

**M<sup>e</sup> Vincent LASSALLE-BYHET**  
*Avocat au barreau de Paris (toque C2311)*  
36, avenue Georges Mandel – 75116 Paris  
Tél. : 01 45 53 10 07 / Fax : 01 47 27 36 04  
vlassallebyhet.avocat@gmail.com

## **CONSEIL D'ÉTAT**

### **SECTION DU CONTENTIEUX**

#### **QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

Tendant à faire constater que les dispositions du II de l'article 16 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, d'une part, méconnaissent les droits et libertés que la Constitution garantit, en particulier le droit à la preuve et le droit à un recours juridictionnel effectif, et d'autre part, sont entachées d'incompétence négative affectant les droits et libertés constitutionnellement garantis.

- Pour :
- 1°) **Le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI)**, ayant son siège 3, villa Marcès, 75011 Paris, association représentée par sa présidente en exercice, domiciliée audit siège
  - 2°) **Le Syndicat des avocats de France (SAF)**, ayant son siège 34, rue Saint-Lazare, 75009 Paris, syndicat représenté par sa présidente en exercice, domiciliée audit siège
  - 3°) **Le Conseil national des barreaux (CNB)**, ayant son siège 180, boulevard Haussmann, 75008 Paris, représenté par son président en exercice, domicilié audit siège

*M<sup>e</sup> Vincent Lassalle-Byhet*

**Question posée à l'appui de la requête n° 454144**

*(Connexité avec les requêtes n<sup>os</sup> 448296 et 448305)*

## DISCUSSION

I. La présente question prioritaire de constitutionnalité tend à faire constater la méconnaissance des droits et libertés que la Constitution garantit par les dispositions du II de l'article 16 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (*JORF* du 24 mars 2019).

Aux termes de ces dispositions, « *sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet.*

*La légalisation est la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu.*

*Un décret en Conseil d'Etat précise les actes publics concernés par le présent II et fixe les modalités de la légalisation ».*

II. Rappelons, à titre liminaire, que la légalisation a été définie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, comme « *la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur le territoire duquel l'acte doit être produit attestent la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu* » (article 2).

Jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions précitées du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019, la légalisation des actes publics étrangers était régie par les conventions internationales conclues par la France, la coutume internationale, la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi qu'un décret du 10 août 2007.

Historiquement, l'exigence de légalisation des actes publics étrangers avait été affirmée par l'ordonnance royale d'août 1681 sur la marine, dont l'article 23 du titre IX du livre I<sup>er</sup> énonçait que « *tous les actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls, ne feront aucune foi en France, s'ils ne sont par eux légalisés* ».

Cette exigence de légalisation a été reprise dans l'instruction générale relative à l'état

civil (IGREC) du 11 mai 1999 (NOR : JUSX9903625J, *JORF* du 28 juillet 1999, annexe, §§ 594 et s.), ainsi qu'ultérieurement, dans la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation (NOR : JUSC1119808C, *BOMJL* n° 2011-11, § 407).

Depuis l'abrogation de l'ordonnance royale de 1681 par l'ordonnance n° 2006-406 du 21 avril 2006, l'exigence de légalisation a été fondée sur la coutume internationale, comme le révèle la jurisprudence de la Cour de cassation (v. en ce sens : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2009, pourvois n<sup>os</sup> 08-10.962 et 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n<sup>os</sup> 115 et 116 ; v. aussi en ce sens : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-17.716, *Bull.* 2012, I, n° 114 ; 28 novembre 2012, pourvois n<sup>os</sup> 11-28.645 et 12-30.090, *Bull.* 2012, I, n<sup>os</sup> 244 et 245 ; 27 février 2013, pourvois n<sup>os</sup> 12-30.004 et 11-30.654 ; 6 mars 2013, pourvois n<sup>os</sup> 12-12.489, 12-30.002 et 12-15.919 ; 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-27.857, *Bull.* 2014, I, n° 201 ; 13 avril 2016, pourvoi n° 15-50.018, *Bull.* 2016, I, n° 84 ; 11 octobre 2017, pourvoi n° 16-23.865, *Bull.* 2017, I, n° 211 ; 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-50.055).

Et ainsi, tout acte public étranger non légalisé ne peut recevoir effet en France (v. en ce sens : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2009, pourvois n° 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n° 116).

