa qualité de Président de la République en exercice, ne peut être ni interrogé par les juges du fond ni confronté au prévenu, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 82-1 et 442-1 du code de procédure pénale ;

3° que les fonctions du Président de la République française en exercice, qui lui permettent notamment de prononcer la nomination des magistrats du siège et du parquet, font peser un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité des magistrats amenés à statuer dans les affaires dans lesquelles il est partie ; qu'en déclarant recevable la constitution de partie civile de M. Y... dans les poursuites engagées contre M. X... du chef d'escroquerie et en condamnant ce dernier à lui verser différentes sommes à titre de dommages-intérêts et de frais irrépétibles, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés ;

4° que tout justiciable a droit à un tribunal indépendant et impartial à chacune des phases de la procédure ; qu'en affirmant que « rien n'établit que le ministère public ou l'autorité de nomination des magistrats ont pu porter atteinte in concreto d'une quelconque façon à l'indépendance ou l'impartialité des juges », tout en constatant que « tant le parquet de Nanterre que celui de Versailles ont fait diligence pour que cette affaire soit examinée au plus vite et que des moyens d'enquête inhabituels ont été déployés (brigade criminelle et brigade financière) », que « cette célérité peut sans doute être attribuée à la qualité de la victime » et « qu'il est certain que le parquet local, de sa propre initiative, a déployé un zèle manifeste », la cour d'appel s'est contredite et a violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5° que les fonctions du Président de la République française en exercice, qui lui permettent notamment de prononcer la nomination des magistrats du siège et du parquet, rompent l'égalité des armes entre les différentes parties en le faisant bénéficier d'une situation de net avantage par rapport aux prévenus ; qu'en déclarant recevable la constitution de partie civile de M. Y... dans les poursuites engagées contre M. X... du chef d'escroquerie, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés ;

Mais attendu, en premier lieu, que le Président de la République, qui, en sa qualité de victime, était recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat, a joint son action à celle antérieurement exercée par le ministère public et que le demandeur n'a pas bénéficié d'une décision de non-lieu ou de relaxe ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt constate que la culpabilité du demandeur résulte tant de ses aveux que des déclarations d'autres prévenus et des éléments découverts en cours de perquisition ;

Attendu, en troisième lieu, que la cour d'appel, appréciant, sans se contredire, les éléments de la cause, a retenu que l'action du ministère public n'avait préjudicié ni aux intérêts légitimes ni aux droits fondamentaux des personnes mises en cause ;

Attendu, en quatrième lieu, que l'arrêt retient exactement que la garantie du droit à un tribunal indépendant et impartial, énoncée à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne vise que les juges, et non pas le représentant de l'accusation ;

Et attendu, en dernier lieu, que la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard, dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ; qu'après avoir constaté que chacune des parties avait pu présenter ses arguments et discuter ceux de son adversaire tout au long de l'instruction préparatoire et des débats devant le tribunal puis devant la cour d'appel, l'arrêt retient que le prévenu ne démontre pas avoir souffert d'une atteinte portée par les institutions françaises au droit au procès équitable ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que le principe de l'égalité des armes n'avait pas été méconnu ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en sa première branche et est inopérant en sa deuxième, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article 132-24 du code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 24 novembre 2009 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; que, dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ;

Attendu que pour condamner M. X... à la peine de huit mois d'emprisonnement, l'arrêt retient que, de nationalité sénégalaise, celui-ci est en situation irrégulière et fait l'objet d'un arrêté préfectoral d'expulsion du 23 janvier 2007, notifié le 3 février 2007, qu'il est sans activité ni ressources déclarées et que son casier judiciaire ne porte aucune mention ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement sans sursis ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu le 8 janvier 2010 par la cour d'appel de Versailles, en ses seules dispositions relatives à la peine prononcée contre M. X..., toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et, pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée.

Ass. plén., 15 juin 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-85.678. - CA Versailles, 8 janvier 2010.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Bregeon, Rap., assistée de Mme Buck et de Mme Vicard, auditeurs. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Piwnica et Molinié, SCP Monod et Colin, Av.

Rapport de Mme Bregeon

Conseiller rapporteur

1. - Rappel des faits et de la procédure

Le 11 juin 2009, le juge d'instruction de Nanterre a renvoyé M. X... et sept autres personnes devant le tribunal correctionnel pour escroquerie en bande organisée.

Par jugement du 7 juillet 2009, celui-ci a condamné M. X... à un an d'emprisonnement, en ordonnant son maintien en détention et la confiscation des scellés. Sur l'action civile, le tribunal a déclaré recevables les constitutions de partie civile, dont celle de M. Y..., et a condamné solidairement les prévenus à payer diverses sommes à titre de dommages-intérêts à dix parties civiles, en déclarant surseoir à statuer sur les demandes de M. Y... jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de ses fonctions de Président de la République.

Sur appels du ministère public, de M. Y... et de M. X..., la cour d'appel de Versailles a, le 8 janvier 2010, confirmé le jugement en ce qu'il a rejeté l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi du 11 juin 2009 et déclaré recevables les constitutions de partie civile, infirmé celui-ci pour le surplus et, statuant à nouveau, a :

sur l'action publique :

- requalifié les faits en escroquerie ;
- déclaré M. X... coupable de ce délit pour avoir obtenu l'ouverture d'au moins 148 lignes téléphoniques, la remise de téléphones portables et le paiement d'abonnements téléphoniques, en le condamnant à huit mois d'emprisonnement ;
- ordonné la confiscation des scellés ;

sur l'action civile :

- déclaré M. X... recevable à soulever l'exception relative à la recevabilité de constitution de partie civile de M. Y... et rejeté cette exception ;
- condamné solidairement M. X... avec d'autres prévenus à payer diverses sommes aux parties civiles, dont la société Orange France (1 250 euros + 250 euros + 30 601,17 euros au titre de ses préjudices matériels et 1 500 euros au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale) et M. Y... (1 euro au titre de son préjudice moral et 2 500 euros au titre de l'article 475-1).

M. X... a formé un pourvoi régulier contre cet arrêt et présente quatre moyens de cassation. La société Orange France a produit un mémoire en défense, tandis que M. Y..., qui a constitué avocat, n'en a pas déposé.

Par arrêt du 18 mai 2011, la chambre criminelle a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

2. - Analyse succincte des moyens

Le premier moyen, pris de la « violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 184, 385, 388, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale », fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi du 11 juin 2009. Il comporte trois branches.

La première branche soutient que le juge d'instruction s'est borné à « recopier servilement le réquisitoire définitif », sans procéder personnellement à un examen complet du dossier.

La deuxième branche fait valoir que l'un des prévenus avait adressé des observations au juge d'instruction en application de l'article 175 du code précité, afin de contester ce réquisitoire définitif. Elle en déduit qu'« en affirmant qu'aucune observation portant sur le fond du dossier n'a été adressée au juge d'instruction [...] la cour d'appel s'est contredite ».

La troisième branche estime que la reproduction, dans l'ordonnance de renvoi, des réquisitions du procureur de la République, « dont il n'est pas contestable qu'il était un proche d'une des parties civiles, faisait peser, au moins en apparence, un manque d'impartialité sur [cette] décision ».

Dans son avis du 4 mars 2011, le procureur général soulève l'irrecevabilité de ce moyen, au motif que l'exception de nullité n'a pas été invoquée par M. X..., *in limine litis*, devant le juge de première instance puis devant la cour d'appel.

Aucun texte n'impose de déposer des conclusions écrites pour soulever une nullité devant une juridiction correctionnelle.

J'observe que le jugement énonce en page 14 que « M^e Émilie Ganem, avocat [...] a été entendue en ses conclusions de nullité et d'irrecevabilité », étant précisé que celle-ci était l'avocat de M. X...

De même, l'arrêt déferé mentionne en page 11 qu'« ont été entendus [...] M^e Ganem, avocat, pour M. X..., sur l'exception de nullité ».

Il ressort en outre de ces deux décisions que le tribunal, puis la cour d'appel, ont été saisis de la seule exception de nullité afférente à l'ordonnance de renvoi qui leur a été présentée par plusieurs prévenus.

Le **deuxième moyen**, pris de la « violation des articles 132-19, 132-24 du code pénal, 459, 512, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale », fait grief à l'arrêt d'avoir condamné le demandeur à huit mois d'emprisonnement ferme sans avoir spécialement motivé cette peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de celui-ci.

Le **troisième moyen** est pris de la « violation des articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 5, 64 et 67 de la Constitution, 2 du code de procédure pénale, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs, le respect des droits de la défense et le droit à une procédure juste et équitable ». Il fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Y... Se référant à la question prioritaire de constitutionnalité déposée par le demandeur, le moyen soutient que la déclaration d'inconstitutionnalité « des textes précités » (en réalité, de l'article 2 du code de procédure pénale) « privera l'arrêt de tout fondement juridique ».

Par arrêt du 10 novembre 2010, la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question relative à la constitutionnalité de l'article 2 du code de procédure pénale, en ce que ce texte « ne prévoit pas l'impossibilité pour le Président de la République en exercice, lors de la durée de son mandat, de se constituer partie civile devant une juridiction pénale ».

Le **quatrième moyen** fait également grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Y... et comporte cinq branches. Il est pris de la « violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 226-10 et 434-26 du code pénal, 2, 3, 91, 177-2, 442-1, 472, 576, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ».

La première branche expose que « la partie civile doit pouvoir être sanctionnée civilement et pénalement du fait de sa dénonciation ; qu'en vertu de l'article 67 de la Constitution, le Président de la République ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ». Elle reproche à la cour d'appel d'avoir déclaré « recevable la constitution de partie civile de M. Y..., qui, en sa qualité de Président de la République en exercice, n'est pas susceptible d'être sanctionné civilement ou pénalement du fait de sa dénonciation ».

La deuxième branche fait valoir que « toute partie civile doit pouvoir être interrogée au cours de la procédure initiée par sa constitution et confrontée à la personne poursuivie », alors que « M. Y... [...] en sa qualité de Président de la République en exercice, ne peut être ni interrogé par les juges du fond ni confronté au prévenu ».

La troisième branche soutient que « les fonctions du Président de la République française en exercice, qui lui permettent notamment de prononcer la nomination des magistrats du siège et du parquet, font peser un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité des magistrats amenés à statuer dans les affaires dans lesquelles il est partie ».

La quatrième branche énonce que « tout justiciable a droit à un tribunal indépendant et impartial à chacune des phases de la procédure » ; qu'en affirmant que « rien n'établit que le ministère public ou l'autorité de nomination des magistrats ont pu porter atteinte in concreto d'une quelconque façon à l'indépendance ou l'impartialité des juges » (arrêt, p. 33), tout en constatant que « tant le parquet de Nanterre que celui de Versailles ont fait diligence pour que cette affaire soit examinée au plus vite et que des moyens d'enquête inhabituels ont été déployés (brigade criminelle et brigade financière) » (arrêt p. 32), que « cette célérité peut sans doute être attribuée à la qualité de la victime » (arrêt p. 32) et « qu'il est certain que le parquet local, de sa propre initiative, a déployé un zèle manifeste » (arrêt, p. 32), la cour d'appel s'est contredite et a violé l'article 6 de la Convention » précitée.

La cinquième branche considère que « les fonctions du Président de la République française en exercice, qui lui permettent notamment de prononcer la nomination des magistrats du siège et du parquet, rompent l'égalité des armes entre les différentes parties, en le faisant bénéficier d'une situation de net avantage par rapport aux prévenus ».

3. - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le deuxième moyen peut poser difficulté en ce qu'il a trait à la motivation de la peine au regard de dispositions entrées en vigueur le 26 novembre 2009, soit après l'audience au cours de laquelle l'affaire a été débattue, mais avant le prononcé de l'arrêt (étant rappelé qu'il n'y a pas de clôture des débats en matière correctionnelle).

Le quatrième moyen pose la question du droit, pour le chef de l'État, de se constituer partie civile pendant la durée de son mandat.

4. - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

En ce qui concerne le deuxième moyen :

L'article 132-19 du code pénal prévoit qu'« en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine. Toutefois, il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive légale ».

L'article 132-24 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-24 du 24 novembre 2009 (applicable en l'espèce), dispose qu'« en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la

personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 » (i.e. : régime de la semi-liberté, fractionnement de l'emprisonnement).

L'arrêt attaqué, après avoir retenu la culpabilité de M. X..., énonce que « de nationalité sénégalaise, il est en situation irrégulière et fait l'objet d'un arrêté préfectoral d'expulsion du 23 janvier 2007, notifié le 3 février 2007. Il est sans activité et ressources déclarées. Son casier judiciaire ne porte aucune mention. Eu égard à ces éléments, il sera condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement » (cf. p. 22 et 23).

Par arrêt du 12 octobre 2010 (pourvoi n° 10-81.044, *Bull. crim.* 2010, n° 156), la chambre criminelle a, au visa dudit article 132-24, en sa rédaction issue de la loi du 24 novembre 2009, dit « qu'il résulte de ce texte qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; que, dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ». Elle a alors cassé, en ses seules dispositions relatives à la peine, l'arrêt de la cour d'appel, en relevant que celui-ci se bornait à « retenir que les faits sont d'autant plus graves qu'ils ont été commis au préjudice d'une personne âgée qui reste psychologiquement traumatisée et que la peine [de trois mois sans sursis] tient exactement compte de la personnalité du prévenu ».

Cette position de principe a été réaffirmée le 10 novembre 2010 (pourvoi n° 10-80.265, *Bull. crim.* 2010, n° 179), avec la précision que la cour d'appel n'a pas « caractérisé la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement ».

Elle paraît avoir été constamment retenue depuis (cf. notamment *Crim.*, 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-80.201, l'arrêt cassé se bornant à « retenir la gravité des infractions commises dans le cadre de l'exercice de la profession d'expert-comptable et l'existence de condamnations antérieures », 5 janvier 2011, pourvoi n° 10-80.710, la cour d'appel s'étant bornée à « rappelle[r] les conclusions des expertises psychiatrique et médico-psychologique [et] à énoncer que ces éléments [la] conduisent à prononcer une peine d'emprisonnement pour partie avec sursis et mise à l'épreuve »).

Le 30 novembre 2010 (pourvoi n° 10-81.840), la chambre criminelle a soulevé d'office un moyen pris de la violation de l'article 132-24 du code pénal, en sa rédaction issue de la susdite loi, pour casser une décision sur la peine d'emprisonnement prononcée.

En ce qui concerne le quatrième moyen :

• **Textes visés :**

Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

Article 226-10 du code pénal :

« La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Article 434-26 du même code :

« Le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

Article 2 du code de procédure pénale :

« L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.

La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique [...] »

Article 3 du même code :

« L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction.

Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite. »

Article 82-1 du même code :

« Les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité. À peine de nullité, cette demande doit être formée conformément aux dispositions du dixième alinéa de l'article 81 ; elle doit porter sur des actes déterminés et, lorsqu'elle concerne une audition, préciser l'identité de la personne dont l'audition est souhaitée.

Le juge d'instruction doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande [...] »

Article 91 du même code :

« Quand, après une information ouverte sur constitution de partie civile, une décision de non-lieu a été rendue, la personne mise en examen et toutes personnes visées dans la plainte, et sans préjudice d'une poursuite pour dénonciation calomnieuse, peuvent, si elles n'usent de la voie civile, demander des dommages-intérêts au plaignant dans les formes indiquées ci-après [...] »

Article 177-2 du même code :

« Lorsqu'il rend une ordonnance de non-lieu à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile, le juge d'instruction peut, sur réquisitions du procureur de la République et par décision motivée, s'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire, prononcer contre la partie civile une amende civile dont le montant ne peut excéder 15 000 euros [...] »

Article 442-1 du même code :

« Sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président [...] »

Article 472 du même code :

« Dans le cas prévu par l'article 470, lorsque la partie civile a elle-même mis en mouvement l'action publique, le tribunal statue par le même jugement sur la demande en dommages-intérêts formée par la personne relaxée contre la partie civile pour abus de constitution de partie civile. »

Article 516 du même code :

« Si le jugement est réformé parce que la cour estime qu'il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention, ou que le fait n'est pas établi ou qu'il n'est pas imputable au prévenu, elle renvoie celui-ci des fins de la poursuite.

Dans ce cas, si le prévenu acquitté demande des dommages-intérêts, dans les conditions prévues à l'article 472, il porte directement sa demande devant la cour d'appel. »

Article 591 du même code :

« Les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement, lorsqu'ils sont revêtus des formes prescrites par la loi, ne peuvent être cassés que pour violation de la loi. »

Article 592 du même code :

« Ces décisions sont déclarées nulles lorsqu'elles ne sont pas rendues par le nombre de juges prescrit ou qu'elles ont été rendues par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. Lorsque plusieurs audiences ont été consacrées à la même affaire, les juges qui ont concouru à la décision sont présumés avoir assisté à toutes ces audiences.

Ces décisions sont également déclarées nulles lorsqu'elles ont été rendues sans que le ministère public ait été entendu.

Sont, en outre, déclarées nulles les décisions qui, sous réserve des exceptions prévues par la loi, n'ont pas été rendues ou dont les débats n'ont pas eu lieu en audience publique. »

Article 593 du même code :

« Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort, sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif.

Il en est de même lorsqu'il a été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes des parties, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public. »

Selon l'article 67 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, « *le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.*

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.

Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ».

Aux termes de l'actuel article 68 de celle-ci, « *le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour [...] Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article ».*

Il résulte par ailleurs de son article 53-2 et de la ratification du Traité signé le 18 juillet 1998 que le Président de la République peut être justiciable de la Cour pénale internationale.