Cette exigence de légalisation n'est écartée qu'en présence d'une convention bilatérale ou multilatérale liant la France et l'État étranger dans lequel l'acte public en cause a été établi.

Il en va, notamment, ainsi lorsque l'acte public étranger émane de l'un des États signataires de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, l'exigence d'apostille remplaçant alors celle de légalisation.

Pour les États qui n'entrent dans aucune de ces deux catégories, leurs actes publics doivent être légalisés pour produire des effets en France.

**III.** Les dispositions du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 ont, ainsi, inscrit dans la loi l'exigence de légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France.

Mais ces dispositions méconnaissent les droits et libertés que la Constitution garantit,

ainsi que la présente question prioritaire de constitutionnalité entend le démontrer.

Afin d'obtenir son renvoi au Conseil constitutionnel, le GISTI, le SAF et le CNB, exposants, établiront que la présente question vise des dispositions législatives applicables au litige (1.), que ces dernières n'ont pas fait l'objet d'une déclaration de constitutionnalité antérieure (2.) et que la présente question est nouvelle ou, à tout le moins, présente un caractère sérieux (3.).

**1. Sur l'applicabilité au litige des dispositions législatives contestées**

**IV.** Conformément aux dispositions du 1<sup>o</sup> de l'article 23-2 de l'ordonnance n<sup>o</sup> 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, applicables devant le Conseil d'État par renvoi de l'article 23-4, la question prioritaire de constitutionnalité est renvoyée au Conseil constitutionnel si « *la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* ».

Tel est le cas des dispositions législatives visées par la présente question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, la présente question est soulevée à l'occasion de recours formés par le GISTI, le SAF et le CNB, ainsi que par l'ADDE et InfoMIE, devant le Conseil d'État, tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté leur demande d'abrogation du décret n<sup>o</sup> 2020-1370 du 10 novembre 2020 relatif à la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère (NOR : JUSC2019597D).

Or, ce décret a été pris en application des dispositions du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019, visées par la présente question prioritaire de constitutionnalité.

Dès lors, la censure de ces dispositions privera nécessairement de base légale la décision du Premier ministre portant refus d'abroger le décret du 10 novembre 2020, visée par les recours en annulation devant le Conseil d'État.

Et ainsi, la condition tirée de l'applicabilité des dispositions législatives contestées au litige est incontestablement remplie.

## **2. Sur l'absence de déclaration de constitutionnalité antérieure**

V. Le 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 de l'ordonnance précitée du 7 novembre 1958 dispose que la disposition législative contestée ne doit pas avoir « *déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances* ».

Cette condition est, en l'espèce, remplie.

En effet, les dispositions du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 n'ont pas fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Seules certaines dispositions du I de l'article 16 ont été examinées et déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 mars 2019 (Cons. const., 21 mars 2019, n<sup>o</sup> 2019-778 DC, §§ 53-56).

Mais ces dernières dispositions portent sur la légalisation des actes publics établis par une autorité française et destinés à être produits à l'étranger, quand les dispositions visées par la présente question portent sur la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France.

Partant, la condition tirée de l'absence de déclaration préalable de conformité est, elle aussi, remplie.

## **3. Sur la nouveauté ou, à tout le moins, le caractère sérieux de la question posée**

VI. Telle qu'elle est prévue par l'article 23-4 de l'ordonnance précitée du 7 novembre 1958, la troisième condition – alternative – de renvoi au Conseil constitutionnel est, elle aussi, remplie.

### ***i. Sur la nouveauté de la question posée***

VII. Précisant le critère tiré de la nouveauté de la question posée, énoncé par l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel a retenu que « *le législateur a*

*entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application » (Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, § 21).*

À cet égard, il a été souligné que « le critère de la « question nouvelle », alternatif au caractère sérieux, a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel au motif que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question. Le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution. Son action, dans le cadre de l'article 61-1, n'est pas seulement de censurer des dispositions législatives mais aussi d'assurer l'interprétation uniforme de la Constitution, même dans les cas dans lesquels la disposition législative contestée n'apparaît pas contraire à la Constitution » (M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Rép. de contentieux administratif*, Dalloz, n° 290).