L'article 64 de la Constitution dispose que « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire [...] Les magistrats du siège sont inamovibles ».*

L'article 65 de celle-ci prévoit que « *... La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme.*

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet... »

Les magistrats sont nommés par le Président de la République, ainsi que le précise l'article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature : « *les décrets de nomination aux fonctions de président d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance ou de conseiller référendaire à la Cour de cassation sont pris par le Président de la République sur proposition de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature.*

Les décrets portant promotion de grade ou nomination aux fonctions de magistrat autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent sont pris par le Président de la République sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour ce qui concerne les magistrats du siège et après avis de la formation compétente du Conseil supérieur pour ce qui concerne les magistrats du parquet... »

La Cour de cassation s'est uniquement prononcée, avant la révision constitutionnelle de 2007, sur la possibilité d'entendre le Président de la République en qualité de témoin ou de le poursuivre devant la juridiction de droit commun pour y répondre d'une infraction commise en dehors de l'exercice de ses fonctions (assemblée plénière du 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84.922, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 11). Elle a alors dit que, « *rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution, l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ; que, la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ».*

Dans son rapport sur cette affaire, le conseiller Roman note que « *dans tous les pays où le Chef de l'État est un président élu, il bénéficie d'un statut pénal très protecteur. La plupart des Constitutions prévoient sa mise en accusation devant une juridiction spéciale pour des faits particulièrement graves commis dans l'exercice de ses fonctions (Allemagne, Italie). Certaines spécifient qu'il ne répond des actes étrangers à l'exercice de ses fonctions qu'après l'expiration de son mandat, devant les tribunaux ordinaires (Brésil, Grèce, Portugal). Cependant, aux États-Unis, si le président peut être destitué de ses fonctions pour trahison, corruption ou autres crimes et délits, la poursuite étant décidée par la Chambre des représentants et exercée devant le Sénat, la Cour suprême a décidé qu'il peut être jugé par les juridictions civiles ordinaires, même pendant son mandat, pour des faits survenus avant sa prise de fonctions (27 mai 1997, Clinton v. Jones) ».*

Aucun texte n'interdit au Chef de l'État français de se constituer partie civile dans une procédure en cours d'instruction (ainsi qu'il l'a fait en l'espèce) pendant la durée de son mandat. La difficulté résulte :

- d'une part, de l'impossibilité (édictee par l'article 67 de la Constitution) de l'interroger ou confronter et, en cas d'abus de sa part, d'agir contre lui, tant civilement que pénalement, pendant la durée de son mandat ;
- d'autre part, du fait qu'il se prononce sur la nomination des magistrats du siège et du parquet, au regard des exigences de la Convention européenne sur le procès équitable.

Dans son rapport déposé le 6 janvier 2011, Mme Ract-Madoux, rapporteur initial de la présente affaire, souligne que ni la commission Avril, dont le rapport a servi de base à la modification de la Constitution en 2007, ni les

parlementaires, au cours de leurs travaux de 2007, n'ont évoqué cette question. Ce rapport et les circonstances dans lesquelles est intervenue la décision présentement attaquée me conduisent à privilégier l'étude des troisième et cinquième branches.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) examine le mode de désignation des juges, la durée de leur mandat ainsi que la protection existant ou non contre les pressions extérieures pour apprécier l'apparence d'indépendance du tribunal, en recherchant s'il y a ou non séparation entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire. Elle s'attache également à l'apparence pour apprécier l'impartialité objective du tribunal et « *exclure à cet égard tout doute légitime* » (cf. 3 mars 2005, requête n° 54723/00, Brudnicka c/ Pologne, points 38 et 41).

La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé le principe de l'égalité des armes comme « *l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention* », en précisant qu'il « *requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (cf. 7 juin 2001, Kress c/France, requête n° 39594/98, point 72, sur le rôle du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État, 3 octobre 2006, Ben Naceur c/ France, requête n° 63879/00, point 31, sur le délai d'appel du procureur général).

Elle a retenu le 24 avril 2003 que « *dans la procédure en fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante, mais aussi au commissaire du gouvernement ; le commissaire du gouvernement et l'expropriant [...] bénéficient d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes ; en outre, le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge [...] Selon la Cour, tout cela crée, au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes. Elle conclut en conséquence à une méconnaissance en l'espèce de ce principe et à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention* » (affaire Yvon c/ France, requête n° 44962/98, point 37).

Dans son ouvrage *Droit pénal comparé* (§§ 387 à 392), le professeur Pradel souligne que la possibilité d'obtenir réparation de son préjudice devant la juridiction pénale est offerte à la victime d'une infraction dans les seuls pays de droits romano-germaniques et que l'action civile n'existe pas dans les pays de *common law*. Dans ces derniers, la victime a, au cours du procès pénal, le statut de témoin parmi d'autres, le juge civil étant le juge de la réparation même si, en Angleterre, aux USA ou au Canada, s'amorce l'obligation, pour le juge pénal, de rendre un ordre de compensation ou de restitution (*compensation order* en Angleterre, *order of restitution* aux USA) ou la faculté pour celui-ci de prendre une ordonnance de « probation » (au Canada) imposant au condamné de verser des dommages-intérêts.

Le droit français prévoit que le fait d'avoir indemnisé la victime constitue une cause de dispense de peine (article 132-59 du code pénal), tandis que le droit italien y voit une circonstance atténuante. Au Portugal, le juge pénal peut attribuer à la victime le montant total ou partiel de l'amende, à condition que le dommage soit grave, que celle-ci se trouve dans le besoin et qu'il soit probable que le délinquant ne le réparera pas. Dans certains pays de droits romano-germaniques, en appliquant le sursis avec mise à l'épreuve, le juge pénal peut imposer au condamné de réparer le préjudice, que cette obligation résulte de la loi, comme en France (« *même en l'absence de décision sur l'action civile* », selon l'article 132-45 5° du code pénal), ou soit « *fixée souverainement* » par la juridiction, comme en Belgique.

Suivre la thèse du demandeur dans son interprétation de l'article 67 de la Constitution risque d'entraîner la perte ou, à tout le moins, une limitation du droit d'accès à un tribunal pour le Chef de l'État français.

Le 30 janvier 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a dit que le « *droit d'accès à un tribunal [...] peut donner lieu à des limitations implicitement admises. Néanmoins, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [...] le fait pour les États d'accorder généralement une immunité plus ou moins étendue aux parlementaires constitue une pratique de longue date, qui vise à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisans puissent porter atteinte à la fonction parlementaire [...] Il serait incompatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique et avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1, à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge, qu'un État pût, sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention, soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité des catégories de personnes [...] La Cour relève toutefois en l'occurrence que, prononcées au cours d'une réunion électorale et donc en dehors d'une chambre législative, les déclarations litigieuses de M. Sgarbi n'étaient pas liées à l'exercice de fonctions parlementaires stricto sensu, paraissant plutôt s'inscrire dans le cadre d'une querelle entre particuliers. Or, dans un tel cas, on ne saurait justifier un déni d'accès à la justice par le seul motif que la querelle pourrait être de nature politique ou liée à une activité politique* » (Cordova c/ Italie, requête n° 45649/99, points 55, 56, 59 et 63).

L'assemblée plénière de notre Cour, par arrêt du 7 avril 2006 (pourvoi n° 05-11.519, Bull. 2006, Ass. plén., n° 3), a dit que « *si l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'État de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but ; qu'ayant exactement retenu que les dispositions relatives au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, résultant des articles 100 de la loi du 30 décembre 1997, 76 de la loi du 2 juillet 1998, 25 de la loi du 30 décembre 1998, 2 du décret du 4 juin 1999 et 77 de la loi du 17 janvier 2002, organisent, sans l'intervention d'un juge, une suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, portant atteinte, dans leur substance même, aux droits des créanciers, privés de tout recours alors que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives, puis relevé que la dette de la SCI n'était pas*

discutée et qu'à la date à laquelle elle se prononçait, la suspension des poursuites, qui lui interdisait de statuer, perdrait sans qu'aucune décision ne soit intervenue sur l'admission de sa demande, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la SCI devait être condamnée à payer la provision réclamée ».

Si la deuxième chambre civile a ensuite précisé que les juges du fond doivent analyser les éléments de l'espèce propres à caractériser l'atteinte portée au droit du créancier à accéder à un tribunal (9 avril 2009, pourvoi n° 07-21.546, *Bull.* 2009, II n° 92), elle a aussi censuré une décision par laquelle ceux-ci avaient refusé de rechercher si la suspension des poursuites instituée par le dispositif de désendettement des rapatriés était contraire à l'article 6 § 1 de la Convention (19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.528).

Appelée à se prononcer en matière d'atteinte à la vie privée, la CEDH distingue cette dernière des fonctions officielles. Elle a rappelé, le 24 juin 2004 (Von Hannover c/ Allemagne, requête n° 59320/00, points 60, 63, 64 et 69), que « *dans les affaires relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression dont [elle] a eu à connaître, elle a toujours mis l'accent sur la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apportait au débat d'intérêt général [...] la Cour considère qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles, par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions [...] s'il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques, cela n'est pas le cas en l'occurrence [...] la Cour rappelle l'importance fondamentale que revêt la protection de la vie privée pour l'épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui – comme elle l'a dit plus haut – va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale. Elle estime que toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une "espérance légitime" de protection et de respect de sa vie privée ».*

La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée, au regard de la liberté d'expression, sur des dommages-intérêts alloués au Président de l'État turc en matière de diffamation (22 février 2005, Pakdemirli c/ Turquie, requête n° 35839/97, points 51 et 52). Elle a alors retenu que leur « *évaluation [avait été] faite non pas en égard au préjudice causé à la personne du demandeur, mais à travers une surprotection du statut du Président de la République* » et qu'elle « *a déjà énoncé qu'une protection accrue par une loi spéciale en matière d'offense [publique à chef d'État étranger] n'était, en principe, pas conforme à l'esprit de la Convention. Dans son arrêt Colombani et autres c/ France (requête n° 51279/99, §§ 66-69, du 25 juin 2002), la Cour avait examiné l'article 36 de la loi française du 29 juillet 1881, abrogé depuis, portant sur les délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers. Elle avait relevé que l'incrimination de diffamation et d'injure, qui est proportionnée au but poursuivi, suffisait à tout chef d'État, comme à tout un chacun, pour faire sanctionner des propos portant atteinte à son honneur ou à sa réputation ou s'avérant outrageants* », avant de dire qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la Convention.

Annexe : pages 7 à 15 du rapport de Mme Ract-Madoux, auquel je renvoie, notamment pour l'exposé des positions de la doctrine et des parlementaires.

Nombre de projet(s) préparé(s) : trois.

ANNEXE : extraits du rapport de Mme Ract-Madoux (p. 7 à 15).

ÉLÉMENTS DE DISCUSSION

Pour répondre aux troisième et quatrième moyens, qui seuls méritent un développement, il conviendra de nous interroger sur le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale au regard de l'article 67 de la Constitution, et plus précisément sur la nature et la justification de l'immunité protégeant le chef de l'État.

Il nous faudra aussi examiner, dans la présente espèce, si une telle immunité accordée à la partie civile est compatible avec les droits du prévenu, garantis par l'article 6 de la Convention européenne (procès équitable, impartialité du tribunal, égalité des armes, droits de la défense).

I. - La possibilité pour le Chef de l'État de se constituer partie civile, plus généralement d'être partie à un procès, au regard de l'interprétation de l'article 67 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 février 2007

Ni l'article 67 de la Constitution ni l'article 2 du code de procédure pénale n'interdisent expressément au Chef de l'État de poursuivre une action engagée avant son élection, ni même de se constituer partie civile pendant la durée de son mandat. Pour certains auteurs, il n'y aurait donc pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Le « statut offensif » du Chef de l'État en matière pénale ne serait pas touché par la réforme constitutionnelle et ce dernier serait, à cet égard, un citoyen comme les autres ; il ne saurait avoir moins de droits qu'un citoyen ordinaire. C'était la thèse de l'avocat du Président de la République et du parquet de Paris et de Versailles dans les différentes procédures que nous allons analyser.

Mais, pour d'autres auteurs, l'irresponsabilité de principe du Président de la République, considérablement renforcée par la réforme de 2007, destinée à ce que le Président en exercice ne soit pas distrait de ses importantes fonctions exécutives par des procédures judiciaires, constituerait **un système global** et lui interdirait aussi, pendant la durée de son mandat, toute action en demande.

A. - Analyse du statut actuel du Chef de l'État

- Il n'est pas responsable des actes accomplis en qualité de Président de la République, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 de la Constitution (condamnation par la Cour pénale internationale ou destitution devant le Parlement constitué en Haute Cour, « en cas de manquement à ses devoirs, manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »).

- Pour tous les autres actes, détachables de sa fonction, « il ne peut, **durant son mandat**, et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'aucune action, d'un acte d'information d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances ou procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ». Le Président de la République échappe donc totalement, pendant la durée de son mandat, au pouvoir des juges, même pour les actes détachables de ses fonctions.

B. - L'examen des travaux préparatoires de la réforme de 2007 montre que le pouvoir constituant a voulu « protéger la fonction présidentielle, des tribunaux » et que le nouvel article 67 de la Constitution vise à préserver le Président de la République des juges.

M. de Villepin, Premier ministre devant le Congrès du Parlement, le 19 février 2007, s'exprime ainsi : « *le Président est la clé de voûte des institutions. Élu au suffrage universel, il tire sa légitimité et son autorité directement du peuple. Garant du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités, il est le chef des armées et est doté de pouvoirs propres. Pour protéger la fonction présidentielle, l'inviolabilité doit être totale.* »

Selon M. Hiest, rapporteur du texte devant le Sénat : « *l'indépendance nécessaire à l'exercice du mandat présidentiel, d'une part, et la séparation des pouvoirs, d'autre part, exigeaient que le Chef de l'État ne puisse être mis en cause par les tribunaux* ».

L'existence de cette immunité totale du Chef de l'État, y compris sur le plan civil, a été vivement discutée par les parlementaires. M. Badinter a évoqué un Président « sous globe », dont l'épouse ne pourrait demander le divorce et dont l'enfant illégitime ne pourrait obtenir une reconnaissance de paternité (compte rendu des débats du Sénat du 7 février 2007).

Le garde des sceaux de l'époque, M. Pascal Clément, a défendu cette immunité au motif suivant : « *s'il n'y a pas de procédure civile, il n'y a pas de médias* » ; le but est d'éviter le choc médiatique qui harcelle un homme politique à l'occasion du lancement d'une procédure ; « *l'idée est d'empêcher tout harcèlement infondé* » ; en revanche, lorsque la dénonciation est fondée, le Président pourrait se conformer, comme tout citoyen, aux demandes des parties. Cette idée d'une « immunité relative » à laquelle le Président de la République pourrait renoncer, qui était sans doute un argument de séance, ne peut être retenue, car cette immunité protège en réalité **la fonction et non pas l'homme** et ne saurait être laissée « au bon vouloir » du Président de la République. Elle pourrait toutefois trouver une application à propos du témoignage, qui ne serait pas « requis », mais qui pourrait être spontané.

C. - La doctrine est unanime. Cette immunité est qualifiée de « **juridictionnelle** ».

X. Pretot, *La Constitution de la République française*, p. 1590 : « *le Président de la République est responsable de ses actes personnels : cependant, il bénéficie en la matière de l'inviolabilité, c'est-à-dire d'un privilège de procédure qui suspend temporairement l'application du droit commun* ».

Hamon et Tropfer, *Les institutions de la V^e République* : « *le Président de la République ne peut plus être assigné en justice, même s'il s'agit d'une affaire purement civile. On ne peut pas l'obliger à témoigner, même dans les affaires où sa responsabilité personnelle n'est pas en jeu. Il ne peut pas faire l'objet d'un contrôle fiscal [...] L'impossibilité de l'assigner en justice risque même de se retourner contre lui car les médias se feront volontiers l'écho des doléances des plaideurs qui auront été ainsi déboutés [...] Force est de constater que, depuis la réforme de 2007, le Président français bénéficie, sur le plan juridictionnel, d'une protection plus étendue que la plupart de ses homologues étrangers. Aux États-Unis, par exemple, si la responsabilité pénale d'un Président en cours de mandat ne peut être mise en œuvre que selon la procédure très lourde de « l'empêchement », sa responsabilité civile reste soumise aux règles de droit commun* » (l'exemple de l'affaire Paula Jones, qui a profondément déstabilisé le Président Clinton, aux USA, pour des actes relevant de sa vie privée commis antérieurement à son élection, a servi à démontrer, lors des débats parlementaires, que même des affaires purement civiles étaient de nature à porter atteinte à la dignité et à la continuité de la fonction présidentielle).

Guy Carcassonne, *Le Président de la République et le juge pénal*, 2005, p. 311 : « *au nom de la séparation des pouvoirs, les détenteurs de l'exécutif et du législatif ne sauraient être soumis à l'autorité du judiciaire dans les conditions de droit commun, sauf à armer les cours et tribunaux d'un moyen de pression exorbitant sur les responsables de la Nation* ».

D. - La pratique.

Comme l'a rappelé dans ses conclusions devant les juges du fond M^e Herzog, avocat du Président de la République, ce dernier a multiplié les recours devant la justice depuis 2007 et a déjà obtenu satisfaction devant des juridictions de jugement, puisque, selon lui, aucun texte ne fait obstacle à ce que M. Nicolas Y... obtienne la réparation de son préjudice devant la juridiction de jugement : atteinte au droit à l'image contre une publicité de Ryanair, plainte pénale contre le *Nouvel observateur* dans l'affaire dite du « SMS », constitution de partie civile pour le « tee-shirt Y... tolérance zéro », référé civil dans l'affaire de la « poupée vaudou », plainte pénale contre les carnets noirs d'Yves G..., constitution de partie civile dans l'affaire Clearstream.

La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la régularité de ces actions.

S'il est évident, à l'issue de cette analyse, que la protection du Chef de l'État interdit qu'il puisse être défendeur ou même témoin requis devant toute juridiction (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-82.322), la justification des articles 67 et 68 de la Constitution ne doit-elle pas conduire à s'interroger sur la capacité pour le Président de la République à être partie civile, demandeur ou tout simplement partie dans une procédure juridictionnelle ?

En effet, le statut du Chef de l'État forme un tout et **le respect qui s'attache à sa fonction** ne risque-t-il pas également d'être mis en cause par des décisions de tribunaux le déclarant irrecevable ou mal fondé en ses demandes, comportant des motifs qui pourraient être sévères à son encontre, ce qui serait susceptible de porter atteinte à la dignité et à l'autorité de son statut ? Les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs ne doivent-ils pas recevoir application, de manière identique, à l'égard d'un président demandeur ou défendeur ? De même, l'effet médiatique d'une audience publique au cours de laquelle la constitution de partie civile du Président de la République serait violemment discutée par le conseil du prévenu n'équivaudrait-elle pas au « harcèlement médiatique » que, selon le garde des sceaux, la réforme constitutionnelle a précisément voulu éviter, et ne pourrait-elle pas s'avérer également désastreuse pour l'image du Président ? un Président de la République déclaré irrecevable ou débouté n'est-il pas autant affaibli qu'un Président assigné ou poursuivi ? Autant de questions auxquelles il appartiendra à la chambre de répondre, par l'interprétation de l'article 67 de la Constitution.

II. - La possibilité pour le Chef de l'État de se constituer partie civile, tout en bénéficiant d'une immunité juridictionnelle totale pendant la durée de son mandat et la compatibilité d'une telle situation avec l'article 6 de la Convention européenne.

A. - Ni la commission Avril ni les travaux parlementaires de février 2007 n'ont évoqué cette question.

La réponse semblait sans doute évidente !

Et pourtant, à l'occasion de l'affaire Clearstream, les parlementaires interrogés par les journalistes François Sionneau et Baptiste Legrand se sont exprimés, dans des sens très différents ; la question était la suivante : « Nicolas Y... peut poursuivre mais ne peut pas être poursuivi. Cette situation inédite ne crée-t-elle pas un déséquilibre ?

- M. **Nicolas Dupont-Aignan, député de l'Essonne, président de Debout la République** : « *le Président de la République ne devrait pas être partie civile. Jusqu'à maintenant, les Présidents ont toujours refusé de l'être. C'est une question de déontologie : puisqu'il est Président du Conseil supérieur de la magistrature, il a une autorité directe sur les magistrats* ».

- Mme **Marylyse Lebranchu, députée PS du Finistère, ancienne garde des sceaux** : « *la situation est certes inédite sous la V^e République, mais elle n'est pas très délicate. En effet, les événements (l'affaire Clearstream) se sont produits avant l'élection de Nicolas Y... Il n'y a donc pas de problème* ».

- M. **Philippe Houillon, député UMP du Val-d'Oise** : « *de mon point de vue - et c'est un point de vue de juriste - pour inédite que soit la situation, aucune question fondamentale ne se pose. Tout d'abord, Nicolas Y... s'est constitué partie civile dans cette affaire avant d'être Président de la République, ce que la Constitution n'interdit pas. Quant à son immunité, elle l'empêche certes d'être poursuivi, mais certainement pas d'être partie civile* ».

- des représentants de syndicats de magistrats ont aussi souligné le fait que l'affaire Clearstream préexistait à l'élection du Président de la République.

Est-ce à dire que la recevabilité de la constitution de partie civile du Président de la République devrait être fonction de la date à laquelle elle serait intervenue ? Recevable si intervenue avant son élection et irrecevable si intervenue après ?

B. - La doctrine s'est elle aussi soudainement interrogée sur la recevabilité de telles actions, pendant la durée du mandat du Président de la République, tant au regard du principe de l'égalité des armes que du principe de la séparation des pouvoirs.

- Didier Beaud, « La constitution de partie civile du chef de l'État », *Recueil Dalloz* 2009 p. 2408 : « *le Président de la République peut attaquer en justice qui il veut mais il ne peut être attaqué, comme va le prouver à l'envi la plainte pour violation de la présomption d'innocence intentée par M. E..., [...] « Voyez mes ailes, je suis Président protégé par une immunité, mais Voyez mon corps, je suis le citoyen Y..., qui peut être partie civile et voir aboutir, pendant mon mandat, une action intentée avant mon élection* ». N'est-ce pas une atteinte au principe conventionnel de l'égalité des armes ? On peut le penser, même si elle sera difficile à établir. Ce principe requiert « que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. » « M. Y... est-il un plaignant ordinaire ? [...] »

- Pascal Jan, « Statut du Président de la République », 21 septembre 2009 : « *la présence au procès de Nicolas Y..., en tant que victime, fait débat chez les magistrats, faute de texte précis encadrant les droits du Chef de l'État. S'il ne fait aucun doute que Nicolas Y... ne peut être poursuivi durant son mandat, le plus grand flou règne quant à son droit de se constituer partie civile* ».

C. - Lors de diverses procédures, la question de la **conventionnalité de la constitution de partie civile du Président de la République** s'est posée.

- **Devant le Conseil d'État**, sur la requête en abus de pouvoir déposée par M. E... contre le décret du **Président de la République** du **31 octobre 2008** ayant prolongé dans ses fonctions, du 3 novembre au 20 novembre 2008, M. C..., l'un des magistrats instructeurs, lequel aurait dû prendre les fonctions de président de chambre à la cour d'appel de Montpellier. Ce décret a permis que l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel soit, en définitive, signée par les **deux magistrats instructeurs**, le 17 novembre 2008, et a ainsi

écarté toute possibilité d'appel de cette ordonnance par le mis en examen ; en effet, l'article 186-3, dernier alinéa, du code de procédure pénale prévoit qu'**en cas de cosaisine, en l'absence de cosignature par les juges d'instruction, le mis en examen et la partie civile peuvent interjeter appel de l'ordonnance de renvoi.**

Dans ses conclusions, Mme Isabelle de Silva, rapporteur public, s'est exprimée en ces termes : « *Mais qu'en est-il de la possibilité, pour le Chef de l'État, de se constituer partie civile dans les conditions du droit commun ? Le terrain est relativement vierge. Ce point n'a pas été abordé en tant que tel, par la commission Avril, non plus que par la révision constitutionnelle de 2007. Certains ont fait valoir que le Chef de l'État ne saurait se voir refuser cette possibilité, reconnue à tout citoyen. D'autres ont relevé que, a fortiori depuis la révision constitutionnelle, le Président de la République ne peut être considéré comme « un justiciable comme les autres » [...] si le Président de la République choisit de continuer à exercer sa compétence en matière de nomination de magistrats, tout en se constituant partie civile à titre privé, il se crée alors « structurellement » une situation délicate au regard du principe d'impartialité, aussi bien garanti par la tradition juridique française que par la Convention européenne. En effet, l'une des parties au procès est alors dans une position radicalement différente, voire « privilégiée », puisqu'elle a la capacité juridique de nommer le magistrat chargé de l'affaire ou de prendre, selon les procédures appropriées, une décision ayant pour effet de prolonger ou d'abrégé ses fonctions ; au regard du principe d'égalité des armes, on peut ainsi s'interroger sur une rupture structurelle dans le statut d'égalité des parties ». Le rapporteur public avait néanmoins conclu au rejet de la requête, au motif que le tribunal correctionnel pourrait décider de surseoir à statuer, en renvoyant le jugement de l'affaire, en son entier, au terme du mandat du Président de la République ou en excluant du procès la partie civile litigieuse. Le Conseil d'État, dans sa décision du 5 juin 2009, n'a pas annulé le décret, au motif qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que le décret aurait pour objet la mise en place d'une instruction partielle.*

Devant le tribunal de Paris, toujours dans l'affaire Clearstream, M^e Leclerc, conseil d'un des prévenus, avait plaidé que la présence de Nicolas Y... dans ce procès était contraire à l'égalité des armes : « *il ne peut descendre dans l'arène au nom des principes et engager un combat particulier tout en se parant de sa qualité de Président de la République* ».

M^e Herzog avait répondu : « *la justice fonctionne et il ne suffit pas de s'appeler Nicolas Y... pour gagner* ».

Le procureur de Paris, Jean-Claude Marin, avait affirmé : « *si Nicolas Y... ne peut être l'objet d'une action en justice, rien n'interdit qu'il soit acteur d'une procédure de justice* ».

Par jugement du 28 janvier 2010, le tribunal a énoncé que « *si l'immunité dont bénéficie le Chef de l'État en vertu des dispositions de l'article 67 de la Constitution peut être de nature à créer un déséquilibre entre les parties à un procès pénal, en ce que son statut le protège de toute attaque judiciaire sans pour autant lui interdire d'agir comme un justiciable ordinaire, le respect du principe de l'égalité des armes doit s'apprécier « in concreto » dans une instance en cours, que le déroulement des débats a démontré l'effectivité de ce principe en ce que chacune des parties a été en mesure de librement présenter ses propres arguments et de combattre ceux qui lui étaient opposés, que, de surcroît, il n'appartient pas au tribunal d'apprécier l'inconventionnalité d'une norme constitutionnelle, il conviendra en conséquence de déclarer recevable la constitution de partie civile de Nicolas Y... »*

D. - Au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg

- Il convient tout d'abord de rappeler que le domaine constitutionnel entre dans le champ d'application de la Convention européenne (cf. l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie : « *l'organisation institutionnelle et politique des États membres doit respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles [...] dès lors que l'État concerné exerce par elles sa juridiction, elles se trouvent soumises à la Convention* »).

- Il est aussi exact que le juge interne n'a pas compétence pour déclarer inconventionnelle une disposition constitutionnelle (cf. arrêt de l'assemblée plénière du 2 juin 2000, pourvoi n° 99-60.274, Bull. 2000, Ass. plén., n° 4). En revanche, dans son pouvoir d'application de la norme constitutionnelle à l'instance dont il est saisi, il n'est pas interdit au juge d'interpréter la norme constitutionnelle, d'une manière qui la rende compatible avec la norme conventionnelle.

- Dans notre espèce, il conviendra donc de rechercher, *in concreto*, si la constitution de partie civile du Chef de l'État, qui bénéficie, pendant son mandat, d'une immunité juridictionnelle totale (hors le cas de destitution), respecte deux principes qui résultent de l'article 6 de la Convention européenne :

- **l'impartialité du juge chargé de se prononcer sur les demandes du Chef de l'État** : la Cour de Strasbourg vérifie si les critères qu'elle énumère peuvent être considérés comme assurant l'indépendance des juridictions : les conditions de nomination des juges et de durée de mandat, l'existence de protection contre les pressions extérieures, l'existence ou non d'une apparence d'indépendance aux yeux des justiciables ;

- **l'atteinte éventuelle au principe de l'égalité des armes** : arrêt *Dombo Beheer c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1993, § 33 : il s'entend comme « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » ;

- le fait que le Chef de l'État, partie civile, ne puisse, pendant la durée de son mandat, par principe, faire l'objet, de la part du prévenu, d'aucune sanction pour procédure abusive, ni l'objet d'aucune poursuite pour dénonciation calomnieuse ou téméraire, et le fait que le Président de la République, partie au procès, ne puisse être ni interrogé ni confronté au prévenu portent-ils ou non atteinte au principe de l'égalité des armes ? Ou bien ce principe est-il au contraire satisfait par la possibilité qu'aura le prévenu d'engager une telle action, dans le délai d'un mois suivant la cessation des fonctions du Président de la République ? En l'espèce, une telle immunité a-t-elle placé le prévenu, qui a été reconnu coupable, dans une situation de net désavantage ?

- le fait que le chef de l'État, partie civile, se prononce sur les nominations des magistrats du siège et du parquet ne laisse-t-il pas planer un doute sur l'apparence d'impartialité des juges qui ont à se prononcer sur ses demandes ?
- le fait que le ministère public, soumis à l'autorité hiérarchique du Président de la République, lui-même partie à la procédure, ait fait « diligence » pour que cette affaire soit examinée au plus vite, que « *le parquet local, de sa propre initiative, ait déployé un zèle manifeste* » et que des moyens d'enquête inhabituels aient été déployés, comme l'a rappelé la cour d'appel dans l'arrêt attaqué, permet-il de conclure que, dans cette affaire, le principe de l'égalité des armes a été respecté ?

Avis de M. Salvat

Avocat général

I. - Faits, procédure et moyen du pourvoi

M. Abdoul Aziz X... est poursuivi, avec six autres prévenus, devant le tribunal correctionnel de Nanterre, puis, sur appel, devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Versailles, du chef d'escroqueries en bande organisée.

Il lui est reproché, en faisant usage de faux noms et en utilisant les références de cartes de paiement et de comptes bancaires, détournées de la société Canal Plus et appartenant à des tiers, d'avoir obtenu des opérateurs téléphoniques l'ouverture d'au moins 148 lignes téléphoniques, la remise de téléphones portables et le paiement des abonnements.

M. Nicolas Y..., Président de la République, figure au nombre des victimes dont les références bancaires ont été frauduleusement utilisées. Il s'est constitué partie civile, pour avoir subi plusieurs prélèvements indus.

Par jugement du 7 juillet 2009, le tribunal correctionnel de Nanterre a déclaré les prévenus coupables d'escroqueries en bande organisée. Il a condamné M. Abdoul Aziz X... à la peine d'un an d'emprisonnement. Rejetant les exceptions d'irrecevabilité, il a déclaré recevables les constitutions de partie civile des différentes victimes, dont celle de M. Y..., et a condamné Abdoul Aziz X... et ses coauteurs à les indemniser ; cependant, il a sursis à statuer sur les demandes de M. Y... jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de ses fonctions de Président de la République.

Le tribunal correctionnel a fondé cette décision en considération :

- 1° du statut juridictionnel du Chef de l'État tel qu'il est défini à l'article 67 de la Constitution, qui énonce que le Président ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite, que tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu et que les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de ses fonctions ;

- 2° d'autre part, des attributions que le Président de la République tient de l'article 64 de la Constitution, qui énonce qu'il est « le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », et de l'article 65, dont il résulte qu'il est « le président du Conseil supérieur de la magistrature »¹.

Le tribunal correctionnel a, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, jugé :

- que le statut juridictionnel du Président de la République entraînait une atteinte au principe de l'égalité des armes, en ce qu'il proscrit toute action ou demande reconventionnelle contre le chef de l'État, partie civile ;
- que le lien entre le Président de la République et les magistrats peut donner l'apparence au justiciable qu'ils ne bénéficient pas d'un tribunal indépendant et impartial.

Par arrêt en date du 8 janvier 2010, la cour d'appel de Versailles a réformé ce jugement.

Elle a :

- déclaré M Abdoul Aziz X... coupable du chef d'escroqueries et l'a condamné à la peine de huit mois d'emprisonnement ;
- rejeté l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Y... et a condamné M. Abdoul Aziz X..., solidairement avec les autres prévenus, au paiement de dommages-intérêts et de frais irrépétibles.

Pour infirmer la décision de surseoir à statuer, la cour d'appel a notamment constaté :

- l'effectivité du débat contradictoire, qui a, « en l'espèce » et « *in concreto* », garanti le procès équitable ;
- la mise en œuvre de l'action publique par le ministère public, et non par M. Y..., et aussi l'existence de plusieurs précédents, où le Chef de l'État a exercé l'action publique en matière de presse ;
- que les prévenus ne peuvent contester le pouvoir d'agir du Président de la République comme citoyen ordinaire ;
- qu'à supposer une contradiction entre la Constitution et la Convention européenne, seule la réforme de la Constitution serait en mesure de résoudre cette contradiction.

Avis de l'avocat général

Premier moyen

Le premier moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi du 11 juin 2009. Ce premier moyen développe trois branches :

- il est soutenu qu'en se bornant à recopier servilement le réquisitoire définitif du ministère public, le juge d'instruction, qui doit motiver son ordonnance de renvoi au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties, en précisant, contre chacune des personnes, les éléments à charge et à décharge, n'a pas démontré qu'il avait procédé personnellement à un examen du dossier et a violé l'article 184 du code de procédure pénale (première branche) ;

¹ La loi constitutionnelle n° 2008-724 en date du 24 juillet 2008 puis la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 ont modifié la composition et les conditions de présidence du Conseil supérieur de la magistrature, qui ne sera plus exercée par le Président de la République.

- l'arrêt se serait contredit en affirmant qu'aucune observation portant sur le fond du dossier n'a été adressée par aucun conseil des prévenus au juge d'instruction, alors que Mme Z..., prévenue, avait adressé des observations au juge d'instruction le 7 juin 2009, afin de contester les conclusions du réquisitoire du ministère public (deuxième branche) ;

- en reproduisant sur tous les points en litige les réquisitions du procureur de la République de Nanterre, dont il n'est pas contestable qu'il est un proche d'une des parties civiles, le juge d'instruction confère à son ordonnance un manque d'impartialité (troisième branche).

Ainsi qu'il est indiqué au rapport de Mme le conseiller rapporteur, il résulte des termes du jugement (p. 14) et de l'arrêt (p. 11 et 15) que M^e Émilie Ganem, avocat de M. X..., a été entendue sur l'exception de nullité. Le moyen est donc recevable.

Les critiques faites au moyen trouvent leur source dans la modification de l'article 184 du code de procédure pénale par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, prise pour remédier à certaines insuffisances dénoncées à l'occasion de l'affaire Outreau.

Avant cette loi, l'article 184 énonçait que les ordonnances de règlement doivent indiquer, outre les éléments d'état-civil permettant d'identifier la personne mise en examen et la qualification légale du fait qui lui est imputé, « de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non, contre elle, des charges suffisantes ».

L'article 184 a donc été complété pour énoncer que « la motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen ».

En précisant qu'une ordonnance de règlement énonce précisément l'existence de charges suffisantes, « au regard » des réquisitions du ministère public et des observations des parties adressées en application de l'article 175, le nouvel article 184 impose au juge d'instruction de répondre aux arguments exposés par le ministère public et les parties. L'article 184 exige aussi du juge qu'il énonce les éléments à charge et à décharge pour chacun des mis en examen.

Pour autant, l'article 184 n'interdit pas expressément la motivation de l'ordonnance par référence à celle du réquisitoire, dès lors que ce réquisitoire prend soin d'analyser non seulement les éléments à charge mais aussi les éléments à décharge, et que la défense ne formule pas d'observations.

C'est ainsi que, dans une formation réunissant des conseillers de ses quatre sections, la chambre criminelle a jugé, par arrêt en date du 2 mars 2011², que « l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, dont les juges ont sans insuffisance ni contradiction constaté qu'elle précise les éléments à charge et à décharge concernant le mis en examen, en l'absence d'observations des parties, satisfait aux exigences de l'article 184 précité ».

Le tribunal correctionnel de Nanterre, dont la cour d'appel a confirmé le jugement sur ce point, a constaté que le juge d'instruction a procédé à un réel examen de ce réquisitoire définitif, qu'il s'en est différencié lorsque ce fut nécessaire, par exemple en précisant que le délit d'escroquerie reproché à Mlle Livia Z... a été commis au préjudice de la société Orange (et non au préjudice de SFR, comme indiqué au réquisitoire), ou encore en poursuivant, ce qui avait été omis par le réquisitoire définitif, M. Bocar A... du chef de divulgation de données à caractère personnel figurant dans un fichier informatisé, ou encore en procédant à des requalifications et non-lieux partiels.

Il ne fait donc aucun doute qu'en sus de quelques différences de formes, le juge a analysé très précisément les termes du réquisitoire définitif et qu'il en a modifié, dans le détail, ce qui traduisait son opinion divergente.

La cour d'appel a constaté que Mlle Livia Z..., n'a pas saisi le tribunal correctionnel d'une exception de nullité et a, en conséquence, par application de l'article 515 du code de procédure pénale, déclaré irrecevables les conclusions de nullité de l'ordonnance de renvoi soulevées pour la première fois en cause d'appel par son conseil. En ce qui concerne les autres prévenus, l'arrêt constate qu'aucune observation n'avait été adressée par leurs conseils au juge d'instruction.

Enfin, la cour d'appel relève que l'ordonnance de renvoi, qui énumère notamment les aveux et contestations de chacun des prévenus ainsi que les explications fournies sur les éléments matériels figurant à la procédure, rappelle pour chacun des mis en cause les éléments à charge et à décharge et/ou justifiant les agissements des intéressés.

Ainsi que le juge la chambre criminelle, l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction de Nanterre devant le tribunal correctionnel de Nanterre, dont les juges d'appel ont, sans insuffisance ni contradiction, constaté qu'elle précise les éléments à charge et à décharge concernant le mis en examen, satisfait, en l'absence d'observations des parties, aux exigences de l'article 184 précité.