Et il est jugé qu'une question peut être considérée comme nouvelle, alors même que le Conseil constitutionnel a déjà fait application de la disposition constitutionnelle invoquée (v. en ce sens : CE, 17 décembre 2010, n° 343752, mentionné dans les tables du recueil ; 8 avril 2011, n° 345637, mentionné dans les tables du recueil).

Tel est le cas de la présente question.

**VIII.** En effet, au soutien de leur question prioritaire de constitutionnalité, les exposants se prévalent du droit à la preuve, lequel n'a encore jamais été reconnu par le Conseil constitutionnel comme un droit garanti par la Constitution.

Certes, un auteur expose que « le régime de la preuve s'insère aussi aujourd'hui dans la haute problématique constitutionnelle de la « garantie des droits », appuyée d'un véritable et effectif recours juridictionnel, dont la Déclaration des droits de l'homme de 1789, aujourd'hui partie intégrante de notre Constitution, fait en son article 16 l'essence même d'une « constitution ». Le Conseil constitutionnel le défend toujours à ce titre » (B. Pacteau, « Preuve », *Rép. de contentieux administratif*, Dalloz, n° 18).

Mais le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré un droit à la preuve, même rattaché à la garantie des droits de l'article 16.

Les juges constitutionnels retiennent seulement que, par l'article 16 de la Déclaration de 1789, sont garantis « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire* » (Cons. const., 13 janvier 2012, n° 2011-208 QPC, § 5) et « *le respect des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* » (Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693 DC, § 18 – soulignement ajouté).

Aucune référence n'est ainsi faite au droit à la preuve.

La reconnaissance de sa valeur constitutionnelle est, dès lors, nécessaire.

Et pour cause, un tel droit à la preuve participe pleinement de l'équilibre des droits des parties à la procédure, et donc des droits de la défense.

Chaque partie doit pouvoir accéder aux éléments probatoires qui sont indispensables au soutien de son argumentation.

Surtout, comme le souligne un auteur, il existe un véritable droit à la preuve, qui constitue un droit subjectif processuel (cf. F. Ferrand, « Preuve », *Rép. de procédure civile*, Dalloz, n° 4, citant G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers, [dir.], *La preuve en droit*, 1981, Bruylant, pp. 277 et s.).

« *Ce droit explique qu'au cours du procès, une partie puisse exiger du juge et de la partie adverse une collaboration dans la recherche de la preuve (le juge ordonnera certaines communications de pièces, enjoindra à une partie ou à un tiers de fournir les éléments probatoires en sa possession ; la partie adverse devra respecter le principe du contradictoire et communiquer ses pièces à l'adversaire pour que ce dernier puisse mieux répondre et trouver les preuves contraires aux allégations de cette partie* » (F. Ferrand, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Un autre auteur a défini ce droit à la preuve comme « *un droit subjectif processuel qui confère à l'auteur d'une offre ou d'une demande de preuve le pouvoir d'exiger du juge*

*l'accomplissement d'une prestation processuelle consistant en une acceptation de l'initiative, pouvoir dont la reconnaissance est conditionnée à l'existence d'un intérêt probatoire légitime et dont la mise en œuvre s'inscrit dans la limite fixée par le respect de l'ordre public ou des droits d'autrui* » (V. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibl. de droit privé, t. 525, 2010, LGDJ, n° 638).

Et comme le souligne ce dernier auteur, le droit à la preuve recouvre un double contenu : d'une part, le pouvoir de produire une preuve (*ibid.*, n<sup>os</sup> 222 et s.) et, d'autre part, le droit à obtenir une preuve (*ibid.*, n<sup>os</sup> 228 et s.).

La Cour de cassation a consacré l'existence d'un tel droit à la preuve (v. en ce sens : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull.* 2012, I, n° 85 ; v. aussi récemment : Cass., 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 20-14.309, à paraître au *Bulletin* ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.058, à paraître au *Bulletin*).

Et dans la jurisprudence judiciaire, ce droit fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité, essentiellement au regard du droit au respect de la vie privée (v. en ce sens : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, *Bull.* 2016, I, n° 48).

Le droit à la preuve constitue, en effet, un droit fondamental, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour européenne des droits de l'homme a, ainsi, retenu que « *l'égalité des armes implique 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* » (CEDH, 27 octobre 1993, *Bombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, § 33 – soulignement ajouté).