Et dès lors qu'il est constaté que le juge d'instruction a légalement pleinement rempli son office, le grief allégué de défaut d'impartialité est inopérant.

Le premier moyen n'est donc pas susceptible d'être accueilli.

Deuxième moyen de cassation

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir condamné M. Abdoul Aziz X... du chef d'escroquerie à une peine de huit mois d'emprisonnement ferme, sans avoir spécialement motivé le choix de cette peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

² Crim., 2 mars 2011, pourvois n° 09-86.687 et n° 10-80.671.

Selon ce moyen, la cour d'appel aurait violé :

- les dispositions de l'article 132-19, alinéa 2, du code pénal qui précise : « en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir motivé le choix de cette peine. Toutefois il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive » ;

- ainsi que l'article 132-24 du code pénal, qui énonce :

« dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions.

En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ».

Le dernier alinéa de l'article 132-24 du code pénal est issu de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, qui est entrée en vigueur le 26 novembre 2009, avant le prononcé de l'arrêt attaqué, qui a été rendu le 8 janvier 2010. L'article 112-2 2° du code de procédure pénale énonce que les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur.

Il résulte de l'article 132-24 qu'une peine d'emprisonnement ne peut être prononcée, d'une part, qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et que toute autre peine est inadéquate, et, d'autre part, que, sous condition d'examen, cette peine d'emprisonnement peut ou non faire l'objet d'une mesure d'aménagement de peines.

Au visa de l'article 132-24, la chambre criminelle juge que ne satisfait pas à son obligation de motivation spéciale et ne justifie pas sa décision une cour d'appel qui prononce en matière correctionnelle une peine d'emprisonnement sans sursis « sans caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement »³. Lorsqu'elle prononce une cassation, la chambre criminelle limite les effets de celle-ci à la peine prononcée. Dans l'arrêt rendu en date du 30 novembre 2010, elle a jugé que, *ce moyen doit être soulevé d'office* ».

La chambre criminelle a précisé sa jurisprudence dans trois arrêts rendus le 22 février 2012⁴, dans une formation qui réunissaient des conseillers des quatre sections :

- un arrêt qui a prononcé une peine de trente mois d'emprisonnement dont dix-huit mois sans sursis aux motifs « que la nature des faits, leur gravité et les éléments de personnalité recueillis sur le prévenu rendent nécessaire le prononcé d'une peine d'emprisonnement assortie pour partie d'un sursis avec mise à l'épreuve à l'exclusion de toute autre sanction, qui serait manifestement inadéquate » est cassé au visa de l'article 132-24, aux motifs « qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui n'a pas prononcé sur l'aménagement de la peine d'emprisonnement sans sursis, a méconnu le texte susvisé » (pourvoi n° 11-82.975) ;

- « les énonciations d'un arrêt, d'où il résulte que la possibilité d'aménager la peine de six mois d'emprisonnement sans sursis prononcée ne ressortait ni des pièces du dossier ni des éléments versés aux débats, mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel s'est déterminée par des motifs qui satisfont aux exigences de l'article 132-24 du code pénal » (pourvoi n° 11-82.990) ;

- il résulte des énonciations d'un arrêt qui s'est à la fois prononcé sur le caractère de dernier recours d'une peine d'emprisonnement ferme « adaptée à la nature des faits et à la personnalité du prévenu caractérisée, à l'époque des faits, par son casier judiciaire » et sur l'absence d'aménagement de peine possible, la cour, notamment, ne disposant « d'aucune donnée de nature à identifier l'aménagement de peine adapté à sa situation actuelle », que toute autre sanction est manifestement inadéquate (pourvoi n° 11-82.214).

Il résulte de ces arrêts :

1) qu'il se déduit de ce qu'une peine d'emprisonnement ferme est prononcée en dernier recours compte tenu de la gravité des faits et de la personnalité du prévenu que toute autre sanction est manifestement inadéquate ;

2) que les juges doivent, à peine de cassation, se prononcer sur l'aménagement de la peine d'emprisonnement sans sursis, et que cette condition est remplie lorsque les juges constatent que la possibilité d'aménager ne ressort pas des pièces du dossier.

En l'espèce, l'arrêt attaqué a motivé une peine d'emprisonnement sans sursis de huit mois en se limitant à énoncer que « De nationalité sénégalaise, [le prévenu X...] est en situation irrégulière et fait l'objet d'un arrêté préfectoral d'expulsion du 23 janvier 2007, notifié le 3 février 2007. Il est sans activité et ressources déclarées.

³ Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.044, *Bull. crim.* 2010, n° 156 ; Crim., 20 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.800 ; Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-80.265, *Bull. crim.* 2010, n° 179 ; Crim., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-81.840 ; Crim., 15 décembre 2010, n° 10-80.201 ; Crim., 5 janvier 2011, pourvoi n° 10-80.710. Sur la motivation de la peine d'emprisonnement ferme, voir *Recueil Dalloz*, n° 42, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 2775, note M. Lena ; *Revue de droit pénal*, n° 1, janvier 2011, commentaires n° 5, p. 25 à 27, note M. Véron.

⁴ Crim., 22 février 2012, pourvois n° 11-82.99, n° 11-82.975, en cours de publication, et n° 11-82.214.

Son casier judiciaire ne porte aucune mention ». Cette motivation ne constate pas le caractère nécessaire en dernier recours de la peine d'emprisonnement ferme, et ne se prononce pas sur la faculté ou non d'ordonner une mesure d'aménagement.

Cet arrêt, qui ne satisfait pas à l'exigence spéciale de motivation au regard des dispositions de l'article 132-24 du code pénal tel qu'il résulte de la loi du 24 novembre 2009, doit donc faire l'objet d'une décision de cassation limitée à la peine prononcée.

Troisième moyen

Le troisième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Nicolas Y...

Ce moyen, qui vise la violation des articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 5, 64 et 67 de la Constitution, 2 du code de procédure pénale, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs, le respect des droits de la défense et le droit à une procédure juste et équitable, est fondé sur la non-conformité à la Constitution des dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale ; il est reproché à l'article 2 du code de procédure pénale de ne pas prévoir l'impossibilité pour le Président de la République en exercice, lors de la durée de son mandat, de se constituer partie civile devant la juridiction pénale et de demander des dommages-intérêts en réparation des préjudices subis.

Ce moyen soulève une question prioritaire de constitutionnalité, qui a été développée dans un mémoire séparé. La chambre criminelle a, par arrêt en date du 10 novembre 2010, jugé qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, aux motifs « *que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* » ; et « *que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle vise, en réalité, à préciser le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale, au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire* ».

Nous avons, pour notre part, soutenu, à l'appui de la non-transmission de cette question au Conseil constitutionnel, que le moyen qui était développé visait à critiquer, non pas les dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale, texte de loi ordinaire et étranger au statut constitutionnel du Président de la République, mais celles de l'article 67 de la Constitution elle-même. C'est le statut juridictionnel du Président de la République tel qu'il est défini à l'article 67 de la Constitution qui est critiqué par la question prioritaire de constitutionnalité et accusé de créer un déséquilibre dans les droits des parties. Mais le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel ne peut porter que sur une disposition législative, ainsi qu'il est dit aux articles 61 et 61-1 de la Constitution, et non pas sur le contenu même de la Constitution⁵.

La chambre criminelle ayant jugé que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas sérieuse et qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel, le troisième moyen ne saurait être accueilli.

Quatrième moyen

Comme le troisième moyen, le quatrième moyen fait reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté une exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de M. Nicolas Y... Mais, si la critique est identique, le fondement sur lequel elle repose est différent : le requérant se prévaut, non plus de la violation d'une norme constitutionnelle, mais de la violation des règles du procès équitable, telles qu'elles résultent des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le moyen invoque ainsi une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera ... du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Le moyen repose aussi sur la violation de diverses dispositions du code pénal et du code de procédure pénale (articles 226-10 et 434-26 du code pénal, 2, 3, 91, 177-2, 442-1 et 516 à 593 du code de procédure pénale) : il est soutenu que le statut particulier du Président de la République prive le prévenu des droits d'interroger directement la partie civile à l'audience et d'user de la faculté, ouverte à tout autre prévenu bénéficiant d'un non-lieu ou d'une relaxe, d'agir en réparation contre la partie civile qui l'a injustement accusé.

Le moyen développe cinq branches

- Première branche : l'auteur du pourvoi rappelle qu'une partie civile doit, en application des règles légales, pouvoir être sanctionnée civilement et pénalement du fait de sa dénonciation, lorsque celle-ci est abusive ou non justifiée (articles 226-10 et 434-26 du code pénal, 91, 177-2, 472, et 576 du code de procédure pénale). Or cette faculté ne peut être mise en œuvre par le prévenu lorsque la partie civile, Président de la République, ne peut, durant son mandat, par application de l'article 67 de la Constitution, être requise de témoigner non plus que de faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite.

- Deuxième branche : rappelant qu'une partie peut, au cours d'une information, saisir le juge d'instruction de toute demande d'audition ou de confrontation (article 82-1 du code de procédure pénale) et que tout prévenu peut poser ou faire poser des questions à la partie civile (article 442-1 du code de procédure pénale), le pourvoi invoque une rupture d'égalité entre les parties qui résulte de ce que, par application de l'article 67 de la Constitution, le Président de la République ne peut être requis de témoigner.

⁵ Pour une critique de la décision rendue, cf. Bertrand Matthieu, *La Semaine juridique, édition générale*, 22 novembre 2010. Nous ne sommes pas convaincus : le silence de l'article 2 du code de procédure pénale ne peut être critiqué, en ce qu'il n'appartient pas au législateur ordinaire de définir le statut du Président de la République, et, sur cet aspect-là du statut du Président de la République, le législateur constituant, seul compétent, ne s'est pas prononcé.

- Troisième et cinquième branche : il est soutenu que le pouvoir du Président de la République en exercice de nommer les magistrats du siège et du parquet fait peser un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité des magistrats amenés à statuer dans les affaires dans lesquelles il est partie (troisième branche) et provoque une rupture de l'égalité des armes entre les différentes parties en faisant bénéficier le Président de la République d'un net avantage par rapport aux prévenus (cinquième branche).

- Quatrième branche : il est indiqué que l'arrêt de la cour d'appel de Versailles comporterait une contradiction de motifs en ce qu'il affirme que le traitement du dossier ne révèle pas d'atteinte *in concreto* à l'indépendance ou à l'impartialité des juges, tout en constatant que les parquets de Nanterre et de Versailles ont fait preuve d'une diligence particulière pour que cette affaire soit jugée au plus vite, qu'il a été déployé des moyens d'enquête inhabituels et que le parquet local a manifesté un zèle manifeste.

Nous ne nous attarderons pas longtemps sur cette quatrième branche du moyen, qui nous paraît à l'évidence mal fondée ; venant au soutien de la critique d'une atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des juges et à l'égalité des armes, le reproche qui est fait au procureur de la République de Nanterre et au procureur général de Versailles d'avoir fait diligence pour que cette affaire soit examinée au plus vite, et d'avoir mis en œuvre des moyens d'enquête inhabituels (brigade criminelle et brigade financière), ne saurait vous convaincre.

La cour d'appel a constaté le zèle manifeste et spontané du parquet local et a énoncé que « *cette célérité peut sans doute être attribuée à la qualité de la victime mais aussi au fait que des proches de sa famille étaient visés, ce qui laissait à penser qu'une action d'ampleur visant le Chef de l'État et ses proches était susceptible de se mettre en place* ». L'arrêt a conclu, sur ce point, à l'absence d'une quelconque atteinte portée à l'indépendance ou à l'impartialité des juges. Nous partageons son avis. Alors qu'il est constaté que les coordonnées bancaires du Président de la République en exercice, ainsi que celles de deux autres membres de sa famille, ont été détournées et utilisées à des fins d'escroquerie, il n'est ni étonnant ni injustifié que des moyens particulièrement efficaces, notamment le recours à des services de police hautement spécialisés, soient mis en œuvre par le parquet compétent pour identifier et arrêter les auteurs de ces infractions. Tous les moyens de procédure utilisés l'ont été dans des conditions conformes à la loi, et il n'est pas soutenu au pourvoi qu'il y ait eu une quelconque illégalité dans l'enquête, ni un quelconque détournement de procédure. Nous ne voyons pas en quoi la rapidité et l'efficacité d'une enquête, comme la diligence déployée pour faire juger rapidement une procédure pénale, porteraient une quelconque atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité des juges.

Cette branche du moyen est dénuée de fondement et ne nous paraît pas susceptible d'être accueillie.

Les quatre autres branches de ce quatrième moyen retiendront plus longuement votre attention : elles posent directement la question du statut juridictionnel particulier du Président de la République, tel qu'il résulte de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007. Il est soutenu que la faculté laissée au Président de la République de se constituer partie civile dans une instance pénale n'est pas compatible avec les règles du procès équitable.

Deux arguments sont avancés pour dénier au Président de la République le droit de se constituer partie civile :

1°) le premier argument, exposé aux deux premières branches du moyen, repose sur l'affirmation que le statut juridictionnel constitutionnel du Président de la République, qui interdit qu'une action quelconque soit engagée ou poursuivie à son encontre durant la période d'exercice de son mandat, crée une rupture dans l'application du « principe de l'égalité des armes », en empêchant la personne poursuivie de faire procéder à l'audition de la « partie civile Président de la République », même comme témoin, et en interdisant, durant toute la période du mandat présidentiel, à une personne injustement poursuivie à l'initiative du Président de la République l'exercice de toute action pénale ou civile, reconventionnelle ou à caractère indemnitaire ;

2°) le deuxième argument, exposé aux troisième et cinquième branches du moyen, repose sur l'affirmation qu'il résulte d'un cumul de fonctions du Président de la République, à la fois autorité de nomination des magistrats du siège et du parquet et partie civile au procès pénal, un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité des magistrats amenés à statuer, et une rupture d'égalité des armes de nature à affecter le caractère équitable du procès.

La question posée concerne ainsi directement le statut du Président de la République. Ce qui est discuté, c'est la possibilité même pour le Président de la République d'exercer ses attributions institutionnelles et, en même temps, de se constituer partie civile.

Le statut juridictionnel du Président de la République

Jusqu'à présent, la question ne s'est jamais posée à vous en ces termes : le rôle « actif » du Président de la République, comme acteur exerçant personnellement une action dans une procédure pénale, n'a pas suscité d'abondantes réflexions⁶.

Peut être la question paraît-elle même, de prime abord, incongrue.

Il est vrai que, pendant très longtemps, la question même du statut pénal du chef de l'État, considéré dans le rôle « passif » de la personne poursuivie ou mise en cause dans une instance civile ou administrative, n'a pas retenu spécialement l'attention des commentateurs.

Le débat est né récemment, il y a une quinzaine d'années, à l'occasion des poursuites pénales engagées pour diverses infractions de détournements de fonds publics, abus de biens sociaux, favoritisme, conservation d'intérêts illégitimes commises à l'occasion de marchés publics qui pouvaient concerner le Président de la République en fonction, pour des faits commis avant son élection.

⁶ Voir Olivier Beaud, *Recueil Dalloz* 2009, p. 2408, soulignant le risque de l'utilisation de procédures juridictionnelles à des fins politiques ; Jean-Philippe Feldman, *La Semaine juridique, édition Générale*, n° 40.

Tour à tour, le Conseil constitutionnel⁷ puis la Cour de cassation⁸ se sont prononcés pour définir le cadre dans lequel un Président de la République pouvait, durant son mandat, faire l'objet d'actes de poursuites pénales ou être requis de témoigner.

Les décisions de ces deux hautes instances se sont différenciées en ce qui concerne le traitement des actes de nature pénale accomplis en dehors de l'exercice des fonctions de Président de la République.

Le Conseil constitutionnel a décidé que le Président de la République bénéficiait, d'une part, d'une immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de sa fonction, hors le cas de haute trahison, et, d'autre part, d'un privilège de juridiction devant la Haute Cour de justice, non seulement pour les faits de haute trahison commis pendant son mandat, mais aussi pour toutes les infractions pénales détachables de ses fonctions commises pendant la durée de son mandat ou avant son élection.

La Cour de cassation a jugé différemment qu'à l'exception des actes de haute trahison, qui relèvent de la Haute Cour de justice, les actes commis par le Président de la République, autres que ceux accomplis dans l'exercice de ses fonctions, qui bénéficient d'une immunité, relèvent de la compétence des juridictions pénales de droit commun. La Cour de cassation a décidé aussi qu'en raison de son statut institutionnel, le Président de la République, qui assure notamment le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, bénéficie d'une inviolabilité limitée à la durée de son mandat, qui interdit l'exercice de tout acte de poursuites et de toute obligation de comparaître comme témoin, dès lors que cette obligation est assortie d'une menace de contrainte. Elle a précisé que la prescription de l'action publique est alors suspendue.

La commission créée le 4 juillet 2002, dite commission Avril, du nom de son président, chargée par le Président de la République de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République, a largement repris les solutions dégagées par la Cour de cassation⁹.

Inspirée de ces travaux, la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 a modifié l'article 67 de la Constitution, qui énonce désormais :

« Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des articles 53-2 et 68.

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration du délai d'un mois suivant la cessation de ses fonctions ».

L'inviolabilité que la Cour de cassation avait reconnue au Président de la République en matière pénale est donc étendue aux matières civile et administrative : le constituant a été sensible à ce que la procédure diligentée aux États-Unis contre le Président Clinton est née à l'origine d'une procédure civile¹⁰.

Par ailleurs, l'article 68 de la Constitution donne au Parlement, constitué en Haute Cour, la faculté de voter à une majorité qualifiée, dans le cadre d'une instance exclusivement politique, la destitution du Président de la République en cas de manquement du Président à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat¹¹.

Le fondement de cette démarche constitutionnelle a été de préserver, non la personne, mais la fonction du Chef de l'État¹². La doctrine souligne que le Président de la République, représentant de la Nation, garant de la continuité de l'état et du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, doit pouvoir exercer ses fonctions dans le respect de la séparation des pouvoirs. Cela a pour conséquence de mettre le Président à l'abri de l'action des juridictions, comme de celle des assemblées parlementaires, qui trouvent cependant dans le mode électoral de désignation de leurs membres la légitimité politique nécessaire à la conduite d'une procédure de destitution en cas de manquement du Président à ses devoirs manifestement incompatible avec la dignité de ses fonctions¹³.

Le statut juridictionnel du Président de la République est aujourd'hui bien établi. Le Chef de l'État bénéficie :

- d'une immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de son mandat de Président de la République (sous réserve d'une procédure ressortissant de la Cour pénale internationale ou de l'engagement, devant le Parlement réuni en Haute Cour, d'une procédure de destitution en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat) ;
- d'une inviolabilité juridictionnelle qui fait obstacle, pendant toute la durée de son mandat, pour tous les actes commis en dehors de sa qualité de Président de la République, à toute action ou réquisition de témoigner devant

⁷ Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, rendue à l'occasion de l'examen du Traité portant statut de la Cour pénale internationale, RSC 1999, 497.