Puis, dans deux décisions ultérieures, la Cour de Strasbourg a consacré le droit à la preuve, de manière autonome, en le confrontant au droit à la vie privée, susceptible d'entrer en conflit avec lui (v. en ce sens : CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, req. n° 7508/02, § 40 ; 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, req. n° 65097/01, § 42).



Mais au-delà de cette protection conventionnelle, le droit à la preuve doit être érigé au rang des droits que la Constitution garantit.

Et dès lors, la présente question prioritaire de constitutionnalité, qui se prévaut d'un tel droit, est nouvelle.

Pour cette raison déjà, son renvoi au Conseil constitutionnel s'impose.

*ii. Sur le caractère sérieux de la question posée*

**IX.** En toute hypothèse, la question posée présente un caractère sérieux au sens de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dès lors que les dispositions législatives contestées méconnaissent les droits et libertés que la Constitution garantit, et ce pour plusieurs raisons.

D'une part, les dispositions législatives contestées portent atteinte au droit à la preuve et au droit au recours juridictionnel effectif, garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

D'autre part, en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de définir les modalités de la légalisation des actes publics étrangers destinés à être produits en France, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence, en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit.

Ces deux griefs seront développés successivement.

- *Sur l'atteinte portée au droit à la preuve et au droit au recours juridictionnel effectif, garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789*

**X.** Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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* ».

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel retient qu'« *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que ce faisant, il*

*ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* » (Cons. const., 11 février 2011, n° 2010-102 QPC, § 4 ; v. aussi en ce sens : Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, § 45 ; 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, § 4 ; 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC, § 15 ; 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, § 13).

Sont également garantis par ces dispositions le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que les droits de la défense (v. en ce sens : Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, § 11 ; 29 septembre 2010, n° 2010-38 QPC, § 3 ; 27 novembre 2015, n° 2015-500 QPC).

Le droit à un recours juridictionnel effectif implique que le justiciable soit mis à même de faire valoir ses droits (v. en ce sens : Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, § 9 ; 2 décembre 2011, n° 2011-203 QPC, § 12 ; 13 janvier 2012, n° 2011-208 QPC, § 6 ; 11 avril 2014, n° 2014-390 QPC, § 5 ; 9 juillet 2014, n° 2014-406 QPC, § 12).

Quant au droit à la preuve, sa protection constitutionnelle a été précédemment démontrée (cf. *supra*).

Or, les dispositions législatives contestées portent une atteinte excessive au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à la preuve.

**XI.** En effet, le II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 énonce une exigence de légalisation, qui est générale et absolue.

Son premier alinéa dispose, ainsi, que « *sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet* ».

Aucune exception n'est prévue par le législateur, ni aucun aménagement procédural.

Or, les actes publics étrangers sont fréquemment produits devant les administrations françaises, notamment en vue de la délivrance d'un certificat de nationalité française ou pour la souscription d'une déclaration de nationalité, mais aussi devant les juridictions françaises, notamment dans les contentieux portant sur l'acquisition de la nationalité française ou sur le

droit des étrangers.

Mais, en raison de l'exigence posée par les dispositions législatives contestées, la personne concernée doit obtenir la légalisation de l'acte public étranger dont elle entend se prévaloir devant les juridictions françaises.

Si elle n'y parvient pas, sa demande administrative ou judiciaire sera rejetée.

L'exigence de légalisation constitue, ainsi, un obstacle important à l'accès au juge.

Surtout, c'est une atteinte excessive qu'elle porte au droit au recours juridictionnel effectif.

Car la personne concernée n'a aucune garantie d'obtenir la légalisation de l'acte public étranger, dans un délai qui lui permette de produire, devant la juridiction française saisie, ledit acte dont elle entend se prévaloir.

Cette situation est loin d'être hypothétique.

À titre d'exemple, en matière de droit des étrangers, plusieurs procédures sont enfermées dans des délais courts : contentieux des décisions portant obligation de quitter le territoire français (art. L. 614-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020), contentieux du placement ou de la prolongation de la rétention administrative (art. L. 741-10 et L. 743-1 du même code), contentieux du placement ou du maintien en zone d'attente (art. L. 342-1 et s. du même code), *etc.*

Or, dans ces contentieux, les requérants se prévalent fréquemment d'actes publics étrangers.