⁸ Arrêt de l'assemblée plénière rendu à l'occasion d'une demande faite par une partie civile d'une audition du Président de la République comme témoin : assemblée plénière, 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84.922, Bull. 2001, Ass. plén., n° 11, Recueil Dalloz, 29 novembre 2001, n° 42 note Favoreu.

⁹ Rapport de la commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidée par le professeur Jean Avril, La Documentation française, 2003.

¹⁰ Cette inviolabilité juridictionnelle totale du Chef de l'État a donné lieu, lors des débats parlementaires, à de vives critiques, exposées notamment par les sénateurs Pierre Fauchon (groupe Union centriste ; Union pour la démocratie française) et Robert Badinter (groupe socialiste), ce dernier évoquant un Président placé sous globe au regard des actions civiles qui peuvent légitimement être intentées contre lui et analysant comme une répudiation la situation de la femme du Président, empêchée de divorcer pendant cinq ou dix ans en l'absence de consentement du Président (débat Sénat, 7 février 2007).

¹¹ Un projet de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution, n° 3071, a été déposé le 22 décembre 2010 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

¹² Voir rapport commission Avril, p. 28 et s., ou encore Luchaire Conac Prétot, *La Constitution de la République française*, p. 1598.

¹³ Congrès du Parlement ; compte-rendu analytique officiel, lundi 19 février 2007.

une juridiction ou autorité administrative quelconque ; les droits des tiers sont « garantis » par la suspension de tous les délais de prescription ou forclusion et par la possibilité d'engager ou reprendre l'instance au terme du mandat.

Ce statut, qui préserve le Chef de l'État en plaçant la personne du Président à l'abri de toute attaque judiciaire, ne concerne que la position défensive du chef de l'État.

Il n'est rien dit de la position offensive du Président de la République, celle dans laquelle il se place volontairement en qualité de partie civile ou de demandeur à une action pour faire valoir en justice ses intérêts et demander des comptes à ceux qui ont nui à ses intérêts privés.

Cette question n'a été évoquée ni par les membres de la commission Avril ni par les parlementaires, dont les travaux se sont concentrés sur l'extension de l'inviolabilité présidentielle de la matière pénale aux domaines civil, administratif et financier et sur la procédure de destitution.

À première vue, la question paraît presque incongrue : ainsi, on a pu faire valoir que le Président de la République est un citoyen comme un autre, qui, à ce titre, doit pouvoir agir devant les tribunaux pour la défense de ses intérêts privés, que si la Constitution limite le droit d'agir contre le Président de la République, aucune disposition constitutionnelle ne limite son droit d'agir et que la pratique judiciaire a déjà largement consacré le droit d'agir du Président de la République pour la défense de ses intérêts privés¹⁴.

Ces arguments, qui semblent de bon sens, reposent essentiellement sur l'idée que « le Président de la République est un citoyen comme un autre ». La réforme constitutionnelle procède cependant d'une affirmation contraire. Selon le rapport de la commission Avril¹⁵, le statut particulier du Chef de l'État trouve son fondement dans le principe de la séparation des pouvoirs, qui exprime la nécessité de préserver la sphère de compétences de chaque organe de l'État, notamment les juridictions d'un côté et le pouvoir exécutif de l'autre, et le principe de la continuité, consubstantiel à l'État, qui implique que celui qui l'incarne soit toujours en mesure de le faire.

Le rapport de la commission Avril énonce donc que « *les immunités au sens large, notamment l'inviolabilité, ont pour fondement et pour but de permettre aux titulaires des fonctions publiques d'exercer pleinement celles-ci ; elles ne sont pas personnelles mais fonctionnelles, d'où l'impossibilité pour les intéressés d'y renoncer. C'est en cela qu'elles ont un fondement constitutionnel* ».

À cet égard, le Président de la République n'est pas un citoyen comme un autre et, dès lors qu'il s'agit de préserver la fonction présidentielle, et non la personne du Chef de l'État, la question peut se poser du risque que peut faire encourir à la fonction une action en justice liée à la défense d'affaires privées.

Ainsi évoquées brièvement les règles qui établissent le statut juridictionnel institutionnel du chef de l'État, il convient de passer à l'examen des différentes branches du moyen.

Nous l'avons déjà dit, le moyen pose deux questions :

- 1) La protection particulière dont bénéficie le Président de la République est-elle de nature à rompre l'égalité de traitement des parties dans une instance où il serait demandeur ?
- 2) Le pouvoir de nomination des magistrats du siège ou du parquet par le Président est-il de nature à influencer ou paraître influencer sur l'indépendance et l'impartialité des magistrats qui composent la juridiction dans une instance dans laquelle le Président de la République est partie ?

1° La protection particulière dont bénéficie le Président de la République a-t-elle rompu l'égalité de traitement des parties ?

Défini pour la première fois dans l'arrêt Delcourt c/ Belgique¹⁶, le principe dit de « l'égalité des armes », qui « *fait partie des règles du procès équitable même s'il n'en épuise pas le contenu* », traduit le « *juste équilibre des parties* ».

Ce principe consiste « *dans la possibilité raisonnable pour chaque partie, y compris dans les litiges opposant les intérêts privés, de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »¹⁷.

Si le principe de l'égalité des armes « *s'applique à toutes les phases de la procédure* »¹⁸, il s'apprécie cependant en considérant « *la procédure en cause dans son ensemble* ». La Cour européenne énonce en effet que « *la tâche de la Cour consiste, sur un plan général, à examiner si la procédure litigieuse, envisagée globalement et considérée dans son ensemble, a revêtu un caractère équitable* »¹⁹.

Il convient donc de se livrer à une analyse dite « *in concreto* » du déroulement de la procédure et de rechercher, au vu des circonstances de l'espèce, si M. Abdoul Aziz X... a été ou non placé « *dans une possibilité raisonnable... de présenter sa cause dans les conditions qui ne le placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ».

¹⁴ C'est la thèse défendue par M. Houillon, député rapporteur de la loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale, à l'occasion d'un interview accordé à F. Sionneau et B. Legrand à propos de l'affaire Clearstream (cité au rapport de Mme le conseiller rapporteur), par le procureur de la République de Nanterre dans ses conclusions en date du 7 juillet 2009, par M^e Herzog, avocat de M. Y..., devant le tribunal correctionnel de Nanterre et devant la cour d'appel de Versailles.

¹⁵ Rapport de la commission Avril, p. 25 et suivantes.

¹⁶ CEDH, Delcourt c/ Belgique, 17 janvier 1970.

¹⁷ CEDH, Borgers c/ Belgique, 30 octobre 1991 ; De Haes et Gijssels c/ Belgique, 24 février 1997, Ankerl c/ Suisse, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, p. 1565-1566, § 38.

¹⁸ CEDH, Lamy c/ Belgique, 30 mars 1989.

¹⁹ CEDH, voir, entre autres, arrêts Vidal c/ Belgique, 22 avril 1992, série A, n° 235-B, § 33, et Delta c/ France, 19 décembre 1990, série A, n° 191, p. 15, § 35.

Le pourvoi dénonce deux causes de déséquilibre en ce que, d'une part, le prévenu ne peut exercer contre le Président de la République le dispositif législatif sanctionnant les dénonciations abusives faites par la partie civile, et, d'autre part, en ce que le prévenu n'a pu exercer son droit de faire convoquer ou entendre le Président comme témoin.

- *Première cause invoquée d'atteinte à l'égalité des armes : le statut du Président de la République aurait privé Abdoul Aziz X... d'exercer à l'encontre du Président de la République le dispositif législatif sanctionnant les dénonciations abusives faites par la partie civile.*

Dès son énoncé, il apparaît que cette prétention manque de pertinence :

les actions ouvertes par les articles 91, 472 et 516 du code de procédure pénale, qui permettent à une personne bénéficiaire d'une décision de non-lieu ou de relaxe de demander des dommages-intérêts à celui qui a abusivement engagé l'action civile, ne peuvent être exercées qu'à l'encontre d'une partie civile qui, par sa constitution de partie civile, a elle-même mis en mouvement l'action publique ; elles supposent en outre que la personne poursuivie ait bénéficié d'une décision de non-lieu ou de relaxe.

En l'espèce, l'action publique a été normalement exercée par le procureur de la République de Nanterre, et le Président de la République n'a pas lui-même mis l'action publique en mouvement. L'action du Président de la République est seulement une action jointe à celle du procureur de la République de Nanterre. Les actions ouvertes par les articles 91, 472 et 516 du code de procédure pénale ne trouvent pas à s'appliquer dans cette procédure et M. Abdoul Aziz X..., qui n'a au demeurant bénéficié ni d'un non-lieu ni d'une relaxe, n'a pas été privé de leur exercice.

Il est soutenu également que le statut du Président de la République aurait privé M. Abdoul Aziz X... de la faculté d'exercer à l'encontre du Président de la République des poursuites en dénonciation calomnieuse ou en fausse dénonciation.

Là encore, la prétention paraît dès l'abord mal fondée.

La dénonciation calomnieuse, prévue et punie par l'article 226-10 du code pénal, est « *la dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée à un officier de police judiciaire, à une autorité ayant pouvoir d'y donner suite ou à un supérieur hiérarchique* ».

Nous savons aussi que, pour être établi, le délit de dénonciation calomnieuse exige que les faits dénoncés aient été déclarés préalablement faux par l'autorité compétente et que le délit n'est constitué que si la dénonciation vise une personne déterminée ou aisément identifiable.

En l'espèce, le Président de la République n'a pris aucune initiative de dénoncer M. Abdoul Aziz X... en tant que personne déterminée ou déterminable, et les faits qui ont été objet d'une plainte n'ont pas été reconnus faux.

Pour ces deux raisons déjà, le grief est infondé. M. Abdoul Aziz X... n'a aucun intérêt juridique à engager une instance en dénonciation calomnieuse contre le chef de l'État, et le statut juridictionnel du Chef de l'État est étranger à cette situation.

La dénonciation de fait imaginaire est prévue et punie par l'article 434-26 du code pénal, également visé au moyen ; cet article incrimine et réprime « *le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches* ».

Cette infraction a donc pour objet de protéger l'action de la justice (livre IV, titre III, chapitre IV, du code pénal), en évitant qu'elle ne soit exposée, du fait d'une dénonciation de faits imaginaires, à faire d'inutiles recherches. Or il n'est pas prétendu, dans cette procédure, qu'il y ait eu une quelconque dénonciation de fait imaginaire. De surcroît, c'est l'intérêt général qui est protégé par cette infraction, et non la personne faussement dénoncée, qui dispose, pour sa défense, de l'action en dénonciation calomnieuse, que nous avons déjà évoquée ci-dessus.

Nous constatons, comme précédemment, que M. Abdoul Aziz X... n'a fait valoir, et ne peut faire valoir aucun intérêt à agir du chef de dénonciation d'un fait imaginaire, et le statut juridictionnel du Président de la République, une fois encore, est étranger à cette situation.

En conséquence, cette partie du moyen, qui nous semble présenter de façon bien artificielle une prétendue situation d'inégalité entre les parties, nous paraît parfaitement non fondée.

Deuxième cause invoquée d'atteinte à l'égalité des armes : l'impossibilité de faire citer la partie civile comme témoin.

La deuxième cause invoquée d'atteinte à l'égalité des armes reposerait sur une violation directe des termes de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que « *tout accusé a droit à [...] interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation ou l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ».

Le droit à interroger ou faire interroger les témoins concerne tout à la fois le droit de la preuve et le respect du principe du contradictoire : il n'y a de procès équitable que lorsque les éléments de preuve produits devant la juridiction de jugement peuvent être discutés par les parties²⁰.

La Cour européenne juge que les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique en vue d'un débat contradictoire²¹, ou encore que les droits de la défense sont restreints de

²⁰ Desportes et Lazerges Cousquer, *Traité de procédure pénale*, n° 609 et s.

²¹ CEDH, *Kostovski c/ Pays-Bas*, n° 611, § 41 ; *De Sousa c/ France*, 8 novembre 2005.

manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde uniquement, ou dans une mesure déterminante, sur les dépositions d'un témoin que... l'accusé n'a pas eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger²².

Mais la Cour européenne juge aussi que lorsque la condamnation ne s'appuie pas sur les dires du témoin, il est inutile de procéder à la confrontation demandée²³. La Cour a explicité cette position au point 21 de l'arrêt De Sousa qu'elle a rendu le 8 février 2006, et que nous reproduisons :

« Quant au rejet de cette demande d'audition des témoins par la cour d'appel, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'admissibilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne. En particulier, « il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles et la pertinence de ceux dont les accusés souhaitent la production (...). L'article 6 § 3 d leur laisse, toujours en principe, le soin de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins » (Vidal c/Belgique, arrêt du 22 avril 1992, série A, n° 235-B, pp. 32-33, § 33). Dès lors, il ne suffit pas à un accusé de se plaindre de ne pas avoir pu interroger certains témoins. Encore faut-il qu'il étaye sa demande d'audition de témoins en précisant l'importance et que cette audition soit nécessaire à la manifestation de la vérité (Engel et autres c/Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, série A, n° 22, pp. 38-39, § 91 ; Perna c/Italie [GC], requête n° 48898/99, § 29, CEDH 2003-V). Dans ce contexte, la tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure litigieuse, considérée dans son ensemble, revêt le caractère équitable voulu par le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention²⁴ ».

Nous pensons donc que l'on pourrait se trouver en présence d'une difficulté sérieuse, dans le cas particulier d'une poursuite pénale qui reposerait, pour une part essentielle, sur des accusations ou sur la production de preuves émanant directement du Président de la République : alors que la libre discussion des preuves rend nécessaire une confrontation entre l'accusateur et l'accusé, le Président de la République ne peut être requis de témoigner ; dans cette hypothèse, une condamnation fondée sur des accusations qui ne pourraient être vérifiées ou combattues par une audition de l'accusateur, ou par une confrontation, ne satisferait pas aux règles du procès équitable.

Mais la procédure qui vous est soumise ne présente pas cette situation particulière.

Si le Président de la République a dénoncé l'existence de prélèvements frauduleux sur son compte personnel, et qui sont constatés dans des écritures bancaires, il ne résulte ni des énonciations du jugement de condamnation ni de celles de l'arrêt attaqué que le témoignage du Président de la République ait constitué un élément à charge à l'encontre de la personne même de M. Abdoul Aziz X..., dont la condamnation repose sur d'autres constatations, notamment sur les déclarations de A... et B... et ses propres déclarations à l'audience (voir l'arrêt attaqué, page 9).

M. Abdoul Aziz X... n'a jamais demandé qu'il soit procédé à l'audition du Président de la République et ni lui ni son conseil n'a jamais indiqué en quoi cette audition aurait été déterminante de sa condamnation ou utile à sa défense.

Dans cette affaire, le témoignage du Président de la République est sans utilité pour établir la culpabilité de M. Abdoul Aziz X..., et le statut juridictionnel du chef de l'État, qui interdit qu'il soit requis de témoigner, a été indifférent au déroulement de la procédure.

2° Le pouvoir de nomination des magistrats par le Président de la République est-il de nature à porter atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de la juridiction et lui a-t-il procuré un avantage ?

a) Rappel des données de la question :

Le Président de la République française est autorité de nomination des magistrats du siège comme du parquet. Les règles du procès équitable sont-elles respectées lorsque le Président de la République est à la fois une des parties à la procédure et autorité de nomination des juges en charge de trancher la procédure ?

La question posée par le pourvoi est ici d'ordre purement institutionnel, et les circonstances particulières de l'affaire sont alors indifférentes. Il s'agit d'examiner la compatibilité des règles du procès équitable avec l'exercice croisé et simultané par le Président de la République de sa fonction institutionnelle d'autorité de nomination des magistrats, et de sa position de partie privée à un procès.

La Cour européenne des droits de l'homme a défini ce qu'est un tribunal « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1. On en trouve les principales caractéristiques énoncées dans l'arrêt Sacilor Lormines c/ France, qui se réfère aux affaires Findlay c/ Royaume-Uni et Brudnicka c/ Pologne²⁵. Il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat des membres nommés, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance. La seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif (mais aussi par le Parlement) ne crée pas pour autant un lien de dépendance à leur égard si, une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

En ce qui concerne l'indépendance, qui est définie par l'absence de lien entre le pouvoir exécutif et les autorités judiciaires, la Cour européenne énonce que ni l'article 6 de la Convention ni la Convention n'obligent les États à

²² CEDH, 19 décembre 1990, Delta c/ France, § 37 ; Saïdi c/ France, 20 septembre 1993, § 43-44 ; 13 novembre 2003, Rachad c/ France, § 23 ; 14 juin 2005, Mayali c/ France, § 31 ; Zentar c/ France, 13 janvier 2009 ; Taxquet c/ Belgique, § 53 et suivant.

²³ CEDH, Kamasinski c/ Autriche, 19 décembre 1989, § 91 ; Bricmont c/ Belgique, 7 juillet 1989, requête n° 10857/84, § 86.

²⁴ Voir notamment Vidal c/ Belgique, déjà cité, arrêt du 22 avril 1992, série A n° 235-B, pp. 32-33, § 33.

²⁵ CEDH, Sacilor Lormines c/France, 9 février 2007, § 59 ; Findlay c/Royaume-Uni, arrêt du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 281, § 73, et Brudnicka et autres c/ Pologne, n° 54723/00, 3 mars 2005, § 38. Dans l'affaire Findlay, les membres de la cour martiale étaient « en bout de ligne », sous l'autorité hiérarchique de l'officier convocaté, qui joue un rôle important dans l'accusation. Dans l'affaire Brudnicka, les juges des tribunaux maritimes sont nommés et révoqués par le ministre de la justice, en accord avec le ministre des transports.

se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre l'un et l'autre²⁶. Mais elle rappelle cependant le rôle croissant de la notion de séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire dans sa jurisprudence.

En ce qui concerne la condition d'impartialité, la Cour européenne souligne qu'elle revêt deux aspects : l'impartialité subjective, qui suppose l'absence de manifestation de parti pris ou de préjugé personnel des juges, et l'impartialité objective, qui implique de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, ces derniers offrent des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime d'impartialité. La Cour européenne précise qu'en la matière, « *même les apparences peuvent revêtir de l'importance* » et « *qu'il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure* ».

Ce qui est déterminant, c'est de vérifier si les appréhensions d'une partie peuvent être objectivement justifiées²⁷.

b) Application à l'espèce

Le pourvoi met en cause l'indépendance et l'impartialité des magistrats du siège, lorsque le Président de la République est une partie à l'instance, et se fonde sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et l'autorité judiciaire qui résulte du pouvoir de nomination des magistrats du siège par le Président de la République.

Le pourvoi se fonde aussi sur le pouvoir du Président de la République de nommer les magistrats du parquet ; nous écarterons dans un premier temps cet argument, en ce que le parquet, partie poursuivante, ne fait pas partie du « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 de la Convention européenne. Mais il conviendra cependant de se demander si, combiné à d'autres éléments, le lien hiérarchique qui unit le parquet à l'autorité gouvernante peut contribuer, compte tenu du rôle du parquet dans les affaires pénales, à créer un déséquilibre entre les parties.

L'état du droit pertinent résulte des dispositions combinées du titre VIII de la Constitution, « de l'autorité judiciaire » (article 64 et 65), de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique sur le pouvoir de nomination des personnels civils et militaires de l'État (articles 2 et 3) et de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (article 28).

L'article 64 de la Constitution énonce que « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », « il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature » et « Les magistrats du siège sont inamovibles ».

Les articles 2 et 3 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958, portant loi organique sur le pouvoir de nomination des personnels civils et militaires, énoncent que les magistrats de l'ordre judiciaire sont nommés par décret du Président de la République et que l'exercice de ce pouvoir de nomination ne peut être délégué.

L'inamovibilité est définie en ce que *le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle même en avancement* (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 4).

Pour exercer le pouvoir de nomination des magistrats, le Président de la République est assisté du Conseil supérieur de la magistrature, dont « La formation [...] compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance, alors que les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme » (article 65 de la Constitution).

En conséquence, *les décrets portant promotion de grade ou nomination aux fonctions de magistrat du siège autres que les décrets de nomination aux fonctions de premier président de cour d'appel, de président de tribunal de grande instance et de conseiller ou conseiller référendaire à la Cour de cassation « sont pris par le Président de la République sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature »* (article 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

Nous pouvons donc observer qu'à l'exception des nominations de magistrats du siège faites sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature (ce qui représente quatre cents postes environ), toute autre nomination d'un magistrat du siège, que ce soit en avancement ou sans avancement, pour une mutation géographique ou pour un changement de fonctions, suppose, outre un décret de nomination signé par le Président de la République, une proposition initiale de mutation qui émane du seul ministre de la justice ; sans cette initiative du ministre de la justice, il n'y a pas de mutation ni d'avancement possible.

L'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature constitue un filtre supplémentaire pour la réalisation effective des projets de nomination des magistrats du siège, mais, et encore une fois sous la réserve des seuls postes pour lesquels le Conseil supérieur de la magistrature dispose d'un pouvoir de proposition, la carrière des magistrats du siège est dans la dépendance du pouvoir exécutif, qui dispose de l'initiative de la proposition de nomination et du pouvoir de nomination.

Nous savons que les magistrats du siège bénéficient de l'inamovibilité, que leurs décisions sont couvertes par la collégialité, et il paraît acquis qu'ils sont soustraits à toute forme d'ingérence extérieure (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice, à la différence des magistrats du parquet). Nous avons dit que la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif ne crée pas pour autant un lien de dépendance à leur égard, si, une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

²⁶ Kleyn et autres c/Pays-Bas, 6 mai 2003, précité, § 193 ; Stafford c/ Royaume-Uni [GC], n° 46295/99, § 78, CEDH 2002-IV.

²⁷ Kleyn et autres, précité, § 191 ; Hauschildt c/ Danemark, arrêt du 24 mai 1989, série A, n° 154, § 48.

L'indépendance des magistrats du siège paraît donc bien garantie au regard de ces différents critères.

Mais le fait que l'une des parties à l'instance soit le Président de la République, dont dépend l'avenir professionnel des magistrats qui doivent décider de la cause, crée structurellement une situation différente et nouvelle, qui paraît incompatible avec le respect des règles d'un procès équitable.

Au moins sur le terrain des apparences, les conditions de nomination et de statut des magistrats du siège demeurent un élément d'appréciation essentiel pour savoir si la condition tenant au « tribunal indépendant et impartial » est satisfaite au regard des parties au procès.

L'article 5 de la Constitution désigne le Président de la République comme un arbitre qui veille au respect de la Constitution et assure, par son « arbitrage », le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. Il est aussi garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (article 64 de la Constitution). Si les articles 20 et 21 confient au gouvernement et au Premier ministre, qui en dirige l'action, la détermination et la conduite de la politique de la Nation, la pratique constitutionnelle française montre que le Président de la République n'est pas seulement un arbitre et qu'il a aussi un rôle actif dans la détermination des orientations politiques de la Nation. Cela résulte d'abord du partage des pouvoirs tels qu'organisés par la Constitution elle-même : ainsi, le Président de la République préside le conseil des ministres (article 9), nomme le Premier ministre et les autres membres du gouvernement (article 8), signe les ordonnances et décrets délibérés en conseil des ministres, nomme aux emplois civils et militaires (article 13) et, désormais, peut prendre la parole devant le Parlement réuni en Congrès (article 18). L'élection du Président de la République au suffrage universel, issue de la révision constitutionnelle du 6 novembre 1962, lui a conféré une légitimité à intervenir dans le fonctionnement des pouvoirs publics pour la mise en œuvre du programme de gouvernement sur lequel il a été élu. Dans l'arrêt rendu sur la répartition du temps de parole dans les médias, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a, le 8 avril 2009, reconnu le rôle du Président de la République dans « *la définition des orientations politiques [...] de la Nation* », ce qui impose au CSA et aux médias de prendre en compte certaines de ses interventions.

On a pu dire du Président de la République qu'il est « capitaine »²⁸ autant qu'arbitre. Le pouvoir de nomination des magistrats par le Président de la République, qui dispose d'une autorité sur le ministre de la justice, qui forme les propositions de nominations et gère les carrières des magistrats, n'est pas seulement celui d'un arbitre qui sanctionne les décisions de nomination prises par un organe de gestion autonome, comme c'est le cas, par exemple, pour le Conseil d'État.

Qu'en est-il donc de la situation où l'une des parties au procès est également détenteur « en bout de ligne » du pouvoir de nomination des juges qui connaissent de son affaire ?

Dans les conclusions produites en défense tant devant le tribunal correctionnel de Nanterre que devant la cour d'appel de Versailles, maître Herzog, avocat du Président de la République, se prévaut et produit une décision du Conseil d'État en date du 5 juin 2009 qui a rejeté un recours formé, pour détournement de pouvoir et atteinte aux règles du procès équitable, par M. E... contre un décret du Président de la République, concernant la nomination d'un magistrat.

Par décret du 27 août 2008, le Président de la République a nommé M. Henri C..., vice-président chargé de l'instruction au tribunal de grande instance de Paris, aux fonctions de président de chambre à la cour d'appel de Montpellier à compter du 3 novembre 2008. Par décret du 31 octobre 2008, le Président de la République a reporté la prise de fonction de M. C... à la cour d'appel de Montpellier au 20 novembre 2008 ; le juge C... avait, en application de l'article 83-1 du code de procédure pénale, été cosaisi de l'information judiciaire dite de l'affaire Clearstream aux côtés du juge D..., qui était le juge d'instruction chargé de l'information et qui, à ce titre, a seul qualité pour rendre l'avis de fin d'information et l'ordonnance de règlement. L'article 83-2 du code de procédure pénale précise toutefois que cet avis et cette ordonnance qui saisit la juridiction de jugement peuvent être cosignés par le ou les juges cosaisis.

Le décret du 31 octobre 2008 qui a reporté la nomination du juge C... a permis à ce dernier de clôturer l'instruction pénale et de cosigner l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. M. E... demandait au Conseil d'État l'annulation de ce décret, estimant que l'administration avait usé de ses pouvoirs à des fins étrangères à l'intérêt général.

Le Conseil d'État, après avoir constaté que le motif du report de la nomination de M. C... était de lui permettre de participer à la clôture de l'instruction dont il avait la charge, a jugé qu'un tel motif, qui n'est pas étranger à l'impératif d'une bonne administration de la justice, n'était pas de nature à caractériser un détournement de pouvoir. Il a dit aussi qu'en l'absence d'élément permettant d'étayer le moyen selon lequel le décret aurait pour objet la mise en place d'une instruction partielle, il n'était pas établi de violation des règles du procès équitable²⁹.

Cette décision est conforme à l'avis³⁰ de Mme De Silva, rapporteur public, qui a énoncé l'hypothèse que « *la juridiction judiciaire remédie elle-même à la situation* », pour, « *comme l'a fait la Cour de cassation de façon prétorienne à l'occasion de la mise en cause pénale du président de la République* », « *définir un régime conciliant la possibilité pour le Chef de l'État de se porter partie civile et ses prérogatives institutionnelles* ».

²⁸ Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ DL, 2008, cité par M. Ph. Ranquet, rapporteur public dans l'affaire Conseil d'État, assemblée, 8 avril 2009, F... et G..., requête n° 31136.

²⁹ Conseil d'État, 5 juin 2009, requête n° 322283, M. E...

³⁰ Cet avis, publié à la *RFDA* 2009, p. 809, expose de façon très claire et complète la problématique que nous traitons ainsi que diverses solutions envisageables pour la résoudre.

Sur le terrain des règles du procès équitable qui est le nôtre, nous observons que le recours formé devant le Conseil d'État par M. E... semble avoir ignoré les dispositions de l'article 186-3, alinéa 2³¹, du code de procédure pénale, qui énonce que, par dérogation aux dispositions de droit commun, une personne mise en examen a le droit d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel lorsqu'elle n'est pas cosignée par les juges d'instruction cosaisis : autrement dit, l'absence de signature de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel par l'un des deux juges d'instruction aurait ouvert à M. E... le droit de faire appel de cette ordonnance de renvoi, ce dont la cosignature de l'ordonnance de renvoi l'a privé.

Nous estimons que cette situation montre que le pouvoir de nomination des magistrats par le Président de la République peut présenter l'apparence de créer objectivement un avantage en faveur du Président de la République, lorsqu'il est à la fois partie civile et autorité de nomination.

L'argument que la défense a tiré de cet arrêt du Conseil d'État ne présente donc pas un caractère absolu et ne nous paraît pas pertinent.

La situation qui vous est présentée est nouvelle en ce que seule est à prendre en considération la situation structurelle qui résulte du cumul de rôles tenu par une même personne, qui est à la fois Président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, chef de l'exécutif, autorité de nomination des magistrats et... partie civile au procès.

Dans l'arrêt *Sacilor Lormines c/ France*³², la Cour européenne, pour juger de l'indépendance et de l'impartialité des membres du Conseil d'État, qui sont nommés par le Président de la République, a pris soin de relever que « *l'inamovibilité des membres du Conseil d'État, non prévue par les textes, est garantie en pratique, comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'État sans ingérences extérieures (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice, comme les magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'État* ».

Deux des conditions prises en compte par la Cour européenne pour apprécier l'indépendance des membres du Conseil d'État, à savoir la gestion de l'institution par une autorité indépendante, d'une part, et l'autonomie de l'avancement à l'égard des autorités politiques, d'autre part, font défaut pour les magistrats. Le pouvoir de nomination emporte le pouvoir de nommer et de promouvoir, mais aussi celui de ne pas nommer et de ne pas promouvoir.

Ce qui est en cause, ce n'est pas seulement le pouvoir de nomination des magistrats par le Président de la République, mais c'est la faculté pour le Président de la République, eu égard à ses pouvoirs institutionnels, d'influer ou pas sur le devenir professionnel des magistrats, y compris les juges, dans le temps où il les saisit d'une demande de juger sur ses intérêts privés.

L'avenir professionnel de chacun des juges qui est intervenu tout au long de la procédure (juge d'instruction, juges du tribunal correctionnel de Nanterre, juges de la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Versailles) relève du pouvoir de nomination du Président de la République.

Or le Président de la République est partie civile à l'instance.

La circonstance que le Président de la République tienne ses pouvoirs de nomination de dispositions à valeur constitutionnelle ne constitue pas un obstacle à ce que vous veilliez à l'application des normes européennes pour le respect des règles du procès équitable.

Dans l'ordre international, la Cour européenne reconnaît aux autorités nationales la faculté de choisir les droits auxquels elles veulent donner une valeur constitutionnelle, mais elle affirme aussi la primauté de la Convention sur tous les actes internes, quelles que soient leur nature et la qualité de l'organe dont ils émanent. Elle énonce que si les « *autorités nationales ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit, ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles doivent en user de façon conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention, et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci* »³³.

Puisque les États parties à la Convention européenne reconnaissent à leurs ressortissants les droits et libertés énoncés à la Convention, toutes les normes nationales, sans aucune distinction, sont soumises à l'empire de la Convention. Ainsi l'organisation institutionnelle et politique des États membres, y compris les dispositions constitutionnelles³⁴, doit respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Si, dans l'ordre interne, conformément à ce que votre assemblée plénière a jugé le 2 juin 2000³⁵, les juridictions nationales n'ont pas compétence pour apprécier la conformité à la Convention d'une norme constitutionnelle, en revanche, les juridictions nationales n'en demeurent pas moins compétentes pour apprécier si les règles du procès équitable ont bien été respectées.

³¹ Article 186-3 du code de procédure pénale : « *La personne mise en examen et la partie civile peuvent interjeter appel des ordonnances prévues par le premier alinéa de l'article 179 dans le seul cas où elles estiment que les faits renvoyés devant le tribunal correctionnel constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises. Lorsque l'information a fait l'objet d'une cosaisine, elles peuvent également, en l'absence de cosignature par les juges d'instruction cosaisis conformément à l'article 83-2, interjeter appel de ces ordonnances* ».

³² CEDH, *Sacilor Lormines c/ France*, 9 novembre 2006, § 65. Les critères retenus par la CEDH sont intéressants en ce que le Conseil d'État connaît de causes où les représentants de l'État sont parties. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'il y avait violation de l'article 6 § 1 de la Convention parce que l'un des conseillers d'État qui a participé à la formation contentieuse du 26 avril 2000 a été nommé secrétaire général du ministère de l'économie le 26 mai suivant, ce qui ne garantit pas l'absence d'influence extérieure du fait de la nomination envisagée lors du délibéré.

³³ Arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, 29 octobre 1992, série A, n° 246-A, p. 29, § 69.

³⁴ *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, 30 janvier 1998, § 27 à 29.

³⁵ Assemblée plénière, 2 juin 2000, pourvoi n° 99-60.274, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 4.

Comme tout citoyen, le Président de la République peut être victime d'une infraction et avoir intérêt à faire reconnaître légalement ses droits en justice. Et, comme les autres citoyens, il a droit à accéder au juge.

Toute personne a droit à ce qu'un tribunal décide de ses contestations sur ses droits et obligations à caractère civil : l'article 6 § 1 de la Convention européenne consacre le droit à un tribunal, dont le droit d'accès au tribunal est l'un des aspects. Les principes qui gouvernent la matière peuvent être résumés ainsi : l'accès au tribunal peut être réglementé, mais seulement pour répondre à un objectif de sécurité juridique ou de bonne administration de la justice. Dans tous les cas, les limitations à l'accès à la justice ne peuvent être telles que le droit s'en trouve atteint dans sa substance et qu'elles empêchent le justiciable d'exercer son droit et de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente. En outre, les limitations au droit d'accès au tribunal ne se concilient avec l'article 6 de la Convention que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Le droit d'accès à un tribunal se trouve donc atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente.

La Cour de Strasbourg a énoncé ces principes par exemple lorsqu'elle a eu à connaître d'immunités créées en matière civile ou pénale au bénéfice de parlementaires italiens (Cordova c/ Italie) ou grecs (Tsalkidzis c/ Grèce)³⁶.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé les mêmes principes lorsqu'elle a jugé contraires à l'article 6 de la Convention les dispositions légales et réglementaires relatives au dispositif de désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, qui organisent une suspension automatique de poursuites d'une durée indéterminée portant atteinte dans leur substance même aux droits des créanciers privés de tout recours³⁷.

Pour dire si une limitation à l'accès au tribunal est compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne invite à un examen de la légitimité du but de la limitation et de la proportionnalité des moyens employés pour atteindre le but de cette limitation ; la deuxième chambre civile a rappelé la nécessité de cette recherche dans les arrêts cités au rapport, qui concernaient aussi les dispositions légales relatives au dispositif de désendettement des rapatriés³⁸.

En l'espèce, on peut relever qu'il n'existe aucun lien entre l'affaire dans laquelle Abdoul Aziz X... et l'activité institutionnelle ou politique du Chef de l'État, et on peut naturellement en déduire qu'il n'y a aucune raison de limiter l'accès à la justice du Président de la République pour obtenir réparation de son préjudice. Le litige est d'ordre purement privé et le Président de la République est victime, ce qui n'est pas contesté. L'argument selon lequel il s'agirait de mettre, non la personne, mais la fonction du Président de la République à l'abri d'un désaveu judiciaire ou encore d'un harcèlement médiatique qui pourrait naître tout autant de l'exercice d'une action civile que d'une mise en cause judiciaire, comme celui d'éviter que le Chef de l'État n'utilise son statut et l'arme judiciaire contre un adversaire à des fins purement politiques, apparaissent ici dénués de toute application pratique.

Et il n'existe par ailleurs aucune règle constitutionnelle, ni aucune autre disposition de quelque nature que ce soit, qui limite ou réglemente l'accès du Chef de l'État aux juridictions.

Mais, comme nous l'avons exposé, la question posée relève en réalité d'une autre problématique : celle d'une bonne administration de la justice et de l'existence d'un tribunal impartial et indépendant, sans lequel il ne peut y avoir de procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Deux exigences, sans le respect desquelles il n'y a pas de procès équitable, paraissent ici se contrarier : d'une part, l'exigence d'un tribunal impartial et indépendant, d'autre part, l'exigence du droit pour chacun de pouvoir accéder au tribunal.

Notre avis est que nous paraissions être dans une situation de blocage institutionnel qui ne semble pas permettre de proposer une solution satisfaisante : le Chef de l'État serait, en l'état de l'organisation des institutions, empêché de se constituer partie civile, son action devant le tribunal affectant structurellement, mécaniquement pourrait-on dire, le caractère impartial et indépendant de la juridiction : le fait qu'une autorité soumette à ceux-là même qui relèvent de son pouvoir de nomination (au sens où nous l'avons défini) le soin de trancher un litige qui concerne ses intérêts privés est de nature à donner l'apparence aux autres parties, comme au public, que le procès n'obéit pas aux règles d'un procès équitable, qu'il n'est pas tenu dans le respect de l'indépendance du tribunal et que ne sont pas assurées les conditions objectives d'un fonctionnement impartial.