L'exigence de légalisation de l'acte public étranger en cause, imposé par les dispositions législatives contestées, peut se révéler incompatible avec les délais encadrant de telles procédures.

Mais alors, la personne concernée ne pourra faire valoir ses droits devant la juridiction

saisie, faute de pouvoir produire l'acte public étranger, dûment légalisé, dont elle entendait se prévaloir.

**XII.** En outre, le législateur n'a prévu aucune procédure pour encadrer les demandes de légalisation d'un acte public étranger.

Or, en l'absence de toute précision sur ce point, l'ordre juridictionnel compétent pose déjà difficulté.

Serait-ce le juge administratif, dès lors qu'il s'agit d'apprécier la légalité d'une décision administrative ? Ou serait-ce le juge judiciaire, en ce qu'il s'agit d'une demande de légalisation portant sur un acte d'état civil ?

Les personnes concernées sont ainsi démunies face à un possible refus de leur demande de légalisation d'un acte public étranger, dont elles entendaient se prévaloir devant une juridiction française.

Et cette situation porte, dès lors, une atteinte excessive au droit au recours juridictionnel effectif.

**XIII.** Enfin, les dispositions législatives contestées portent également une atteinte excessive au droit à la preuve, entendu comme le droit de produire ou d'obtenir une preuve.

Car elles imposent à la personne concernée d'obtenir un acte public étranger dûment légalisé, afin que ce dernier soit pris en compte par le juge français.

Mais, comme on l'a vu, les dispositions législatives contestées n'aménagent aucune exception, ni aucune procédure pour solliciter et obtenir cette légalisation.

Or, si la personne concernée ne peut l'obtenir, elle ne pourra se prévaloir de la preuve tirée de l'acte public étranger en cause.

Il en résulte que l'exigence de légalisation, générale et absolue, posée par le II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019, porte une atteinte excessive au droit au recours juridictionnel effectif, ainsi qu'au droit à la preuve, faute d'avoir prévu des exceptions à cette

exigence, ainsi que des garanties permettant de rendre cette exigence de légalisation compatible avec les procédures d'urgence, ainsi que de contester utilement tout refus de légalisation.

Le caractère sérieux de la question posée est, ainsi, établi.

Mais il y a plus.

- Sur l'incompétence négative affectant le droit à la preuve et le droit au recours juridictionnel effectif

**XIV.** Il est constant que le vice d'incompétence négative peut être invoqué, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, dès lors qu'« *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, § 3).

En outre, en application de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », le Conseil constitutionnel retient que, pour être regardé comme ayant pleinement exercé sa compétence, le législateur doit avoir « *adopt[é] des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, § 9).

À cet égard, les juges constitutionnels ont souligné que le législateur « *doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (*ibid.*).

Ainsi, le législateur ne peut abandonner au pouvoir réglementaire la détermination des règles qui relèvent de sa compétence.

**XV.** Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « *la loi fixe les règles concernant :*

- *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...]* ;
- *la nationalité, l'état et la capacité des personnes [...]* ».

Il résulte de ces dispositions que relève de la compétence du législateur la détermination des règles qui touchent à la valeur et aux formes des actes publics.

Ces règles sont notamment déterminées, pour les actes d'état civil, par l'article 47 du code civil.

Les modalités de légalisation des actes publics relèvent, elles aussi, de la compétence du législateur.

Et d'ailleurs, le gouvernement comme le législateur l'ont reconnu dans le cadre de l'adoption de la loi du 23 mars 2019 en cause.

**XVI.** En effet, l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 porte sur deux types de légalisation :

- d'une part, la légalisation des actes publics établis par une autorité française et destinés à être produits à l'étranger (art. 16, I) ;
- d'autre part, la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France (art. 16, II).

Or, concernant la légalisation des actes publics français destinés à être produits à l'étranger, l'étude d'impact jointe au projet de loi exposait que « *la réforme à venir relative à la compétence [...] du ministère des affaires étrangères français en matière de légalisation [des actes publics français] pourrait à la fois toucher les autorités compétentes ainsi que les circuits des procédures d'authentification, dans la mesure où ces procédures touchent à la force probante même des actes en cause, laquelle relève de la loi. Une disposition législative est donc nécessaire* » (étude d'impact sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 19 avril 2018, NOR : JUST1806695L/Bleue-1, p. 83, n° 2.2 – soulignements ajoutés).