Le Président de la République ne paraît pas pouvoir simultanément être partie privée à un procès, garantir dans cette instance l'indépendance de l'autorité judiciaire (article 64 de la Constitution) et veiller au respect de la séparation des pouvoirs... sans laquelle une société n'a pas de Constitution (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). D'autre part, il ne peut pas non plus renoncer à exercer ses prérogatives institutionnelles, qui ont pour objet d'assurer la continuité de l'État, le fonctionnement régulier des institutions et la séparation des pouvoirs, ni déléguer son pouvoir de nomination des magistrats.

Il peut exister des solutions de conciliation, telle celle qui assure actuellement en France le fonctionnement du Conseil d'État, où l'organe de gestion des membres du corps est autonome et indépendant de l'autorité de nomination, qui demeure cependant le Président de la République. Mais cela dépend d'une réforme institutionnelle.

³⁶ CEDH, Cordova c/ Italie, 30 janvier 2003, requête n° 45649/99 ; CEDH, Tsalkidzis c/ Grèce, 16 novembre 2006, requête n° 11801/04. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg juge « que la suspension de toute poursuite pénale contre un député pendant son mandat parlementaire entraînerait l'écoulement d'un laps de temps important entre la commission des actes incriminés et l'ouverture des poursuites pénales, rendant celles-ci aléatoires, notamment en ce qui concerne la preuve » ; on peut déduire de ce considérant que l'inviolabilité juridictionnelle totale instaurée par l'article 67 de la Constitution au bénéfice du Président de la République pendant toute la durée de son mandat n'est sans doute pas à l'abri de toute contestation devant la juridiction européenne.

³⁷ Assemblée plénière, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11.519, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 3.

³⁸ 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-21.546, *Bull.* 2009, II, n° 92 ; 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.528.

Dans l'affaire qui vous est soumise, les intérêts civils en cause concernent le préjudice moral et les frais engagés par la victime pour l'instance judiciaire. On ne peut ignorer que la question juridique posée par le dossier pourrait également concerner des affaires d'une toute autre importance patrimoniale et qu'à côté de la défense de ses intérêts patrimoniaux, tout homme a droit aussi au respect et à la défense de certaines libertés privées fondamentales qui sont attachées à toute personne : droit au respect de l'intégrité physique, droit à l'honneur et à la considération, droit à l'image, droit à la protection de la vie privée, tous droits dont on conçoit mal qu'ils puissent rester sans protection.

Peut-on chercher une solution de conciliation dans une sorte d'examen de proportionnalité qui ferait qu'au moins la défense des droits personnels (extrapatrimoniaux) du Chef de l'État puisse être assurée devant les juridictions ? Cette proposition se heurte encore à la condition que le tribunal doit nécessairement présenter toutes les apparences d'être impartial et indépendant. La condition que le tribunal ne puisse être soupçonné d'une insuffisante indépendance ou impartialité est un but légitime au regard de l'article 6 de la Convention, qui en a proclamé l'exigence impérative.

Le pourvoi vous demande de dire que l'action civile du Président de la République serait irrecevable. Eu égard à ce que nous avons dit de l'accès de tous au tribunal, nous estimons qu'il n'existe aucune raison de déclarer irrecevable l'action du Président de la République. Une déclaration d'irrecevabilité, dès lors que la décision qui l'aurait énoncée deviendrait définitive, atteindrait la substance même du droit du Chef de l'État, en constituant un obstacle irrémédiable à toute action ultérieure.

En revanche, pour les raisons que nous venons d'exposer, il semble qu'en l'état de l'organisation des institutions, l'action du Président de la République ne peut faire l'objet d'un examen, même de recevabilité, de la part de la juridiction saisie, durant le temps du mandat du Président de la République ; la solution, peu satisfaisante mais contrainte, paraît donc être celle de la suspension de l'action civile exercée par la personne du Président de la République pour la défense de ses intérêts personnels, jusqu'à la fin de son mandat présidentiel. La suspension de l'exercice de l'action entraîne nécessairement celle des délais de prescription.

En conséquence de l'avis exposé ci-dessus, nous concluons :

- au rejet du premier moyen, soulevant la nullité de l'ordonnance de renvoi sur le fondement d'une violation de l'article 184 du code de procédure pénale ;
- à la cassation de l'arrêt sur le deuxième moyen, pour violation des dispositions de l'article 132-24 du code pénal, cassation limitée au prononcé sans motivation suffisante d'une peine d'emprisonnement sans sursis ;
- au rejet du troisième moyen, ensuite de la non-transmission au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité visant à faire constater la non-conformité à la Constitution de l'article 2 du code de procédure pénale ;
- à la cassation de l'arrêt attaqué, limitée en ce la cour d'appel a déclaré recevable l'action civile de M. Nicolas Y... et n'a pas sursis à statuer sur cette action civile jusqu'à l'expiration du mandat du Président de la République.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 957

1° Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir de direction. - Conditions de travail. - Modification. - Domaine d'application. - Ajout d'un échelon hiérarchique intermédiaire entre un salarié et son supérieur. - Conditions. - Détermination. - Portée.

2° Contrat de travail, exécution

Maladie. - Maladie ou accident non professionnel. - Inaptitude au travail. - Inaptitude consécutive à la maladie. - Reclassement du salarié. - Obligation de l'employeur. - Délai. - Détermination. - Portée.

1° L'ajout d'un échelon hiérarchique intermédiaire entre un salarié et son supérieur n'implique pas en soi une rétrogradation ou un déclassement, dès lors que les fonctions et les responsabilités de ce salarié ne sont pas modifiées.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant souverainement apprécié la portée du contrat de travail liant les parties, qui mentionnait que le salarié dépendait directement du président de la société, a retenu que la modification du positionnement hiérarchique du salarié dans le groupe ne constituait pas un déclassement.

2° L'employeur demeure, même à l'issue du délai d'un mois prévu par l'article L. 1226-4 du code du travail, tenu de respecter son obligation de reclassement du salarié déclaré inapte par le médecin du travail.

Doit être approuvé l'arrêt qui, pour juger que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement, retient que celui-ci, postérieurement à l'expiration du délai d'un mois à l'issue duquel le paiement des salaires a été repris, a poursuivi des recherches auprès des sociétés du groupe pour faire des offres de reclassement que le salarié avait toutes refusées.

Soc. - 21 mars 2012.

REJET

N° 10-12.068. - CA Rennes, 10 décembre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 525, p. 451-452. Voir également ce même numéro, n° 542, p. 446-467, et La Semaine juridique, édition social, n° 24, 12 juin 2012, Jurisprudence, n° 1260, p. 33 à 35, note Catherine Puigellier (« Mise en œuvre de l'obligation de reclassement du salarié inapte »).

N° 958

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Licenciement disciplinaire. - Faute du salarié. - Faute grave. - Caractérisation. - Cas. - Agissements du salarié dans sa vie personnelle. - Condition.

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail.

Dès lors, doit être approuvé l'arrêt qui, relevant que le salarié appartenant au « personnel critique de sécurité » avait consommé des drogues dures pendant ses escales entre deux vols et qui, se trouvant sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait fait courir un risque aux passagers, en a déduit qu'il avait ainsi commis une faute grave, justifiant la rupture immédiate de son contrat de travail.

Soc. - 27 mars 2012.

REJET

N° 10-19.915. - CA Papeete, 1^{er} avril 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Mansion, Rap. - M. Legoux, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 194, p. 10 (« Pas de drogue pendant les escales »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 16 avril 2012, Jurisprudence, n° 492, p. 797-798 (« Pas de drogue pendant les escales »), le Recueil Dalloz, n° 17, 26 avril 2012, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1065, note Ghislain Poissonnier (« Licenciement pour faute grave : consommation de stupéfiants »), la revue Droit social, n° 5, mai 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 526 à 528, note Jean Mouly, la Revue de droit du travail, n° 5, mai 2012, Actualités, n° 256, p. 259, note Frédéric Guiomard (« Du licenciement pour consommation de stupéfiant »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 529, p. 454-455, et La Semaine juridique, édition social, n° 23, 5 juin 2012, Étude, n° 1245, p. 24-25, note Philippe Rozec (« Consommation de drogue en dehors du temps de travail et licenciement pour motif disciplinaire »).

N° 959

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Salarié protégé. - Mesures spéciales. - Autorisation administrative. - Annulation par la juridiction administrative. - Préjudice. - Période d'indemnisation. - Mise à la retraite. - Portée.

Le salarié protégé, licencié en vertu d'une autorisation ultérieurement annulée et ne demandant pas sa réintégration, d'une part, peut prétendre, s'il remplit les conditions, tant au paiement des indemnités de rupture qu'à celui de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, peu important son départ à la retraite, d'autre part, a le droit d'être indemnisé de la totalité du préjudice subi depuis son licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification de la décision annulant l'autorisation, sous déduction des pensions de retraite perçues pendant la même période.

Soc. - 27 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-11.221. - CA Riom, 19 janvier 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e Jacoupy, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 195, p. 10, note Nathalie Dauxerre (« L'annulation de l'autorisation de licenciement crée un préjudice indemnisable »), également parue dans La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 16 avril 2012, Jurisprudence, n° 493, p. 798. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 579, p. 489-490.

N° 960

1° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Formalités légales. - Lettre de licenciement. - Contenu. - Mention des motifs du licenciement. - Motif précis. - Définition.

2° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Définition. - Réorganisation de l'entreprise. - Origines économiques admises. - Nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. - Caractérisation. - Cas. - Détermination.

3° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Ordre des licenciements. - Fixation. - Critères. - Application. - Exclusion. - Cas. - Licenciements concernant tous les salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail.

1° La lettre de licenciement qui fait état de difficultés économiques, d'une mutation technologique ou d'une réorganisation et qui indique que cette situation entraîne une suppression d'emploi, une transformation d'emploi ou une modification du contrat de travail est suffisamment motivée.

La cour d'appel, qui a relevé que la lettre de licenciement mentionnait que le licenciement avait pour cause la modification, refusée par le salarié, de son contrat de travail consécutive à une réorganisation de l'entreprise, a fait ressortir qu'elle répondait aux exigences légales de motivation prévues par les articles L. 1233-3 et L. 1233-16 du code du travail.

2° Ayant relevé que le marché de l'enveloppe dans les années précédant le licenciement s'était réduit en Europe et en France dans des proportions importantes sous l'influence du

développement d'internet et des transactions électroniques, qu'il existait une surproduction d'enveloppes en Europe occidentale et que la concentration des grands consommateurs d'enveloppes avait occasionné une baisse significative des prix tandis que l'évolution des technologies avait réduit depuis 2000 les activités de découpe porteuses d'une forte valeur ajoutée et qu'il en était résulté une baisse sensible du chiffre d'affaires, des bénéficiaires et du résultat net du groupe dont faisait partie la société, la cour d'appel a pu en déduire que l'existence d'une menace sur la compétitivité du groupe était caractérisée.

3° Ayant relevé que la modification de leur contrat de travail était proposée à tous les salariés et que les licenciements concernaient tous ceux l'ayant refusée, la cour d'appel a retenu à bon droit que, dès lors que l'employeur n'avait aucun choix à opérer parmi les salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail, il n'y avait pas lieu d'appliquer un ordre des licenciements.

Soc. - 27 mars 2012.

REJET

N° 11-14.223. - CA Bordeaux, 24 juin 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 192, p. 9 (« Refus de modification du contrat pour motif économique : affranchissement des règles relatives à l'ordre des licenciements »). Voir également cette même revue, n° 26, 26 juin 2012, Jurisprudence, n° 1286, p. 31 à 34, note François Dumont (« Refus de la modification du contrat de travail pour motif économique et ordre des licenciements »), la Revue de droit du travail, n° 4, avril 2012, Chroniques, p. 218 à 220, note Frédéric Géa (« L'ordre des licenciements à l'épreuve de la logique contractuelle »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 533, p. 457-458.

N° 961

1° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Plan de sauvegarde de l'emploi. - Contenu. - Plan de reclassement. - Mesures précises et concrètes. - Détermination. - Portée.

2° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Plan de sauvegarde de l'emploi. - Contenu. - Mesures de reclassement. - Insuffisance. - Portée.

3° Travail réglementation, rémunération

Salaires. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Cas. - Différence dans l'attribution d'un avantage motivée par une différence de catégorie professionnelle. - Condition.

1° Ayant exactement rappelé que, pour satisfaire aux exigences des articles L. 1233-61 et L. 1233-62 du code du travail, le plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi doit comporter des mesures précises et concrètes propres à permettre le reclassement effectif des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité et qu'il doit, notamment, préciser le nombre, la nature et la localisation des emplois proposés en vue d'un reclassement dans les sociétés du groupe dont relève l'employeur, la cour d'appel, qui a constaté, d'une part, qu'il existait des possibilités de reclassement dans les sociétés du groupe situées à l'étranger et que le plan de sauvegarde de l'emploi ne comportait aucune indication en

ce qui concerne le nombre, la nature et la localisation des emplois disponibles dans les filiales étrangères, d'autre part, que le reclassement des salariés menacés de licenciement économique sur les postes recensés comme disponibles était subordonné à une période probatoire ou d'adaptation et ne comportait aucune garantie d'attribution du poste pour les candidats, a pu en déduire que le plan de sauvegarde de l'emploi de la société ne répondait pas aux exigences légales et que la procédure de licenciement collectif pour motif économique était nulle.

2° Le plan de sauvegarde de l'emploi qui ne répond pas aux exigences des articles L. 1233-61 et L. 1233-63 du code du travail est nul. Il s'ensuit que les sommes perçues par les salariés en vertu du plan de sauvegarde de l'emploi n'ont plus de fondement juridique.

La nullité du plan oblige donc les salariés à restituer les sommes perçues en exécution de ce plan, lesquelles viennent en déduction de la créance à titre de dommages-intérêts qui leur est allouée.

3° Prive sa décision de base légale, au regard du principe d'égalité de traitement et de la convention collective applicable, la cour d'appel qui condamne une société à payer à des salariés non cadres un rappel d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de ce principe en application des dispositions conventionnelles fixant le mode de calcul de l'indemnité de licenciement due aux ingénieurs et cadres, sans rechercher si la différence de traitement résultant de l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie n'avait pas pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la catégorie des ingénieurs et cadres par rapport aux personnels non cadres, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération.

Soc. - 28 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-30.034 à 11-30.066. - CA Amiens, 14 décembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 193, p. 9-10 (« PSE, égalité de traitement cadres/non-cadres »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 16, 19 avril 2012, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1013 (« Plan de sauvegarde de l'emploi : portée de la nullité »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 519, p. 446 à 448, ce même numéro, décision n° 535, p. 460 à 462, et la Revue des procédures collectives, n° 3, mai-juin 2012, Études, n° 15, p. 7 à 11, note Florence Petit (« Actualité jurisprudentielle - 15 février - 15 avril 2012 »), spéc. n° 21, p. 10.

N° 962

Convention européenne des droits de l'homme

Premier Protocole additionnel. - Article premier. - Protection de la propriété. - Violation. - Cas. - Article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 validant le régime d'heures d'équivalence des conventions et accords collectifs des institutions sociales et médico-sociales. - Application à des rémunérations pour permanences nocturnes accomplies avant l'entrée en vigueur de la loi mais réclamées en justice postérieurement.

Le juge national doit tenir compte de la définition par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de bien protégé par l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Caractérise un bien, au sens de ce texte, l'intérêt patrimonial qui constitue une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaires au titre des temps de responsabilité de surveillance nocturne.

Encourt la cassation l'arrêt qui retient que les salaires au titre des temps de responsabilité ne constituaient pas un bien protégé par l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que la demande se heurtait aux dispositions de l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 validant les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanences nocturnes en application des clauses de conventions collectives et accords collectifs nationaux de travail agréés, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses, alors qu'il a constaté que les demandes de rappels de salaires invoquées portaient sur une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000, ce dont il devait déduire l'existence d'une espérance légitime de créance.

Soc. - 21 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 04-47.532. - CA Versailles, 15 septembre 2004.

M. Lacabarats, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 5, mai 2012, Actualités, n° 256, p. 258, note Caroline Dechristé (« Lois de validation en matière sociale et horaires d'équivalence »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 558, p. 475-476, et La Semaine juridique, édition social, n° 25, 19 juin 2012, Jurisprudence, n° 1271, p. 34 à 36, note Jean-Philippe Tricoit (« À propos de l'espérance légitime d'obtenir paiement d'un salaire »).

N° 963

Communiqué

L'arrêt du 28 mars 2012 tranche une double question relative à la contribution pour l'aide juridique.

Cette contribution, due notamment pour les instances introduites en matière civile, commerciale, prud'homale, sociale ou rurale, a été instituée par une loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 et est désormais prévue à l'article 1635 bis Q du code général des impôts.

1 - La contribution est-elle due pour les procédures relatives aux élections professionnelles ?

L'arrêt du 28 mars 2012 répond à cette question par l'affirmative.

Certes, les procédures en matière d'élections professionnelles sont sans frais ni dépens, en application de l'article R. 2324-25 du code du travail.

Mais, selon l'article 62, alinéa 2, du code de procédure civile, modifié par le décret n° 2011-1202 du 28 septembre 2011 pris pour l'application de la loi susvisée, seules les procédures pour lesquelles une disposition législative prévoit un déroulement sans frais peuvent bénéficier d'une dispense de paiement de la contribution.

L'exception n'est donc pas applicable au contentieux des élections professionnelles, la disposition prévoyant la dispense de frais étant de nature réglementaire.

2 - L'absence de paiement de la contribution dans les délais fixés peut-elle faire l'objet d'une régularisation ?

L'originalité des nouveaux textes est de :

- prescrire le versement de la contribution, dès l'introduction de l'instance, à peine d'irrecevabilité de la demande en justice (article 62, nouveau, du code de procédure civile) ;

- d'interdire aux parties de soulever une fin de non-recevoir sur ce point, seul le juge ayant le pouvoir et le devoir de le faire (article 62-5 du même code).

Pour la Cour de cassation, l'article 1022-2, nouveau, du code de procédure civile prévoit que le demandeur doit justifier de l'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique au plus tard au moment de la remise de son mémoire.

En l'espèce, la justification du paiement n'a été produite que quelques jours après la date de dépôt du mémoire ampliatif, le greffe ayant attiré l'attention du demandeur sur la nécessité d'acquiescer la contribution.

Faisant application de l'article 126 du code de procédure civile, la chambre sociale a jugé, après avis de la deuxième chambre civile, compétente pour les questions de procédure civile, que « la justification du paiement de cette contribution avant décision du juge statuant sur la recevabilité de la demande régularise la procédure ».

L'importance pratique de cette décision justifie sa publication immédiate, sans préjudice de ce qui sera jugé, d'une part, par le Conseil constitutionnel sur les questions prioritaires de constitutionnalité qui lui ont été transmises par le Conseil d'État et la Cour de cassation, d'autre part, par le Conseil d'État sur le recours formé contre le décret susvisé.