Le gouvernement reconnaissait, ainsi, que la détermination des autorités compétentes pour procéder à la légalisation des actes publics français destinés à être produits à l'étranger relevait de la compétence du législateur.

Et partant, le I de l'article 16 précité a habilité le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, « *les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour [...] déléguer totalement ou partiellement l'accomplissement de ces formalités [de légalisation] à des officiers publics ou ministériels ou à toute personne publique ou tout organisme de droit privé chargé d'une mission de service public* ».

En adoptant cette habilitation, le législateur a donc, lui aussi, reconnu que la détermination des autorités compétentes pour procéder à la légalisation des actes publics français destinés à être produits à l'étranger relève de sa compétence.

Il ne peut en aller autrement de la détermination des autorités compétentes pour procéder à la légalisation des actes publics étrangers destinés à être produits en France.

Celle-ci relève, tout autant, de la compétence du pouvoir législatif.

Et de fait, rien ne justifie de traiter différemment la légalisation des actes publics français et celle des actes publics étrangers.

Pourtant, comme on l'a vu, le dernier alinéa du II de l'article 16 précité dispose qu'« *un décret en Conseil d'Etat précise les actes publics concernés par le présent II et fixe les modalités de la légalisation* » (soulignement ajouté).

Le législateur a ainsi délégué au pouvoir réglementaire la détermination des autorités compétentes pour procéder à la légalisation des actes publics étrangers destinés à être produits en France, ainsi que des autres modalités de la légalisation.

Mais en procédant ainsi, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence.

Car il lui appartenait de déterminer, lui-même, lesdites autorités, de manière claire et précise.

**XVII.** Et ce vice d'incompétence affecte le droit à la preuve et le droit au recours juridictionnel effectif, tels qu'ils sont garantis par la Constitution.

Car, de la détermination des autorités compétentes et des autres modalités de la légalisation dépendent le respect du droit à la preuve et du droit au recours juridictionnel effectif.

Pour préserver ces droits constitutionnels, le législateur aurait dû, non seulement déterminé clairement les autorités compétentes pour procéder à la légalisation en cause, mais aussi :

- garantir l'accès aux autorités compétentes pour les ressortissants étrangers, afin qu'ils puissent déposer leurs demandes de légalisation ;
- créer une procédure de légalisation à distance, afin d'éviter toute difficulté aux personnes qui se trouvent sur le territoire français et qui n'ont pas les moyens de se rendre auprès de l'autorité française compétente située dans l'État émetteur de l'acte public en cause, ou qui ne peuvent disposer d'un mandataire à cette fin ;
- encadrer les délais de la procédure de légalisation, afin d'impartir aux autorités compétentes un délai maximal pour instruire les demandes de légalisation ;
- prévoir une voie de recours en cas de décision de refus, ou en l'absence de réponse dans le délai maximal d'instruction, un tel silence étant susceptible de constituer une décision implicite de rejet.

En l'absence de telles garanties, les dispositions législatives contestées sont entachées d'incompétence et portent une atteinte excessive au droit à la preuve et au droit au recours juridictionnel effectif.

Pour toutes ces raisons, la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les exposants présente un caractère sérieux.

Et partant, elle doit être renvoyée au Conseil constitutionnel.



**PAR CES MOTIFS**, les exposants concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'État :

- **RENVoyer** au Conseil constitutionnel les questions suivantes :
  - « *Les dispositions du premier alinéa du II de l'article 16 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, en ce qu'elles énoncent que, sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet, méconnaissent-elles les droits et libertés que la Constitution garantit, en particulier le droit à la preuve et le droit au recours juridictionnel effectif ?* » ;
  - « *Les dispositions du dernier alinéa du II de l'article 16 de la même loi du 23 mars 2019, en ce qu'elles énoncent qu'un décret en Conseil d'État fixe les modalités de la légalisation, sont-elles entachées d'incompétence négative affectant le droit à la preuve et le droit au recours juridictionnel effectif, constitutionnellement garantis ?* ».

**Vincent LASSALLE-BYHET**

Avocat au barreau de Paris