Élections professionnelles

Cassation. - Mémoire. - Mémoire ampliatif. - Contribution pour l'aide juridique. - Paiement. - Défaut. - Régularisation. - Délai. - Détermination. - Portée.

Selon l'article 1022-2 du code de procédure civile, applicable en matière de contentieux des élections professionnelles, le demandeur justifie de l'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique au plus tard au moment de la remise de son mémoire.

En application de l'article 126 du code de procédure civile, la justification du paiement de cette contribution avant décision du juge statuant sur la recevabilité de la demande régularise la procédure.

Soc. - 28 mars 2012.

REJET

N° 11-61.180. - TI Longjumeau, 13 octobre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Legoux, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 22, 29 mai 2012, Étude, n° 1236, p. 37 à 44, note Patrick Morvan (« La liturgie nouvelle du droit des élections professionnelles »). Voir également cette même revue, n° 25, 19 juin 2012, Jurisprudence, n° 1274, p. 41 à 43, note Thibault Lahalle (« Libre choix des candidats au comité d'entreprise »), La Semaine juridique, édition générale, n° 23, 4 juin 2012, Chronique - droit judiciaire privé, n° 690, p. 1133 à 1141, spéc. n° 1, p. 1133-1134, note Loïc Cadiet (« Aide juridictionnelle »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 580, p. 490-491, la revue Droit social, n° 5, mai 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 532-533, note Franck Petit, et la revue Procédures, n° 6, juin 2012, commentaire n° 166, p. 9, note Roger Perrot (« La taxe de 35 euros »).

N° 964

1° Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégués du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de

déroulement. - Régularité. - Contestation. - Demande en annulation d'une liste de candidats. - Nature. - Détermination. - Portée.

2° Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Vote. - Opérations de dépouillement. - Régularité. - Appréciation. - Portée.

3° Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Régularité. - Défaut. - Atteinte aux principes généraux du droit électoral. - Portée.

1° La demande en annulation d'une liste de candidats lors des élections professionnelles relève de la contestation de la régularité de l'élection, et non d'une contestation relative à l'électorat.

2° La circonstance que les électeurs n'avaient pas eu accès librement au lieu du dépouillement est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections.

3° Les circonstances que la liste d'émargement n'avait pas été signée par tous les membres du bureau de vote, en violation des dispositions de l'article R. 62 du code électoral, et que le président du bureau de vote n'avait pas constaté publiquement et mentionné au procès-verbal les heures d'ouverture et de clôture du scrutin, contrairement aux prescriptions de l'article R. 57 du même code, sont de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant des principes généraux du droit électoral, constituent des irrégularités justifiant à elles seules l'annulation des élections.

Soc. - 28 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-16.141. - TI Gonesse, 7 avril 2011.

M. Béraud, Pt (f.f.). - M. Huglo, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 191, p. 9 (« Contentieux des élections professionnelles : les principes généraux du droit électoral au-dessus de la mêlée »). Voir également cette même revue, n° 24, 12 juin 2012, Jurisprudence, n° 1261, p. 36 à 39, note Gwennaëlle François (« L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral »), la revue Droit social, n° 5, mai 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 535 à 537, note Franck Petit, et la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 581, p. 491-492.

N° 965

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Fonctionnement. - Subvention de fonctionnement. - Affectation. - Affectation autorisée. - Critères. - Dépense se rattachant aux attributions économiques du comité. - Défaut. - Cas. - Portée.

Si le comité d'entreprise décide librement de l'utilisation des fonds reçus au titre de son budget de fonctionnement, ses dépenses doivent s'inscrire dans le cadre du fonctionnement du comité d'entreprise et de ses missions économiques.

Il en résulte que si la subvention de fonctionnement peut être affectée à la prise en charge d'actions de formation ou d'achat

de presse au profit des membres du comité d'entreprise sur la subvention du comité d'entreprise, cette prise en charge doit se rattacher aux attributions économiques du comité.

Doit en conséquence être approuvée la cour d'appel qui a constaté que les délibérations prévoyaient le financement, sur le budget de fonctionnement du comité d'entreprise, de formations et d'abonnements lecture sans lien avec ses attributions économiques mais se rattachant à l'exercice de fonctions de nature syndicale et dont le bénéfice était en partie étendu à des représentants syndicaux extérieurs au comité et qui en a déduit que la mise en œuvre de ces délibérations constituait un trouble manifestement illicite qu'il lui appartenait de faire cesser.

Soc. - 27 mars 2012.

REJET

N° 11-10.825. - CA Reims, 8 novembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 187, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« Suspension en référé d'une délibération CE constitutive d'un trouble manifestement illicite »). Voir également cette même revue, n° 23, 5 juin 2012, Étude, n° 1247, p. 29 à 31, note Henri Guyot (« Destination de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise »), La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 16 avril 2012, Jurisprudence, n° 491, p. 797, note Lydie Dauxerre (« Suspension en référé d'une délibération du comité d'entreprise constitutive d'un trouble manifestement illicite »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 575, p. 485-486, et la revue Droit social, n° 6, juin 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 643 à 646, note Franck Petit.

Note sous Soc., 27 mars 2012, numéro ci-dessus

La Cour de cassation n'avait jamais été saisie de la question du contrôle des choix faits par le comité d'entreprise pour l'utilisation de sa subvention de fonctionnement.

Cette subvention est prévue par l'article L. 2325-43 du code du travail et doit être versée par l'employeur à concurrence d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute. Elle se distingue de la subvention destinée à financer des activités sociales et culturelles au profit des salariés de l'entreprise.

Il ne fait guère de doute que l'utilisation par le comité d'entreprise de sa subvention de fonctionnement est soumise au contrôle du juge judiciaire, qui doit vérifier que cette utilisation est bien conforme à son objet. Les délibérations ou résolutions du comité d'entreprise touchant à l'utilisation du budget de fonctionnement peuvent donc être déférées au juge judiciaire, et notamment au juge des référés, qui a le pouvoir, conformément au droit commun, de suspendre la mise en œuvre d'une délibération qui serait susceptible de constituer un trouble manifestement illicite dans l'entreprise.

La question se posait en second lieu de savoir si l'employeur, qui est membre du comité d'entreprise, a qualité pour contester les délibérations relatives à l'utilisation de la subvention de fonctionnement alors qu'il en est également le débiteur. La chambre sociale répond clairement par l'affirmative, les textes ne faisant aucune exception à la capacité de l'employeur à contester en justice les délibérations du comité d'entreprise qui lui semblent non conformes aux textes légaux.

Ayant admis la recevabilité de l'action de l'employeur et le pouvoir du juge des référés en cas de délibération constituant un trouble manifestement illicite, il restait à la chambre sociale à dire dans quels cas les choix d'utilisation de la subvention de fonctionnement par le comité d'entreprise caractérisent un tel trouble.

En l'espèce, deux délibérations étaient mises en cause, la première créant une « bourse de formation syndicale » prévoyant, au bénéfice des salariés titulaires du comité d'entreprise, la prise en charge des coûts des formations syndicales, économiques ou sociales organisées sous l'égide d'une organisation syndicale représentative, la seconde créant une « bourse d'informations syndicales » prévoyant la prise en charge des coûts d'abonnement à la presse syndicale des élus et représentants syndicaux.

Après avoir rappelé que la prise en charge par le comité d'entreprise d'actions de formation, d'achat ou d'abonnement à la presse entrait dans le cadre de son budget de fonctionnement, la Cour de cassation pose une double condition : que les formations et abonnements soient en rapport avec les missions économiques du comité d'entreprise, et que la prise en charge s'effectue au profit des membres du comité d'entreprise.

Constatant qu'en l'espèce la prise en charge était prévue pour des formations et abonnements se rattachant non aux fonctions de membres du comité d'entreprise, mais à des fonctions de nature syndicale, et qu'elle était, pour partie, au bénéfice de représentants syndicaux extérieurs au comité d'entreprise, la chambre sociale confirme la décision de la cour d'appel d'en ordonner la suspension, au regard de son caractère manifestement illicite.

N° 966

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Fonctionnement. - Subvention de fonctionnement. - Versement. - Rappel de sommes. - Période antérieure à la création du comité. - Possibilité (non).

Il résulte de l'article L. 2325-1 du code du travail que le comité d'entreprise est doté de la personnalité civile et gère son patrimoine, et, selon l'article L. 2325-43, que l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de la masse salariale.

Il s'ensuit que le comité d'entreprise ne peut être créancier de sommes correspondant à la subvention destinée à son fonctionnement pour une période antérieure à sa création.

Doit être censurée par conséquent la décision qui, au motif que l'employeur ne peut se prévaloir de sa propre défaillance à mettre en place antérieurement le comité d'entreprise, accorde à ce comité un rappel de subvention pour les années antérieures à sa création.

Soc. - 27 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 11-11.176. - CA Paris, 18 novembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 15, 10 avril 2012, Actualités, n° 188, p. 8, note Lydie Dauxerre (« Pas de créance de subvention sans existence d'un CE »). Voir également cette même revue, n° 25, 19 juin 2012, Jurisprudence, n° 1275, p. 43-44, note Mickaël d'Allende (« La subvention de fonctionnement ne précède pas la création du comité »), la Revue de droit du travail, n° 5, mai 2012, Actualités, n° 256, p. 258, note Alain Moulinier (« Limites à la liberté d'utilisation de la subvention de fonctionnement »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 574, p. 484, et la revue Droit social, n° 6, juin 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 643 à 646, note Franck Petit.

N° 967

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils. - Convention nationale du 15 décembre 1987. - Article 53. - Déplacements et changements de résidence en France métropolitaine (Corse comprise). - Indemnité pour déplacement continu. - Versement d'une indemnité forfaitaire. - Conditions. - Accord préalable entre l'employeur et le salarié fixant le montant. - Défaut. - Portée.

En application de l'article 53 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, dite Syntec, le salarié dont la lettre d'engagement mentionne qu'il doit travailler tout ou partie de l'année en déplacement continu a droit, outre son salaire, à une indemnité de remboursement de frais pendant la durée de ce déplacement, laquelle est soit forfaitaire, et dans ce cas fixée par accord préalable entre l'employeur et le salarié, soit versée sur pièces justificatives.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant constaté que l'employeur avait prévu de rembourser les frais du salarié pendant la durée de son déplacement par le versement d'une indemnité forfaitaire et qu'aucun accord préalable n'était intervenu entre les parties sur le montant de cette indemnité, en déduit que le salarié était fondé à refuser son affectation, de sorte que le licenciement prononcé au seul motif de ce refus était sans cause réelle et sérieuse.

Soc. - 21 mars 2012.

REJET

N° 10-12.009. - CA Orléans, 10 décembre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 524, p. 450-451.

N° 968

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des activités du déchet du 11 mai 2000. - Rémunération. - Article 3-16. - Prime de treizième mois. - Attribution. - Conditions. - Détermination. - Portée.

L'article 3-16 de la convention collective nationale des activités du déchet détermine le montant de la prime de treizième mois perçue par les salariés sans condition de durée effective de leur présence dans l'entreprise.

Il en résulte que l'employeur qui relève de ladite convention ne peut décider de modalités d'attribution moins favorables aux salariés en soumettant l'octroi de la prime de treizième mois à une présence effective et en déduisant l'absence pour maladie.

Soc. - 21 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-15.553. - CPH Forbach, 4 décembre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 553, p. 472. Voir également La Semaine juridique, édition social,

n° 25, 19 juin 2012, Jurisprudence, n° 1272, p. 36 à 38, note Alexandre Barège (« L'employeur ne peut décider de modalités d'attribution d'une prime moins favorables que celles prévues par la convention collective »).

N° 969

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées. - Convention nationale du 15 mars 1966. - Article 23 bis. - Jour férié légal travaillé en cas de modulation ou d'annualisation. - Effets. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'article 23 bis de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, en cas de modulation ou d'annualisation, le salarié qui a travaillé un jour férié légal bénéficie d'un repos d'égale durée.

Il résulte de ce texte que le travail un jour férié ouvre droit, pour le salarié, à un congé supplémentaire d'une durée correspondant aux heures de travail réalisées au cours de cette journée.

Soc. - 21 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-23.841 à 10-23.856 et 10-25.973. - CA Lyon, 25 juin et 3 septembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 563, p. 478-479. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 26, 26 juin 2012, Jurisprudence, n° 1284, p. 27 à 29, note Mickaël d'Allende (« Jours fériés : additions conventionnelles aux dispositions légales »).

N° 970

Travail réglementation, rémunération

Salaire. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Cas. - Différence dans l'attribution d'un avantage motivée par une différence de catégorie professionnelle. - Condition.

Si la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence, repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération.

Prive dès lors sa décision de base légale, au regard du principe d'égalité de traitement et d'un accord d'entreprise, conclu en 1988, instituant un supplément de congés payés au bénéfice du personnel cadre, une cour d'appel qui accorde ce supplément à un salarié non cadre tout en constatant, d'une part, que, jusqu'en 2006, la durée hebdomadaire de travail des cadres était supérieure à celle des autres catégories de personnel et sans rechercher si l'application d'un accord conclu cette année-là et soumettant les cadres à un forfait-jours n'était pas

de nature à entraîner l'accomplissement d'un temps de travail supérieur à celui des autres salariés, et alors, d'autre part, qu'un système de rémunération tenant compte des contraintes particulières des cadres ou la réalisation des objectifs qui leur sont assignés n'est pas exclusif de l'octroi d'un repos prenant en compte leur degré d'autonomie et de responsabilité.

Soc. - 28 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-12.043. - CA Paris, 8 décembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 16, 19 avril 2012, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1013 (« Égalité de traitement : différence fondée sur la catégorie professionnelle »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 519, p. 446 à 448.

N° 971

Travail réglementation, rémunération

Salaire. - Salaire minimum. - Éléments. - Sommes perçues en rémunération du temps de travail effectif. - Exclusion. - Cas. - Temps de pause. - Condition.

La rémunération à comparer au salaire minimum de croissance doit être calculée sur la base du nombre d'heures de travail effectif, à l'exclusion des temps de pause durant lesquels le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur (arrêt n° 1, pourvoi n° 10-21.737, et arrêt n° 2, pourvoi n° 10-27.425).

Arrêt n° 1 :

Soc. - 21 mars 2012.

REJET

N° 10-21.737. - CPH Moulins, 17 juin 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 20-21, 15 mai 2012, Jurisprudence, n° 1222, p. 19 à 21, note Gérard Vachet (« Assiette de calcul du SMIC : rémunération du temps de pause »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 555, p. 472-473.

Arrêt n° 2 :

Soc. - 21 mars 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-27.425. - CA Montpellier, 6 octobre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Hénon, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 14, 3 avril 2012, Actualités, n° 176, p. 8, note Nicolas Léger (« SMIC et temps de pause »). Voir également cette même revue, n° 20-21, 15 mai 2012, Jurisprudence, n° 1222, p. 19 à 21, note Gérard Vachet (« Assiette de calcul du SMIC : rémunération du temps de pause »), La Semaine juridique, édition générale, n° 15, 9 avril 2012, Jurisprudence, n° 446, p. 733, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« Primes de pause et détermination du SMIC »), le Recueil Dalloz, n° 15, 12 avril 2012, Actualité/droit du travail, p. 950, note L. Perrin (« SMIC : prise en compte des primes rémunérant les temps de pause »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 6/12, juin 2012, décision n° 555, p. 472-473, et la revue Droit social, n° 6, juin 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 630 à 632, note Christophe Radé.

Note sous Soc., 21 mars 2012, n° ci-dessus

Selon l'article L. 3231-2 du code du travail, le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat ainsi qu'une participation au développement économique de la nation. Le fait de payer un salaire inférieur à ce minimum constitue une infraction (article R. 3233-1 du code du travail).

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectuées (Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-44.301, Bull. 2005, V, n° 179). Pour vérifier que cette règle est respectée, il convient de procéder à la comparaison entre le salaire versé et le salaire minimum de croissance. Aux termes de l'article D. 3231-6 du code du travail, le salaire horaire à prendre en considération pour l'application du salaire minimum de croissance est celui qui correspond à une heure de travail effectif, compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire.

Il résulte de l'application combinée des articles L. 3121-1 et L. 3121-2 du code du travail que le temps de pause est considéré comme du temps de travail effectif s'il en réunit les critères, c'est-à-dire si le salarié se trouve à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Le temps de pause qui ne constitue pas du temps de travail effectif s'analyse en un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité, dès lors que le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur, et ni la brièveté de ce temps de pause ni la circonstance que le salarié ne puisse quitter l'établissement à cette occasion ne permettent de considérer qu'un tel temps de pause constitue un temps de travail effectif (Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 05-43.061, Bull. 2006, V, n° 142).

Le temps de pause qui n'est pas du temps de travail effectif peut cependant, en application des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif ou encore des stipulations du contrat de travail, donner lieu à une rémunération, le cas échéant sous forme de primes, et tel était le cas dans les deux affaires tranchées par les arrêts du 21 mars 2012, l'article 5.4 de la convention collective de commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire prévoyant que les salariés disposent d'« une pause payée à raison de 5 % du temps de travail effectif ».

Il était allégué que la rémunération des pauses, à raison du caractère forfaitaire et proportionnel au temps de travail effectif, présentait un caractère de complément de salaire de fait, ou encore de majoration de salaire. Dans le prolongement de sa jurisprudence constante (Soc., 1^{er} février 1989, pourvoi n° 86-15.766, Bull. 1989, V, n° 88 ; Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-46.465, Bull. 2001, V, n° 95 ; Soc., 13 juillet 2010, pourvois n° 09-42.890, 09-42.892 et 09-42.891, Bull. 2010, V, n° 178), la chambre sociale juge que « dès lors qu'il n'est pas contesté que, pendant les pauses, le salarié n'était pas à la disposition de l'employeur, de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif, les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail, doivent être exclues du salaire devant être comparé au SMIC ».

On peut remarquer que la rédaction des arrêts du 21 mars 2012, confirmant la jurisprudence constante de la chambre sociale, ne mentionne plus le critère retenu dans son arrêt précité du 13 juillet 2010, selon lequel les primes rémunérant les pauses dépendaient de facteurs généraux sur lesquels le salarié n'influe pas. Ce critère, qui avait été retenu par la chambre criminelle (Crim., 5 novembre 1996, pourvoi n° 95-82.994, Bull. crim. 1996, n° 393), ne figurait plus dans les arrêts plus récents de cette chambre (Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-87.019, Bull. crim. 2011, n° 28 ; Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-83.988, Bull. crim. 2011, n° 27 ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.013, Bull. crim. 2011, n° 237).

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **116 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2012, frais de port inclus.



191127660-000712

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix : 8,50 €
ISSN 0750-3865



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
23, rue d'Estrées, CS 10733
75345 Paris Cedex 07
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr