

ETUDES COMPARATIVES DE DROIT JURIDIQUE



une publication du
Centre d'Etudes Juridiques
Françaises

Universität des Saarlandes
D-66041 Saarbrücken



n° 8

ETUDES COMPARATIVES

DROIT D'ASILE

(Kerstin Fried et Denise Queckenstedt)

LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES JUGES EN FRANCE

(Alexandra Hoser)

LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE

(Arnhild Kuder)

L'ACQUISITION DE LA NATIONALITE

EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

(Meike Wolf)

ETUDES COMPARATIVES

	page :
Le droit d'asile : comparaison franco-allemande <i>Kerstin Fried et Denise Queckenstedt</i>	1
Le statut constitutionnel des juges en France <i>Alexandra Hoser</i>	103
La condition juridique de la femme mariée dans l'histoire législative à partir du Code civil français de 1804 et du Code civil allemand de 1900 <i>Arnhildt Kuder</i>	131
L'acquisition de la nationalité en France et en Allemagne <i>Meike Wolf</i>	177

Sous la direction de

Christian Autexier, Université de la Sarre
Thierry Renoux, Université d'Aix-Marseille III
Dominique Rousseau, Université de Montpellier I
André Roux, Université d'Aix-Marseille III

1995 © Centre d'Etudes Juridiques Françaises
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr von DM 15,--

**CENTRE D'ETUDES
JURIDIQUES FRANCAISES**

Université de la Sarre, Postfach 15 11 50, D 66041 Saarbrücken
Tél. : (49 681) 302 21 21 ou 21 85
Télécopieur : (49 681) 302-4668

Codirecteurs :	Christian AUTEXIER Claude WITZ Professeurs des Universités
Chargée d'enseignement :	Françoise FURKEL Docteur en Droit
Chargée d'administration et secrétariat :	Marie-Thérèse MOTTEAU Licenciée de lettres modernes Licenciée d'allemand

Le Centre d'Etudes Juridiques Françaises, intégré dans le Département juridique de l'Université de la Sarre, constitue une institution universitaire de coopération unique en Europe. Son existence et sa mission sont le fruit d'un héritage de l'histoire et reflètent l'évolution des relations franco-allemandes.

Dans le domaine de la recherche, le Centre a naturellement vocation à servir de trait d'union entre les cultures juridiques françaises et allemandes.

Ses enseignements s'adressent à des étudiants de toutes nationalités qui veulent suivre au sein d'une université allemande, soit à titre principal, soit parallèlement à des études de droit allemand, des études de droit français sanctionnées par le DEUG, mention Droit. Les enseignements de droit français sont assurés par des enseignants des universités françaises et ceux de droit allemand par des enseignants des universités allemandes.

Renseignements : . à l'Office Allemand d'Echanges Universitaires
(DAAD)

. aux bureaux locaux de l'ONISEP

. au Centre d'Etudes Juridiques Françaises
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
D 66041 Saarbrücken

Préface des éditeurs

Les travaux que nous publions ici ont en commun la particularité d'avoir été rédigés par des étudiantes du département juridique de l'Université de la Sarre, à l'occasion de séjours d'étude dans des facultés de droit françaises grâce à des bourses de l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse.

Les thèmes sont divers, leur traitement également. En dépit de quelques maladresses bien compréhensibles (aucune des étudiantes qui les ont rédigés n'avait lors de la remise du manuscrit franchi le stade du premier examen d'Etat des juristes allemands), ces travaux portent le témoignage de la fécondité de la démarche qui consiste à aborder l'étude d'un droit étranger dès un stade précoce de la formation juridique nationale. Loin d'être un luxe réservé à une élite, la démarche comparative se révèle alors être un instrument privilégié de perception des enjeux et finalement de compréhension des systèmes juridiques nationaux.

Christian AUTEXIER
Dominique ROUSSEAU

Thierry RENOUX
André ROUX

PUBLICATIONS DU CENTRE D'ETUDES JURIDIQUES

Série études et documents du c.e.j.f. :

- | | | | |
|------|---|------|---|
| N° 1 | Christian AUTEXIER
(sous la direction de) | 1987 | Le glossaire de la Loi fondamentale |
| N° 2 | Christian AUTEXIER | 1987 | La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale |
| N° 3 | AUTEXIER / FLAUSS /
FROMONT / GREWE /
JOUANJAN / KOENIG | 1987 | Grundgesetz / Loi fondamentale
(3 ^e édition 1995 synoptique bilingue) |
| N° 4 | Christian AUTEXIER | 1988 | Constitution du 4 octobre 1958 / die
Verfassung der französischen Republik
(2 ^e édition 1994 synoptique bilingue) |
| N° 5 | Christian AUTEXIER | 1991 | Einigungsvertrag / traité d'Union (édi-
tion synoptique bilingue) |
| N° 6 | Christian AUTEXIER | 1993 | Gemeinsame lothringisch-saarländische
administrative Einrichtungen und Ver-
fahrensweisen. Rechtsgutachten,
15. April 1993 |
| N° 7 | Christian AUTEXIER/
Anne CATHALY | 1995 | Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO - /
loi sur la juridiction administrative
(édition synoptique bilingue) |

Les "études et documents du c.e.j.f." sont publiés par le Centre d'Etudes Juridiques Françaises, avec le soutien de l'Université de la Sarre. Les responsables de cette publication sont Christian AUTEXIER et Claude WITZ, directeurs du Centre d'Etudes Juridiques Françaises.

LE DROIT D'ASILE :
COMPARAISON FRANCO-ALLEMANDE

par Kerstin Fried, Cologne*
et Denise Queckenstedt, Berlin*

Cette étude a été réalisée sous la direction du Professeur Dominique Rousseau à l'Université de Montpellier 1 (année universitaire 1993/1994) dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse.

TABLE DES MATIERES:

INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE	
Les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne : des réponses appropriées à la crise du droit d'asile ?	11
Chapitre I	
La crise du droit d'asile en France et en Allemagne	
1. Le changement de perception du droit d'asile	12
2. Le changement de perception des bases juridiques admises du droit d'asile	15
3. Une révision des constitutions comme un nouveau changement des bases juridiques, peut-elle apporter une solution ?	19
Chapitre II	
Les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne	
1. Le titulaire du droit d'asile : le droit d'asile est-il un droit subjectif ou objectif ?	22
2. Les autorités qui octroient l'asile et la procédure résultant des révisions constitutionnelles	30
3. Les différentes possibilités de recours qui peuvent être exercées par le réfugié débouté	34
4. Les différentes garanties qui sont accordées au demandeur et au bénéficiaire du droit d'asile	38
Chapitre III	
La réception des révisions constitutionnelles	
1. L'article 16a de la Constitution allemande et l'article 53-1 de la Constitution française donnent prise à la critique	41
2. Les résultats entraînés par les révisions constitutionnelles, constituent-ils un succès ?	48

DEUXIEME PARTIE

Les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne : Les prémisses d'une harmonisation européenne du droit d'asile	51
---	-----------

Chapitre I**I.a nécessité d'une harmonisation européenne du droit d'asile**

1. Le changement de la situation politique en Europe	52
2. Ce changement impose une harmonisation en matière d'asile	53

Chapitre II**Les efforts des pays européens d'harmoniser leurs conceptions
du droit d'asile**

1. Les tentatives d'une harmonisation du droit d'asile à l'échelle européenne (au sens géographique)	59
2. Les tentatives d'une harmonisation du droit d'asile à l'échelle intergouvernementale	61
3. Les tentatives d'une harmonisation du droit d'asile à l'échelle intergouvernementale, mais dans le cadre institutionnel de l'Union européenne	67

Chapitre III**Les chances d'une harmonisation du droit d'asile**

1. Les obstacles à l'harmonisation du droit d'asile	75
2. Les perspectives d'avenir : les possibilités de l'harmonisation	77

CONCLUSION	79
-------------------	-----------

ANNEXE I : L'article 16 et l'article 16a de la Constitution allemande	85
--	-----------

ANNEXE II : L'article 53 et l'article 53-1 de la Constitution française	87
--	-----------

ANNEXE III : La résolution du Parlement européen du 19 janvier 1994 (A3-0402/93)	89
---	-----------

BIBLIOGRAPHIE	95
----------------------	-----------

"Das Land, das den Fremden nicht beschützt, geht bald unter."^{*}

Goethe

INTRODUCTION

Qu'est-ce que le droit d'asile?

Ces derniers temps, la notion du droit d'asile est souvent utilisée dans le contexte de la crise politique et sociale comme mot-souche pour expliquer les récents actes xénophobes et racistes dans notre société. Pourtant, l'asile est une des institutions les plus anciennes et originales.

Selon la définition théorique, il s'agit d'un droit fondamental qui est octroyé pour des raisons de générosité.

Le droit d'asile a pour origine étymologique le mot grec "asylos" qui signifie ce qui ne peut pas être saisi. En ce sens, la notion d'asile a deux significations. Premièrement, elle décrit la personne qui cherche un refuge et qui ne doit pas être arrêtée. Deuxièmement, elle signifie, par contre, l'endroit où une personne est assurée contre une persécution.

^{*} Le pays qui ne protège pas l'étranger, va bientôt périr.

Pour mieux comprendre l'importance de ce droit, on doit jeter un regard sur son histoire.

Les Grecs ont déjà connu un droit d'asile. En vertu de la conviction religieuse, ils ont accordé la protection dans les temples et dans les centres de culte aux persécutés qui ont commis soit des crimes du droit commun, soit des crimes en faveur de la liberté. En outre, sous une forme laïque, ils ont garanti le refuge dans certains quartiers de leurs Cités.

Cette application se retrouve à l'époque du Moyen Age.

Là, il existait deux modèles d'octroi d'asile. Premièrement, l'Eglise a accordé un droit d'asile en protégeant l'immunité du persécuté. A cet époque, la plupart des demandeurs d'asile avaient également commis des crimes ou délits de droit commun. On a défini le droit d'asile comme le droit de se référer au Dieu comme représentant de la justice et garant de l'humanité. Deuxièmement, les Princes et les souverains laïques ont octroyé l'asile sur leurs territoires à des personnes poursuivies. A cet époque, l'asile n'était pas seulement octroyé aux persécutés politiques qui ont battu pour un certain idéal politique, mais les souverains disposaient d'un pouvoir discrétionnaire et pouvaient même, pour soutenir leurs alliés, accorder un refuge aux persécutés ayant commis des actes criminels.

La première décision normative n'est apparue qu'avec la Révolution française. En 1793, la garantie de donner "asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté" est inscrite à l'article 120 de la Constitution. Pour la première fois, seul l'Etat a pu accorder l'asile et seuls ceux qui ont combattu pour la liberté ont pu en bénéficier.

Au XIX^{ème} siècle, parallèlement à l'émergence des Etats-nation, la défense des intérêts devient un privilège de l'Etat et l'octroi du droit d'asile une protection pour les combattants de la liberté. Le droit d'asile, comme "droit de l'homme" devient une expression de l'idéal libéral. Puis, comme Gérard Noiriel l'appelle¹, "la révolution identitaire" suit. A la fin du XIX^{ème} siècle, le passeport prend de l'importance et constitue un instrument de contrôle et de protection contre les "agressions" de l'extérieur. La diffusion des idéologies nationalistes a de plus en plus pour corollaire les persécutions des personnes qui ne sont pas conformes aux normes nationales. En conséquence, de plus en plus de personnes s'enfuient en raison de problèmes de conscience. D'autre part, le passeport établit un lien juridique entre l'Etat et l'individu. Pour la première fois dans l'histoire, l'individu intervient dans la compétence de son Etat d'origine qui lui délivre le passeport. En contrepartie, l'Etat peut accorder un droit de séjour et de protection à un ressortissant d'un autre Etat qui déclare encourir des risques pour sa sécurité dans son pays d'origine. Donc, le pouvoir étatique octroie, pour la première fois, l'asile territorial sur son territoire national.

L'importance de ce développement est évident face à la Révolution russe en 1917 et à la Première Guerre mondiale: là, beaucoup plus de persécutés politiques s'enfuient comme jamais auparavant. Cette expérience mène à l'élaboration d'un statut international du réfugié par la Société des Nations (SDN): le passeport Nansen est créé.

¹ Gérard Noiriel, *Plein Droit* n° 22-23/ oct.93- mars 94, p. 37 .

Ensuite, à cause de la Seconde Guerre mondiale, le bouleversement des concepts nationaux du droit d'asile se répète en produisant des flots migratoires énormes. Les Etats concernés sont tout à coup aux prises avec une migration dépassant leurs capacités. Dès lors, il est devenu nécessaire que l'on crée un nouveau système du droit d'asile plus adapté au changement de situation.

Après 1945, les pays européens ont différemment défini la notion du droit d'asile: les uns l'ont inscrit comme droit constitutionnel, les autres ne l'ont guère fixé. A côté, on a mis en oeuvre, comme base commune, la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948 et la Convention de Genève le 28 juillet 1951. Dans la mesure où ces deux actes n'établissent aucune garantie de procédure ni de durée, le droit d'asile est laissé à la volonté souveraine de l'Etat qui accueille le réfugié.

Pendant la deuxième après-guerre, l'économie a accru et les pays occidentaux ont accueilli beaucoup de travailleurs étrangers. Par rapport à cette question, on a également reçu des réfugiés. Mais à partir du milieu des années 1970, la crise économique a révélé les limites de cette générosité. Les pays riches ont commencé à fermer leurs frontières pour protéger les intérêts de leurs propres citoyens. Et bien qu'il s'agisse plutôt d'une question d'immigration, les mesures prises ont également touché les droits des persécutés politiques.

La disposition à accueillir des étrangers a diminué de plus en plus dans la société. Un climat de xénophobie a gagné du terrain à la suite de la crise économique. Mais, au lieu de créer un cadre juridique en matière d'immigration, capable de remédier à la crise, on s'est borné à restreindre le droit d'asile.

En Allemagne, on a adopté un code de procédure pour réglementer l'octroi du droit d'asile en 1982. Cette loi fut modifiée plusieurs fois pendant les années suivantes. De même, le législateur français a engagé des mesures pour régler et limiter le flux des étrangers. En 1986, on a adopté la "loi Pasqua" qui donne plus de compétences aux préfets, rétablit le régime de l'expulsion tel qu'il existait antérieurement et allonge encore la liste des documents exigés pour l'entrée sur le territoire français. Puis on a adopté la "loi Joxe" le 2 août 1989, qui libéralise légèrement les dispositions de la "loi Pasqua", mais qui reste néanmoins restrictive. En France, une législation plus restrictive se met progressivement en place, afin de décourager un afflux trop massif de demandes d'asile (par ex. en ce qui concerne la responsabilité des transporteurs en cas d'entrée irrégulière d'un demandeur d'asile, la législation des zones d'attente dans les aéroports, la reconduite à la frontière). De toute façon, on a méconnu le problème; il ne s'agit pas seulement du droit d'asile mais d'un sujet encore plus complexe.

Le droit concernant les étrangers est toujours lié à la politique du travail et du logement et également à la situation sociale dans un pays. De cette manière, les sociétés riches sont tombées dans un cercle vicieux; la crise économique produit un climat de jalousie et d'envie, les faibles de la société cherchant un bouc-émissaire pour leur misère; ce sont régulièrement les étrangers ayant l'état le plus faible; l'opinion publique s'excite contre les étrangers en général et on ne différencie plus entre les persécutés politiques de bonne foi et les immigrants économiques.

Dans cette situation de surchauffe, un petit détail suffit et l'atmosphère éclate. C'est ce qui s'est passé en Allemagne en 1992, où 2506 actes xénophobes sont

enregistrés par les autorités allemandes. Ce nombre est le double de l'année précédente. Depuis 1990, une vague de violence choquante s'est abattue sur les étrangers en Allemagne. Le point culminant était tristement atteint le 22 août 1992, où un foyer de demandeurs d'asile était incendié à Rostock en présence des riverains qui applaudissaient.

En novembre 1992, un autre acte violent a secoué l'opinion politique: à Mölln, deux femmes et une fille turques sont brûlées dans leur maison incendiée.

Ces atrocités ont continué à la Pentecôte en 1993. Cinq femmes et filles turques sont tuées dans leur maison détruite par les flammes avec préméditation à Solingen.

La plupart de ces exactions xénophobes sont commises par des jeunes désespérés et désorientés. D'après les chiffres du ministère de l'Intérieur du Land de Hesse, 5 à 10 % seulement des attentats xénophobes sont à mettre sur le compte d'organisations d'extrême droite.

Le délinquant typique est majoritairement de sexe masculin, âgé de 17 à 24 ans, le plus souvent lycéen ou apprenti et ayant un casier judiciaire vierge.

Ces jeunes ont grand peur de ne pas trouver un emploi stable, un logement à prix abordable et craignent que l'Etat ne fasse rien pour les sortir de l'embarras tandis qu'il aide les étrangers.

En particulier en l'Est de l'Allemagne, dans les nouveaux Länder, le système de valeur est complètement bouleversé et les problèmes sociaux sont encore plus précaires. Les jeunes, à cause de manque de points de repère, cherchent une place bien définie dans un groupe soudé, qui leur donne le sentiment fort d'appartenir à une communauté. Les organisations d'extrême droite ont été les premières à exploiter l'absence de possibilités de loisirs et, de même, à être un point de repère et d'identification. Généralement, les délinquants mineurs ne sont pas convaincus de l'idéologie de droite. Ils l'utilisent seulement pour manifester leur dépit et pour laisser sortir leur frustration. De cette manière, les jeunes transposent les préjugés des conversations générales dans les faits.

D'abord, les étrangers sont considérés comme la source de tous les maux. Ensuite, beaucoup de personnes estiment l'Etat incapable de résoudre les problèmes et ils se sentent la vocation d' "auxiliaires d'exécution". Cette crise de confiance dans la classe politique débouche dans des excès et des actes racistes par des citoyens frustrés.

Ce phénomène n'est pas un cas isolé en Allemagne; il se passe également dans tous les pays européens, peut-être, avec moins d'ampleur et violence (cf. le succès du Front National en France).

Les formations d'extrême droite enregistrent beaucoup d'affluence dans toute l'Europe et des agitations racistes se font partout.

Plus l'opinion publique est tournée contre les demandeurs d'asile, plus des empiètements sur les étrangers ont lieu et la pression d'agir pesant sur les autorités responsables se fait plus forte.

La première partie de ce mémoire examine les circonstances de la crise du droit d'asile et ses effets.

Au stade du premier chapitre, la question se pose de savoir si une issue est possible et, plus concrètement, si une modification de la situation juridique peut aider à sortir du dilemme.

Le deuxième chapitre de la première partie analyse les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne de l'année dernière. Enfin, l'attention est fixée sur la situation "après", c'est-à-dire sur les premiers effets de ces révisions et, de même, sur les voix critiques.

Dans la deuxième partie, la réflexion est élargie au niveau européen. Le nombre de réfugiés encore en hausse, démontre l'importance de la crise. Le flux migratoire est un problème si vaste et complexe qu'un seul Etat ne pourrait y apporter une solution. Chaque acte d'expulsion, par exemple, concerne également les autres Etats voisins. Si l'entrée d'un réfugié est refusée à la frontière, l'Etat tiers est avisé de la présence de cette personne, sur son propre territoire. Pour cette raison, des arrangements entre les deux pays sont nécessaires. Le droit d'asile est toujours une matière qui concerne plusieurs autorités. Donc, une solution pour le flux migratoire peut être seulement trouvée en commun.

En Europe, on a pris conscience de cette nécessité impérative lors du processus du Marché commun. On entrevoit les bénéfices d'un commerce commun, mais on constate aussi que celui-ci exige une politique coordonnée. Dans de plus en plus de domaines, on a harmonisé les règlements et les normes. Mais en ce qui concerne le droit de l'immigration et d'asile, les autorités compétentes sont longtemps restées sur la réserve. Jusqu'aux années 1980, on a fait peu de démarches dans ce domaine.

Durant ces dernières années, les problèmes en matière du droit d'asile se sont aggravés et ont gagné en urgence. En 1989, le rideau de fer est tombé en Allemagne et par la suite, le communisme dans les pays de l'Est s'est écroulé. D'un seul coup, les frontières se sont ouvertes et une circulation inconnue et inespérée de personnes s'est engagée. En outre, le Traité de l'Union européenne est entré en vigueur en 1993. De cette manière, les Etats membres ont supprimé leurs frontières intérieures. Ces modifications imposent en particulier une conduite commune. Les Etats européens ont pris conscience de cette nécessité. Par conséquent, on a déjà entrepris des démarches aux différentes échelles européennes; c'est-à-dire à l'échelle de la Communauté européenne, du Conseil de l'Europe et à l'échelle intergouvernementale.

Quelles sont les possibilités d'une harmonisation en matière de droit d'asile? Peut-on créer un droit d'asile européen et existe-t-il des obstacles? La deuxième partie de ce mémoire traite ces questions et analyse les premiers résultats d'une politique commune. Elle a pour objet les traités déjà conclus entre plusieurs Etats et examine leur efficacité.

P R E M I È R E P A R T I E :

LES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE: DES RÉPONSES APPROPRIÉES À LA CRISE DU DROIT D'ASILE ?

De plus en plus de réfugiés arrivent en Europe de sorte que la capacité des pays d'accueil s'épuise. Particulièrement en France et en Allemagne, les deux pays qui reçoivent des réfugiés pour la plus grande partie, un embarras général règne. Les autorités responsables ne savent plus comment on pourrait parer à ce problème.

Puis, comme issue, on a changé les bases constitutionnelles en France et en Allemagne en 1993, ce qui est recherché au deuxième chapitre.

De même, la situation juridique actuelle est montrée.

Finalement, il faut se demander si ces changements sont appropriés à résoudre la crise.

CHAPITRE I: LA CRISE DU DROIT D'ASILE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE**1. LE CHANGEMENT DE PERCEPTION DU DROIT D'ASILE*****L'élévation du nombre des réfugiés***

La crise pétrolière et économique en 1974/75 a amené les gouvernements occidentaux à fermer les frontières à l'immigration. Dès lors, le droit d'asile restait la seule voie d'accès au séjour en France. En conséquence, les nombres des réfugiés montaient d'environ 9 000 en 1974 jusqu'à 25 800 en 1985. Puis les chiffres ont encore augmenté pendant les années suivantes. En 1991 47 380 personnes ont sollicité l'asile en France².

Aussi en Allemagne, on constate un accroissement des demandeurs d'asile depuis le milieu des années soixante-dix. Alors que le nombre des demandeurs dépassait en 1976 pour la première fois les 10 000 personnes, il dépassait en 1980 déjà 100 000³. Pendant cette année, le gouvernement fédéral a décrété des mesures immédiates pour réduire "le pouvoir d'attraction économique" de l'Allemagne. Ces mesures ont eu pour corollaire la baisse du nombre des demandeurs: en 1983 seulement 20 000 demandeurs⁴. Mais à partir de 1983 leur nombre augmentait continuellement: 99 650 demandeurs en 1986, 121 318 demandeurs en 1989, 256 112 demandeurs en 1991 et chiffre record de 438 191 demandeurs d'asile en 1992⁵.

Les raisons de l'accroissement sont multiples.

L'ouverture des pays de l'Est a mis un grand mouvement en marche. Les conditions pour passer les frontières se sont facilitées et la situation politique est si précaire que beaucoup préfèrent s'enfuir vers les Etats occidentaux⁶.

En outre, la disparité économique entre l'Occident et le Tiers monde augmentait immensément pendant les dernières années. Ce fait attirait encore d'autres personnes qui en attendaient une amélioration de leurs conditions de vie.

La troisième raison pour l'accroissement sont les désordres et les guerres civiles dans tout le monde. Les troubles actuels en Somalie et en Yougoslavie par exemple déterminent les populations à s'enfuir. Particulièrement de l'ex-Yougoslavie d'où un grand nombre essaie d'échapper à la guerre en se dirigeant vers les Etats voisins qui sont en paix⁷.

La modification des compositions des nationalités

Pendant les dernières années en France, on constate une modification des Etats originaires: la plupart des demandeurs d'asile ne viennent plus de l'Europe

² Hailbronner, Europa-Institut, Anhang p. 26.

³ Gusy, Jura 1993, 505.

⁴ v. Pollern, ZAR 1993, 26.

⁵ Reermann, p. 17.

⁶ Weber, ZRP 1993, 170.

⁷ Reermann, p. 16.

(particulièrement de l'Espagne) et de l'Indochine comme dans les années 1980. Aujourd'hui le gros de réfugiés vient de l'Afrique et de l'Europe orientale (et surtout de la Turquie)⁸.

En Allemagne, on peut constater un développement comparable. Alors qu'en 1986 seulement 25 % des demandeurs venaient de l'Europe, leur pourcentage a augmenté à 70 % en 1992. La plupart d'eux (64 %) viennent de l'Europe orientale (de l'ex-Yougoslavie, la Roumanie, la Bulgarie et de la Turquie)⁹. Cette transformation de la composition des nationalités a provoqué une dégradation de l'image du réfugié auprès de l'opinion publique. Comme il se distingue de plus en plus difficilement des nationaux et des immigrés (qui viennent la plupart de l'Europe occidentale et de l'Afrique Nord¹⁰), le réfugié de nature étrangère devient l'enjeu de la xénophobie et des sentiments hostiles.

La baisse du taux de succès des demandes d'asile

De plus, le taux de succès des demandes d'asile baisse. Ce développement est en rapport avec les raisons de fuite et la modification des nationalités originaires: de plus en plus de personnes s'évadent pour des motifs économiques. Leurs raisons sont bien réfléchies et fondées mais elles n'entrent pas dans la définition de réfugié politique. Les demandeurs sont donc déboutés et le taux des demandes d'asile acceptées par l'OFPRa baisse¹¹.

La tendance à la baisse des taux de succès est évident aussi en Allemagne. Tandis qu'en 1985 30 % de demandeurs d'asile ont été reconnu comme bénéficiaire du droit d'asile, les chiffres passaient en 1986 à 15 %, en 1987 à 9 %, en 1990 à 4,4 % et en 1992 à seulement 4,2 %¹².

Parallèlement, le **chiffre de recours** à la Commission des recours augmente. Jusque vers l'année 1974, il y avait environ entre 100 et 200 rejets par an. Puis le chiffre monte subitement: 266 rejets en 1975, 472 en 1976, 2 328 en 1979, 5307 en 1983 jusqu'au 14 010 en 1986¹³. Ici aussi, le taux de succès des recours diminue pour les mêmes raisons montrées ci-dessus; maintenant il est 5 %. En Allemagne, 50 % des demandeurs récusés par l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés étrangers [BAFI] interjetent un recours administratif contentieux. En 1991 par ex. 60 000 recours ont été formés devant les tribunaux administratifs¹⁴. En 1992, le taux de succès était 7,6 % (auprès des tribunaux administratifs de Bade-Wurtemberg)¹⁵.

⁸ Manfrass, p. 159 ; Tiberghien, pp. 7 et 10; Bielmeier/ Stein, p. 46 .

⁹ v. Pollern, ZAR 1993, 26 .

¹⁰ cf. tableau V, Tiberghien, p. 9 .

¹¹ Tiberghien, p. 17, 18 .

¹² v. Pollern, ZAR 1993, 26 .

¹³ Norek/Doublet, p. 94 .

¹⁴ Bielmeier/ Stein, p. 9 .

¹⁵ v. Pollern, ZAR 1993, 32 .

L'élévation des chiffres produit des problèmes procédurals

L'accroissement des demandes et la multiplication des recours posent des grands problèmes pour la procédure d'examen. Ils engorgent les deux institutions responsables de l'examen, l'OFPPRA et la Commission des recours, et aggravent encore la crise.

Par l'année 1979, l'OFPPRA a reçu 17 007 dossiers mais n'arrivait à statuer que sur 3 712 dossiers¹⁶. Ce retard faisait un délai effectif de près d'un an.

En plus, il existait déjà un stock d'environ de 9 000 dossiers. En 1985, ce stock dépasse 15 000 dossiers à cause de l'accroissement supplémentaire que fait un délai d'examen de deux ans.

Les mêmes entraînements de retards paralysent la Commission des recours où la procédure a aussi une durée de deux ou trois ans¹⁷.

Jusqu'à la décision définitive, la procédure a une durée totale de cinq ou six ans¹⁸.

Un développement similaire se montre en Allemagne:

Le stock de l'Office fédéral [BAFI] augmentait entre décembre 1991 et décembre 1992 de 160 265 à 430 000 dossiers¹⁹. En 1992 150 000 recours administratifs contentieux étaient en instance²⁰. En moyenne la procédure ordinaire de demande d'asile durait en 1991 trois ans²¹.

En outre, l'accroissement du nombre des demandeurs d'asile est causé par des solliciteurs qui déposent une seconde demande²². La longue durée et l'octroi du droit de séjour sont ainsi une invitation pour ceux qui n'espèrent pas bénéficier du statut de réfugié mais qui veulent immigrer²³. Sans doute les agents de l'OFPPRA sont appelés à détecter les demandeurs abusifs. Mais comme leur mission originelle est de protéger et de défendre les réfugiés, ils ne sont pas préparés pour cette sorte de travail et pas aptes pour une meilleure exécution.

Finalement la longue durée rend difficile le renvoi des demandeurs déboutés. L'intégration a souvent déjà commencé. Les enfants sont scolarisés, les demandeurs sont peut-être mariés et ils ont trouvé du travail et un logement²⁴. Alors beaucoup d'eux préfèrent rester en France ou en Allemagne, même dans la clandestinité avec un travail au noir et une marginalisation²⁵.

¹⁶ Norek/ Doublet, p. 95 .

¹⁷ Tiberghien, p. 32 .

¹⁸ Norek/ Doublet, p. 95 .

¹⁹ Bielmeier/ Stein, p. 8 .

²⁰ Bielmeier/ Stein, p. 9 .

²¹ Reermann, p. 19 .

²² Norek/ Doublet, p. 96 .

²³ Berais, p. 144 .

²⁴ Norek/ Doublet, p. 99 .

²⁵ Reermann, p. 19 .

2. LE CHANGEMENT DE PERCEPTION DES BASES JURIDIQUES ADMISES DU DROIT D'ASILE

Il n'y a pas une seule définition précise et obligatoire du droit d'asile en France. D'un côté il y a le réfugié qui s'appuie sur la Convention de Genève de 1951. De l'autre côté le Préambule de la Constitution française contient un principe qui accorde aussi un droit d'asile. Alors il y a différentes bases juridiques pour conférer le droit d'asile. Toutes les deux sont en vigueur et elles sont en regard l'une de l'autre.

Le principe du Préambule de 1946

Le quatrième alinéa du Préambule de 1946 dispose que "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République."

Ce principe est reçu par la Constitution actuelle en vertu du Préambule de 1958. Là, il est dit au premier alinéa: "Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'Homme [...] tels qu'ils sont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946."

Il reste à savoir quelle est la valeur de ce principe.

La jurisprudence accepte une valeur constitutionnelle des principes du Préambule depuis la décision DC 71-44 en 1971²⁶. Le Conseil Constitutionnel [CC] a examiné la constitutionnalité des lois simples en les mettant en rapport avec les principes du Préambule. Par là, il a reconnu directement leur valeur constitutionnelle (DC 80-116 et DC 86-216)²⁷.

Par contre le Conseil d'Etat [CE] a constaté que les principes du Préambule sont des principes simples, mais comme ils sont écrits dans la Constitution ils devaient avoir une valeur constitutionnelle.

Alors on peut apercevoir que le droit d'asile qui vient du Préambule n'est pas un simple droit, mais un principe d'une valeur constitutionnelle.

Mais quelle est la portée de ce principe?

La jurisprudence française considère que le principe n'est pas assez précisé²⁸. Il est considéré comme trop flou et par suite il a besoin d'être interprété par d'autres textes (CE-France-Terre d'asile, 27 septembre 1985). Le Conseil Constitutionnel supporte cette opinion jusqu'à sa décision DC 86-216: Le principe peut seulement entrer en vigueur en étant interprété par les conventions et traités internationaux (c'est-à-dire par art.55 de la Constitution française)²⁹.

²⁶ Favoreu/ Philip, Conseil Constitutionnel, p. 123 s..

²⁷ Favoreu/ Philip, Les grandes déc. du CC, p. 851, n° 37.

²⁸ Favoreu/ Philip, Les grandes déc. du CC, p. 851, n° 37.

²⁹ R. Chapus, Droit ad. général T1, p. 37, n° 63-1.

Ce jugement est contesté par certains auteurs de la doctrine juridique. René Chapus considère le principe aussi comme "imprécis". Selon lui, il doit être concrétisé par la loi n° 52-893 portant la création de l'OFPPA³⁰. Au contraire, Tiberghien soutient l'opinion que le droit d'asile nécessite beaucoup moins de précision que les autres droits mentionnés dans le Préambule pour devenir effectif (comme par exemple le droit de grève). Il développe sa valeur par soi-même, c'est-à-dire par son importance élémentaire. En plus, la Convention de Genève n'est pas applicable sur la question du droit d'asile parce qu'elle ne l'épuise pas³¹.

Ensuite le Conseil Constitutionnel change son jugement dans la récente décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 (décision relative à ladite "loi Pasqua"). Là, il considère que le droit d'asile est un droit fondamental doté d'un contenu normatif³²: "un droit qui est propre à certains, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de 1946"³³.

En outre, il ajoute que "les étrangers [peuvent] se prévaloir de l'application directe du quatrième alinéa"³⁴. Par cette constatation le Conseil Constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du droit d'asile. Il souligne le caractère personnel, mais il fait aussi référence aux traités et conventions internationaux: "si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle". Mais toutes les réglementations doivent être en vue de rendre le droit d'asile plus effectif.

De plus, le Conseil censure l'article 24 de la loi Pasqua prévoyant qu'un demandeur d'asile ne peut plus saisir l'OFPPA lorsque sa demande incombe à la compétence d'un autre Etat à cause des traités internationaux ou lorsque sa demande est refusée dans un de ces Etats. Le Conseil juge que quelles que soient les conditions d'application des Conventions de Schengen et Dublin la République Française a le devoir d'assurer sur son territoire le respect du droit d'asile³⁵.

En outre la loi Pasqua admet le pouvoir pour l'administration (la police et la Préfecture) d'exercer des contrôles préalables. L'admission au séjour doit être refusée si le demandeur est démuné des documents. Le Conseil Constitutionnel censure cette disposition parce qu'il est impossible d'exécuter des contrôles préalables dès lors que l'étranger invoque le Préambule. Il doit rester possible de saisir l'OFPPA. L'admission au séjour ne peut pas être refusée au seul motif que le solliciteur est démuné des documents et des visas³⁶.

Selon certains auteurs, cette décision du Conseil Constitutionnel est juste et logique parce que la loi Pasqua veut supprimer le jeu de la réserve nationale en

³⁰ R. Chapus, *Droit ad. général* T1, p. 38, n° 63-2.

³¹ Tiberghien, p. 62.

³² Teitgen-Colly, *AJDA* 1994, 103.

³³ J.O., 18 août 1993, p. 11722.

³⁴ J.O., 18 août 1993, p. 11728.

³⁵ Favoreu/Philip, *Les grandes déc. du CC*, p. 851, n° 36s.

³⁶ Génévois, *RFDA* 1993, 884.

matière du droit d'asile. Or, c'est justement cette disposition qui a permis au Conseil de déclarer les accords de Schengen conformes à la Constitution³⁷.

La Convention de Genève

La Convention de Genève est l'autre source juridique du droit d'asile en France. Elle est négociée et ratifiée selon une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 juillet 1951. Son but principal est la protection de "toute personne, qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...]". En créant cette notion, la Convention préserve en même temps la souveraineté et l'autonomie des Etats signataires, parce qu'elle ne confère pas de droits par elle-même³⁸. La seule obligation qu'elle donne est l'interdiction de sanctionner le réfugié qui est entré irrégulièrement et de le renvoyer vers des pays où il peut craindre des persécutions. A part cela il reste aux Etats à remplir les conditions qui concernent le statut de réfugié.

La France a ratifié la Convention de Genève par la loi du 17 mars 1954. L'application nationale s'exerce par article 55 de la Constitution³⁹: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application de l'autre part."

La Convention est complétée par le Protocole de New York en date du 31 janvier 1967.

La distinction du demandeur d'asile et du réfugié

Pour comprendre le dilemme dans lequel la jurisprudence française se trouve il faut se demander s'il y a une différence entre le demandeur d'asile et le réfugié. Est-ce qu'il existe en fait deux statuts différents?

Premièrement les deux concepts ont leurs origines dans différents textes. Donc ils sont différents.

Deuxièmement ils sont différemment définis. Le demandeur d'asile qui se réclame du Préambule doit avoir des raisons politiques alors que la Convention de Genève accepte aussi des raisons raciales, sociales et religieuses. Le Préambule exige une action du solliciteur, c'est-à-dire une activité politique. Selon la Convention des opinions suffisent. L'action du demandeur d'asile doit être "en faveur de la liberté" alors que la Convention ne demande pas d'intention. Finalement la persécution doit être réelle selon le Préambule. De l'autre côté, une crainte fondée d'une persécution suffit. Pour résumer, la définition du Préambule est plus stricte et étroite. Elle a plutôt un caractère actif-militant que la notion de la Convention de Genève.

³⁷ Rousseau, La Libération, 8 septembre 1993 ; Génésiois, RFDA 1993, 884 .

³⁸ Teilgen-Colly, AJDA 1994, 99 .

³⁹ Morand-Deville, Chapitre IV-1 1 .

Dernièrement les effets juridiques sont divers. Le Préambule confère un droit de séjour. La Convention accorde ce droit seulement indirectement par l'ordre impératif de "non-refoulement".

Tiberghien appuie ces thèses: la notion de droit d'asile est plus politique et pour être reconnu comme demandeur d'asile les critères sont plus durs. C'est pourquoi on devrait traiter différemment demandeurs d'asile et réfugiés. Finalement Tiberghien exige que le législateur précise le droit d'asile⁴⁰.

Favoreu considère le droit d'asile comme un droit flou à faible contenu, parce qu'il est atténué par les exigences de l'ordre public⁴¹.

Pour conclure, on peut constater qu'il existe une différence conceptuelle entre le demandeur d'asile et le réfugié⁴².

Mais comme le Conseil Constitutionnel a jugé dans sa décision n° 93-325 DC que le quatrième alinéa du Préambule est le fondement constitutionnel du droit d'asile, il existe une ambiguïté juridique en cette matière.

D'une part, il faut respecter l'obligation constitutionnelle de traiter chaque demande invoquant le Préambule. D'autre part, les exigences européennes visent à empêcher la duplication des demandes et à déléguer les compétences en plan européen. Pour surmonter la crise actuelle il faut dénouer cette controverse.

L'article 16, alinéa 2, phrase 2 de la Constitution allemande

Avant la révision, c'est l'art. 16, alinéa 2, phrase 2 de la Constitution (GG) qui constitue la base juridique en Allemagne: "Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile."

Comme droit fondamental cet article constitue un droit subjectif, c'est à dire le persécuté politique a droit à l'octroi de l'asile par la République fédérale d'Allemagne⁴³. Le droit d'asile se fonde sur la conviction qu'aucun Etat n'a le droit de blesser ou de mettre en danger le corps, la vie ou la liberté personnelle d'un particulier à cause de ses opinions politiques ou religieuses⁴⁴. Donc, le droit national d'asile de l'Allemagne dépasse les garanties du droit international d'asile qui ne donnent pas le droit à l'octroi d'asile.

Comme seulement un examen peut prouver si un demandeur remplit les conditions d'un persécuté politique le droit fondamental entraîne des garanties procédurales⁴⁵. Grâce à celles-ci, le demandeur d'asile jouit d'un droit provisoire de demeurer sur le territoire. De plus, il peut en tout cas revendiquer une vérification détaillée devant le tribunal administratif⁴⁶. A partir de l'année 1992, pendant laquelle 438 000 personnes ont demandé asile, le législateur allemand tâche de restreindre ces garanties procédurales.

⁴⁰ Tiberghien, p. 57s.

⁴¹ cf. Génévois, RFDA 1993, 882s.

⁴² Rousseau, RDP 1993, 52.

⁴³ Katz, n° 834.

⁴⁴ BVerfGE 80, 315 (333).

⁴⁵ Gusy, Jura 1993, 506.

⁴⁶ Schoch, DVBl 1993, 1161.

3. UNE RÉVISION DES CONSTITUTIONS COMME UN NOUVEAU CHANGEMENT DES BASES JURIDIQUES, PEUT-ELLE APPORTER UNE SOLUTION?

En Allemagne, déjà en 1980 quand le nombre des demandeurs d'asile dépasse pour la première fois 100 000 personnes, la discussion sur une révision constitutionnelle à propos de l'art.16, alinéa 2, phrase 2 de la Constitution commence. Le résultat de cette discussion est alors l'adoption de la loi concernant la procédure de demande d'asile en 1982. Quand en 1986 le nombre des demandes d'asile augmente de nouveau, le débat est rouvert et continue jusqu'à présent. Grâce à plusieurs amendements de la loi concernant la procédure de demande d'asile, le législateur essaie de maîtriser le problème sans toucher la Constitution. Par la dernière modification de cette loi en juin 1992 on tente de simplifier le recours administratif, d'accélérer la procédure et de restreindre la voie judiciaire. A cette fin le législateur a même créé un droit procédural spécial.

Mais à cause d'un nouvel accroissement des demandes d'asile les nouvelles lois ne s'accompagnent pas d'un allègement. Quand à la fin de l'année 1992 477 570 demandes sont en attente, le législateur est convaincu qu'un amendement des lois sans révision constitutionnelle ne suffit plus. Car seulement une révision constitutionnelle permet de restreindre les garanties procédurales résultant de l'art.16, alinéa 2, phrase 2 GG. Donc, une seule modification des lois n'est plus considérée comme une alternative à la révision constitutionnelle.

Aussi en France, les problèmes juridiques et politiques aggravent la crise du droit d'asile. La perplexité s'accroît encore et des voix s'élèvent pour demander une révision de la Constitution.

Mais une révision de la Constitution, peut-elle apporter une solution à la crise?

Oui, disent les uns, il y a le risque d'un collapsus de l'OFPRA et d'un "débordement des demandeurs d'asile"⁴⁷. Les contrôles aux frontières sont en train d'être supprimés et donc la France doit s'adapter à cette situation nouvelle. C'est à cette raison que le système Schengen est développé. Il doit être possible que la République française déboute des demandeurs d'asile lorsque leurs dossiers sont déjà statuéés dans un autre pays signataire de Schengen⁴⁸. Il faut changer la Constitution et abolir la réserve nationale. Seulement une révision rendrait possible l'entière participation de la France aux accords de Schengen. En outre une application restrictive du droit d'asile serait une avance pour l'harmonisation européenne. Si la France n'a plus l'obligation d'examiner toutes les demandes, elle pourrait déléguer des compétences aux autres Etats. Cela serait un grand progrès vers l'harmonisation.

La suppression des contrôles aux frontières pose encore un autre problème. S'il n'y a pas d'application restrictive, le libre accès et la libre circulation vont

⁴⁷ Pierre Méhaignerie, Le Monde, 29 octobre 1993 .

⁴⁸ Bordy, Le Monde, 28 août 1993 .

provoquer un afflux des demandeurs d'asile et des autres étrangers. Ce fait contraindrait le gouvernement à mettre en place des "centres de rétentions" pour éviter que les gens ne "s'évanouissent dans la nature"⁴⁹.

On pouvait entendre les mêmes arguments en Allemagne. Comme la France, l'Allemagne considère la révision constitutionnelle comme la seule possibilité d'abolir sa réserve nationale qui résulte de l'art.16, alinéa 2, phrase 2 de la Constitution (GG).

Mais il y a aussi de nombreux adversaires à la révision constitutionnelle. Ils ne l'estiment pas nécessaire pour une meilleure prise en compte de Schengen car le Conseil Constitutionnel a déjà jugé qu'aucune disposition de ces accords est contraire à la Constitution⁵⁰. Alors il n'est pas nécessaire de réformer la Constitution pour assurer une meilleure application des traités et accords internationaux. En plus, il existe déjà deux normes du droit interne à cet effet: l'article 55 de la Constitution et une disposition du Préambule⁵¹. Ces normes du droit interne garantissent la meilleure application et en outre il apparaît exagéré de réformer la Constitution à cause d'un seul accord. Cette logique entraînerait une révision à chaque nouveau traité.

Une libération de la France de l'obligation de conférer l'asile à chaque persécuté politique viderait ce droit de sa valeur. Cela signifierait une rupture de la tradition française comme "terre d'asile" qui existe depuis 1789⁵². Il est inacceptable de priver d'un droit des personnes de bonne foi parce qu'il y a des fraudeurs. Accorder un droit d'asile est toujours aussi une question de générosité. Le problème le plus grave est l'immigration clandestine et pas le droit d'asile parce qu'il n'y a pas de normes convenables concernant l'immigration. En plus les demandeurs d'asile qui se prévalent du Préambule sont très peu nombreux. Alors il fallait prendre des mesures appropriées contre l'immigration clandestine mais pas contre les réfugiés qui ont des motifs fondés. Restreindre le droit d'asile serait une mesure incorrecte qui toucherait de même les personnes étant véritablement persécutées. Selon plusieurs opposants à une révision toute la discussion sert seulement à détourner des vrais problèmes⁵³.

Un autre argument contre une telle révision est l'incertitude sur les garanties accordées par l'autre pays.

Comme la France a signé la Convention de Genève elle est forcée de respecter l'obligation de "non-refoulement". Pour cette raison, elle peut seulement expulser un réfugié vers un autre Etat si celui-ci garantit une procédure effective⁵⁴. Mais au cas où cet Etat tiers a aussi une réserve de refoulement vers un quatrième pays, un refoulement en chaîne s'engage. L'obligation de "non-refoulement" serait écarté.

En ce qui concerne la véritable entrée dans la Constitution, il y a aussi de nombreuses voix opposées. Ils disent que le fait d'entrer est cosmétique car en

⁴⁹ P. Méhaignerie, *Le Monde*, 23 octobre 1993 .

⁵⁰ D. Rousseau, *La Libération*, 8 septembre 1993 .

⁵¹ D. Rousseau, *La Libération*, 8 septembre 1993 ; P. Mazeaud, *Le Monde*, 28 octobre 1993 .

⁵² Luchaire, *Le Monde*, 28 août 1993 .

⁵³ Le CSDA dans sa "Lettre ouverte", *Le Monde*, 25 octobre 1993 .

⁵⁴ Amnesty International, *Le Monde*, 25 octobre 1993 .

réalité le droit perdrait de valeur. Plusieurs sont d'avis que la crise pourrait être vaincue aussi par une simple modification de la loi. On pourrait trouver une solution en renforçant les moyens de l'OFPRA. L'examen pourrait s'accélérer et les agents pourraient statuer sur le bien-fondé en procédure sommaire. On pourrait refuser les réfugiés qui se réclament de la Convention de Genève selon les accords de Schengen. Mais de l'autre côté les réfugiés qui se prévalent du Préambule pourraient déposer une demande. L'examen de leurs dossiers serait garanti et la tradition libérale serait conservée.

On pourrait aussi dresser des listes des pays dont les ressortissants ne pourraient pas demander l'asile parce qu'il n'y a plus de persécution politique⁵⁵.

Mais les partisans d'une révision constitutionnelle ont objecté qu'une telle mesure exigeait une autorisation constitutionnelle, comme en Allemagne⁵⁶.

⁵⁵ Favoreu, Le Figaro, 3 septembre 1993 .

⁵⁶ Favoreu, Le Figaro, 23 septembre 1993 .

CHAPITRE II: LES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

1. LE TITULAIRE DU DROIT D'ASILE: LE DROIT D'ASILE, EST-IL UN DROIT SUBJECTIF OU OBJECTIF ?

Le nouvel article 16a de la Constitution allemande (GG) énonce ce qui suit:

Article 16a:

(1) Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile.

(2) L'alinéa premier ne peut être évoqué par celui qui vient d'un Etat membre des Communautés européennes ou d'un autre Etat tiers dans lequel est assuré le respect de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les Etats non membres des Communautés européennes remplissant les conditions posées par la phrase 1 seront déterminés par une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat.

Dans les cas définis par la phrase 1, des mesures mettant fin au séjour peuvent être exécutées indépendamment du recours engagé contre elles.

(3) Une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat peut déterminer les Etats dans lesquels il paraît assuré, sur la base du contenu du droit, de l'application du droit et des circonstances politiques générales, qu'il n'y a ni persécution politique, ni traitements ou punitions inhumains ou dégradants.

Un étranger originaire d'un tel Etat n'est pas considéré comme persécuté politique à moins qu'il ne produise des faits dont il découle que, contrairement à cette présomption, il est politiquement persécuté.

(4) Le sursis à l'exécution des mesures mettant fin au séjour ne pourra être prononcé dans les cas prévus à l'alinéa 3 et dans les autres cas de demandes manifestement infondées ou considérées comme manifestement infondées que s'il existe des doutes sérieux sur la régularité de la mesure; l'étendue du contrôle peut être restreinte et les moyens tardifs peuvent être écartés.

Les modalités doivent être réglées par la loi.

(5) Les alinéas 1 à 4 ne font pas obstacles à l'application des traités internationaux conclus par des Etats membres des Communautés européennes entre eux et avec des Etats tiers, qui fixent des règles des compétences pour l'examen des demandes d'asile, y compris la reconnaissance mutuelle des décisions prises en matière d'asile, dans le respect des obligations découlant de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le respect doit être assuré dans les Etats parties à ces traités.

Dans le titre VI de la Constitution française: "Des traités et accords internationaux", il est ajouté un article 53-1 ainsi rédigé:

Art. 53-1.- La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

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

Alors que l'Allemagne a maintenu dans le premier alinéa de l'art.16a le droit fondamental d'asile comme **droit subjectif**, la révision constitutionnelle en France a pour corollaire que le droit subjectif à l'asile résultant du Préambule de 1946 et confirmé par le Conseil Constitutionnel dans la décision n° 93-325 DC, est transformé en **droit objectif**. En ce qui concerne l'Allemagne, le droit d'asile, malgré droit subjectif, est restreint par la clause "d'Etat tiers protecteur" de l'alinéa 2, par la conception des "pays de provenance sûr" de l'alinéa 3 (et 4) et par l'alinéa 5 qui permet la participation au système Schengen sans réserve nationale.

Le **titulaire** du droit d'asile allemand est le persécuté politique. Dans la Constitution française, la notion de persécuté est mentionnée.

L'article 1A de la Convention de Genève définit la notion de réfugié. Cette définition sert à examiner le bien-fondé et à constater le statut de réfugié en droit interne.

Pour la France le législateur s'est servi de cette notion pour rédiger la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 qui fixe les règles d'octroi du droit d'asile en France.

Le titulaire du droit d'asile français est donc le réfugié de l'art.1A de la Convention de Genève.

La notion de persécuté politique de l'art.16a de la Constitution allemande constitue un concept juridique indéterminé du droit allemand dont le contenu n'est pas précisé par la loi³⁷. Pour cette raison la notion de persécuté politique est interprétée à l'aide de l'art.1A de la Convention de Genève³⁸ ce qui est possible car celui-ci contient tous les cas imaginables d'une persécution politique³⁹. Malgré que la notion de persécuté politique de l'art.16a de la Constitution allemande et la notion de réfugié de l'art.1A de la Convention ne soient pas identiques⁴⁰, l'article 1A de la Convention constitue aussi pour l'Allemagne la base d'interprétation de l'art.16a, alinéa 1.

³⁷ Köfner/Nicolaus, ZAR 1986, 11.

³⁸ BVerwGE 49, 202 (204); BVerwGE 67, 184 (185).

³⁹ Maunz/ Dürig, Art.16, n° 2.

⁴⁰ Köfner/Nicolaus, ZAR 1986, 11; Roth, ZAR 1988, 165.

Pour être reconnu comme **réfugié** selon l'article 1A de la Convention de Genève le demandeur d'asile doit remplir quatre conditions principales.

(1) Premièrement la personne doit être exposée aux risques de persécution⁶¹.

Une persécution est un traitement injuste et cruel infligé avec acharnement. Elle doit être réelle ou "crainte avec raison". En France, il n'est pas nécessaire que le demandeur arrive directement du pays qu'il fuit sans avoir séjourné plus de trois mois dans un autre pays susceptible de lui accorder l'asile ou une protection⁶². Ce fait est une condition exigée dans plusieurs pays européens⁶³.

Mais de plus, la Commission des recours permet au demandeur d'asile de se prévaloir de la menace des persécutions à venir. Par conséquent, une personne peut être reconnue en faisant état des menaces qui pèsent sur elle à cause des activités qu'elle entreprend depuis son entrée en France. Donc les menaces qui sont créées après le départ de son pays sont reconnues en France⁶⁴. Mais la Commission des recours ne les accepte pas tout de suite. Etant plus restrictive, elle demande au solliciteur de prouver le rapport entre ses craintes actuelles et les faits lointains⁶⁵. En outre, il est nécessaire d'avoir entrepris une activité réellement militante en France. La seule adhésion à un parti opposant au régime du pays d'origine ne suffit pas⁶⁶.

Pour l'Allemagne, les menaces que le demandeur a reçues après le départ de son pays à cause de ses activités en Allemagne provoquent seulement la reconnaissance si ces activités sont l'expression d'une conviction qu'il a déjà eue et formulé dans son pays d'origine⁶⁷.

Les agressions doivent résulter d'un acte de l'Etat. Ce sont les autorités publiques qui doivent être à l'origine des attaques et des violements contre les individus.

Longtemps la jurisprudence française persistait sur cette opinion. Une persécution qui n'émane pas d'autorités publiques ne peut pas ouvrir droit à la qualité de réfugié⁶⁸. Mais maintenant ils ont accepté qu'une répression peut également se produire par les autorités militaires et non-étatiques. Si des mauvais traitements sont répétés et systématiquement organisés contre une minorité, il faut les reprocher aux autorités publiques⁶⁹. Car une minorité ne peut faire l'objet des répressions qu'en raison de la passivité complaisante de l'autorité publique. Cette autorité rate sa mission de garantir les droits de chaque individu; et de cette passivité et indifférence résulte la possibilité que quelqu'un peut empiéter sur les droits d'un autre.

⁶¹ Norek/Doublet, p. 51s.

⁶² CE 16 janvier 1981, Dalloz 1981, 250.

⁶³ Guimezanes, p. 101, n° 193.

⁶⁴ Tiberghien, p. 91.

⁶⁵ Tiberghien, p. 92.

⁶⁶ CE Nourani, 6 mai 1985, cf. Tiberghien, p. 389.

⁶⁷ BVerwGE 74, 51 (57s.).

⁶⁸ CE Zaounde, 1er février 1977, cf. Tiberghien, p. 393.

⁶⁹ Guimezanes, p. 101, n° 193.

C'est la même situation juridique si les cas des actions sont menés par des groupes d'origine inconnue ou dont les liens avec les autorités publiques ne sont pas établis. Là aussi, les actes de violences sont à mettre au compte des autorités publiques.

Mais au contraire, les partis politiques en opposition, les groupes qui se livrent une guerre civile, les malfaiteurs qui commettent des agissements criminels et les extrémistes ne sont pas considérés comme engageant les autorités publiques. Donc une persécution qui est menée par ces auteurs ne permet pas d'obtenir la condition du droit d'asile.

Pour l'Allemagne aussi une intervention de l'Etat est exigée⁷⁰. Une intervention provient directement de l'Etat si une partie de la puissance étatique (le pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire) exerce la persécution⁷¹. L'acte doit être si intense qu'il constitue une atteinte aux biens protégés par les dispositions légales (comme par exemple le corps, la vie et la liberté personnelle)⁷². L'intervention peut aussi venir indirectement de l'Etat, s'il incite par exemple des particuliers ou des groupes à prendre des mesures de persécution contre quelqu'un ou s'il soutient ou approuve un tel acte. De cette manière, il refuse la protection au persécuté. Comme pour la France, ce comportement des particuliers est donc attribué à l'Etat⁷³.

(2) Les motifs de persécution:

La persécution doit être fondée sur l'un de cinq motifs prévus par la Convention de Genève. Elle énumère cinq situations qui sont susceptibles d'être reconnues: l'appartenance à un groupe social, la nationalité, les opinions politiques, la race et la religion (art. 1 A de la Convention de Genève).

(3) La persécution doit être crainte avec raison (art. 1A-2 de la Convention de Genève).

Le demandeur doit montrer le bien-fondé de ses craintes en prouvant les persécutions qu'il peut redouter en cas de retour dans son pays. La preuve peut être composée de la correspondance privée des membres de la famille restant dans le pays d'origine. Ou elle peut bien sûr consister en la correspondance privée postérieure à la demande, des certificats médicaux et des articles de journaux s'ils mentionnent expressément le nom du requérant.

Beaucoup d'auteurs en France ont contesté cet exigence de preuve ainsi mise à la reconnaissance de la qualité de réfugié parce que ce fait n'est pas prévu par la Convention de Genève⁷⁴. Mais il faut considérer que cette Convention n'est pas applicable par elle-même en droit interne, mais de la façon qu'elle est introduite dans le droit français. En rapport avec la loi n° 52-893, il est possible qu'on ajoute des exigences en droit interne qui ne déforment pas les dispositions de la

⁷⁰ Schenk, Rdar. 55 .

⁷¹ Maunz/ Dürig, Art. 16, n° 60 .

⁷² Leibholz, Art. 16, n° 25 .

⁷³ Maunz/Dürig, Art. 16, n° 61 .

⁷⁴ Tiberghien, p.88 .

Convention. Le Conseil d'Etat a confirmé le bien-fondé de l'interprétation de la Convention⁷⁵.

En Allemagne, la crainte de persécution est aussi fondée si elle est une menace très vraisemblable⁷⁶. Il faut tenir compte des indices dans la situation individuelle du demandeur et la situation générale dans son pays qui dénotent une persécution imminente⁷⁷.

(4) A la fin le solliciteur ne doit pas pouvoir ou vouloir se réclamer de la protection de son pays d'origine (ou l'apatride de son pays de résidence permanente).

Normalement cette condition est presque automatiquement remplie si des craintes de persécution sont établies. En outre l'OFPRO dispose presque d'aucune indication sur le degré de protection. Cette exigence a seulement une faible importance par rapport avec les autres⁷⁸.

La **guerre civile** est une lutte armée entre des groupes et des citoyens d'un même Etat. Les dangers résultant de la guerre civile ne constituent pas de persécutions au sens de la Convention de Genève. Comme montré ci-dessus, les autorités publiques ne disposent plus de pouvoir et en conséquence ils n'ont plus d'autorité ou de puissance pour commettre des actes de violence⁷⁹. La guerre civile caractérise l'incapacité des autorités légales à exercer leur contrôle. Mais quand même il faut prendre en considération que la situation de guerre civile n'est pas exclusive de toute persécution de l'Etat. Il est possible que des persécutions émanant des groupements armés ou des milices peuvent être encouragées ou volontairement tolérées par les autorités publiques. Ceux-ci pourraient intervenir mais malgré cette possibilité ils ne le font pas. Donc le fait d'une persécution est donné⁸⁰.

Tiberghien plaide pour une interprétation plus souple. Cela permettrait de contourner la difficulté qui consiste à fixer une frontière claire entre la persécution émanant des autorités d'un pays en crise et les simples conséquences d'une situation de guerre civile. Selon lui, l'interprétation souple permettrait aussi de rendre plus homogène le traitement des affaires entre l'Europe et l'Afrique⁸¹.

La reconnaissance du statut de réfugié exige une persécution personnelle. Pour cette raison, la **détermination de groupe** pose des problèmes.

En ce point la Commission des recours et le Conseil d'Etat ne veulent pas conférer une valeur juridique à la seule appartenance à un groupe persécuté. Une telle appartenance ne suffit pas à justifier l'admission au statut de réfugié.

⁷⁵ CE 13 mars 1981.

⁷⁶ Pieroth/ Schlink, n° 1067 b ; Frowein / Zimmermann, p. 14.

⁷⁷ Mauenz/ Dürig, Art.16, Rn. 51.

⁷⁸ Tiberghien, p. 96/ 97.

⁷⁹ CE Nadjarian, 13 juillet 1976, cf. Tiberghien, p. 355.

⁸⁰ Leibholz, Art. 16, n° 31.

⁸¹ Tiberghien, p. 100.

Selon ce jugement l'appartenance à un groupe ne compte pas comme motif de persécution.

Cependant la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour administrative fédérale estiment que si tout un groupe est persécuté et que ses membres sont liés par des marques communes (par exemple la race, la religion,...) on peut présumer que la persécution est dirigée vers chaque membre de ce groupe⁸². Donc, une telle persécution de groupe n'empêche pas la reconnaissance d'un seul membre comme bénéficiaire du statut.

Il y a des exclusions du bénéfice du statut de réfugié.

Premièrement est exclu celui qui bénéficie déjà d'une protection d'une organisation internationale autre que le Haut-commissariat des Nations Unies (art. 1D de la Convention de Genève).

Deuxièmement est exclu qui a commis un crime contre la paix, un crime de guerre, contre l'humanité ou un crime grave de droit commun et contraire aux buts et aux principes des Nations Unies (art. 1F de la Convention de Genève).

Troisièmement est aussi exclu qui satisfait les motifs de cessation et de déchéance de la qualité de réfugié. Lorsque la personne se réclame volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité ou lorsqu'elle recouvre volontairement sa nationalité d'origine après l'avoir perdue, elle peut être refusée. Le réfugié est aussi refusé s'il a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du nouveau pays. De même il est débouté s'il est retourné volontairement s'établir dans le pays qu'il a quitté ou même si les circonstances ont changé (art. 1C de la Convention de Genève).

Une exclusion du statut arrive lorsque la personne l'a obtenu frauduleusement, c'est-à-dire sur la base de déclarations mensongères ou d'une fausse identité.

Depuis les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne, ne sont plus reconnus ceux, qui ont déjà déposé une demande dans un autre pays signataire de Schengen ou qui incombent à la compétence d'un autre "pays Schengen" parce qu'ils sont y entrés d'abord. Mais ce fait nécessite encore que les accords entrent en vigueur après leurs ratifications récentes.

A cause de la révision de la Constitution, la République française n'a plus l'obligation de statuer sur chaque dossier, mais seulement sur ceux qui sont entrés au territoire des "pays Schengen" par la France. L'obligation de l'octroi du droit d'asile est changée en une possibilité.

Deux nouvelles catégories de demandeurs d'asile sont créées par le nouvel art. 16a de la Constitution allemande: ceux qui viennent d'un "Etat de premier accueil" et ceux qui viennent d'un "pays de provenance sûr".

Pour diminuer le grand nombre de demandeurs d'asile, le constituant allemand a créé -dans l'alinéa 2 de l'art. 16a- la clause "**d'Etat de premier accueil**". Il exclut des bénéficiaires du droit d'asile ceux qui viennent des onze autres Etats de la Communauté européenne et des Etats tiers respectant la Convention de Genève et la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette idée a pour corollaire que les réfugiés qui ont traversé un Etat de la Communauté ou un

⁸² Pieroth/ Schlink, Rn. 1068 ; BVerfGE 54, 341 (358) ; BVerwGE 67, 314 (315) .

"Etat tiers protecteur" avant d'entrer dans le territoire allemand ne peuvent plus invoquer le droit d'asile.

Cette nouvelle clause repose sur la conception "d'une autre protection" contre la persécution⁸³. Cette conception n'est pas seulement reconnue dans le droit allemand, mais aussi dans le domaine de la Convention de Genève⁸⁴.

En vertu du caractère subsidiaire de la loi fondamentale d'asile le concept "d'une autre protection" signifie qu'un persécuté politique profitant déjà de la protection d'un Etat tiers ne jouit plus du droit d'asile en Allemagne⁸⁵. Selon la jurisprudence de la Cour administrative fédérale "une autre protection" suppose que la fuite a pris fin dans l'Etat tiers de façon qu'une relation de cause à effet entre la fuite et l'entrée en Allemagne ne peut plus être établie⁸⁶ - ce qu'il faut vérifier par un examen individuel⁸⁷. Avec le nouveau règlement le seul passage par un "Etat de premier accueil" implique la protection par lui (donc "une autre protection"), parce que le réfugié a eu la possibilité d'y solliciter l'asile. Pour cette raison il n'a plus le droit de demander d'asile de façon préférentielle. Il n'a plus le choix entre l'Allemagne et l'autre pays⁸⁸. Au contraire, le réfugié aurait maintenant le devoir de demander l'asile dans le premier Etat où cela lui serait possible⁸⁹.

Par une loi qui requiert l'approbation de la 2^{ème} chambre, le législateur allemand a établi une liste des Etats tiers respectant la Convention de Genève et la Convention européenne des Droits de l'Homme qui sont considérés comme protecteurs. Actuellement cette liste contient l'Autriche, la Suisse, la Pologne, la République tchèque, la Norvège, la Suède et la Finlande⁹⁰.

Comme l'Allemagne est maintenant entourée exclusivement d' "Etats de premier accueil", un "cordon sanitaire" est créé autour d'elle⁹¹.

Pour l'application de l'alinéa 2 de l'art. 16a, il faut qu'un Etat n'ait pas seulement ratifié la Convention de Genève et la Convention des Droits de l'Homme, il faut aussi qu'il les observe effectivement pour qu'il puisse être inscrit dans la liste des "Etats de premier accueil".

L'article 33 de la Convention de Genève interdit le renvoi d'un réfugié dans son pays d'origine s'il y est menacé par un danger pour sa vie ou sa liberté pour des motifs politiques. Il est reconnu que cet article protège aussi contre le refoulement vers un autre pays si on doit craindre la réexpédition au pays d'origine par celui-ci⁹².

L'art. 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme interdit la torture et le traitement inhumain ou humiliant. Il ne comprend pas seulement des interventions directes de l'Etat mais il prohibe aussi un comportement d'une

⁸³ Schoch, DVBl 1993, 1162.

⁸⁴ Renner, ZAR 1993, 119.

⁸⁵ Gusy, Jura 1993, 509.

⁸⁶ BVerwGE 49, 347 (351).

⁸⁷ Bethäuser, ZAR 1993, 169.

⁸⁸ Hailbronner, ZAR 1993, 112.

⁸⁹ BT-DR 12/ 4450, S.20; Gusy, Jura 1993, 509.

⁹⁰ cf. Anlage I zu § 26a AsylVG.

⁹¹ Welte, BWVP 1993, 102.

⁹² Bierwirth / Göbel-Zinuncermann, ZRP 1992, 273.

manière qui rend possible le mauvais traitement d'une personne par un tiers (par ex. par un refoulement)⁹³.

Ces deux normes du droit international public garantissent l'interdiction de refouler directement ou indirectement les étrangers vers leurs pays d'origine et c'est pourquoi le législateur allemand détermine les Etats respectant les deux Conventions comme des "Etats de premier accueil"⁹⁴.

Deuxièmement le constituant allemand a introduit la réglementation spéciale des "pays de provenance sûrs".

Le troisième alinéa de l'article 16a de la Constitution allemande permet au législateur d'établir une liste d'Etats pour lesquels il y a présomption d'absence de persécution politique et de punition ou de traitement inhumain et humiliant à cause de la situation juridique, de l'application du droit commun et des circonstances politiques générales. Il est nécessaire que la persécution politique puisse être exclu dans tout le pays⁹⁵. Les critères suivants font fonction des indices pour l'exclusion d'une persécution politique:

- le taux de reconnaissance comme bénéficiaires du droit d'asile pendant les années passées en Allemagne
- la situation politique générale (la structure démocratique, la jurisprudence indépendante, le multipartisme, la liberté d'opinion,...)
- le respect de la dignité humaine
- la possibilité d'entrée et de surveillance du respect des Droits de l'homme pour des organisations internationales et indépendantes
- la stabilité du pays.⁹⁶

A présent, cette liste des "pays de provenance sûr" comprend la Bulgarie, la Gambie, le Ghana, la Hongrie, la Roumanie, le Sénégal, la Slovaquie, la République tchèque et la Pologne⁹⁷.

Pour qu'un Etat puisse être classé comme "pays de provenance sûr", aussi bien l'existence de persécution politique que l'existence de punition ou traitement inhumain et humiliant doivent être exclues⁹⁸. De cette référence sur l'art. 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme résulte que le pays doit être sûr au regard de la punition ou du traitement ne possédant un caractère politique, c'est-à-dire en vue aussi de persécution non-politique⁹⁹. Par là, l'art.3 de cette Convention reçoit une position d'une garantie constitutionnelle. En conséquence l'Allemagne octroie désormais aussi une protection contre une persécution non-politique¹⁰⁰.

Le constituant présume alors l'absence de persécution; cependant le demandeur d'asile a la possibilité de renverser la présomption en exposant des faits qui donnent des raisons d'une véritable persécution politique contre la présomption

⁹³ Classen, DVBl 1993, 700.

⁹⁴ Bethäuser, ZAR 1993, 169.

⁹⁵ BT-DR 12/ 4152, S. 3.

⁹⁶ BT-DR 12/ 4450, S. 21.

⁹⁷ cf. Anlage II zu § 29a AsylVfG.

⁹⁸ Henkel, NJW 1993, 2708.

⁹⁹ Huber, NVwZ 1993, 738.

¹⁰⁰ Schoch, DVBl 1993, 1164; Huber, NVwZ 1993, 738.

défavorable du constituant allemand¹⁰¹. On note ici le renversement de la charge de la preuve¹⁰². En général, la jurisprudence estime que le demandeur d'asile doit prouver le danger imminent de la persécution¹⁰³. Concernant les motifs de refus du statut c'est l'autorité qui porte la charge de la preuve. Mais désormais le demandeur d'asile doit prouver que la présomption d'absence de persécution n'est pas applicable à lui-même¹⁰⁴.

En conséquence le réfugié a la possibilité d'invoquer le droit fondamentale d'asile bien qu'il vienne d'un "pays de provenance sûr", mais on lui demande un exposé très détaillé du danger imminent de la persécution¹⁰⁵. S'il ne réussit pas à renverser la présomption de la non-persécution, l'Office fédérale rejette sa demande comme manifestement infondée (l'art.16a, alinéa 4, § 29a de la Loi relative à la procédure de demande d'asile [AsylVG]).

2. LES AUTORITÉS QUI OCTROIENT L'ASILE ET LA PROCÉDURE RÉSULTANT DES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES

L'office français de Protection des Réfugiés et Apatrides

L'office français de Protection des Réfugiés et Apatrides [OFPRA] est créé par la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952. C'est à la veille de la ratification de la Convention de Genève et cette loi doit réaliser les idées et les objectifs de la Convention. Donc on a fondé un établissement public sous la tutelle du ministre des Affaires étrangères. Cet office est doté de la personnalité civile et de l'autonomie administrative et financière (art.1).

Sa mission est composée de deux idées principales: d'une part la protection juridique et administrative des réfugiés et apatrides et d'autre part la reconnaissance de la qualité de réfugié à toute personne qui relève du mandat du Haut commissaire des Nations Unies ou qui répond aux définitions de la Convention de Genève (art.2).

Un directeur qui est nommé pour trois ans par le ministre des Affaires étrangères est à la tête de l'Office. Il est choisi parmi les fonctionnaires de ce département. Auprès du directeur siège un conseil d'administration. Celui-ci est composé des représentants des ministres de la Justice, de l'Intérieur, des Affaires sociales, de l'Emploi, de la Santé publique et des Finances et aussi d'un représentant des organisations qui s'occupent officiellement des réfugiés (Depuis 1952, c'est le Service social d'Aide aux Emigrants [SSAE]).

En outre un délégué du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [HCR] assiste aux réunions. Il peut présenter des observations et des propositions (art.3).

¹⁰¹ Schoch, DVBl 1993, 1165 .

¹⁰² Gusy, Jura 1993, 507 .

¹⁰³ BVerwGE 67, 195 (199) .

¹⁰⁴ Gusy, Jura 1993, 507 .

¹⁰⁵ Renner, ZAR 1993, 122 .

La tâche du conseil est de donner son avis sur l'activité de l'OFPPA et d'élaborer ses orientations. En plus il approuve le budget qui est constitué d'une dotation du ministre des Affaires (1988: 39 mill.FF)¹⁰⁶.

Le personnel de l'OFPPA consiste en fonctionnaires et contractuels. Les agents sont choisis pour leurs expériences et leurs connaissances des langues. Pour travailler ils sont distribués en cinq divisions: selon les critères géographiques et fonctionnels en "Amérique, Afrique, Asie et Europe" et en la division supplémentaire "Contentieux". Cette dernière division est responsable de l'élaboration des mémoires en défense à l'occasion des appels formés devant la Commission des recours.

Si le réfugié arrive sur le territoire de la République, il lui faut indiquer qu'il entend demander l'asile. Puis il se rend à la Préfecture de son lieu de résidence pour obtenir une "autorisation provisoire de séjour"¹⁰⁷. Cette carte porte la mention " en vue de démarches auprès de l'OFPPA " et est valable un mois. Pendant ce délai, il doit déposer son dossier auprès de l'OFPPA qui lui remet un certificat de dépôt de la demande.

A côté, s'il y a un délai de deux mois entre son entrée en France et son premier contact avec la Préfecture, le Préfet peut prononcer une mesure de reconduite à la frontière. Dans ce cas particulier le Préfet peut demander à l'OFPPA qu'il se prononce en urgence sur la demande selon une circulaire du ministre de la Justice du 23 octobre 1991¹⁰⁸.

Mais en procédure normale, le solliciteur obtient un reçu de dépôt de l'OFPPA et pour ce reçu une carte provisoire de séjour de la Préfecture. Elle est valable trois mois et renouvelée automatiquement jusqu'à la décision définitive¹⁰⁹.

La demande, elle-même, est un formulaire qui doit indiquer l'état civil du solliciteur, les raisons pour lesquelles il a quitté son pays et qui motivent sa demande et son adresse actuelle¹¹⁰. Contre cela l'OFPPA conserve son passeport et lui donne un nouveau document qui manifeste la protection diplomatique de la France.

Pour l'examen l'Office peut demander des renseignements complémentaires de l'intéressé pendant une audition¹¹¹. Dans les cas qui sont manifestement dépourvus de fondement une audition n'a pas lieu. Une demande est "manifestement infondée", si le demandeur la dépose après que son séjour illégal ait été découvert, s'il la dépose après avoir appris qu'un procès d'expulsion est en train ou s'il pose une deuxième demande après que la première ait été déboutée¹¹². Ces motifs dilatoires ont pour conséquence une procédure sommaire sans audition personnelle¹¹³.

¹⁰⁶ Norek/ Doublet, p. 45 .

¹⁰⁷ Norek/ Doublet, p. 40s.

¹⁰⁸ GISTI, Guide de l'entrée et de séjour, p. 136.

¹⁰⁹ Norek/ Doublet, p. 41 .

¹¹⁰ GISTI, Guide de l'entrée et de séjour, p. 137 .

¹¹¹ Bettati, p. 121, 122 .

¹¹² Abraham, RFDA 1992, 96s. .

¹¹³ Bielmeier/ Stein, p. 28 .

A la fin de l'examen le directeur ou les fonctionnaires qui ont reçu la délégation de signature du directeur statuent sur les faits. La décision finale doit être écrite, motivée et notifiée au demandeur selon l'article 8 du décret du 2 mai 1953.

Si l'OFPRA ne se prononce pas dans un délai de quatre mois, cela signifie une décision implicitement négative¹¹⁴.

Au cas d'acceptation, le demandeur reçoit un certificat de réfugié qui lui permet de demander à la Préfecture une carte de résidence¹¹⁵. En cas de refus, il a droit à poser un recours devant la Commission des recours.

L'Office fédéral pour les réfugiés étrangers [BAFI]

Le réfugié peut solliciter l'asile aux autorités frontalières, à la police ou à l'Office pour les étrangers ou directement à l'institution d'accueil. L'autorité respective procède à une vérification d'identité du réfugié et l'adresse au foyer d'accueil compétent. Dans cette institution d'accueil le demandeur d'asile doit rester entre six semaines et trois mois.

Puis il présente sa demande à la succursale de l'Office fédéral [BAFI] qui est compétent pour le foyer d'accueil dans lequel le demandeur se trouve.

En avril 1993 l'Allemagne dispose de 75 foyers d'accueil et 46 succursales de l'Office fédéral [BAFI] établis dans les foyers d'accueil.

La demande d'asile contient la demande en reconnaissance comme bénéficiaire du droit d'asile selon l'art. 16a, alinéa 1 de la Constitution et la demande en constatation de l'interdiction du refoulement selon §51 de la Loi relative aux étrangers (AuslG).

La clarification des faits matériels et l'administration de la preuve incombent - dans un examen préalable - à l'Office fédéral [BAFI]. La première audition a lieu à l'Office fédérale en collaboration avec un interprète. Le demandeur d'asile donne les raisons d'un danger imminent de la persécution et expose les faits qui s'opposent au refoulement. Un préposé de l'Office fédéral qui n'est pas tenu de se conformer aux directives instruit la demande et décide de celle-ci. Dans la décision est contenu:

1. l'existence ou non de la persécution politique,
2. l'existence ou non de l'interdiction du refoulement selon §51 de la Loi relative aux étrangers (AuslG),
3. l'existence ou non des obstacles au refoulement selon §53 de la Loi relative aux étrangers (AuslG) et
4. le cas échéant: l'arrêté de l'ordonnance du refoulement.

Si on acquiesce à la demande le requérant d'asile sera reconnu comme bénéficiaire de l'art. 16a de la Constitution (GG).

L'Office fédéral peut débouter la demande d'asile en trois différentes catégories: il y a la récusation de la demande comme insignifiante, comme manifestement infondée et la récusation simple.

La révision constitutionnelle et l'amendement législatif à propos de la procédure de demande d'asile entraînent des nouvelles restrictions en particulier pour la demande manifestement infondée.

¹¹⁴ Guimezanes, p. 102, n° 206 .

¹¹⁵ GISTI, Guide de l'entrée et de séjour, p. 138 .

Une demande est manifestement infondée si les conditions pour la reconnaissance comme bénéficiaire du droit d'asile et les conditions de l'interdiction du refoulement ne sont évidemment pas remplies. En particulier, une demande d'asile est manifestement infondée, s'il est indubitable que le réfugié séjourne en Allemagne pour des raisons économiques ou pour échapper à des circonstances exceptionnelles nationales ou à un conflit.

De plus, le nouveau §30 de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG) contient de nombreuses circonstances provoquant la récusation d'une demande infondée comme *manifestement* infondée (p.ex. à cause des faits contradictoires dans l'exposé du demandeur, de l'utilisation de preuves falsifiées ou du non-respect de coopération obligatoire etc.)

Pour un réfugié venant d'un "Etat de premier accueil" un examen de la demande d'asile n'est pas prévu.

Le réfugié qui vient d'un "Etat de premier accueil" n'est pas reconnu comme bénéficiaire du droit d'asile. Le plus souvent il n'a même pas la possibilité de présenter sa demande d'asile.

Le réfugié qui est dépourvu des documents nécessaires pour l'entrée en Allemagne est tenu de solliciter l'asile aux autorités frontalières. Dans ce cas, la clause "d'Etats de premier accueil" permet de refuser l'entrée en donnant comme raison qu'il vient d'un "Etat de premier accueil" où il aurait pu demander asile.

Dans la plupart des cas cependant (92-95%), les réfugiés franchissent irrégulièrement la frontière. Si l'autorité frontalière rencontre le réfugié sur le territoire près de la frontière immédiatement après le franchissement irrégulier le réfugié sera refoulé vers "l'Etat de premier accueil". Si le réfugié réussit à entrer illicitement en Allemagne - sans être saisi par l'autorité frontalière - il est obligé de solliciter l'asile, immédiatement après l'entrée, à la police ou à l'Office pour les étrangers. Aussi dans ce cas, le réfugié n'a pas la possibilité de présenter sa demande d'asile, parce que l'Office pour les étrangers et la police ne l'envoient pas à un foyer d'accueil. Au contraire, ces autorités ordonnent le refoulement du réfugié dès qu'il est certain que le refoulement soit exécutable. Pour que le refoulement soit réalisable il faut connaître "l'Etat de premier accueil" par lequel le réfugié est passé pour entrer en Allemagne. De plus, le refoulement suppose le consentement de l'Etat de transit. Pour cette raison, l'Allemagne a conclu des contrats de reprise avec tous les pays limitrophes, sauf la République tchèque.

Seulement si le réfugié arrive à se présenter à un bureau de l'Office fédéral [BAFI], il peut présenter sa demande d'asile (ce qui entraîne l'autorisation de séjour pour la durée de la procédure). Sans examen qui concerne le contenu de la demande, la demande sera repoussée selon art.16a, alinéa 2 de la Constitution, §26a et §31, alinéa 4 de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG). L'Office fédéral ordonne le refoulement vers "l'Etat de premier accueil"¹¹⁶.

Il y a trois exceptions à cette procédure. Bien que le réfugié vienne d'un "Etat de premier accueil", il jouit du droit d'asile

- s'il possède déjà une autorisation de séjour en entrant dans "l'Etat tiers protecteur",

¹¹⁶ Huber, NVwZ 1994, 138 .

- si l'Allemagne a compétence pour la procédure à cause d'un traité international,
- si le ministère de l'Intérieur interdit le refoulement d'un réfugié pour des raisons de droit international ou des raisons humanitaires ou politiques.

Pour le réfugié qui vient d'un "pays de provenance sûr" une procédure spéciale dans l'aéroport a lieu.

[N.B: L'entrée en Allemagne par voie aérienne

Alors qu'en 1988 18,7 % des demandeurs d'asile sont arrivés à l'aéroport de Francfort, en 1992 ce ne fut plus que 1,6 %. Depuis 1989 les étrangers de presque tous les Etats du monde ont besoin d'un visa pour entrer en Allemagne. § 74 de la Loi relative aux étrangers (AuslG) interdit aux compagnies aériennes de transporter des personnes qui ne possèdent pas des documents nécessaires pour l'entrée sur le territoire allemand. L'infraction à cette disposition est sanctionnée par une amende; de plus, la compagnie aérienne est obligée de reconduire le réfugié.]

Quand un réfugié d'un "pays de provenance sûr" arrive dans un aéroport allemand, l'entrée en Allemagne lui est refusée, si l'hébergement dans la zone de transit sur l'aéroport est possible. Pendant la procédure le réfugié demeure à l'aéroport de façon que toute la procédure soit exécutée avant l'entrée éventuelle dans le territoire allemand. Le dépôt de la demande et l'audition ont immédiatement lieu. Dans l'espace de deux jours l'Office fédéral statue sur la demande d'asile. Si le réfugié ne réussit pas à renverser la présomption de non-persécution la demande sera rejetée comme manifestement infondée. Le demandeur reçoit le refus d'entrée et la récusation de la demande comme manifestement infondée. En tout cas le demandeur reçoit la permission d'entrée si l'Office fédéral n'arrive pas à répondre à la demande en l'espace de deux jours.

3. LES DIFFÉRENTES POSSIBILITÉS DE RECOURS QUI PEUVENT ÊTRE EXERCÉES PAR LE RÉFUGIÉ DÉBOUTÉ

Le recours devant la Commission des recours

En même temps que l'OFPPRA, le législateur français a créé la Commission des recours (art.5 de la loi n° 52-893). Il s'agit d'un organisme para-juridictionnel relevant du Conseil d'Etat¹¹⁷.

En matière juridictionnelle, la Commission des recours se prononce sur les recours formulés par les étrangers dont les demandes sont déboutées par l'OFPPRA (art.5a).

En matière consultative, elle donne un avis quant au maintien ou quant à l'annulation de mesures de rigueur prises à l'encontre d'un réfugié (art.5b).

La Commission est gérée par un Conseiller d'Etat. Il est assisté d'un membre du conseil de l'OFPPRA et d'un représentant du HCR¹¹⁸.

¹¹⁷ Tiberghien, p. 163 .

¹¹⁸ Guimezanes, p. 130, n° 277 .

La composition de juridiction obéit à des règles tout à fait spécifiques car il s'agit de la seule juridiction française où un représentant d'une organisation internationale participe. A cause de cela une discussion sur la nature du recours s'engage: S'agit-il d'un recours de pleine juridiction ou seulement d'une détermination de la légalité de la décision attaquée. Le Conseil d'Etat l'estime comme un recours de plein contentieux (déc. du 8 janvier 1982). Il est soutenu par Genevois.

L'appel devant la Commission des recours doit être exercé dans un délai d'un mois à partir de la notification de la décision ou à l'expiration des quatre mois de silence de l'OFPRA qui équivaut à un rejet. Les conditions suivantes doivent être remplies: l'appel doit être rédigé en langue française et la décision de rejet de l'OFPRA doit être adjointe¹¹⁹. En plus, l'appel doit contenir les raisons pour lesquelles le demandeur d'asile conteste le résultat de l'Office. Dès le dépôt la Commission des recours envoie un récépissé qui permet de renouveler son autorisation de séjour. Ensuite la Commission transmet le recours à l'OFPRA qui a deux mois pour présenter ses observations. Celles-ci sont indiquées à l'intéressé qui a quinze jours pour y répondre¹²⁰.

A la fin, la Commission des recours peut annuler ou affirmer la décision de l'OFPRA. En cas de rejet l'intéressé n'est plus considéré comme demandeur d'asile. L'autorisation provisoire de séjour n'est plus renouvelée et il doit quitter le territoire. Le séjour peut être prolongé de manière exceptionnelle lorsque la situation personnelle ou la situation dans le pays d'origine le justifie.

Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat

Dernièrement la décision négative de la Commission des recours peut être frappée d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat¹²¹.

C'est possible si la procédure devant la Commission des recours était irrégulière (par exemple le demandeur d'asile n'a pas été convoqué bien qu'il ait demandé) ou si la Commission n'a pas manifestement répondu aux moyens qu'il invoquait ou même si la Commission a violé la Convention de Genève.

Ce pourvoi peut être fait dans un délai de deux mois après la réception de la décision de la Commission des recours et il doit être fait par l'intermédiaire d'un avocat.

En général, le pourvoi en cassation ne permet pas de bénéficier d'une autorisation de séjour et de maintenir sur le territoire¹²². Mais le droit coutumier a établi un droit de séjour qui comprend aussi le recours en cassation. Premièrement, cela résulte de la nature du droit d'asile. Il est nécessaire de donner une portée effective au principe du Préambule. Cela exige aussi le droit au séjour pendant la procédure¹²³.

¹¹⁹ GISTI, Guide de l'entrée et de séjour, p. 139 .

¹²⁰ GISTI, Guide de l'entrée et de séjour, p. 140 .

¹²¹ Guide Juridique Dalloz, p. 250-6, n° 45 ; CE 29 mars 1957, Rec. p. 225 .

¹²² Guimezanes, p. 130, n° 277 .

¹²³ Abraham, RFDA 1992, 96s. ; CE Nkodia, 13 décembre 1991 .

Deuxièmement, la Convention de Genève interdit de refouler un réfugié (art. 31-2 de la Convention). Aucun étranger peut être renvoyé s'il a demandé l'asile avant l'examen définitif du bien-fondé.

Finalement, chaque solliciteur a droit d'un "recours effectif" selon l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cela comprend une autorisation de séjour¹²⁴.

Cette argumentation justifie le séjour du demandeur d'asile jusqu'à la fin de l'examen par le Conseil d'Etat¹²⁵.

La possibilité d'un recours contre l'expulsion

La Convention de Genève permet l'expulsion "pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public" (art.32). Mais en même temps elle interdit le renvoi "sur les frontières où sa vie ou sa liberté serait menacée" (art.33).

En droit interne français l'expulsion des étrangers est réglée par l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945. Là, il est dit que l'expulsion est une mesure qui est prise à l'encontre d'une personne dont la présence constitue une menace pour l'ordre public (art.26). Cette notion est plus étroite que celle de la Convention parce qu'elle se fonde sur un comportement personnel et enjoint à l'étranger de quitter le territoire français¹²⁶.

Mais la Convention de Genève exige que l'intéressé puisse faire un recours contre cette mesure. Cette obligation est satisfaite par le législateur français dans l'article 5 du loi n° 52-893 du 25 juillet 1952. Selon cet article le réfugié peut déposer un recours devant la Commission des recours dans un délai d'une semaine. La Commission donne son avis de caractère consultatif¹²⁷.

Puis le ministre de l'Intérieur produit ses observations sous dix jours pendant que le recours est suspensif. Ensuite il prend la décision définitive.

Pendant l'année passée, les conditions de l'examen de demande d'asile et particulièrement les possibilités de recours se sont réduites. En général, le principe de l'admission au séjour provisoire jusqu'à la décision de la Commission des recours, est confirmé par la loi du 24 août 1993 (art.32). En restreignant plusieurs dispositions, cette loi établit quatre motifs de non-admission. Ces motifs témoignent d'une telle sévérité qu'ils mettent en cause le principe d'admission au séjour¹²⁸.

Premièrement, les demandeurs d'asile dont le traitement incombe à la compétence d'un autre pays en vertu des conventions internationales n'ont plus droit de séjour provisoire (art.31 bis-n°1). A cause des deux derniers alinéas des articles 2-II et 5 de la loi 52-893 (qui sont insérés par la loi 93-1417 du 30 décembre 1993), ces réquerants ne peuvent plus saisir l'OFPPRA ou la Commission des recours.

¹²⁴ cf. la décision du 30 octobre 1991 de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

¹²⁵ Classen, DÖV 1993, 232 ; Mangtüt/Schwartz, AJDA 1992, 115.

¹²⁶ Guide Juridique Dalloz, p. 250-5, n° 33.

¹²⁷ Guimezanes, p. 171, n° 387; Tiberghien, p. 76.

¹²⁸ GISTI, Supplément au n° 22-23 de Plein Droit, p. 7 ; Guimezanes, JCP 1994, éd. G, I, 13

Comme l'OFPRA et la Commission de recours sont déclarés incompétents, la reconnaissance de la qualité de réfugié dépend désormais de la décision d'admission par les autorités administratives.

Deuxième motif de non-admission est la provenance d'un "pays sûr" (art.31 bis-n°2). Si le réfugié a passé un pays où il pourrait bénéficier d'une protection effective, il n'est plus admis au séjour.

Finalement, on a introduit le motif d'une menace grave à l'ordre public (art.31 bis-n°3) et les cas des demandes frauduleuses (art.31 bis-n°4).

Dans les trois derniers cas, le demandeur d'asile n'est pas admis au séjour provisoire, mais il a droit de saisir l'OFPRA et d'attendre sa décision en demeurant sur le territoire français (art.32 bis, alinéa 2). Aucune mesure d'éloignement peut être exécutée pendant ce délai, mais à cause de son séjour irrégulier, le demandeur peut être retenu dans un centre de rétention. Après la décision négative de l'OFPRA, il sera expulsé. Donc, il n'a aucun droit d'attendre sur le territoire français la décision finale de la Commission des recours.

La possibilité de recours en Allemagne

Si l'Office fédéral rejette la demande, le demandeur d'asile aura en général la possibilité de former un recours administratif contentieux devant le tribunal administratif compétent. Si la demande est aussi déboutée par le tribunal -et si les circonstances s'y prêtent- le demandeur peut faire appel devant le Tribunal administratif Supérieur. Communément, il y a encore la possibilité d'exercer un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale.

Le recours d'un réfugié venant d'un "Etat de premier accueil"

Il n'y a pas de possibilité de recours pour un réfugié venant d'un "Etat de premier accueil".

L'ordonnance de refoulement que le demandeur d'asile venant d'un reçoit, constitue un acte administratif individuel contre lequel le réfugié peut demander la protection juridique provisoire. Cependant l'art.16a, alinéa 2, phrase 3 de la Constitution (GG) et §34a de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG) **interdisent** aux tribunaux administratifs de surseoir à l'exécution du refoulement vers "l'Etat de premier accueil". Donc, le réfugié ne peut poursuivre le recours administratif que de l'étranger¹²⁹.

Le recours d'un réfugié venant d'un "pays de provenance sûr"

Contre la récusation de la demande comme **manifestement infondée**, le demandeur peut communément exercer un recours administratif contentieux dans l'espace d'une semaine. N'ayant pas un caractère suspensif, il faut en même temps formuler une demande en protection juridique provisoire selon §80 et §123 de la Loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs (VwGO).

¹²⁹ Huber, NVwZ 1994, 139 .

Dans un délai de sept jours le tribunal administratif doit juger cette demande aboutissant au sursis à l'exécution du refoulement. Une prolongation de ce délai d'une semaine de la part de la chambre de tribunal administratif est seulement possible si des raisons graves peuvent justifier cette prolongation (par ex. dans le cas d'une charge exceptionnelle de travail pour le tribunal)¹³⁰.

Selon le nouvel art. 16a, alinéa 4 de la Constitution (GG) et §36, alinéa 4 de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG), le tribunal ne doit permettre le sursis à l'exécution du refoulement que dans les cas où il y a des doutes sérieux sur la légitimité de l'acte administratif. Si le juge unique -qui a compétence pour cette procédure en référé- a en effet des doutes sérieux sur la légitimité de la récusation de la demande comme manifestement infondée, il ordonne le sursis à l'exécution du refoulement. Cela a pour corollaire que le demandeur d'asile ne peut pas être refoulé jusqu'à ce que le tribunal ait statué au principal¹³¹.

Si le réfugié vient d'un "pays de provenance sûr" la demande sera déboutée aussi comme manifestement infondée, mais un recours spécial (à l'aéroport) a lieu.

Dans l'espace de trois jours le réfugié peut formuler une demande en protection juridique provisoire selon §80 et §123 VwGO pour obtenir le sursis à l'exécution du refoulement. Le réfugié ne peut pas être refoulé avant que cette demande en protection juridique provisoire soit repoussée par le tribunal administratif. Mais l'art. 16a, alinéa 4 de la Constitution et §36, alinéa 4 de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG) s'appliquent aussi à cette procédure. Donc, le juge ne doit permettre le sursis à l'exécution du refoulement que dans les cas où des doutes sérieux sur la légitimité de l'acte administratif existent. Si le jugement administratif contient la permission d'entrée, cela signifie en même temps le sursis à l'exécution du refoulement.

Si le tribunal administratif ne réussit pas à juger la demande en protection juridique dans un délai de deux semaines, le demandeur recevra la permission d'entrée.

4. LES DIFFÉRENTES GARANTIES QUI SONT ACCORDÉES AU DEMANDEUR ET AU BÉNÉFICIAIRE DU DROIT D'ASILE

Les droits du demandeur d'asile

En ce qui concerne le droit de séjour la Convention de Genève ne se prononce pas¹³². C'est là où le législateur doit préciser l'obligation. Ainsi en France, il confère en premier lieu une autorisation provisoire qui est valable un mois en vertu d'une circulaire du Premier ministre du 17 mars 1985¹³³. Pendant ce temps

¹³⁰ Leiner, NVwZ 1994, 240.

¹³¹ Leiner, NVwZ 1994, 139.

¹³² Teitgen-Colly, AJDA 1994, 99.

¹³³ Guimezanes, p. 108, n° 210.

le demandeur peut déposer son dossier auprès de l'OFPPA. Puis il reçoit une autorisation provisoire sur la présentation du certificat de dépôt de sa demande. En Allemagne le réfugié a droit à une autorisation de séjour dès qu'il a déposé son dossier auprès de l'Office fédéral [BAFI]. Cette autorisation est limitée géographiquement et dans le temps. Elle expire après trois mois, mais est renouvelée jusqu'à la décision finale. En ce qui concerne la portée géographique, elle est limitée à l'arrondissement de l'Office pour les étrangers où le foyer d'accueil responsable du demandeur se trouve. Il n'est permis au demandeur d'asile de quitter cet arrondissement qu'en cas de force majeure. Le demandeur doit habiter entre six semaines et trois mois dans le foyer d'accueil. Pendant ce temps il ne jouit donc pas de la liberté d'établissement.

Le droit de travail: selon une circulaire du 26 septembre 1991 le demandeur d'asile n' a plus libre accès au marché français de travail¹³⁴. Ce droit est seulement accordé si la situation de l'emploi le permet. Mais le solliciteur peut s'inscrire à la catégorie quatre sous accès au marché de l'emploi. Il percevait une allocation mensuelle d'insertion de l'ANPE qui est versée jusqu'à la décision de la demande (1300FF/ adulte).

En Allemagne, le solliciteur n'est pas autorisé d'exercer une activité salariée.

En outre, le demandeur en France a droit à une allocation forfaitaire d'attente. Elle est versée une fois et s'élève à 2000 FF par adulte et 750 FF par enfant.

Parallèlement à la révision de l'art.16 de la Constitution (GG), le législateur allemand a adopté une loi réglant les prestations pour les demandeurs d'asile. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993¹³⁵ et a pour but d'abaisser l'allocation d'aide sociale et de verser celle-ci en prestations en nature et en bons. Auparavant le taux moyen de l'allocation d'aide sociale s'est monté à 501 DM/ chef de famille. Désormais un chef de famille ne reçoit plus que 360 DM en nature et en bons. De plus l'argent de poche a été réduit de 190 DM à 80 DM pour un chef de famille. Seulement si la procédure d'examen dure plus qu'un an, le demandeur recevra l'entière allocation d'aide sociale de 501 DM.

Les droits de celui qui est reconnu

Depuis la loi du 17 juillet 1984, le réfugié qui est reconnu en France a droit à une carte de résident qui est valable dix ans¹³⁶. La délivrance de cette carte supprime toute vérification des conditions de ressources ou l'indication obligatoire de la durée du séjour préalable en France. En plus le réfugié bénéficie d'une protection particulière. Il ne peut pas être expulsé et la liberté de circulation ne peut pas être affectée arbitrairement. Toute mesure doit être soumise à l'avis de la Commission des recours. La Commission a un rôle suspensif d'exécution et elle doit être saisie dans un délai d'une semaine à compter de la notification de l'arrêt d'expulsion¹³⁷. La carte de résident est en même temps un titre de séjour et de travail. Donc elle autorise son titulaire à

¹³⁴ Guide Juridique Dalloz, p. 26, n° 43 (mise en jour 1993).

¹³⁵ Bundesgesetzblatt 1993, Teil I, Nr. 33.

¹³⁶ Noreck/Doublet, p. 60/61.

¹³⁷ Guide Juridique Dalloz, p. 250-6, n° 46.

exercer une profession salariée de son choix¹³⁸. (Pendant que l'accès aux professions libérales ou commerciales est aligné sous le droit commun.) Selon l'article L 351-9 du Code de Travail le titulaire peut également bénéficier du régime d'assurance-chômage¹³⁹.

Le demandeur d'asile qui est incontestablement reconnu en Allemagne reçoit une carte de séjour à durée indéterminée. Dès là, il n'est plus obligé d'habiter dans un foyer d'accueil ou un hébergement commun. Il jouit du libre choix d'établissement et de la liberté de circulation.

En ce qui concerne les droits sociaux, l'article 24 de la Convention de Genève exige que les prestations de sécurité sociale soient octroyées dans les mêmes conditions qu'aux nationaux. Cette disposition s'applique à l'assurance maladie, aux accidents de travail, à l'invalidité et à la vieillesse en vertu de l'article L 512 du Code de la Sécurité Sociale¹⁴⁰. Selon l'article 23 de la Convention de Genève, les réfugiés sont aussi à assimiler aux nationaux en matière d'assistance.

La Convention de Genève cite trois **libertés fondamentales** nommément: la liberté religieuse (art.4), la liberté d'association à but non politique (art.15) et la liberté de circulation (art.26-28). La France y ajoute la liberté d'association et syndicale¹⁴¹.

Au regard de la liberté d'opinion il convient de distinguer entre la liberté de conscience et la liberté d'expression. La première est conférée aux nationaux et étrangers également. La liberté d'expression est limitée pour les étrangers au respect de l'ordre public. Cette restriction est justifiée par l'argument qu'il s'agit traditionnellement d'une liberté des citoyens. Comme le caractère du droit d'asile est strictement humanitaire, il exige des réfugiés une certaine réserve¹⁴².

D'autre part, la liberté d'association et syndicale est pleinement reconnue en France. Par là, elle est plus avantageuse que celle prévue par la Convention de Genève.

¹³⁸ Guide Juridique Dalloz, p. 250-7, n° 57-64; p.26, n° 43 (mise en jour 1993).

¹³⁹ Tiberghien, p. 29 .

¹⁴⁰ Tiberghien, p. 29; Guide Juridique Dalloz, p. 250-7, n° 52 .

¹⁴¹ Guide Juridique Dalloz, p. 250-6, n° 47 et 49 .

¹⁴² cf. l'article 2 de la Convention de Genève .

CHAPITRE III: LA RÉCEPTION DES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES

1. L'ARTICLE 16a DE LA CONSTITUTION ALLEMANDE ET L'ARTICLE 53-1 DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE DONNENT PRISE A LA CRITIQUE

La critique en France

Pendant les débats sur une réforme du droit d'asile français beaucoup d'auteurs se sont plaints de l'abus de ce droit. Ils ont critiqué que toute la discussion soit utilisée pour le profit politique de certains politiciens¹⁴³. En outre beaucoup de politiciens se sont servis de ce thème pour attaquer et discréditer le Conseil Constitutionnel¹⁴⁴.

Mais la révision de la Constitution, a-t-elle apporté une solution?

Ce fait est souvent mis en doute. La révision constitutionnelle ne change rien d'elle-même, disent les uns¹⁴⁵. C'est seulement l'utilisation qu'on en fait demain.

Il n'est pas évident que l'activité de l'OFPPA et de la Commission des recours diminue énormément seulement à cause d'une insertion de deux alinéas. Pour cette raison il manque encore des dispositions concrètes et des normes qui changent et règlent la procédure.

L'adaptation de ces alinéas a seulement pour effet l'application de tout le système de Schengen et l'abolition de la réserve nationale. Mais il est incertain que cela a beaucoup de succès car il est difficile à apporter la preuve que l'intéressé est entré en France via un autre pays signataire de Schengen. Ça, c'est le point faible: le clandestin peut raconter n'importe quoi, brouiller des pistes en déchirant les papiers¹⁴⁶. Même dans le cas où on peut reconstituer son itinéraire, il n'est pas sûr que les pays de refoulement acceptent les affirmations¹⁴⁷.

En plus, on a vu que la plupart de demandeurs déposent leurs dossiers sur le territoire ce qui montre qu'ils ont déjà passé illégalement la frontière. Ceux s'abstiendront désormais de déposer une demande et préfèrent plonger dans l'illégalité plutôt que de voir leur cas réjeté avant tout examen¹⁴⁸.

La critique générale à propos de l'art. 16a de la Constitution allemande

Le nouvel article 16a de la Constitution est communément considéré comme "non-sincère". Alors qu'il maintient dans son premier alinéa le droit subjectif à

¹⁴³ Béaud, Libération, 2 décembre 1993 .

¹⁴⁴ cf. Balladur, Quotidien de Paris, 20/21 novembre 1993 .

¹⁴⁵ M. Malvy, Le Monde, 20 novembre 1993 .

¹⁴⁶ J.J. deBresson, Le Monde, 21 octobre 1993 .

¹⁴⁷ P. Bernard, Le Monde, 20 novembre 1993 .

¹⁴⁸ P. Bernard, Le Monde, 20 novembre 1993 .

l'asile, les alinéas suivants constituent une restriction grave de sa valeur. Ce qui reste du droit subjectif est "une illusion"¹⁴⁹.

On parlait aussi d'un "creusement" du droit d'asile parce que la plupart des persécutés ne pourront plus se prévaloir du droit fondamental d'asile¹⁵⁰.

Au lieu de ce "leurre" il aurait été plus sincère de remplacer le droit subjectif par un droit objectif accordé par l'Etat¹⁵¹. Dans ce cas l'Etat octroierait l'asile - comme maintenant la France et tous les autres Etats européens- si le demandeur remplit les conditions pour la reconnaissance comme bénéficiaire du droit d'asile que le législateur a fixées.

Le deuxième point principal de critique est que le constituant n'a pas développé une conception générale à propos du problème de l'immigration¹⁵². Au contraire, il a essayé de résoudre le problème d'un exode massif par une (simple) révision du droit d'asile. Pour cette raison, il était contraint de créer cette disposition extrêmement détaillée qui contient mêmes des règles de procédure¹⁵³. C'est un compromis entre les partis qu'on a consacré dans la constitution et non un droit fondamental: un nouvel amendement est donc programmé¹⁵⁴.

De plus, le constituant allemand n'a pas saisi l'occasion de remplacer la notion de persécuté politique par la notion de réfugié. Cet acte aurait pu simplifier l'harmonisation européenne du droit d'asile¹⁵⁵.

Comme la révision constitutionnelle allemande s'était accompagnée de plusieurs modifications de la procédure, la critique est très concrète et se réfère aux détails particuliers.

La critique concernant l'article 16a, alinéa 2 de la Constitution

Le premier point contesté est la clause "d'Etat de premier accueil". Elle repose sur l'hypothèse qu'un réfugié qui entre dans l'Allemagne en passant par un autre Etat qui peut donner d'asile, n'a plus besoin de la protection allemande. Mais il est difficile de conclure à la protection par un Etat simplement grâce à un passage d'une personne sur son territoire. Il faut se demander si l'observation de la Convention de Genève et de la Convention européenne des Droits de l'Homme suffit pour l'hypothèse d'une protection¹⁵⁶.

Il est vrai que les deux Conventions garantissent l'interdiction du refoulement, mais celle-ci suppose l'examen de qualité de réfugié par une procédure. Pour cette raison il faut se demander quelles exigences minimums du droit procédural doivent être données pour qu'on puisse parler de l'observation des deux Conventions et en même temps d'une "autre protection"¹⁵⁷. Il ne faut pas

¹⁴⁹ Renner, ZAR 1993, 118 .

¹⁵⁰ Franßen, DVBI 1993, 301 ; Renner, ZAR 1993, 128 .

¹⁵¹ Schoch, DVBI 1993, 1170 ; Henkel, NJW 1993, 2710 ; Hailbronner, ZAR 1993, 108 ; Tönnies, ZRP 1992, 43 .

¹⁵² Hehl, ZRP 1993, 308 ; Schoch, DVBI 1993, 1170 .

¹⁵³ Henkel, NJW 1993, 2710 ; Hailbronner, ZAR 1993, 109 .

¹⁵⁴ Schoch, DVBI 1993, 1161 .

¹⁵⁵ Henkel, NJW 1993, 2710 .

¹⁵⁶ Schoch, DVBI 1993, 1163 ; Henkel, NJW 1993, 2706 .

¹⁵⁷ Classen, DVBI 1993, 703 .

appliquer des critères du droit procédural allemand ou français à la procédure d'un "Etat de premier accueil" mais il faut des règlements communs exprimant la substance d'un "Etat de droit" et auxquels on ne peut pas renoncer pour garantir le respect des droits de l'individu¹⁵⁸.

L'examen individuel par une autorité professionnellement compétente, la possibilité de réviser un rejet par une instance indépendante qui garantisse le droit d'être entendu en justice et le droit provisoire de demeurer au territoire font partie intégrante du principe de légalité¹⁵⁹.

Comme les accords de Schengen et de Dublin et les contrats de reprise que l'Allemagne a conclu avec les Etats voisins de l'Est ne contiennent pas des arrangements sur la procédure d'examen on ne peut pas supposer facilement la protection dans les Etats tiers¹⁶⁰.

On peut seulement conclure à la protection par un Etat par la traversée de ce dernier s'il y a des accords sur les conditions matérielles et sur les bases procédurales avec ces "Etats de premier accueil"¹⁶¹. Mais comme de tels accords n'existent pas encore, il est délicat de constater la qualité de protecteur et de refouler des personnes sur cette base incertaine.

Les objections à propos du droit procédural dans les "Etats de premier accueil" semblent être fondées surtout en ce qui concerne la Pologne et l'Autriche¹⁶².

En 1991, la Pologne a ratifié la Convention de Genève. En même temps elle a introduit un nouvel article 10 dans son Code concernant les étrangers, donnant les compétences en cet égard au ministre de l'Intérieur. Aucun article réglant le droit d'asile n'existe. Déjà en 1990, on a établi "l'office pour les réfugiés et la migration" qui dispose de 36 agents dont quatre examinent les requêtes et statuent sur la qualité de réfugié. Si la requête réussit, le réfugié obtient un titre de voyage selon l'art. 28 de la Convention de Genève. Si la demande est rejetée, l'expulsion ne peut pas être exécuté par manque de base légale¹⁶³.

En mai 1993 l'Allemagne a conclu un contrat de reprise avec la Pologne selon lequel la Pologne est obligée de reprendre ces demandeurs d'asile qui sont passés par la Pologne avant l'entrée sur le territoire allemand. Par l'année 1993 le nombre était limité à 10 000 reprises, mais à partir de 1994 ce nombre est illimité. Comme contre-prestation l'Allemagne paie 120 millions DM jusqu'à l'année 1994. Mais la moitié de cette somme doit être dépensé pour des produits allemands¹⁶⁴. Ce contrat de reprise ne contient pas non plus des règlements sur la base matérielle du droit d'asile ou des exigences minimums de la procédure. Si le nombre des réfugiés augmente et dépasse les capacités polonaises dans le domaine de l'administration et aussi dans la pratique (par ex. les hébergements),

¹⁵⁸ Classen, DVBl 1993, 702.

¹⁵⁹ Bethäuser, ZAR 1993, 174 ; Classen, DVBl 1993, 702.

¹⁶⁰ Bethäuser, ZAR 1993, 174 ; Classen, DVBl 1993, 705.

¹⁶¹ Schoch, DVBl 1993, 1163 ; Henkel, NJW 1993, 2706.

¹⁶² W. Koisser (UNHCR), Süddeutsche Zeitung, 26 mai 1993 ; Huber, NVwZ 1993, 738 ; Bethäuser, ZAR 1993, 170.

¹⁶³ Zimmermann, DÖV 1993, 560s.

¹⁶⁴ Pro Asyl, Heft Nr. 8/ 1993, S.57.

il sera difficile de conserver la qualification "d'Etat de premier accueil" de la Pologne¹⁶⁵.

En Autriche, une nouvelle loi d'asile est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1992. La nouvelle réglementation entraîne une détérioration considérable de la protection juridique des réfugiés¹⁶⁶. Pendant la durée de la procédure le requérant est emprisonné pour que l'exécution de l'expulsion soit assurée. Durant la détention il n'a pas la possibilité de sauvegarder effectivement ses droits car un conseil juridique ne lui est pas assigné¹⁶⁷. En outre ce sont des fonctionnaires tenus de se confirmer aux directives du ministre de l'Intérieur qui examinent les décisions de rejet en voie de recours et pas une autorité indépendante¹⁶⁸. Subséquemment cette voie de recours ne satisfait pas les exigences internationales.

En Autriche aussi, une clause "d'Etat de premier accueil" est en vigueur de sorte que les requérants d'asile qui viennent d'un "Etat de premier accueil" ne jouissent pas du droit d'asile et, comme en Allemagne, tous les pays limitrophes sont déclarés "Etats de premier accueil". A propos de la Hongrie cette clause entraîne un problème sérieux: Certes, elle a ratifié la Convention de Genève, mais elle l'a signée sous une réserve géographique. Selon cette réserve les effets protecteurs résultant de la Convention ne s'appliquent que pour les ressortissants des pays européens. Les réfugiés non-européens n'ont alors pas d'accès à la procédure d'asile en Hongrie. Si l'Autriche expulse un réfugié en Hongrie en se réclamant de la conception "d'une autre protection", il est imaginable que celui-ci n'a pas droit à un examen en Hongrie et qu'il sera peut-être renvoyé vers un quatrième Etat. Par là, l'interdiction du refoulement selon art.33 de la Convention de Genève est abusée¹⁶⁹.

Sous cet angle le danger d'un refoulement en chaîne se montre s'il existe aussi dans les Etats tiers considéré "Etat de premier accueil" une réserve "d'autres Etats de premier accueil". Si les "Etats de premier accueil" renvoient un réfugié de nouveau dans un Etat qui est selon son point de vue un "Etat de premier accueil", la protection en fin de compte accordée au réfugié n'est plus contrôlée par les autorités allemandes. Comme l'article 16a, alinéa 2 de la Constitution exige le contrôle de la part du législateur allemand, ce refoulement dans un "Etat de premier accueil bis" enfreint l'article 16a, alinéa 2 de la Constitution¹⁷⁰.

Le deuxième point critiqué est la relation entre l'art.16a, al.2 GG et §51 AuslG. La question qui se pose dans ce cadre est, si le réfugié ne pouvant pas invoquer le droit d'asile de l'art.16a, alinéa 1 GG à cause de la clause "d'Etats de premier accueil", aura au moins la possibilité de se prévaloir de §51 AuslG. Cette norme du droit nationale contient l'interdiction du refoulement de l'art.33 de la Convention de Genève et repose sur la définition de réfugié. La doctrine s'accorde en tout cas sur les différents champs d'application du droit fondamental d'asile selon art.16a, alinéa 1 GG d'un côté et de l'interdiction du

¹⁶⁵ Huber, NVwZ 1993, 738 ; Zimmermann, DÖV 1993, 563 .

¹⁶⁶ Holz-Dahrenstaedt, ZAR 1993, 174 .

¹⁶⁷ Huber, NVwZ 1993, 738 .

¹⁶⁸ Holz-Dahrenstaedt, ZAR 1993, 175 .

¹⁶⁹ Huber, NVwZ 1993, 738 .

¹⁷⁰ Bchluser, ZAR 1993, 171; Classen, DVBl 1993, 702 .

refoulement selon §51 AuslG de l'autre. Le champ d'application de la protection du droit d'asile obligatoire erga omnes dépasse l'octroi de l'asile par la reconnaissance formelle comme persécuté politique selon art. 16a, al. 1 GG¹⁷¹. La protection du droit d'asile obligatoire erga omnes interdit le refoulement à la frontière, le renvoi, l'expulsion et l'extradition du réfugié à l'Etat persécutant, en bref, chaque mesure qui rend possible l'emprise directe ou indirecte du réfugié par l'Etat persécutant¹⁷². Il est vrai que "l'autre protection" s'oppose à la reconnaissance formelle comme persécuté politique et qu'elle peut éventuellement mener au refoulement à "l'Etat de premier accueil", mais elle n'écarte pas la qualité de réfugié et le besoin actuel de protection contre un renvoi quelconque dans l'Etat persécutant¹⁷³. Par conséquent, la clause "d'Etats de premier accueil" ne touche pas la protection du droit d'asile de §51 AuslG¹⁷⁴. L'Allemagne est en outre obligée d'examiner la qualité de réfugié à cause de la ratification de de la Convention de Genève¹⁷⁵.

Pour ces raisons le réfugié peut se prévaloir de §51 AuslG bien qu'il ait traversé un "Etat de premier accueil" avant d'entrer en Allemagne. Ainsi une procédure effective devrait avoir lieu.

En pratique, paradoxalement, un examen de la qualité de réfugié n'est pas exécuté. Selon les dispositions des §18, alinéa 2, n°1, §31, alinéa 4 et §34a, alinéa 1, phrase 2 de la Loi relative à la procédure de demandes d'asile (AsylVfG), le réfugié est immédiatement refoulé vers "l'Etat de premier accueil", même s'il a invoqué la protection selon §51 AuslG¹⁷⁶. Ces dispositions montrent que l'Allemagne a effectivement abandonné la base du droit d'asile étant jusqu'à présent incontestée dans le droit national et international¹⁷⁷.

Troisièmement, on critique l'interdiction d'octroyer la protection juridique et doute de la constitutionnalité de l'art.16a, alinéa 2, phrase 3 de la Constitution en rapport de §34a, alinéa 2 de la Loi relative à la procédure de demande d'asile (AsylVfG).

Cette dernière disposition interdit aux tribunaux administratifs d'octroyer la protection juridique provisoire à un demandeur d'asile qui vient d'un "Etat de premier accueil". Par conséquent, les juges ne peuvent pas ordonner le sursis à l'exécution du refoulement selon §80 et §123 de la Loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs (VwGO). §34a, alinéa 2 AsylVfG interdit sans exception l'octroi de la protection juridique provisoire, même si le réfugié explique qu'il ne vient pas d'un "Etat de premier accueil" ou qu'il n'est pas en sécurité dans l'Etat vers lequel il devrait être refoulé¹⁷⁸.

Alors qu'on peut interpréter l'art.16a, alinéa 2, phrase 3 de la Constitution de façon qu'il n'est pas en vigueur si des doutes sur le passage par un "Etat de

¹⁷¹ Renner, ZAR 1993, 119 .

¹⁷² BVerfGE 49, 202 .

¹⁷³ BVerfGE 79, 347 ; 87, 332; Renner, ZAR 1993, 120 .

¹⁷⁴ Schoch, DVBl 1993, 1164; Classen, DVBl 1993, 701 .

¹⁷⁵ Huber, NVwZ 1993, 737 .

¹⁷⁶ Bethäuser, ZAR 1993, 170 .

¹⁷⁷ Renner, ZAR 1993, 120 .

¹⁷⁸ Henkel, NJW 1993, 2708 .

premier accueil" existant, §34a, alinéa 2 AsylVfG -dont le sens est clair- prohibe une telle interprétation¹⁷⁹.

Dans la Constitution allemande, la protection juridique est garantie par l'art.19, alinéa 1. La protection juridique effective contient aussi la possibilité d'obtenir le sursis à l'exécution d'un acte administratif par une procédure en référé. En conséquence, comme §34a, alinéa 2 AsylVfG interdit cette protection juridique provisoire, il n'est pas conforme à la Constitution¹⁸⁰.

La critique concernant l'art.16a, alinéa 4 de la Constitution

Le point capital de la critique de la doctrine allemande vise les règles de la procédure. Ils provoquent une restriction rigoureuse de la protection juridique provisoire du requérant en vue de l'entrée à l'aéroport et les autres récusations comme manifestement infondées.

L'art.16a, alinéa 4 GG et §36, alinéa 4 AsylVfG prescrivent que les tribunaux administratifs ne doivent ordonner le sursis à l'exécution du refoulement que dans les cas où il y a des doutes sérieux sur la légitimité de la récusation de la demande comme manifestement infondée. Dans le droit d'asile la protection juridique provisoire a une grande importance parce que le droit d'asile- pouvant être détruit si le demandeur d'asile est privé par erreur du droit de demeurer- dépend surtout des garanties de la procédure¹⁸¹.

Pour cette raison on a jusqu'à présent appliqué des critères sévères à la procédure en référé de la protection juridique provisoire¹⁸². Les tribunaux administratifs étaient autrefois obligés de contrôler en détail la récusation comme manifestement infondée¹⁸³. La vérification par les tribunaux devait dépasser une procédure simplement sommaire et devait avoir pour résultat que l'étranger n'avait évidemment pas besoin de protection¹⁸⁴. Des doutes sur ce fait suffisaient pour provoquer la protection juridique provisoire¹⁸⁵. Désormais seulement des doutes sérieux sur la légitimité de l'acte administratif suscitent le sursis à l'exécution du refoulement.

La conformité à la Constitution de ces dispositions dépend alors de la définition des doutes sérieux¹⁸⁶. Communément des doutes sérieux sont donnés si les raisons pour l'illegalité de l'acte administratif sont prépondérantes¹⁸⁷.

A cause de "l'effet de rayonnement de l'art.16a, alinéa 1 de la Constitution" qui est lié étroitement avec la dignité humaine, cette définition des "doutes sérieux" n'est cependant pas applicable¹⁸⁸.

¹⁷⁹ Schoch, DVBl 1993, 1168 .

¹⁸⁰ Henkel, NJW 1993, 2708; Huber, NVwZ 1993, 74; Schoch, DVBl 1993, 1168 .

¹⁸¹ Hehl, ZRP 1993, 306 .

¹⁸² Henkel, NJW 1993, 2709 .

¹⁸³ BVerfGE 65, 76 (95s.) .

¹⁸⁴ BVerfGE 67, 43 (61s.) .

¹⁸⁵ Hehl, ZRP 1993, 306 .

¹⁸⁶ Schoch, DVBl 1993, 1166 .

¹⁸⁷ Henkel, NJW 1993, 2709; Hailbronner, ZAR 1993, 115 .

¹⁸⁸ Schoch, DVBl 1993, 1166; Hehl, ZRP 1993, 309 .

Comme les tribunaux doivent se protéger à l'aide du droit procédural contre des décisions erronées irréparables il est nécessaire d'affirmer l'existence de doutes sérieux s'il y a la possibilité d'une décision erronée.

Aussi la jurisprudence administrative partage cette opinion en estimant que les dispositions de l'art.16a, alinéa 4 GG et §36, alinéa 4 AsylVfG ne sont pas inconstitutionnelles à condition que les principes développés par la Cour constitutionnelle fédérale à propos de la protection juridique provisoire en procédure en référé soient maintenus¹⁸⁹. Cette appréciation de la doctrine et de la jurisprudence administrative ne correspond pas à la volonté expresse du législateur et à la volonté de ceux qui essaient par tous les moyens d'obtenir une accélération de la procédure de demande d'asile¹⁹⁰. En tout cas il faut attendre jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe se prononce sur la définition de "doutes sérieux" de l'art.16a, alinéa 4 de la Constitution et §36, alinéa 4 AsylVfG.

Quant au délai hebdomadaire de §36, alinéa 3, phrase 5 AsylVfG auquel les tribunaux doivent se conformer pour juger la demande en protection juridique provisoire - les membres du comité juridique du parlement fédéral se sont indignés. On parle d'une "affaire révoltante", d'un "empiètement dans l'indépendance judiciaire" et d'un "règlement absurde, utopique et impracticable"¹⁹¹.

Les doutes sur la conformité à la Constitution de ce règlement semblent fondées car le terme d'un jugement sur la procédure en référé ne tient pas compte de la cause en état, mais d'un délai hebdomadaire arbitraire¹⁹². On estime qu'en pratique, si le délai hebdomadaire ne suffit pas pour reconnaître de l'évidence d'une demande infondée, les juges vont faire droit à la demande en protection juridique pro-visoire¹⁹³.

La critique concernant l'art.16a, alinéa 5 de la Constitution

On critique aussi l'art.16a, alinéa 5 GG. Sans doute le cinquième alinéa permet l'entière participation de l'Allemagne au système de Schengen, mais le libellé de cet alinéa se réfère seulement aux accords qui règlent la compétence et la reconnaissance réciproque des décisions des demandes d'asile¹⁹⁴. A cause de cette fixation littérale, il ne favorise pas l'harmonisation européenne, parce qu'il ne permet pas de conclure des contrats internationaux réglant l'harmonisation du droit d'asile matériel ou procédural¹⁹⁵.

¹⁸⁹ VG Frankfurt, NVwZ 1993, Beilage I, S. 8.

¹⁹⁰ Hailbronner, ZAR 1993, 116.

¹⁹¹ Schoch, DVBl 1993, 1169.

¹⁹² Gusy, Jura 1993, 513; Schoch, DVBl 1993, 1169.

¹⁹³ Schoch, DVBl 1993, 1169.

¹⁹⁴ Renner, ZAR 1993, 122.

¹⁹⁵ Hailbronner, ZAR 1993, 116; Henkel, NJW 1993, 2710.

2. LES RÉSULTATS ENTRAÎNÉS PAR LES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES, CONSTITUENT-ILS UN SUCCÈS ?

En France

27 486 demandeurs d'asile déposent une demande en 1992, contre 26 507 demandes en 1993¹⁹⁶. Cela signifie une faible diminution.

Il reste à attendre les premiers chiffres qui suivent à long terme la révision constitutionnelle.

Les chiffres en Allemagne

Alors qu'en 1992 le chiffre record de 438 191 demandeurs d'asile est obtenu, on compte en 1993 322 842 demandeurs. Cela signifie une baisse de 26,4 %¹⁹⁷.

Pour mieux mettre en évidence l'effet de la révision constitutionnelle de juillet 1993 il faut comparer la deuxième moitié de l'année 1993 avec la même période de l'année précédente: entre juillet et décembre 1992 250 000 personnes ont sollicité l'asile, tandis que ce n'étaient que 98 500 demandeurs pendant la même période 1993. Donc, on peut constater une diminution de 60,7 %¹⁹⁸.

L'Office fédéral [BAFI] réussit à statuer sur 513 000 demandes ce qui signifie en même temps qu'il a commencé à réduire le stock des dossiers étant en attente. Pour l'année 1993 le taux de succès des demandes d'asile se chiffre à 3,2 % (février 1993: 1,6 %, décembre 1993: 5,5 %)¹⁹⁹.

Surtout le nombre de personnes venant de la Roumanie et de la Bulgarie se réduit: en avril 1993, 12 586 Roumains et 3 157 Bulgares ont demandé asile tandis qu'en janvier 1994 ce ne sont plus que 847 Roumains et 236 Bulgares²⁰⁰. La cause de ce recul est le contrat entre l'Allemagne et la Pologne aussi bien que le redoublement du contrôle à la frontière. Actuellement ce sont 4 500 personnes qui essaient d'empêcher l'immigration clandestine à la frontière de l'est (à cette fin on utilise même des appareils infrarouge). Quand même on estime qu'en ce moment 300 000 personnes séjournent illégalement en Allemagne²⁰¹.

L'accélération des procédures: l'exemple de Cologne:

60 % des demandeurs d'asile dont la demande est récusée par l'Office fédéral [BAFI] interjettent un recours administratif contentieux devant le tribunal administratif de Cologne. Environ la moitié des demandes est rejetée comme manifestement infondée. Dans ce cas, la procédure sommaire ne devrait pas durer plus de six semaines. Tandis que l'Office fédéral [BAFI] réussit en effet à décider d'une demande manifestement infondée dans l'espace prévue de deux semaines, des problèmes de notification des dossiers au tribunal administratif

¹⁹⁶ Chiffres de l'OFPR, La Libération, 25 janvier 1994 .

¹⁹⁷ Linke, Handelsblatt, 13 janvier 1994 .

¹⁹⁸ FAZ, 6 janvier 1994 .

¹⁹⁹ Linke, Handelsblatt, 13 janvier 1994 .

²⁰⁰ FAZ, 6 janvier 1994 .

²⁰¹ Linke, Handelsblatt, 13 janvier 1994 .

provoquent un retard de plusieurs semaines. Donc, la plupart des demandes manifestement infondées ne sont pas jugées pendant six semaines²⁰². L'autre moitié des demandes est examinée dans les procédures ordinaires. L'Office fédéral [BAFI] arrive à statuer sur une demande d'asile dans la période de deux à quatre mois. Mais le recours administratif dure en moyenne 12 mois²⁰³.

Est-ce qu'on peut parler d'un succès ?

Grâce à la modification de l'ancien art. 16, alinéa 2, phrase 2 de la Constitution le constituant allemand voulait obtenir trois buts²⁰⁴:

1. Les persécutés politique qui sont *vraiment* exposés à une persécution doivent être protégés.
2. Il faut éviter qu'un étranger invoque de façon injustifiée le droit d'asile. Les étrangers qui n'ont pas besoin de la protection allemande parce qu'ils ne sont pas ou plus persécutés doivent être exclus des procédures de longue durée.
3. La procédure de demande d'asile doit être accélérée.

Le recul des demandes d'asile montre que le constituant a en tout cas réussi à exclure la plupart des demandeurs d'asile de la protection allemande.

L'augmentation de taux de succès des demandes d'asile entre février et décembre 1993 de 1,6 % à 5,5 % constitue aussi un point pour supposer que les réfugiés pour raisons économiques ne demandent plus asile. On a obtenu aussi une accélération des procédures, bien qu'elles durent encore un peu plus longtemps que prévu par la nouvelle loi.

Reste à savoir si le constituant peut désormais garantir la substance d'asile, c'est à dire si les "vrais" persécutés politiques obtiennent en effet la protection nécessaire dans l'Allemagne ou dans un "Etat de premier accueil". A cause de nombreuses déficiences du nouvel article 16a de la Constitution montrées ci-dessus, cela semble invraisemblable.

²⁰² Focken, FAZ, 22 novembre 1993 .

²⁰³ Focken, FAZ, 22 novembre 1993 .

²⁰⁴ Schoch, DVBl 1993, 1162 .

DEUXIÈME PARTIE :

LES RÉVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE: LES PRÉMISSSES D'UNE HARMONISATION EUROPÉENNE DU DROIT D'ASILE

Les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne ne sont pas capables de mettre fin à la crise du droit d'asile. Certes, l'Allemagne a réussi, à l'aide du nouvel article 16a de la Constitution, à réduire le nombre des demandes d'asile (en avril 1994 seulement 12 164 personnes ont sollicité l'asile, tandis qu'en avril 1993 c'étaient 43 000 personnes; ce qui présente une diminution de 72 %). Mais la restriction du droit à l'asile par un ou deux Etat ne peut plus constituer une solution à la crise du droit d'asile. A cause de la réalisation du marché unique, la question du droit d'asile est devenue un problème européen; c'est pourquoi l'harmonisation du droit d'asile en Europe est indispensable (chapitre I). Comment les Etats européens essaient d'harmoniser leurs réglementations relatives au droit d'asile et s'ils arrivent à trouver une solution européenne, ces deux questions sont examinées dans les chapitres II et III.

CHAPITRE I: LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION EUROPÉENNE DU DROIT D'ASILE

1. LE CHANGEMENT DE LA SITUATION POLITIQUE EN EUROPE

La situation des réfugiés en Europe

Dès les années 80, on peut constater un accroissement des réfugiés non seulement en France et en Allemagne, mais également dans tous les pays européens²⁰⁵. Le nombre des demandes d'asile en Europe monte de 134 000 en 1985 jusqu'à 430 815 en 1991²⁰⁶. Cependant, ce vaste mouvement de migration en Europe n'est pas un phénomène unique au monde: il y a 17 millions de réfugiés au moins tous azimuts²⁰⁷. Donc, les 430 815 réfugiés en Europe représentent seulement une petite partie du mouvement entier.

Mais quelles sont les raisons pour leur fuite?

D'un côté, l'ouverture des pays de l'Est a engagé un flot de gens. Après 45 ans de fermeture, les frontières sont abolies et un libre franchissement est possible pour la première fois²⁰⁸.

De l'autre côté, l'Union européenne a supprimé ses frontières intérieures en 1993 pour réaliser la libre circulation des personnes dans les pays communautaires. Les réfugiés peuvent donc franchir librement les frontières intérieures.

Dans ce contexte, d'autres développements de grande importance apparaissent encore. Premièrement, l'écroulement de la philosophie marxiste est une modification qui va loin. Après cet écroulement, l'obstacle à une "européanisation" de tout le monde n'existe plus. Les valeurs spirituelles et la morale occidentale s'étendent partout. Ainsi, l'Occident et le Tiers Monde s'approchent, alors que l'économie du Tiers monde ne se développe pas. Par conséquent, l'émigration s'accroît²⁰⁹.

Deuxièmement, on pourrait penser que l'effondrement du communisme conduit à une diminution des persécutions politiques. Mais, au contraire, les rivalités ethniques s'aggravent et le nationalisme se réveille (cf. la Yougoslavie). En plus, le fanatisme religieux s'enforce.

Positivement, on peut constater un écroulement des dictatures de l'Amérique latine et une démocratisation d'un certain nombre de pays en développement (cf. l'Afrique du Sud).

Les pays européens, quel rôle jouent-ils dans ce contexte?

²⁰⁵ Weber, ZRP 1993, 173.

²⁰⁶ Bielmeier / Stein, p.47.

²⁰⁷ Weber, ZAR 1993, 12.

²⁰⁸ Tinguy/ Wihtol de Wenden, p. 37.

²⁰⁹ Hailbronner, ZAR 1992, 51.

L'Europe pourrait être un cadre de référence et un espace démocratique, et elle reste, en premier lieu, un îlot de prospérité relative et une zone d'attraction²¹⁰. Le nombre des personnes qui s'enfuient de leurs pays à cause de la situation instable au niveau politique et économique s'accroît; ils ne sont pas de "réfugiés classiques" (réfugiés politiques) mais plutôt des immigrés et exilés. Comme un système approprié à l'immigration en Europe n'existe pas, ces derniers essaient de se placer sous la protection du droit d'asile.

Pourquoi un droit d'asile européen ?

Quand on parle de la Communauté européenne, on parle en fait des trois Communautés européennes. Ce sont la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (C.E.C.A.) fondée le 18 avril 1951, la Communauté Européenne de l'Energie Atomique (EURATOM) et la Communauté Economique Européenne (C.E.E.), les deux dernières fondées le 25 mars 1957²¹¹. Dans les traités définissant les trois Communautés, il y est question d'acier, de charbon, d'énergie atomique et d'économie. Pourquoi parle-t-on actuellement d'une politique du droit d'asile européenne, alors que les traités des Communautés ne la mentionnent pas?

C'est en 1986 que l'Acte unique européen dont les dispositions se rajoutent au traité de la CEE, entre en vigueur. A cause de l'Acte unique, l'article 8a est introduit dans le traité de la CEE. Cet article mentionne les quatre libertés caractérisant déjà le marché commun²¹²: la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes. De plus, il fixe la date limite, le 31 décembre 1992, à la réalisation progressive du marché unique. Dans l'alinéa 2 de l'article 8a, on trouve la définition du marché unique comme un espace sans frontières intérieures. L'article 8a du traité de la CEE crée donc les conditions juridiques de l'objectif politique: le marché unique. Celui-ci est officiellement instauré le 1^{er} janvier 1993 en remplacement, ou plutôt, en complément de l'ancien marché commun²¹³.

La réalisation du marché unique signifie en même temps la suppression des frontières intérieures, c'est-à-dire l'abolition des contrôles des personnes aux frontières intérieures.

2. CE CHANGEMENT IMPOSE UNE HARMONISATION EN MATIÈRE D'ASILE

Les Etats membres demandent des règles de compétence

La suppression des contrôles a pour corollaire que les demandeurs d'asile peuvent également franchir librement les frontières intérieures dans l'espace

²¹⁰ Hailbronner, ZAR 1992, 51.

²¹¹ Schweitzer / Hummer, Europarecht, p. 4 .

²¹² Taschner, p. 115 .

²¹³ Lorot, p.2 .

commun²¹⁴; C'est pourquoi les Etats membres craignent, entre autres, une aggravation du problème des "réfugiés en orbite" qui traversent l'Europe en sollicitant successivement l'asile dans plusieurs pays européens jusqu'à ce que leur demande soit reconnue²¹⁵. Pour cette raison, les Etats membres revendiquent des mesures compensatoires permettant de prévenir le déficit de sécurité que la réalisation du marché unique risque d'engendrer²¹⁶. Pour éviter le problème des "réfugiés en orbite", les Etats membres désirent une réglementation qui stipulerait qu'une demande d'asile déposée sur le territoire commun ne soit traitée qu'une seule fois par un des Etats signataires²¹⁷.

Des règles de compétence, sont-elles suffisantes pour résoudre le problème?

En principe, une règle de compétence est pleine de sens, mais beaucoup de difficultés existent. Pour que tels règlements aient de l'effet, il est nécessaire que chaque pays accepte sans exception les décisions du pays compétent. Mais il y a plusieurs problèmes qui entravent une reconnaissance absolue.

1. Jusqu'à présent, les réserves nationales empêchaient une reconnaissance réciproque des décisions. Dans quelques pays, la législation nationale a forcé les autorités compétentes à examiner une demande en tout cas. Mais après les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne, cet obstacle est écarté.

2. La notion différente de réfugié pose une deuxième difficulté. Certes, tous les Etats européens ont signé la Convention de Genève et s'en servent pour définir le réfugié. Néanmoins, on peut constater une grande différence entre les quotas de reconnaissance. Au début des années 1980, le Danemark a reconnu le statut d'environ 90 % des demandeurs d'asile de Sri Lanka, alors que l'Allemagne a accepté seulement 8 % des réfugiés de cette provenance²¹⁸. Bien que, théoriquement, les deux pays aient la Convention de Genève comme base juridique, leur application pratique est très différente.

Ce fait montre que non seulement la définition du réfugié, mais encore l'application de la Convention de Genève est divergente. En effet, la Convention de Genève ne régit pas le droit à asile mais la situation juridique de celui qui est déjà reconnu comme réfugié. Juger et apprécier si quelqu'un a un droit à asile incombe dernièrement à la décision discrétionnaire de chaque Etat. Seulement, l'obligation de "non-refoulement" est une limitation du jeu discrétionnaire.

3. Les procédures de demandes d'asile qui diffèrent souvent constituent un autre problème pour l'acceptation mutuelle. La procédure est de grande importance parce qu'elle caractérise l'interprétation des règles du fond du droit d'asile et constitue le cadre dans lequel l'agent prend la décision²¹⁹.

La procédure ordonne, par exemple, les exigences minimums pour un exposé des motifs d'une décision négative. Ces exigences sont très différentes en Europe. Ce fait rend impossible qu'un pays accepte la décision d'un autre Etat

²¹⁴ Bleckmann, p.66 .

²¹⁵ Taschner, p.115 .

²¹⁶ Weckel, Rev. gén. dr. int. publ. 1991, 406 .

²¹⁷ Taschner, p.115 .

²¹⁸ Huber, NVwZ 1992, 621 .

²¹⁹ Guimezanes, p.186, n° 437 .

tant que la procédure ne satisfait pas ses propres exigences. Au cas de recours en France par exemple, le demandeur débouté engage une action en annulation d'un acte administratif. Par contre, en Allemagne, il intente une action tendant à obtenir la reconnaissance du statut. Ce type de plainte est tout à fait inconnu dans la plupart des pays européens. En outre, il est inimaginable que la France adopte le système d'une action tendant à obtenir un acte parce qu'il est incompatible avec le principe de séparation des pouvoirs tel qu'il est défini en France²²⁰.

4. Outre cela, les Etats membres de l'Union européenne mènent des différentes politiques en ce qui concerne le renvoi à la frontière. Les définitions de "l'alternative de fuite" sont très divergentes et une liste commune des "Etats de premier accueil" n'existe pas non plus.

5. Finalement, la politique à propos des réfugiés de fait n'est pas du tout homogène. Particulièrement en cette matière, une définition commune est nécessaire, car les réfugiés de fait représentent une grande partie des demandeurs d'asile. (En Allemagne, ils représentent 40 % de tous les réfugiés²²¹.)

En discutant les possibilités d'une harmonisation du droit d'asile en Europe, il est nécessaire de jeter un coup d'oeil également sur les autres pays européens.

Il faut comparer les situations actuelles des pays européens: où y a-t-il des différences? Où existe-il de la conformité? Comment peut-on surmonter les différences afin d'obtenir un droit d'asile européen?

Dans le cadre de ce mémoire le droit d'asile du Royaume-Uni et de l'Italie seront présentés.

Le Royaume-Uni est un de trois Etats communautaires qui n'ont pas de frontières communes avec les pays continentaux et qui n'ont pas signé les Conventions de Schengen. A cause de leur situation géographique spéciale, les Anglais jouent, comme par exemple les Irlandais, un rôle détaché. Cela vaut particulièrement pour le droit d'asile, une matière qui a beaucoup à faire avec le franchissement des frontières.

Par contre, l'Italie est intéressante car il s'agit d'un pays communautaire du sud. En ce qui concerne le franchissement illégal et l'entrée clandestine, ce sont surtout les Etats méridionaux qui sont touchés par ce problème. L'Italie a une frontière maritime d'une extension vaste et est un des pays qui sont plus proches aux pays pauvres et instables. Pour cette raison, les réfugiés qui s'enfuient des foyers de troubles arrivent d'abord aux pays les plus proches, avant tout l'Italie (conférez la situation des Albanais en 1990).

Le droit d'asile en Royaume-Uni

En Royaume-Uni, il n'existe pas de droit constitutionnel qui accorde l'asile. Le droit d'asile est fondé sur la Convention de Genève et le Protocol de New York. Mais ces deux accords ne sont pas introduits dans le droit interne. Leur

²²⁰ Huber, NVwZ 1992, 623.

²²¹ Huber, NVwZ 1992, 624.

application est seulement garantie par une loi concernant l'immigration (le "Statement of Changes in Immigration" de 1990)²²².

Normalement, le demandeur d'asile dépose sa demande à l'entrée du territoire auprès de l'officier de la police des frontières. En 1989, ils représentaient 65 % des cas.

Le dossier est transmis au "Refugee Section of the Immigration and Nationality Department of the Home Office"²²³. Ses agents statuent sur le bien-fondé de la demande en appliquant les critères de la Convention de Genève. D'abord, l'"Executive Officer" qui est compétent pour le pays d'origine du requérant, examine les faits du dossier. Puis, il le transmet avec une expertise au "Higher Executive Officer". Celui-ci examine les faits encore une fois et prend la décision, pour laquelle il y a trois alternatives:

- premièrement, la qualité du réfugié est reconnue. En ce cas, le demandeur d'asile obtient une carte de séjour, valable quatre ans. Après cette période, il est autorisé à une durée indéterminée;

- deuxièmement, la qualité est refusée, mais le requérant reçoit une autorisation de séjour exceptionnel [ELR] pour des raisons humanitaires. Cette autorisation a une validité de douze mois et est renouvelable. Après trois ans, le réfugié peut recevoir une carte de séjour indéterminée;

- finalement, l'agent du "Home Office" peut refuser la demande. Dans ce cas, le réfugié peut faire appel, sinon il sera expulsé²²⁴.

Parfois, des cas particuliers sont entendus et jugés par une instance supérieure (l'instance ministérielle). A côté, il existe encore un office spécial qui donne un avis facultatif - l'"UKIAS" ("United Kingdom Immigrants' Advisory Service").

Un étranger qui se trouve déjà sur le territoire et qui est sommé de quitter le Royaume-Uni peut demander l'asile même à ce moment avancé s'il craint une persécution dans le cas de son expulsion.

Après qu'une demande soit déboutée, le réfugié peut faire appel²²⁵. En première instance, le recours est fait devant l'"Adjudicator" qui siège seul²²⁶. La deuxième instance ("Immigration Appeals Tribunal") est composée de trois personnes. Ils ne doivent pas avoir une qualification juridique, mais il est nécessaire qu'un juriste préside l'assemblée.

En Angleterre, il existe aussi la possibilité d'une révision judiciaire ("judicial review"). Cette procédure n'examine pas les motifs et le bien-fondé mais la légalité de la décision.

En septembre 1991, il y avait un stock de 59.300 dossiers en souffrance et dès lors, la durée de l'examen s'est élevée à seize mois en moyenne²²⁷. Le législateur anglais a essayé d'accélérer la procédure. Pour cette raison, on a adopté l'"Asylum Bill" qui devrait réduire le délai pour déposer le recours. En automne 1992, la Chambre des Communes a voté le projet de loi. Mais bien que cette loi aurait créé un droit de former un recours pour la première fois, elle était

²²² House of Commons Paper, n° 251 of 23rd March 1990 .

²²³ Guimezaes, n° 101; O'Keefe, p. 47 .

²²⁴ Storey, RFD 1993, 781 .

²²⁵ O'Keefe, p. 48 .

²²⁶ Storey, RFD 1993, 781 .

²²⁷ O'Keefe, p. 49 .

critiquée par plusieurs parties de la Société à cause du bref délai pour faire appel. On a laissé tombé ce projet. Par conséquent, le vide juridique en matière du droit d'asile persiste en Angleterre et les agents continuent à suivre une procédure informelle²²⁸.

Le droit d'asile en Italie

En Italie, il existe trois bases juridiques qui sont en vigueur.

Premièrement, l'article 10 de la Constitution Italienne établit un droit d'asile. Cet article octroie l'asile pour chaque étranger qui ne peut pas exercer les mêmes libertés fondamentales reconnues par la Constitution Italienne dans son pays d'origine. Mais l'article 10 établit en même temps une réserve des lois simples.

Les précisions du droit d'asile sont faites par la loi n° 39-1990²²⁹, qui est la deuxième base juridique du droit d'asile en Italie.

Enfin, la Convention de Genève est ratifiée par la loi n° 722 du 24 juillet 1954.

En général, chaque étranger privé d'exercer ses droits de liberté, peut demander l'asile en Italie. Mais est exclu celui qui est déjà reconnu comme réfugié dans un Etat tiers, qui menace la sécurité publique et qui a commis un crime selon l'article 380, al.1 et 2 du Code Pénal Italien ou qui est membre de la Mafia ou d'autres associations criminelles.

Autrefois, était aussi exclu du bénéfice du droit d'asile tout étranger de provenance d'un pays extra-communautaire. Mais la loi n° 39-1990 a aboli cette stricte réserve géographique²³⁰.

La demande est examinée par une commission centrale pour la reconnaissance du statut de réfugié. Cette commission est composée de quatre membres qui sont nommés par le Président du Conseil des Ministres²³¹.

En outre, un représentant du HCR peut assister aux réunions, mais il n'a pas qu'une voix consultative (art.2 de la loi du 28 février 1990)²³².

Pendant la durée de la procédure, le demandeur d'asile a droit à un permis de séjour provisoire. Au-delà, s'il n'a pas de moyens de subsistance, le Ministre de l'Intérieur peut lui accorder une aide financière pendant 45 jours²³³.

Un recours contre une décision défavorable est possible devant le tribunal administratif régional (TAR), mais seulement sur l'illégalité de la mesure de refoulement²³⁴. L'appel doit être fait en l'espace de trente jours.

Pour conclure, on peut constater que le droit d'asile est plus ou moins réglé dans les différents pays.

Il n'est pas partout un droit constitutionnel comme en France et en Allemagne.

²²⁸ Storey, RFDA 1993, 779 .

²²⁹ Cette loi vient du décret n° 416 du 30 décembre 1989, qui est transformé en loi le 28 février 1990 .

²³⁰ Meoli, RFDA 1993, 773 .

²³¹ Décret n° 136 du 15 mai 1990; Meoli, RFDA 1993, 775 .

²³² Guimezanes, n° 207 .

²³³ Guimezanes, n° 98 .

²³⁴ Guimezanes, n° 118 .

Sans doute, tous les Etats de l'Union Européenne ont ratifiés la Convention de Genève, mais les effets juridiques diffèrent encore beaucoup. A l'exemple du Royaume-Uni, il existe des pays qui n'ont pas de loi qui accorde directement un droit d'asile. Là, le droit fondamental est octroyé indirectement et découle de l'obligation de respecter la Convention de Genève. Par contre, il y a d'autres pays qui ont un système de normes complexes et étendues pour régler la matière (par exemple l'Allemagne).

En définitive, il existe différents concepts à propos des autorités responsables tant pour reconnaître le statut que pour les possibilités de recours.

Eu égard à l'Europe unie, ces différences doivent être écartées (comme l'Italie a aboli sa réserve géographique en 1990). Il doit exister une situation juridique homogène partout qui permettrait un traitement comparable par chaque membre.

Une fois que les définitions et les procédures sont coordonnées, les décisions pourraient être acceptées par les autres Etats. Cela serait un premier pas vers une harmonisation européenne.

CHAPITRE II: LES EFFORTS DES PAYS EUROPÉENS D'HARMONISER LEURS CONCEPTIONS DU DROIT D'ASILE

1. LES TENTATIVES D'UNE HARMONISATION DU DROIT D'ASILE A L'ÉCHELLE EUROPÉENNE (au sens géographique)

Le Conseil de l'Europe

En mai 1948, le "comité du mouvement pour l'unité de l'Europe" a organisé un congrès de l'Europe à La Haye. 750 personnes de 26 Etats ont participé à cette conférence. Ils ont revendiqué la création d'une Union politique et économique: une Union ouverte à tous les peuples européens vivant sous un système démocratique et s'obligeant à respecter une charte des droits de l'homme. Le résultat immédiat de cette demande fut la fondation du Conseil de l'Europe, le 5 mai 1949²³⁵. Le Conseil de l'Europe avait comme tâche de réaliser les nombreux efforts d'une unification européenne. Son but était de rapprocher les Etats membres pour protéger et favoriser leurs idéaux et principes communs. De plus, il devait accélérer leur progrès social et économique²³⁶. Entre-temps, le Conseil de l'Europe a réuni 26 Etats européens au total dont quatre Etats provenant de l'Europe centrale qui sont récemment devenus membres: la Hongrie, la République tchèque, la Slovaquie et la Pologne. Le Conseil de l'Europe est donc considéré comme "la Maison Commune où se retrouvent tous les Etats de la Grande Europe"²³⁷.

Le Conseil de l'Europe a son siège à Strasbourg. Ses organes principaux sont:

- le Comité des Ministres, l'organe de décision, composé des gouvernements des 26 Etats membres
- l'Assemblée Parlementaire, l'organe délibératif, composée des représentants des 26 parlements nationaux²³⁸.

Dès les années 50, le Conseil de l'Europe s'occupe déjà des questions des réfugiés. Durant les années 60, il fonde plusieurs comités s'employant aux mouvements migratoires, aux réfugiés et à la démographie²³⁹. En 1976, l'Assemblée Parlementaire recommande l'harmonisation des procédures de détermination du statut de réfugiés. En 1977, le Comité des Ministres institue une commission d'experts, le "Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides" (le CAHAR), où sont représentés également le Canada, l'Australie, les Etats-Unis et le Vatican²⁴⁰. Depuis la fondation du Comité ad hoc, de nombreuses résolutions et

²³⁵ Schweitzer / Hummer, *Europarecht*, p.21 .

²³⁶ Teske, p.7 .

²³⁷ Worms, p.148 .

²³⁸ Teske, p.8 .

²³⁹ Wollenschläger, *NWVB1* 1992, 226 .

²⁴⁰ Bielmeier / Stein, p.34 .

recommandations relatives au droit d'asile ont été promulguées. Tout de même, des normes impératives ne pouvaient pas être créées. La tentative de rédiger par exemple une Convention sur l'asile territorial a échoué.

Les actions récentes dans l'enceinte du Conseil de l'Europe

Trois grandes conférences ont eu lieu pendant l'année 1991 dans le cadre du Conseil de l'Europe.

1. La conférence de Vienne

Les 24 et 25 janvier 1991, une conférence sur les mouvements des personnes en provenance des pays d'Europe centrale et orientale a été tenue à Vienne, à l'initiative des autorités autrichiennes et appuyée par le Conseil de l'Europe²⁴¹. Trente-deux Etats européens, l'Australie, le Canada et les Etats-Unis y ont participé. Cette conférence a été organisée en réponse à l'appréhension croissante provoquée par la perspective d'éventuels courants migratoires massifs des pays d'Europe centrale et orientale vers les autres pays européens²⁴².

En ce qui concerne les réfugiés, le document final adopté par la conférence, réaffirme l'importance de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, la nécessité de développer entre les Etats membres une concertation plus étroite, a été soulignée²⁴³. Concernant la question du droit d'asile, les ministres ont exprimé leur désir d'une harmonisation de la politique d'asile et d'une coopération informelle afin d'empêcher l'abus du droit d'asile²⁴⁴.

Lors de la conférence un groupe de hauts fonctionnaires (Groupe de Vienne) a été fondé. Le groupe a la tâche de mettre en oeuvre les recommandations contenues dans le document final. Le Groupe de Vienne a créé plusieurs sous-groupes s'employant à différents sujets concernant la migration, parmi lesquels se trouve le droit d'asile.

Grâce à la conférence de Vienne, une coopération informelle était née.

2. La conférence de Luxembourg

Les 17 et 18 septembre 1991, le Conseil de l'Europe a organisé une conférence à Luxembourg où les ministres européens, responsables de l'immigration ont participé. Les sujets principaux de cette conférence étaient l'augmentation énorme du nombre des demandes d'asile et la relation existant entre l'immigration et l'asile. Les ministres ont évoqué la nécessité d'examiner les demandes cas par cas, bien que le nombre des demandes ait beaucoup augmenté²⁴⁵. On a également discuté la création d'un système de secours rapide en cas d'arrivée massive de personnes fuyant leur pays²⁴⁶.

²⁴¹ Wollenschläger, NWVBl 1992, 227.

²⁴² Worms, p.148.

²⁴³ Wollenschläger, NWVBl 1992, 227.

²⁴⁴ ZAR-Dokumentation 1992.

²⁴⁵ Worms, p.149.

²⁴⁶ Wollenschläger, NWVBl 1992, 228.

3. La conférence de Berlin

Les 30 et 31 octobre 1991, à l'invitation du gouvernement allemand, les ministres de l'intérieur et de la justice de 27 pays européens se sont réunis à Berlin. Le débat de cette conférence a porté sur le problème des entrées irrégulières en provenance de et par l'Europe centrale et orientale. Les ministres ont donc établi une liste de mesures destinées à renforcer la coopération administrative et policière en matière de contrôles aux frontières²⁴⁷.

2. LES TENTATIVES D'UNE HARMONISATION DU DROIT D'ASILE A L'ÉCHELLE INTERGOUVERNEMENTALE

Les Conventions de Schengen et de Dublin

Pour prévenir le déficit de sécurité que la réalisation du marché unique risquait d'engendrer, les Etats membres ont conclu des accords intergouvernementaux: les Conventions de Schengen et Dublin.

Il faut souligner que les traités de Schengen et de Dublin ne résultent pas du désir d'une harmonisation européenne de la politique d'asile, mais qu'ils ont fait fonction des mesures compensatoires pour prévenir un déficit de sécurité provoqué par la suppression des frontières intérieures²⁴⁸. Donc, une de ces mesures compensatoires consiste en la détermination de l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile présentée sur le territoire commun.

Il y a trois risques que les Etats membres voulaient éviter par cette mesure compensatoire. Le premier consiste en un accroissement des demandes déposées simultanément ou successivement par une même personne dans plusieurs Etats; le deuxième en la tentation, pour certains d'encourager le départ ou le transit des demandeurs d'asile vers leurs voisins frontaliers. Enfin, il s'agit d'éviter un refus de la demande d'asile par tous les Etats concernés, chacun rejetant sur l'autre une telle responsabilité²⁴⁹.

En 1985 déjà, en anticipant sur l'acte communautaire de suppression des frontières intérieures, le Benelux, la France et la République fédérale d'Allemagne ont conclu l'Accord de Schengen. Cet Accord prévoit la suppression graduelle de toutes les formalités frontalières et douanières aux frontières intérieures du territoire couvert par les pays précités. Le 19 juin 1990, la Convention d'application de l'accord de Schengen (la Convention de Schengen) a été signée. Cette Convention régit la mise en oeuvre de l'Accord conclu en 1985.

Entre-temps, l'Italie (le 27 novembre 1990), l'Espagne et le Portugal (le 26 juin 1991) et la Grèce (le 6 novembre 1992) ont adhéré à la Convention de Schengen. La Grande-Bretagne et l'Irlande se sont jusqu'à présent tenues à l'écart du Groupe Schengen. La raison principale est sûrement leur situation géographique particulière qui fait qu'elles n'ont pas de frontière commune avec

²⁴⁷ Wollenschläger, NWVBl 1992, 228.

²⁴⁸ Weckel, Rev. gén. dr. int. publ. 1991, 406.

²⁴⁹ Huber, NVwZ 1992, 620.

les neuf autres Etats. Le Danemark n'a pas non plus intégré le groupe du fait des liens privilégiés qu'il entretient avec le Conseil nordique²⁵⁰.

Quelques jours avant la conclusion de la Convention de Schengen, le 15 juin 1990, onze des douze Etats membres ont signé -le Danemark ne signe qu'un an plus tard- la **Convention de Dublin** qui vise à déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile déposée sur le territoire européen²⁵¹.

Les dispositions du deuxième titre de la Convention de Schengen relatives au droit d'asile sont presque identiques aux stipulations de la Convention de Dublin. Alors que la Convention de Schengen règle de nombreux sujets importants pour la suppression des frontières intérieures et le renforcement des contrôles aux frontières extérieures, la Convention de Dublin ne contient que des règles de compétence du traitement d'une demande d'asile déposée sur le territoire européen. Les parties contractantes ont donc inscrit les dispositions de la Convention de Dublin à la Convention d'application de l'accord de Schengen. Elles ont évidemment estimé que l'entrée en vigueur de la Convention de Dublin aura lieu postérieurement à la mise en vigueur de la Convention de Schengen²⁵². Actuellement, ni la Convention de Dublin, ni la Convention de Schengen ne sont en vigueur²⁵³.

Aperçu du contenu de la Convention de Schengen

Dans son premier titre, la Convention de Schengen définit quelques notions importantes, par exemple les "frontières intérieures", "frontières extérieures", "Etat tiers", "demande d'asile", "titre de séjour", ...

Le titre II concerne la suppression des contrôles des personnes aux frontières intérieures, un certain nombre de mesures relatives à l'harmonisation des règles de compétence pour le traitement des demandes d'asile et les conditions de circulation des étrangers.

Le titre III comprend les stipulations destinées à promouvoir entre les parties contractantes une coopération en matière de police ainsi qu'une entraide judiciaire en matière pénale.

Des mesures particulières concernant l'application du principe "ne bis in idem", la transmission de l'exécution de jugements répressifs et la création de groupes de travaux en matière de stupéfiants, d'armes à feu et de munitions sont aussi mentionnées.

Le titre IV instaure le système d'information de Schengen (SIS). Ce fichier informatisé est destiné à permettre aux Etats signataires de disposer de signalements de personnes et d'objets, à l'occasion de contrôles aux frontières ou de vérifications et à l'occasion d'autres contrôles de police et de douane exercés à l'intérieur du pays.

²⁵⁰ Dieber, NJW 1994, 295 .

²⁵¹ Néel, AJDA 1991, 672 .

²⁵² Bleckmann, p.68 .

²⁵³ Gerlach, ZRP 1993, 166 .

Le titre V concerne les transports et la circulation des marchandises.

Le titre VI énonce des règles relative à la protection des données à caractère personnel.

Le titre VII institue pour l'application de la Convention un comité exécutif statuant à l'unanimité où chaque Etat signataire dispose d'une voix. Le comité a pour mission générale de veiller à l'application correcte de la Convention. De plus, les décisions futures du comité auront la même valeur juridique que la Convention elle-même.

Le titre VIII concerne le champ d'application de la Convention, la procédure de modification et son rapport à d'autres engagements internationaux.

A la fin, il se trouve l'acte final qui comprend six déclarations communes.

La Convention de Schengen a été complétée par une Convention entre les Etats signataires et la République de Pologne signée le 29 mars 1991. Cette Convention concerne la réadmission des personnes entrées ou séjournant illégalement²⁵⁴.

Les dispositions concernant le droit d'asile

Seulement les stipulations du titre II sont importantes pour le droit d'asile. Il faut mentionner

premièrement, les règles de compétence pour le traitement d'une demande d'asile déposée sur le territoire des Etats signataires,

deuxièmement, la politique de visa et

troisièmement, les dispositions relatives au transporteur acheminant des étrangers dépourvus des documents de voyage nécessaires.

Aussi le système d'information de Schengen (SIS) joue un rôle en matière d'asile. Certes, les échanges de données relatives aux demandeurs d'asile ne sont pas exécutées dans le cadre du SIS. Mais la catégorie des "étrangers indésirables" relève du SIS puisque ces étrangers représentent un danger pour l'ordre public. Les "étrangers indésirables" sont les étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire commun ou ceux à qui l'entrée a été refusée.

Les règles de compétence pour le traitement d'une demande d'asile

Le but des Conventions de Dublin et de Schengen²⁵⁵ est de garantir l'unicité du traitement des demandes d'asile déposées dans les Etats membres en sauvegardant l'autonomie des procédures nationales²⁵⁶.

²⁵⁴ Rapport d'information, Sénat, n° 381, 23 juin 1993, in: Dictionnaire permanent droit européen des Affaires, Bulletin 58, p.8734 .

²⁵⁵ Les règles concernant le traitement d'une demande d'asile par un des Etats membre sont presque identiques dans les deux Conventions. Dans le texte est mentionné

Dans l'article 30 de la Convention de Schengen des critères déterminant la compétence d'un Etat membre sont fixés²⁵⁷:

Lorsque un Etat membre a délivré un **visa** au demandeur d'asile (quelle que soit la nature de cette autorisation) c'est cet Etat qui est compétent pour le traitement de la demande d'asile (art.30, al.1, n° a de Schengen)²⁵⁸.

S'il s'agit d'un **visa de transit** délivré par un Etat membre, c'est en principe le pays de destination qui est responsable du traitement de la demande d'asile à condition que l'Etat qui a délivré le visa de transit se soit assuré au préalable que la personne remplissait les conditions d'accès au pays de destination (art.30, al.1, n° d, ph. 3 de Schengen)²⁵⁹.

En absence de visa, l'Etat dans lequel l'étranger est arrivé, est responsable, que cette entrée soit régulière (en cas de dispense de visa) ou irrégulière (art.30, al.1, n° d et n° e de Schengen)²⁶⁰.

Ces règles générales de compétence sont complétées par les dispositions suivantes:

Lorsque **plusieurs Etats** sont susceptibles de prendre en charge le demandeur d'asile, la préférence est donnée à celui qui a délivré le visa dont l'échéance est la plus lointaine (art.30, al.1, n° b de Schengen)²⁶¹.

D'autre part, lorsque l'un des Etats membres décide d'examiner une **demande alors que la responsabilité incombe à un autre Etat**, ce dernier est libéré de ses obligations (art.30, al.2 de Schengen)²⁶². De la même façon, le fait que la demande soit en cours de traitement ou qu'une décision ait été prise empêche un nouvel examen par un autre Etat membre (art.30, al.1, n° f de Schengen)²⁶³.

Parallèlement, les deux Conventions prévoient des dispositions garantissant le droit du demandeur d'asile au traitement de sa demande. Ainsi, l'article 30, al.3 de la Convention de Schengen prévoit que, si l'Etat compétent pour le **traitement de la demande ne peut pas être déterminé** selon les critères cités au-dessus, l'Etat auprès duquel la demande est introduite, est responsable.

Lorsqu'une **demande d'asile est présentée dans un Etat qui n'est pas responsable** du traitement de celle-ci, cet Etat peut réquerir l'Etat normalement compétent de prendre en charge cet examen. S'il s'abstient d'effectuer cette démarche dans un délai de six mois à compter de la date de dépôt, la responsabilité lui est transférée (art.31, al.2 et 3 de Schengen)²⁶⁴.

seulement la Convention de Schengen alors que les articles correspondant de la Convention de Dublin sont mentionnés dans les notes.

²⁵⁶ Huber, NVwZ 1992, 620.

²⁵⁷ Denoel, RFDA 1993, 645.

²⁵⁸ art.5 de la Convention de Dublin.

²⁵⁹ art.5, al.2, n° b et c de la Convention de Dublin.

²⁶⁰ art.7, al.1 de la Convention de Dublin.

²⁶¹ art.5, al.3 de la Convention de Dublin.

²⁶² art.9 de la Convention de Dublin.

²⁶³ art.3 de la Convention de Dublin.

²⁶⁴ art.11 de la Convention de Dublin.

La responsabilité dans la prise en charge du demandeur d'asile comporte aussi l'obligation de reprendre la personne qui se trouve irrégulièrement sur le territoire d'un autre Etat pendant la procédure d'asile (art.33, al.1 et art.34, al.1 de Schengen). Dans ce cas, pourtant, l'Etat responsable ne sera pas tenu de reprendre la personne s'il en avait assuré l'éloignement hors du territoire européen (art.34, al.2 de Schengen)²⁶⁵.

L'article 37 de la Convention de Schengen²⁶⁶ contient un dispositif **d'information mutuelle**. Les Etats membres s'engagent à se communiquer d'une part les informations sur la pratique nationale (p.ex. des modifications des règlements ou des mesures concernant le droit matériel ou procédural, des données statistiques sur le nombre des demandeurs d'asile par mois, des changements apparus dans l'origine) et d'autres part sur la situation des pays de provenance des demandeurs d'asile²⁶⁷.

Dans l'article 38 de la Convention de Schengen²⁶⁸, la **transmission des données individuelles** concernant le solliciteur d'asile est réglée²⁶⁹. Ce système était considéré comme nécessaire afin de garantir l'unicité du traitement des demandes d'asile et pour réagir ainsi contre l'abus du droit d'asile. Par contre, il y a de nombreuses conditions strictes qui tendent à protéger les droits des personnes:

- l'art.38, al.1 et 2 de Schengen, où l'objet en vue duquel les informations sont communiquées, ainsi que le contenu de ces informations sont réglementés;
- les autorités et tribunaux auxquels les données peuvent être communiquées sont énumérés à l'art.38, al.5 de Schengen;
- l'art.38, al.6 et 7 de Schengen contient des dispositions relatives à la rectification d'informations erronées et au droit d'accès du demandeur aux données individuelles;
- les données transmises jouissent au moins de la protection qui existe dans le pays destinataire selon sa législation (art.38, al.10 de Schengen).

Les Conventions de Dublin et Schengen distinguent l'examen de recevabilité des demandes qui fait désormais l'objet d'un droit uniforme (selon les critères cités ci-dessus) des procédures d'admission sur le territoire et de traitement des demandes qui restent l'objet des dispositions nationales²⁷⁰. Ainsi, l'art.29, al.2 de Schengen prévoit que l'obligation de l'Etat responsable de traiter une demande d'asile n'entraîne pas forcément le droit du demandeur d'asile à l'entrée ou au séjour dans ce pays. De plus, l'Etat compétent a le droit de refouler ou d'éloigner un demandeur d'asile vers un pays tiers à condition que cet acte corresponde au droit national et n'enfreigne pas les engagements internationaux. L'Etat responsable est obligé à traiter la demande d'asile conformément à son droit national²⁷¹ (art.32 de Schengen).

²⁶⁵ art.3, 10, 13 de la Convention de Dublin .

²⁶⁶ art.14 de la Convention de Dublin .

²⁶⁷ Néel, AJDA 1991, 672 .

²⁶⁸ art.15 de la Convention de Dublin .

²⁶⁹ Néel, AJDA 1991, 673 .

²⁷⁰ Denoel, RFDA 1993, 644 .

²⁷¹ Néel, AJDA 1991, 672 .

Avant les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne, l'art.29, al.4 de Schengen était de grande importance²⁷². Selon cet article, un Etat a la possibilité de traiter une demande d'asile au lieu de la partie normalement responsable, notamment lorsque son droit national le lui impose. Cette réserve nationale était nécessaire pour la participation de la France²⁷³ et de l'Allemagne²⁷⁴ au système de Schengen.

L'harmonisation de la politique de visa

Dans l'art.9 de la Convention de Schengen, les parties contractantes s'engagent à harmoniser leur politique concernant les visas afin d'obtenir une réglementation commune relative à l'obligation de visa pour les courts séjours. Cet objectif s'accompagne d'une généralisation des visas. Par conséquent, les Etats signataires ont établi une liste de pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa. Cette liste contient environ 120 Etats²⁷⁵. Le visa uniforme - introduit par l'art.10 - est valable sur le territoire de tous les Etats signataires pour une durée maximale de trois mois. Il est à présumer que tous les pays de provenance des demandeurs d'asile se trouvent sur cette liste. Le demandeur d'asile qui veut régulièrement entrer sur le territoire commun a donc besoin d'un visa. La pratique montre pourtant que la grande majorité des demandeurs d'asile n'arrive pas à se procurer les visas nécessaires.

Les "mesures d'accompagnement": La responsabilité des transporteurs

Dans ce cadre une stipulation des "mesures d'accompagnement", à savoir l'art.26, prend de l'importance.

Sous réserve de leurs engagements découlant de la Convention de Genève, les Etats signataires s'engagent à introduire dans leurs législations les règles suivantes:

Si l'entrée sur le territoire d'un des Etats signataires est refusée à l'étranger, le transporteur aérien, maritime ou terrestre, acheminant l'étranger vers cet Etat, est obligé de reprendre le demandeur en charge (l'art.26, al.1, n° a de Schengen). Le transporteur doit s'assurer que l'étranger qu'il achemine est en possession des documents de voyage exigés pour l'entrée sur le territoire commun (art.26, al.1, n° b de Schengen). De plus, les parties contractantes s'obligent à introduire des sanctions contre les transporteurs qui ne respectent pas ces dispositions (art.26, al.2 de Schengen). Puisque le transporteur ne peut pas deviner si l'entrée sur le territoire des parties signataires est refusée au demandeur dépourvu de visa ou si le réfugié réussira à franchir illégalement la frontière, il est évident que le transporteur ne risquera pas d'encourir une amende et de prendre en charge les frais de réacheminement de celui-ci.

²⁷² Classen, DÖV 1993, 229.

²⁷³ déc. du Conseil Constitutionnel du 25. 7. 1991, n° 91- 294 DC et
déc. du Conseil Constitutionnel du 13. 8. 1993, n° 93- 325 DC.

²⁷⁴ Classen, DÖV 1993, 229.

²⁷⁵ Rapport d'information, Sénat, n° 381, 23 juin 1993, in: Dictionnaire permanent
droit européen des Affaires, Bulletin 58, p.8734.

La généralisation des visas accompagnée de cette mesure a donc une incidence évidente sur le droit d'asile²⁷⁶.

3. LES TENTATIVES D'UNE HARMONISATION DU DROIT D'ASILE A L'ÉCHELLE INTERGOUVERNEMENTALE, MAIS DANS LE CADRE INSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE

Le droit d'asile et la Communauté européenne

Jusqu'en 1985 la Communauté européenne ne s'est pas occupée des questions du droit d'asile. Le Livre blanc de la Commission européenne du 14 juin 1985 relative à l'achèvement du marché unique, mentionne pour la première fois le droit d'asile²⁷⁷.

La Commission a alors élaboré, en été 1989, l'avant-projet d'une directive relative à l'harmonisation du droit d'asile et des dispositions déterminant le statut de réfugiés²⁷⁸.

Mais elle a renoncé à adresser cet avant-projet au Conseil européen, car certains Etats membres ont nié la compétence de la Communauté pour la promulgation d'une telle directive²⁷⁹.

Lors de la réunion du Conseil européen de juin 1991 à Bruxelles, le gouvernement fédéral d'Allemagne propose de transférer la politique du droit d'asile à la compétence de la Communauté²⁸⁰. En même temps, le Conseil invite les ministres responsables de l'immigration à soumettre au sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de Maastricht des propositions concernant l'harmonisation de ces politiques. Cette invitation du Conseil représente un tournant important dans la manière dont la Communauté et les Etats membres envisagent la coopération dans le droit d'asile²⁸¹.

Jusqu'alors, les Etats membres avaient seulement coopéré dans ce domaine sur la base des traités internationaux (par ex. les Conventions de Dublin et de Schengen); il s'agissait donc d'une coopération intergouvernementale. A Luxembourg pourtant, la question d'une harmonisation du droit d'asile a été abordée pour la première fois dans le cadre de la Communauté européenne²⁸². A Maastricht, en décembre 1991, l'Allemagne n'a pas réussi à imposer sa volonté. Sa proposition concernant la compétence communautaire pour le droit d'asile, a été refusée par les autres Etats membres²⁸³. Tout de même, le traité sur l'Union européenne conclu lors de cette réunion à Maastricht et signé le

²⁷⁶ Julien-Laferrière, p. 41 .

²⁷⁷ Wollenschläger, NWVBl 1992, 230 .

²⁷⁸ Schweitzer, ZAR 1992, 151 .

²⁷⁹ Bielmeier / Stein, p.35 .

²⁸⁰ Taschner, p.113 .

²⁸¹ COM (94) 23 final, p.1 .

²⁸² COM (94) 23 final, p.1 .

²⁸³ Taschner, p.113 .

7 février 1992 par les douze chefs d'Etat et de gouvernement, cite le droit d'asile.

Le contenu du traité sur l'Union européenne relatif à la politique d'asile

Les dispositions relatives au droit d'asile sont inscrites dans le titre VI du traité sur l'Union européenne: "Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures". Par leurs signatures, les Etats membres se sont engagés à coopérer dans le domaine de la politique d'asile qui constitue une question "d'intérêt commun" (article K.1, n° 1 du traité sur l'UE).

L'article K.2 garantit le respect de la Convention de Genève et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans les articles K.3 - K.9, des règles et des procédures pour la coopération sont fixées: Les Etats membres "s'informent et se consultent mutuellement au sein du Conseil, en vue de coordonner leur action" en matière d'asile (article K.3 du traité sur l'UE). A l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission, le Conseil peut "arrêter des positions communes", "adopter des actions communes" et "établir des conventions dont il recommandera l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives".

Bien que la coopération entre les Etats ait lieu au sein du Conseil, c'est-à-dire au sein d'un organe communautaire, l'article K.3 du traité sur l'UE a trait à la coopération intergouvernementale hors de l'Union européenne, mais dans le cadre institutionnel unique de celle-ci²⁸⁴.

L'article K.6 du traité sur l'UE fixe que le Conseil et la Commission doivent informer régulièrement le Parlement européen. Le Conseil le consulte sur les principales activités et "veille à ce que les vues de Parlement soient dûment prises en considération". "Le Parlement peut adresser des questions ou formuler des recommandations".

Par conséquent, le Parlement n'a aucune possibilité de participation à l'acte constitutif du droit (international public et non européen (!)) concernant les questions "d'intérêt commun" de l'article K.1 du traité sur l'UE²⁸⁵.

Il faut encore une fois souligner que la coopération prévue par les articles K.1 - K.8 du traité sur l'UE est une coopération intergouvernementale bien qu'elle soit exécutée dans le cadre des organes communautaires²⁸⁶. La politique d'asile reste donc dans la compétence nationale des Etats membres.

C'est l'article K.9 du traité sur l'UE qui crée la **possibilité d'une compétence communautaire**. Cet article K.9 met en place que "le Conseil, statuant à l'unanimité, à l'initiative de la Commission ou d'un Etat membre, peut décider à rendre applicable l'article 100 C du traité instituant la Communauté européenne" (traité de la CE) à des actions relevant de la politique d'asile. L'article 100 C du traité de la CE concerne la politique de visas et prévoit que le Conseil, statuant à l'unanimité, à l'initiative de la Commission et après consultation du Parlement, détermine les pays dont les ressortissants ont besoin d'un visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres. Selon l'al.6 de l'article 100 C, cette

²⁸⁴ Taschner, p.117 .

²⁸⁵ Taschner, p.118 .

²⁸⁶ Huber, NVwZ 1992, 620 .

règle est également valable pour d'autres domaines, si le Conseil le décide selon l'article K.9 du traité sur l'UE.

L'article K.9 du traité sur l'UE ouvre donc la possibilité de transférer éventuellement la politique d'asile au traité de la CE, c'est-à-dire à la compétence de la Communauté²⁸⁷. Cependant, ce transfert suppose, premièrement, l'unanimité du Conseil et, deuxièmement, la ratification de cette décision du Conseil par les parlements nationaux de tous les Etats membres²⁸⁸.

Les chefs d'Etat et de gouvernement ont ajouté au traité sur l'UE une "déclaration à l'asile" dans laquelle ils demandent au Conseil d'examiner, avant la fin de 1993, la possibilité d'une application de l'art.K.9 à la politique d'asile. De plus, la conférence intergouvernementale est convenu que le Conseil examinerait en priorité les questions concernant la politique d'asile des Etats membres afin d'adopter une action commune visant à l'harmonisation des aspects de ces politiques.

L'action visant à une harmonisation dans le cadre du Conseil européen

Après qu'en juin 1991 à Luxembourg, le Conseil européen a invité les ministres responsables de l'immigration à lui soumettre des propositions relatives à la politique d'asile, les ministres compétents ont élaboré un "programme de travail" à ce sujet-là. Ils ont présenté ce programme lors du Conseil européen en décembre 1991 à Maastricht. Le Conseil a adopté ce programme qui doit être mis en oeuvre avant la fin de 1993. Les résultats les plus importants pour le droit d'asile sont les résolutions des ministres responsables de l'immigration adoptées lors de leur réunion du 30 novembre et du 1^{er} décembre 1992 à Londres. Ces résolutions concernent les demandes d'asile manifestement infondées, les principes de base du concept du "pays de premier accueil" et un certain nombre de critères de base relatifs au "pays d'origine sûr".

1. La résolution concernant les demandes manifestement infondées²⁸⁹

Selon cette résolution, une demande d'asile est manifestement infondée si les critères de la Convention de Genève ne sont évidemment pas remplis. Cela est le cas:

- si l'affirmation du demandeur, de craindre une persécution dans son pays d'origine, n'est évidemment pas fondée,
- si la demande repose sur une tromperie intentionnelle ou constitue un abus du droit d'asile.

En particulier, une demande d'asile est refusée comme manifestement non-fondée s'il est évident qu'elle est peu digne de foi. L'improbabilité ou l'incohérence de l'exposé du demandeur peuvent servir d'indices à cette estimation. Quand la persécution invoquée par le demandeur d'asile n'a lieu que dans une certaine région de son pays d'origine, et si le demandeur a la possibilité

²⁸⁷ Weber, ZRP 1993, 173.

²⁸⁸ Taschner, p.118.

²⁸⁹ Dok. WGI 1282, Bericht der für Einwanderungsfragen zuständigen Minister an den Europäischen Rat.

de trouver de protection dans une autre région de son pays, sa demande est également récusée comme manifestement infondée.

Pour l'examen de ces demandes, la résolution recommande l'introduction des procédures accélérées où les garanties procédurales peuvent être restreintes.

2. La résolution sur la définition et la mise en oeuvre du principe du "pays de premier accueil"²⁹⁰

Pour qu'un Etat puisse être considéré comme "pays de premier accueil", les critères suivants doivent être remplis:

- dans ce pays, l'interdiction du refoulement selon l'article 33 de la Convention de Genève doit être garantie,
- le demandeur n'a pas à craindre la torture ou un traitement dégradant dans ce pays,
- le demandeur a déjà joui de la protection de ce pays ou il a eu la possibilité d'y réquerir sa protection ou
- les conditions pour l'accueil du demandeur d'asile (citées ci-dessus) sont évidemment remplies dans cet Etat tiers, **quoique le demandeur n'ait pas traversé ce pays.**

Ce dernier cas signifie que le demandeur d'asile n'a pas obligatoirement traversé ce pays, mais que celui-ci est tout de même le mieux placé pour examiner la demande d'asile (soi-disant "pays tiers d'accueil"). Le demandeur d'asile n'a donc plus de libre choix concernant le pays de refuge, mais il doit déposer sa demande dans le premier Etat où cela lui est possible. Par cette règle, la Convention de Dublin est en effet étendue à tous les Etats tiers²⁹¹.

Si le demandeur d'asile présente sa demande dans un pays membre de l'Union européenne, mais ce pays arrive à déterminer un Etat qui remplit les conditions citées ci-dessus, le demandeur peut être renvoyé à la frontière sans que sa demande soit examinée. Lorsque le demandeur ne peut pas être refoulé vers le "pays de premier accueil" (ou vers le "pays tiers d'accueil"), sa demande sera examinée conformément aux dispositions de la Convention de Dublin.

Pour réaliser ce principe, il faut certainement conclure des contrats de reprises avec les "pays de premier accueil" et les "pays tiers d'accueil"²⁹² (bien que la résolution ne le prévoit pas).

3. Les critères de base relatifs au "pays d'origine sûr"²⁹³

Bien que les ministres n'aient pas établi de liste de "pays dans lesquels il n'y a généralement pas de risque de persécution", ils se sont mis d'accord sur un certain nombre de critères de base justifiant la détermination comme "pays d'origine sûr" (ces critères sont énumérés dans la première partie (p.15) concernant la révision constitutionnelle d'Allemagne par laquelle ce concept de "pays d'origine sûr" était introduite dans le droit allemand). A ce sujet, les ministres n'ont adopté aucune résolution. Pourtant, chaque Etat a la possibilité d'établir une liste des "pays d'origine sûrs" et d'exécuter des procédures

²⁹⁰ Hailbronner, Europa-Institut, Anhang VI c) .

²⁹¹ Hailbronner, Europa-Institut, p.26 .

²⁹² Hailbronner, Europa-Institut, p.27 .

²⁹³ Dok. WGI 930, p.38 .

accélérées dans ces cas. Cependant, les ministres soulignent que -également dans ces cas- chaque demande doit être examinée séparément pour ouvrir la possibilité au demandeur de renverser la présomption relative à la non-persécution dans son pays d'origine.

4. Dans le cadre de ce programme de travail, les ministres ont créé, lors de leur réunion en 1992 à Lisbonne, un Centre d'information, de réflexion et d'échanges en matière d'asile (CIREA ou "clearing house").

Le Conseil n'a pas seulement adopté ce programme de travail, mais il a approuvé également un plan d'action pendant sa dernière réunion en décembre 1993 à Bruxelles. Ce plan d'action cite deux buts prioritaires relatifs au droit d'asile. Premièrement, l'harmonisation de la définition du réfugié selon l'art.1A de la Convention de Genève et, deuxièmement, l'élaboration de normes minimales pour les procédures d'asile²⁹⁴. (Ces deux points fondamentaux n'étaient pas traités dans le programme de travail élaboré par les ministres responsable de l'immigration.)

L'action de la Commission

Comme déjà mentionnée, la Commission a commencé, en 1989, à élaborer un projet de directive en matière d'asile (conformément à ce qu'elle avait annoncé dans son livre blanc). Mais finalement, elle a renoncé à le présenter au Conseil, car sa compétence en matière d'asile a été violemment discutée²⁹⁵. Surtout, il semblait périlleux d'affirmer que le droit d'asile est de la compétence de la Communauté vu l'arrêt du 9 juillet 1987, dans lequel la Cour de Justice des Communautés a adopté une position restrictive en ce qui concerne la compétence et les pouvoirs de la Commission en matière d'immigration²⁹⁶. Selon la Cour, l'immigration resterait un domaine réservé aux Etats. Comme la compétence communautaire en matière d'asile était contestée, certains Etats membres ont conclu des accords intergouvernementaux: la Convention de Dublin et les accords de Schengen.

Durant les dernières années, la Commission a adopté deux communications concernant le droit d'asile. Dans la première du 10 novembre 1991²⁹⁷, la Commission constate non seulement l'abus du droit d'asile, mais encore une augmentation du nombre des demandes d'asile provoquée par le manque d'une politique d'immigration. La dernière communication de la Commission²⁹⁸ a pour but de développer les idées contenues dans la première communication sur le droit d'asile, surtout sous l'aspect de l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne ouvrant des possibilités nouvelles pour le traitement de la question d'asile. Cette communication constitue un exposé vraiment détaillé qui démontre

²⁹⁴ COM (94) 23 final, p. 7.

²⁹⁵ Huber, NVwZ 1992, 620.

²⁹⁶ Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1987-7, p.3245.

²⁹⁷ SEK (91) 1857.

²⁹⁸ COM (94) 23 final du 23 février 1994.

toutes les actions entreprises par les organes de la Communauté visant à l'harmonisation de la politique d'immigration et d'asile. Dans cette communication, la Commission s'occupe, conformément au plan d'action adopté par le Conseil européen, des questions concrètes sur l'harmonisation de la définition du réfugié et sur l'élaboration des normes minimales pour les procédures d'asile.

L'action du Parlement européen

Depuis 1987, le Parlement a adopté trois résolutions concernant le droit d'asile: Ce sont:

- la résolution du 12 mars 1987 sur le problème du droit d'asile²⁹⁹,
- la résolution du 18 novembre 1992 sur l'harmonisation du droit d'asile et des politiques y afférentes dans les Communautés européennes³⁰⁰ et
- la résolution du 19 janvier 1994 sur les principes généraux d'une politique européenne des réfugiés³⁰¹.

Le principe de base que l'on trouve dans les trois résolutions du Parlement est que l'Union européenne, étant une des régions les plus riches du monde doit faire preuve d'autant de générosité que possible envers ceux qui ont besoin d'une protection internationale.

Dans sa première résolution relative au droit d'asile, le Parlement a proposé "a burden sharing", c'est-à-dire la répartition équitable des demandeurs d'asile entre les différents pays de la Communauté. Le plan budgétaire de la Communauté devrait servir de clé de répartition³⁰². En outre, le Parlement a énuméré certaines garanties procédurales à respecter (par ex. la possibilité d'une procédure de recours devant un tribunal ou l'interdiction de refouler un demandeur d'asile avant que la décision du tribunal ne soit prononcée).

La résolution de novembre 1992 concerne principalement:

- les mesures en vue d'une politique commune assurant la protection des réfugiés de fait,
- l'accès libre et automatique du demandeur d'asile aux procédures d'admission bien qu'il ne possède pas le visa nécessaire
- des critères communs, à élaborer en coopération avec le HCR, relatifs aux "pays de premier accueil", aux "pays d'origine sûrs" et à la demande manifestement infondée.

Le Parlement se montre extrêmement préoccupé par les critères élaborés par les ministres responsables de l'immigration relatifs aux notions citées ci-dessus. Le Parlement préférerait que la politique d'asile soit traitée dans le cadre de procédures communautaires. Il a prononcé cette préférence déjà clairement dans les deux premières résolutions, mais il souligne cette demande surtout dans sa dernière résolution du 19 janvier 1994. Là, il demande "que toutes les déclarations, résolutions, conclusions, politiques communes, etc. arrêtées par les ministres responsables de l'immigration soient immédiatement remplacées,

²⁹⁹ A2-227/86, JO n° C 99 du 13 avril 1987, p.167.

³⁰⁰ A3-0337/92, JO n° C 337 du 21 décembre 1992, p.97.

³⁰¹ A3-0402/93, JO n° C 44 du 14 février 1994, p.106.

³⁰² Schweitzer, ZAR 1992, 150.

conformément au titre VI du traité sur l'Union européenne, par des conventions ou par une législation communautaire fondée sur l'art.100 C du traité de la CE³⁰³. Le Parlement revendique que le Conseil utilise la "passerelle" de l'art.K.9 du traité sur l'UE pour transférer la politique d'asile à la compétence communautaire.

De plus, le Parlement insiste pour que, conformément à l'art.K.3 du traité sur l'UE, la Cour de justice soit déclarée compétente pour "interpréter toutes dispositions relevant du droit d'asile" et pour "juger les litiges concernant l'application de ces dispositions"³⁰⁴.

³⁰³ JO n° C 44 du 14 février 1994, p.108 .

³⁰⁴ JO n° C 44 du 14 février 1994, p.109 .

CHAPITRE III: LES CHANCES D'UNE HARMONISATION DU DROIT D'ASILE

1. LES OBSTACLES A L'HARMONISATION DU DROIT D'ASILE

Les obstacles relatifs au Conseil de l'Europe

La raison de l'échec de la rédaction d'une convention sur l'asile semble reposer sur le fait que le Conseil de l'Europe ne peut agir que sur la base des traités internationaux dont la ratification entre souvent en collision avec les intérêts de souveraineté des Etats. Pour cette raison, des traités d'une grande portée sont rarement ratifiés. Le résultat est un ensemble "édulcoré" du droit international public composé de résolutions et de recommandations³⁰⁵.

Les obstacles relatifs aux conventions intergouvernementales: la ratification des Conventions de Schengen et Dublin

En Allemagne, la ratification de la Convention de Dublin est préparée. Le 21 décembre 1993, le gouvernement a présenté le projet de loi de ratification relatif à la Convention de Dublin³⁰⁶. Le 21 janvier 1994, la première délibération au *Bundestag* a eu lieu. En France, l'Assemblée nationale a autorisé, le 25 janvier 1994, la ratification de la Convention de Dublin³⁰⁷. Avant l'Allemagne et la France, le Danemark, la Grèce, l'Irlande et le Royaume-Uni ont déjà procédé à cette ratification³⁰⁸. Ce fait montre que, pour les Etats membres du Groupe Schengen, la ratification de la Convention de Schengen est plus prioritaire.

En fait, toutes les parties contractantes originaires (c'est-à-dire les contractants de l'accord de Schengen de 1985) ont procédé à la ratification de la Convention d'application de l'accord de Schengen³⁰⁹. Selon l'art.139, al.2, la Convention entre en vigueur -entre les contractants originaires- le premier jour du deuxième mois après le dépôt des instruments de ratification. Les procédures de ratification dans les pays signataires originaires sont terminées: ainsi la Convention pourrait théoriquement prendre effet. Mais dans une "déclaration commune relative à l'art.139", les Etats membres soulignent que la Convention ne sera pas mise en vigueur avant que les conditions préalables à l'application de l'accord ne soient remplies dans les Etats signataires et avant que les contrôles aux frontières extérieures ne soient exécutés effectivement.

C'est le comité exécutif (c'est-à-dire les ministres compétents des Etats signataires) qui décide si ces exigences sont remplies. Selon cette "déclaration

³⁰⁵ Wollenschläger, NWVBl 1992, 227.

³⁰⁶ BT-Drks. 12/6485.

³⁰⁷ Le Monde du 27 janvier 1994.

³⁰⁸ Wickers, p.14.

³⁰⁹ Bieber, NJW 1994, 295.

commune", les ministres, réunis le 30 juin 1993 à Madrid, proposaient la mise en vigueur de la Convention pour le 1^{er} décembre 1993³¹⁰. Avant cette date, sa mise en oeuvre a été reportée déjà deux fois. Prévus initialement pour la date du 1^{er} janvier 1993, puis pour le 1^{er} juillet 1993, elle fut repoussé par la France en mai 1993 et finalement fixée au 1^{er} décembre 1993³¹¹. Mais le 18 octobre 1993, le comité exécutif a déclaré un nouvel ajournement³¹². Deux raisons principales étaient invoquées par *Alain Lamassoure*, président à l'époque du comité exécutif:

- premièrement, des problèmes techniques concernant la mise en service du Système d'information Schengen (SIS) dont le fonctionnement est indispensable pour la suppression des contrôles des personnes aux frontières intérieures;
- deuxièmement, les problèmes juridiques et politiques entraînés par le débat d'une révision de la Constitution française, puisque l'application de Schengen avant la réforme constitutionnelle ferait courir le risque d'un afflux de réfugiés³¹³.

A cause de ces arguments français, le comité exécutif, malgré les objections de l'Allemagne et de l'Espagne, a reporté de nouveau l'entrée en application de la Convention au 1^{er} février 1994. Mais bien que sept des neuf Etats membres voulaient enfin ouvrir leurs frontières le 1^{er} février 1994 (l'Italie et la Grèce voulaient encore attendre pour des raisons juridiques et techniques), l'entrée en vigueur de la Convention de Schengen a été encore une fois reportée *sine die*³¹⁴.

De nouveau, le non-fonctionnement du SIS est responsable du nouvel ajournement: "Des tests opérés à l'aéroport de Francfort et sur la frontière ont tourné à la confusion la plus totale"³¹⁵. Dans le meilleur des cas, on estime que le SIS pourrait fonctionner correctement dans un an et si la construction d'un nouveau système était nécessaire, il faudrait compter deux à trois ans.

Pour le moment, on peut donc parler d'une paralysie du système Schengen puisque le comité exécutif ne votera pas l'application de la Convention de Schengen tant que les exigences techniques ne seront pas remplies dans les Etats signataires.

Les obstacles relatifs au traité sur l'UE: l'application de l'article K.9 du traité sur l'UE

En novembre 1993, la Commission a présenté un rapport relatif à l'application de l'art.K.9 du traité sur l'UE au Conseil. Elle y déclare que "nonobstant les avantages offerts par l'article 100 C du traité de la CE, le moment n'est pas encore venu de proposer l'application de l'article K.9 aussi rapidement après l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne" et elle y indique également qu'elle pensait "que ces avantages démontrent que la question d'une éventuelle

³¹⁰ Bieber, NJW 1994, 295 .

³¹¹ Le Monde du 16 octobre 1993 .

³¹² Le Monde du 20 octobre 1993 .

³¹³ Fricke, Handelsblatt du 20 octobre 1993 .

³¹⁴ Le Monde du 27 janvier 1994 .

³¹⁵ Rapport sénatorial, Le Monde du 27 janvier 1994 .

application de l'article K.9 à la politique d'asile devrait être réexaminé à la lumière de l'expérience.³¹⁶

Lors de sa réunion des 10 et 11 décembre 1993 à Bruxelles, le Conseil a souligné les possibilités offertes par l'entrée en vigueur du traité sur l'UE et s'est déclaré déterminé à faire pleinement usage de ces nouvelles possibilités³¹⁷.

Si et quand l'article K.9 sera appliqué à la politique d'asile, cette question devra rester en suspens. L'entrée en vigueur du traité sur l'UE et surtout l'article K.9 constituent un progrès pour l'harmonisation du droit d'asile, mais des procédures compliquées et laborieuses seront nécessaires pour que l'art. K.9 du traité sur l'UE puisse être appliqué.

Les obstacles relatifs au "programme de travail" des ministres responsables de l'immigration

Les résolutions adoptées par les ministres de l'Intérieur et de la Justice ne possèdent pas de caractère contraignant. En outre, l'interprétation de ces résolutions incombe aux Etats membres. Un mécanisme garantissant la poursuite des résolutions n'existe pas³¹⁸.

Pour la phase actuelle du processus il convient donc de parler plutôt de rapprochement que d'harmonisation du droit d'asile en Europe.

2. LES PERSPECTIVES D'AVENIR: LES POSSIBILITÉS DE L'HARMONISATION

Eu égard à tous les problèmes et obstacles entravant l'harmonisation du droit d'asile, l'application immédiate de l'article K.9 du traité sur l'UE semble constituer la seule possibilité d'une harmonisation appropriée du droit d'asile. L'expérience avec le programme de travail des ministres responsables de l'immigration montre qu'une coopération intergouvernementale ne suffit pas si on ne fait pas davantage recours aux instruments légalement contraignants et si on essaie d'harmoniser le droit d'asile, sans développer des politiques communes dans les domaines du droit matériel et procédural. Il faut donc transférer la politique d'asile à la compétence de l'Union européenne. L'asile serait alors une matière communautaire, faisant l'objet de directives susceptibles de s'imposer au droit national. Cette législation communautaire devrait d'abord créer les bases pour une définition commune du réfugié et pour des critères procéduraux garantissant au moins les exigences minimums d'une procédure équitable. Les travaux des ministres responsables de l'immigration, bien qu'ils aient été concentrés sur des aspects spécifiques, pourraient faire partie de cette législation

³¹⁶ COM (94) 23 final, p.6 .

³¹⁷ COM (94) 23 final, p.2 .

³¹⁸ Haalbronner, Europa-Institut, p.19 .

communautaire, à condition que les objections du Parlement (qui garantit le contrôle démocratique) soient prises en considération.

En outre, il est indispensable de reconnaître une Cour de justice internationale compétente en dernière instance pour l'interprétation des dispositions nationales, des conventions et naturellement des stipulations communautaires relatives au droit d'asile. La Cour de justice des Communautés européennes pourrait éventuellement effectuer cette tâche.

CONCLUSION

La **crise du droit d'asile**, ne réside-elle pas, au fond, dans le fait que les valeurs et les idéaux occidentaux se sont étendus dans le monde alors que la plupart des Etats ne les respectent pas vraiment? Ainsi, il semble évident que chaque individu dont la dignité, la vie, le corps, la liberté ou les droits sont menacés, essaie de gagner un lieu où ces valeurs et ces libertés sont respectées.

L'Occident a prôné l'inviolabilité des valeurs mentionnées ci-dessus et il a exhorté le monde à observer ces principes. Mais en même temps, il n'est pas prêt à accueillir toutes les personnes dont les pays d'origine n'octroient pas les libertés fondamentales. Puisque les Etats qui respectent effectivement ces dernières sont en minorité, ceux-ci sont exposés à un afflux massif de personnes requérant leur protection. Par conséquent, les pays réagissent à cet afflux. Depuis 1991, tous les Etats européens ont adopté des mesures pour faire face au nombre croissant des demandeurs d'asile.

La France et l'Allemagne, qui sont les pays les plus touchés par ce phénomène, se voient contraintes de modifier leurs Constitutions où le droit d'asile est ancré.

Les conséquences de la **révision constitutionnelle française** ne paraissent pas, à première vue, aussi frappantes que celles de la révision de la Constitution allemande. La révision constitutionnelle française prévoit que la France a désormais la possibilité de conclure avec les autres Etats européens des accords relatifs à la compétence pour le traitement d'une demande d'asile. Cependant, les autorités françaises gardent le droit de donner asile aux personnes requérant la protection de la République française.

Mais en réalité, la révision de la Constitution présente un tournant significatif pour le droit d'asile en France; en effet, elle a pour corollaire que le droit subjectif à l'asile résultant du Préambule de 1946 et confirmé par le Conseil Constitutionnel est transformé en droit objectif. Par conséquent, la France n'est plus obligée d'examiner chaque demande d'asile, mais le législateur français a la possibilité de fixer les conditions pour l'accès d'un demandeur à la procédure des demandes d'asile.

Dans ce contexte, il faut mentionner que la révision constitutionnelle a eu pour effet que les dispositions restrictives relatives à la non-admission de certains demandeurs d'asile de la loi du 24 août 1993 ont été adoptées par la loi du 30 décembre 1993, bien que le Conseil Constitutionnel les ait censurées, à l'époque, dans sa décision n° 93-325 DC. La Constitution a été donc révisée afin d'éviter la décision du Conseil Constitutionnel.

En **Allemagne**, le droit d'asile est un droit fondamental, c'est-à-dire un droit subjectif. Mais il se distingue des droits fondamentaux ordinaires parce que le demandeur doit d'abord passer par une procédure administrative pour être reconnu comme bénéficiaire du droit fondamental à l'asile; c'est pourquoi on parle d'un droit fondamental administré. Le droit d'asile est donc un droit subjectif à l'accès aux procédures des demandes d'asile.

Malgré la révision de la Constitution, le droit d'asile est resté un droit subjectif. L'alinéa 1 du nouvel article 16a de la Constitution allemande prévoit toujours que "les persécutés politiques jouissent du droit d'asile." Mais ce droit subjectif succombe aux graves limitations inscrites dans les alinéas 2 à 5 du nouvel article 16a de la Constitution. La clause d' "Etat du premier accueil", la conception des "pays d'origine sûrs", la restriction des possibilités de recours et la participation au système Schengen sans réserve nationale font que le droit fondamental à l'asile -jusqu'à la révision, une des plus généreuses réglementations européennes- est devenu un "leurre".

Même si les stipulations françaises prévues par la loi du 30 décembre 1993 relatives à la non-admission de certains groupes de demandeurs d'asile ne sont pas si rigoureuses que les dispositions constitutionnelles allemandes, on peut constater que les deux pays se servent des mêmes principes pour restreindre le droit d'asile.

Cependant, on peut partir du principe que les **mesures restrictives d'un seul Etat** visant à maîtriser l'afflux des demandeurs d'asile, entraînent le déplacement du mouvement migratoire vers les voisins européens. Car le demandeur d'asile dont le but est, en premier lieu, de gagner l'Europe, essaiera d'entrer dans un autre Etat européen où les conditions d'accès sont plus favorables; c'est pourquoi il existe le danger que les pays européens commencent à rivaliser de mesures les plus rigoureuses pour entraver l'entrée des demandeurs d'asile sur leurs territoires nationaux (comme on peut déjà l'observer à l'exemple de la France et de l'Allemagne).

D'autre part surgit le problème des réfugiés en orbite. Les réfugiés en orbite sont les demandeurs d'asile qui déposent leur demande simultanément ou successivement dans plusieurs pays jusqu'à ce que leur demande soit acceptée.

Depuis la réalisation du marché unique, ces deux problèmes prennent de l'importance. En même temps, les problèmes montrent que l'essai de maîtriser la crise du droit d'asile à l'aide de mesures nationales, non coordonnées sur le plan européen, constitue un anachronisme. La nouvelle situation politique en Europe exige une solution européenne; c'est pourquoi une harmonisation des politiques d'asile nationales est indispensable.

C'est l'Allemagne qui insiste depuis quelques années sur la nécessité d'une harmonisation du droit d'asile. Plusieurs fois, elle a invité les autres Etats membres de l'Union européenne à aborder communément le problème d'afflux massif des demandeurs d'asile. A cette époque-là, les Etats membres n'ont pas réagi à cette invitation. Ils ont considéré l'accroissement énorme du nombre des demandes d'asile comme un problème spécifiquement allemand. En effet, 70 % des demandes déposées en 1992 sur le territoire européen ont été présentées en Allemagne.

Pourquoi les autres Etats membres désireraient-ils donc une répartition des charges?

Tant que l'Allemagne a fait fonction d'un Etat-tampon relatif au mouvement migratoire venant de la Bulgarie, la Roumanie, la Pologne, la CEI et de l'ex-Yougoslavie, les Etats membres ont nié la nécessité d'une harmonisation du droit d'asile.

Dans ce contexte, il faut distinguer les **règles de compétences** pour le traitement d'une demande d'asile, des **dispositions visant à harmoniser le droit d'asile au fond et procédural**.

Eu égard à la réalisation imminente du marché unique, les Etats européens se sont rendus compte qu'il fallait au moins fixer la **compétence** d'un Etat membre pour l'examen d'une demande d'asile déposée sur le territoire commun. Ainsi, les Conventions de Schengen et de Dublin étaient nées. A propos du droit d'asile, les Conventions ne contiennent donc que des règles de compétences. Pour les six Etats qui ont conclu en 1985 l'Accord de Schengen, la ratification de la Convention d'application de l'accord de Schengen était plus prioritaire que la ratification de la Convention de Dublin; c'est pourquoi la Convention de Schengen est ratifiée par tous les pays signataires, alors que la ratification de la Convention de Dublin n'a pas encore eu lieu dans tous les pays. Que la Convention de Schengen n'ait pas encore été mis en vigueur repose sur les difficultés imprévues causées par la réalisation du système d'information Schengen (SIS).

Dans le cadre de Schengen, ils se posent en outre des problèmes relatifs à la compatibilité de la Convention de Schengen avec le traité de Maastricht. En effet, le traité sur l'Union européenne prévoit un traitement commun à douze Etats des questions de sécurité, tandis que la Convention de Schengen n'est signée que par neuf Etats membres de l'Union européenne.

La Convention de Schengen doit en effet céder aux dispositions communautaires prises dans des domaines identiques. Mais pour le moment, on peut partir du principe que l'action du droit communautaire s'arrête là, où la coopération intergouvernementale commence. Comme actuellement, une action communautaire n'existe pas, il est probable que la réglementation relative à l'asile de la Convention de Schengen sera remplacée au moins par la Convention de Dublin conclue entre les douze Etats membres de l'Union européenne; c'est pourquoi le groupe ad hoc *immigration* composé des proches collaborateurs des ministres responsables de l'immigration et son sous-groupe *asile* s'occupent actuellement de l'examen des procédures administratives communes qui permettront la mise en oeuvre des principes de la Convention de Dublin.

Concernant les règles visant à l'harmonisation du droit d'asile matériel et procédural, les résultats sont maigres. Les résolutions adoptées par les ministres responsables de l'immigration se réfèrent seulement sur la demande manifestement infondée, la conception du "pays de premier accueil" et sur des critères des "pays d'origine sûrs". Les bases d'une harmonisation du droit d'asile, à savoir une définition commune du réfugié et la détermination des exigences minimums des procédures n'ont pas été abordées dans le cadre de ce programme de travail, mais font partie du plan d'action adopté, il y a six mois seulement, par le Conseil européen.

Entretemps, les organes de l'Union européenne s'occupent également de la question du droit d'asile. Mais comme la compétence reste encore auprès des Etats, ils n'ont qu'une fonction observatrice, même s'ils constituent le cadre institutionnel pour la coopération intergouvernementale des Etats.

On peut dire, en résumé, que les révisions constitutionnelles en France et en Allemagne ont réduit au minimum le droit d'asile. Les nouvelles dispositions (constitutionnelles ou législatives) reposent sur les mêmes principes élaborés, sur le plan européen, par les ministres responsables de l'immigration.

Ces principes constituent actuellement le seul résultat des efforts des pays européens d'obtenir une harmonisation du droit procédural et matériel. Les résolutions montrent que les Etats européens sont en train d'adopter, relatif au droit d'asile, le plus petit dénominateur. Ce danger existe surtout, si l'harmonisation du droit d'asile a lieu sur l'échelle intergouvernementale, où un contrôle démocratique n'existe pas; c'est pourquoi il faut transférer le droit d'asile à la compétence de l'Union européenne, où le Parlement européen et sa nouvelle "Commission des libertés publiques et des affaires intérieures" peuvent défendre la protection des réfugiés.

Si les Etats européens désirent vraiment l'harmonisation de la politique d'asile, il faut donc aborder cette question dans le cadre démocratique de l'Union européenne et non dans le cadre technocratique du laboratoire Schengen.

Mais dans quel sens, le processus d'harmonisation du droit d'asile, dans le cadre de l'Union européenne, évoluera-t-il?

Il y a deux pôles vers lesquels le développement peut se diriger. Les Etats membres de l'Union européenne s'engagent soit sur la voie de l'Europe "forteresse", soit sur la voie de l'Europe "passoire".

L'Europe "forteresse" signifierait une politique de clôture, exécutée, pratiquement, par une surveillance totale des frontières extérieures, soutenue par exemple par la construction d'un mur autour de l'Europe afin de retenir l'assaut de la pauvreté mondiale.

D'autre part, les Etats européens ont la possibilité d'ouvrir leurs frontières pour compenser la distribution des richesses injustement partagées.

Tandis que la première possibilité ne serait pas compatible avec le système de valeurs occidentales, la deuxième entraînerait la déstabilisation des pays industriels de l'Occident, ce qui ne servirait à personne.

C'est pourquoi il faut adopter un juste milieu, c'est-à-dire trouver une conception qui d'une part est respectueuse des droits de l'homme et d'autre part qui permet le contrôle des flux migratoires acceptables par les Etats.

Cependant, les résolutions adoptées dans le cadre du programme du travail par les ministres responsables de l'immigration et pratiquées par les Etats membres de l'Union européenne, annoncent le danger d'une politique d'asile européenne vers l'Europe "forteresse". Le but de ces résolutions est de faire face à l'abus du droit d'asile par les demandeurs d'asile qui ne sont pas de réfugiés et qui sont arrivés en se servant du droit d'asile en remplacement d'un droit de séjour; en effet, il existe un rapport entre le droit d'asile et l'immigration illégale: les demandeurs d'asile qui ne sont pas de persécutés politiques, obtiennent le droit de séjour provisoire à cause du dépôt de leur demande d'asile. Après la décision négative, ces demandeurs disparaissent souvent dans la clandestinité ce qui équivaut à une immigration illégale.

La pression causée par le mouvement migratoire fait exploser -faut d'une immigration légale- le nombre des demandes d'asile.

Donc, l'immigration illégale qui est possible à l'aide du dépôt d'une demande d'asile est inhérente à la restriction de l'immigration légale dans les pays occidentaux.

Pour résoudre ce conflit, il faut comprendre la politique d'asile comme partie constituante d'une politique étendue de migration.

Mais actuellement, aucun pays européen ne poursuit une politique de migration. La raison est simple: aucun Etat de l'Union européenne ne se considère comme pays favorable à l'immigration bien que tous les pays se voient exposés à un afflux migratoire énorme.

L'Allemagne par exemple, ne se déclare pas officiellement pays favorable à l'immigration, quoiqu'elle reçoive 700 000 personnes par an (au fond il s'agit d'immigrants), parmi lesquelles se trouvent des demandeurs d'asile, des réfugiés, des membres de famille des anciens immigrés et des rapatriés allemands de l'Europe orientale. Malgré ces 700 000 immigrants, on ne parle pas de l'immigration en Allemagne. Mais comme, en réalité, la situation et les problèmes caractérisant un pays favorable à l'immigration, existent, il faut poursuivre une politique d'immigration.

Pour les Etats d'accueil, il est donc indispensable de distinguer les réfugiés des immigrants, même si, en pratique, cette distinction est difficile à faire. Au fond, on peut partir du principe que le réfugié obligé de quitter son pays d'origine, veut retourner dès que les conditions le permettront. Il s'agit donc d'un séjour provisoire. L'immigrant par contre, se décide volontairement et consciemment de continuer sa vie dans le nouveau pays.

Concernant l'Etat d'accueil, sa politique d'immigration est égoïste tandis que sa politique d'asile est altruiste.

Eu égard à l'immigration, l'Etat accueille en effet les personnes dont il a vraiment besoin. Il fixe les conditions que les immigrants doivent remplir (par ex. la profession, l'âge, la nationalité etc.).

A l'aide d'une politique d'immigration on pourrait donc soulager le droit d'asile. Les immigrants ne seraient plus obligés d'invoquer le droit d'asile, mais pourraient présenter une demande d'immigration qu'ils présentent de son pays

d'origine, tandis que le demandeur d'asile dépose sa demande à la frontière et obtient généralement, à cause de cet acte, un droit de séjour provisoire.

Il est certain que les procédures des demandes d'asile et des demandes d'immigration devraient exclure la possibilité que chaque demandeur d'asile qui a été refusé présente une demande d'immigration ou que chaque immigrant, après le refus de sa demande, dépose une demande d'asile.

Par conséquent, seule une conception étendue d'une politique d'immigration peut remédier à la crise du droit d'asile. Certes, l'adoption des lois relatives à l'immigration par un ou deux Etats européens ne permettra pas de faire face au problème du droit d'asile et aux mouvements migratoires. Ce qui est nécessaire, c'est une conception européenne relative à l'immigration. Mais d'autre part, les Etats membres ne peuvent pas transférer à l'échelle européenne tous les problèmes qu'ils n'osent pas aborder; c'est pourquoi les Etats européens doivent élaborer d'abord des concepts d'immigration sur le plan national qui doivent ensuite s'emboîter sur une conception européenne d'immigration.

Le droit d'asile fera donc partie de cette conception. Le droit d'asile européen doit garantir que la protection est octroyée à ceux qui sont des réfugiés selon la Convention de Genève.

ANNEXE I

L'article 16 de la Constitution allemande (Loi fondamentale) avant la révision constitutionnelle:

Art. 16 [Perte de la nationalité, extradition, droit d'asile]

(1) *La nationalité allemande ne peut être retirée. La perte de la nationalité ne peut se produire qu'en vertu d'une loi et elle ne peut intervenir contre le gré de l'intéressé si elle a pour effet de le rendre apatride.*

(2) *Aucun Allemand ne doit être extradé à l'étranger. Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile.*

L'article 16 et le nouvel article 16a de la Loi fondamentale après la révision constitutionnelle:

Art. 16 [Perte de la nationalité, extradition]

(1) *La nationalité allemande ne peut être retirée. La perte de la nationalité ne peut se produire qu'en vertu d'une loi et elle ne peut intervenir contre le gré de l'intéressé si elle a pour effet de le rendre apatride.*

(2) *Aucun Allemand ne doit être extradé à l'étranger.*

Art. 16a [Droit d'asile]

(1) *Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile.*

(2) *L'alinéa premier ne peut être évoqué par celui qui vient d'un Etat membre des Communautés européennes ou d'un autre Etat tiers dans lequel est assuré le respect de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

Les Etats non membres des Communautés européennes remplissant les conditions posées par la phrase 1 seront déterminés par une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat.

Dans les cas définis par la phrase 1, des mesures mettant fin au séjour peuvent être exécutées indépendamment du recours engagé contre elles.

(3) *Une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat peut déterminer les Etats dans lesquels il paraît assuré, sur la base du contenu du droit, de l'application du droit et des circonstances politiques générales, qu'il n'y a ni persécution politique, ni traitements ou punitions inhumains ou dégradants.*

Un étranger originaire d'un tel Etat n'est pas considéré comme persécuté politique à moins qu'il ne produise des faits dont il découle que, contrairement à cette présomption, il est politiquement persécuté.

(4) *Le sursis à l'exécution des mesures mettant fin au séjour ne pourra être prononcé dans les cas prévus à l'alinéa 3 et dans les autres cas de demandes manifestement infondées ou considérées comme manifestement infondées que s'il existe des doutes sérieux sur la régularité de la mesure; l'étendue du contrôle peut être restreinte et les moyens tardifs peuvent être écartés.*

Les modalités doivent être réglées par la loi.

(5) *Les alinéas 1 à 4 ne font pas obstacles à l'application des traités internationaux conclus par des Etats membres des Communautés européennes entre eux et avec des Etats tiers, qui fixent des règles des compétences pour l'examen des demandes d'asile, y compris la reconnaissance mutuelle des décisions prises en matière d'asile, dans le respect des obligations découlant de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le respect doit être assuré dans les Etats parties à ces traités.*

ANNEXE II

L'article 53 de la Constitution française:

Art. 53. - Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

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

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

Par la révision de la Constitution française il est ajouté un article 53-I ainsi rédigé:

Art. 53-I. - La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

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

ANNEXE III

N° C 44/106

Journal officiel des Communautés européennes

14. 02. 94

Mercredi, 19 Janvier 1994

7. Politique européenne des réfugiés

A3-0402/93

Résolution sur les principes généraux d'une politique européenne des réfugiés

Le Parlement européen,

- vu les propositions de résolution déposées par:
 - a) M. Turner sur les principes communs qui devraient être la base d'une future politique commune de réfugiés des États membres de la Communauté européenne (B3-1665/92),
 - b) M. Christopher Beazley sur les enfants réfugiés (B3-0309/93),
 - c) M^{me} Gröner sur la situation des enfants de réfugiés non accompagnés dans les pays de la Communauté (B3-0484/93),
 - vu l'article 45 de son règlement,
 - vu les articles 3, 7 A, 100, 100 C et 235 du Traité CE et le titre VI du Traité UE,
 - vu la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948,
 - vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,
 - vu sa résolution du 9 juillet 1991 sur les droits de l'homme (*),
 - vu la convention de Genève relative au statut des réfugiés, de 1951, telle qu'amendée par le protocole de New York de 1967, qui a été ratifiée par tous les États membres,
 - vu sa résolution du 12 mars 1987 sur le problème du droit d'asile (†) et sa résolution du 18 novembre 1992 sur l'harmonisation du droit d'asile et des politiques y afférentes dans les Communautés européennes (‡),
 - vu sa résolution du 11 mars 1993 sur le respect des droits de l'homme dans la Communauté européenne (rapport annuel du Parlement européen) (†),
 - vu les rapports de sa commission compétente sur la politique d'immigration européenne, la politique d'asile, le respect des droits de l'homme dans la Communauté et les accords de Schengen,
 - vu le rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures et l'avis de la commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation et des médias (A3-0402/93),
- A. considérant que les raisons pour lesquelles les gens fuient leur pays ont évolué et que les guerres civiles, les persécutions religieuses et ethniques, les catastrophes naturelles et les violations massives des droits de l'homme poussent des millions de personnes à quitter leur patrie,
- B. considérant qu'il est nécessaire d'identifier les groupes de réfugiés qui ne peuvent bénéficier d'une protection au titre de la convention de Genève et du protocole de New York,
- C. considérant que l'article 1^{er} du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'énonce comme suit:
- 1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir:
 - a. faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
 - b. faire examiner son cas, et
 - c. se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

(*) JO n° C 240 du 16.9.1991, p. 45.

(†) JO n° C 99 du 13.4.1987, p. 167.

(‡) JO n° C 337 du 21.12.1992, p. 97.

(†) JO n° C 115 du 26.4.1993, p. 178.

2. Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.
- D. considérant qu'il est nécessaire que l'Union européenne prenne des dispositions pour harmoniser les politiques des États membres en matière de réfugiés et qu'il convient à cet effet de mettre en œuvre une politique européenne globale des réfugiés,
- E. considérant que l'Union européenne a un rôle spécifique à jouer dans le règlement du problème mondial des réfugiés étant donné qu'elle est, indépendamment de sa responsabilité historique, une des régions les plus riches du monde,
- F. considérant qu'il est nécessaire que l'Union européenne contribue, au niveau mondial, à l'élaboration d'une stratégie globale et à long terme destinée à relever le défi que représentent les mouvements de population croissants et imprévisibles,
- G. considérant que les structures et les dispositions d'accueil dans les différents pays sont de niveau et de qualité très différents,
- H. considérant que le réfugié par définition est très isolé et mis à l'écart par son milieu national officiel,
- I. considérant qu'il faut impérativement tenir compte des aspects moraux et humanitaires lorsque l'on traite des problèmes divers posés par les réfugiés et toutes les catégories de migrants, afin d'empêcher la résurgence du racisme et de la xénophobie, que le Parlement a condamnée sévèrement à maintes reprises,
- J. considérant que, s'il devait être accepté que tous les États membres partagent la responsabilité d'une politique commune des réfugiés, il en découlerait que le fardeau particulièrement lourd supporté par certains d'entre eux pour des raisons géographiques ou autres devrait être également supporté par tous les États membres,
- K. considérant que la conférence intergouvernementale est convenue que le Conseil examinerait en priorité les questions concernant la politique d'asile des États membres, avec pour objectif d'adopter, pour le début de 1993, une action commune visant à en harmoniser des aspects,
- L. considérant que, dans ce contexte, la conférence est convenue en outre que le Conseil examinerait également, avant la fin de 1993, la question d'une éventuelle application de l'article K.9 TUE à ces matières,
- M. considérant que, dans des résolutions antérieures, le Parlement a défini certaines normes et certaines garanties pour les réfugiés;
 1. demande instamment que la Commission assume une plus grande responsabilité, joue pleinement le rôle qui lui est imparti au titre VI TUE et présente dans les meilleurs délais un rapport sur la possibilité d'appliquer l'article K.9 TUE aux questions d'asile;
 2. invite instamment le Conseil, conformément à la déclaration relative à l'asile annexée à l'Acte final du Traité sur l'Union européenne, à se prononcer avant la fin de 1993 sur l'application de l'article 100 C du Traité CE aux fins d'une politique de l'Union plus judicieuse en matière d'asile et de réfugiés;
 3. réaffirme l'exigence d'un débat public et d'un contrôle démocratique adéquat sur les conclusions et résolutions adoptées jusqu'à maintenant dans le cadre de la coopération intergouvernementale; exprime ses plus grandes réserves sur le contenu des conclusions et résolutions adoptées par les ministres de la Communauté responsables de l'immigration notamment en matière de «pays d'accueil sûr», de «pays d'origine sûr», de demande d'asile «manifestement infondée»; réaffirme à ce propos sa résolution précitée du 18 novembre 1992 sur l'harmonisation du droit d'asile et des politiques y afférentes dans les Communautés européennes;

Mercredi, 19 Janvier 1994

4. demande que toutes les déclarations, résolutions, conclusions, politiques communes, etc. arrêtées par les ministres responsables de l'immigration soient immédiatement remplacées, conformément au titre VI du Traité sur l'Union européenne, par des conventions ou par une législation communautaire fondée sur l'article 100 C du Traité CE, les recommandations de sa résolution précitée du 18 novembre 1992 sur l'harmonisation du droit d'asile et des politiques y afférentes dans les Communautés européennes devant servir de base d'orientation à cet égard;
5. souligne une fois de plus qu'il aspire à l'établissement de critères communs concernant les pays d'accueil et d'origine «sûrs», ainsi que les procédures accélérées pour les demandes d'asile «manifestement infondées»;
6. insiste sur la nécessité d'être pleinement informé et constamment consulté pour toute mesure prise dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne concernant les politiques en matière d'asile et de réfugiés, comme cela se fait pour les propositions d'actes législatifs habituelles;
7. demande à la Commission de présenter des propositions relatives à une stratégie plus vaste en matière de réfugiés et de migration, qui tiendront compte des orientations suggérées par le Parlement européen et incluront l'aide technique, économique et politique aux pays tiers, et de concevoir les relations entre l'Union européenne et ces pays en fonction de cette stratégie;
8. demande à la Commission de faire des propositions quant à l'organisation de programmes d'accueil (enseignement de la langue et formation professionnelle) pour les réfugiés et, en parallèle, de campagnes d'information sur la situation sociale et politique des pays d'origine des réfugiés pour la population d'accueil;
9. estime que la législation sur les frontières extérieures et son application doivent être telles qu'elles ne portent pas atteinte au droit d'asile défini dans la Convention de Genève relative au statut des réfugiés;
10. estime que la politique en matière de visa doit tenir compte du fait que les réfugiés ne sont pas en général dans une situation qui leur permet de déposer longtemps à l'avance leur demande de visa dans leur pays d'origine et qu'il importe donc de leur permettre, autant que possible, d'obtenir un visa dans un délai raisonnable à la frontière;
11. souligne, dans cet ordre d'idée, qu'il ne faut pas que les éventuelles mesures visant à rendre les compagnies aériennes responsables de leurs passagers ne possédant pas les documents nécessaires aillent à l'encontre des dispositions de l'Annexe 9 de la convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale, sauf s'il est possible d'apporter la preuve d'une négligence grave de la part de ces compagnies;
12. souligne que les réfugiés doivent déposer leur demande de reconnaissance le plus rapidement possible et être traités avec dignité;
13. estime que le guide HCR des procédures et critères de définition du statut de réfugié doit servir de base pour l'interprétation des dispositions relatives au statut de réfugié, puisqu'il fournit des directives faisant autorité pour l'interprétation des dispositions de la convention de 1951;
14. répète qu'une catégorie bien définie de réfugiés est celle qui a droit à la protection aux termes de la convention de Genève de 1951 telle qu'amendée par le protocole de New York de 1967;
15. estime que l'accès à la procédure d'asile doit être garanti à tout réfugié et que, dans la mesure où ils ne répondent pas aux critères définis pour le statut de réfugiés, mais qu'une protection internationale leur est indispensable les réfugiés ont droit à la protection au sein de l'Union européenne s'il s'agit de personnes, qui:
 - a) fuient leur pays parce qu'elles éprouvent la crainte tout à fait fondée que leur vie est menacée par des actes de violence générale ou individuellement dirigée contre elles, et ne peuvent être renvoyées dans leur pays d'origine parce que leur vie serait en danger sur le territoire de ce pays (en raison, par exemple, d'une guerre civile);

- b) fuient leur pays parce qu'elles éprouvent personnellement la crainte tout à fait fondée d'une condamnation exceptionnellement sévère, compte tenu de la situation régnant dans leur pays d'origine, dans lequel le respect général des droits de l'homme, tel que visé dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou dans la résolution précitée du 9 juillet 1991, sur les droits de l'homme, est de toute évidence insuffisant;
- c) résident ou se trouvent légalement sur le territoire de l'Union et ne peuvent être contraintes de retourner dans leur pays d'origine en raison de la crainte tout à fait fondée qu'elles éprouvent d'y être torturées ou soumises à des traitements inhumains ou dégradants, à la peine capitale ou à d'autres violations graves des droits fondamentaux de l'homme;
- d) si elles devaient retourner dans leur premier pays d'accueil, se trouveraient, dans ce pays, dans une situation telle que visée sous a), b) ou c);
- e) si elles étaient renvoyées dans leur premier pays d'accueil, seraient refoulées vers leur pays d'origine et se trouveraient ainsi dans une situation telle que visée sous a), b) ou c);
- f) en raison de leur sexe ou de leurs tendances sexuelles, s'exposent à des persécutions et se trouvent dans une situation telle que visée sous a), b) ou c);

(ci-après dénommées «personnes ayant le statut de personnes tolérées»);

16. demande à la Commission de préparer un projet pour la création d'un Fonds européen pour les réfugiés et d'élaborer un plan d'urgence pour l'accueil des réfugiés, qui prévoirait leur répartition équitable entre les différents pays de la Communauté;

17. demande que soient mises en place, dans le cadre d'une politique européenne des réfugiés, des dispositions d'accueil qui respectent la dignité morale et culturelle des réfugiés et l'équilibre social des pays d'accueil;

18. suggère que les administrations des villes et des quartiers soient associées de plus près à la définition et à la mise en place d'une politique des réfugiés;

19. suggère que les demandes d'obtention du statut de réfugié soient enregistrées et traitées aussi rapidement que possible par des autorités indépendantes, qui entendraient au préalable les personnes concernées, et que:

- a) la décision soit rédigée dans une langue que le réfugié puisse comprendre;
- b) les décisions des autorités précitées soient susceptibles de recours auprès d'un tribunal ou d'une institution indépendante comparable;
- c) les réfugiés puissent, depuis le moment où ils introduisent leur demande jusqu'à la décision finale, bénéficier d'une aide juridique et de conseils de la part d'organisations ou associations indépendantes;
- d) aucune expulsion n'advienne pendant la durée de la procédure;
- e) les demandes ne puissent pas être rejetées en bloc sous prétexte, par exemple, que seraient concernés des «pays d'origine sûrs» ou des «pays tiers sûrs»;

20. estime que la possibilité d'appel demeure la clé de voûte de la protection des réfugiés à l'échelle internationale, et propose donc que, dans les cas de refus, cette possibilité soit maintenue, conformément à la conclusion n° 30 que le comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés a publiée au sujet des demandes d'asile ou de statut de réfugié manifestement non fondées ou abusives, et qui stipule que «les demandeurs d'asile auxquels une décision négative aura été opposée doivent avoir la possibilité d'obtenir une révision de ladite décision avant d'être refoulés aux frontières ou expulsés du territoire»;

21. insiste pour que, conformément à l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice soit habilitée à interpréter toutes dispositions relevant du droit d'asile et à juger les litiges concernant l'application de ces dispositions;

22. estime inadmissible que les entreprises de transport soient obligées, comme en ont décidé les États membres, de contrôler leurs passagers;

23. estime qu'au-delà des éléments mentionnés plus haut, qui devraient faire l'objet d'une définition commune, la future politique en matière de réfugiés doit tenir compte des puissantes raisons humanitaires justifiant le maintien des ressortissants de pays tiers sur le territoire de l'Union;

Mercredi, 19 Janvier 1994

24. insiste pour que les réfugiés, de quelque statut qu'ils soient, ne soient pas discriminés et pour qu'ils soient mis à l'abri, par les mesures appropriées, d'éventuelles manifestations de racisme ou de xénophobie;

25. souhaite que les réfugiés, de quelque statut qu'ils soient, se voient accorder, un permis de travail ainsi que le droit de circuler librement sur le territoire de l'Union, y compris le droit de séjour;

26. demande à la Commission de veiller à ce que les réfugiés et les demandeurs d'asile bénéficient, eux aussi, d'un système contraignant de protection des données au niveau communautaire;

27. estime que la protection de l'Union est temporaire et que les réfugiés ayant le statut de personnes tolérées sont tenus de quitter l'Union dès le moment où ils ne remplissent plus entièrement les critères donnant droit à une protection, et admet que l'Union et les États membres doivent prendre toutes les mesures de contrôle et d'application qui s'imposent;

28. demande instamment aux États membres d'harmoniser leur politique à l'égard des enfants non accompagnés tant par des procédures concernant le statut des réfugiés que par la fourniture des soins appropriés;

29. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil, à la Commission et aux gouvernements des États membres.

Bibliographie:

- Abraham, Ronny:** La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile. RFDA 1992, 90.
- Beaud, Olivier:** Malaise dans la Constitution. Libération, 2 décembre 1993.
- Berais, Pierre:** Guide des Droits de l'Homme. La conquête des libertés. Paris 1993.
- Bethäuser, Franz:** Die Regelungen über die sicheren Drittländer unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 105 der Bayrischen Verfassung. ZAR 1993, 169.
- Bieber, Roland:** Die Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen. NJW 1994, 294.
- Bordy, Pierre:** Nécessaire. Le Monde, 28 août 1993.
- Bettati, Mario:** L'asile politique en question. Paris 1985.
- Bielmeier, Josef /
Stein, Gottfried:** Asylrecht in Deutschland und Europa. München 1992.
- Bierwirth, Christoph /
Göbel-Zimmermann, Ralph:** Handlungsspielräume und Grenzen einer Änderung des Asylrechts. ZRP 1992, 470.
- Bleckmann, Albert:** Verfassungsrechtliche Probleme einer Beschränkung des Asylrechts. Berlin, 1993.
- Brugger, Winfried:** Für Schutz der Flüchtlinge - gegen das Grundrecht auf Asyl. JZ 1993, 119.
- Chapus, René:** Droit administratif général. 7^{ème} édition, Paris 1993.
- Classen, Dieter:** Sichere Drittstaaten - ein Beitrag zur Bewältigung des Asylproblems? DVBl 1993, 700.
- idem:** Asylrecht in Frankreich: Zur Bedeutung der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben. DÖV 1993, 227.
- Denoel, Xavier:** Les accords de réadmission du Benelux à Schengen. RFDA 1993, 146.
- Favoreu, Louis:** Contribution au débat sur le droit d'asile. Le Figaro, 3 septembre 1993.

- idem:** L'octroi de l'asile, obligation à la charge de l'Etat.
Le Figaro, 23 septembre 1993.
- Favreau, Louis/ Philip, Loic:** Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel.
6^{ème} édition, Paris 1993.
- Franßen, Everhardt:** Der neue Art. 16 a GG als
Grundrechtshinderungsvorschrift. DVBl 1993, 300.
- Fricke, Ralf:** Frankreich verlangt einen Aufschub.
Handelsblatt, 20 octobre 1993.
- Frowein, Jochen /
Zimmermann, Andreas:** Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des
deutschen Asylrechts. Bundesanzeiger, Köln 1993.
- Génévois, Bruno:** L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences
constitutionnelles. RFDA 1992, 185.
- idem:** Un statut constitutionnel pour les étrangers.
RFDA 1993, 871.
- Gerlach, Axel:** Dubliner Asylrechtskonvention und Schengener
Abkommen: Lohnt sich die Ratifikation? ZRP 1993, 164.
- Groupe d'information et de
soutien des travailleurs
immigrés (GISTI):** Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France.
Paris 1993.
- idem:** Entrée et séjour des étrangers. La nouvelle loi Pasqua.
Supplément au n° 22-23 de Plein Droit, 2^è éd, Paris 1994.
- Guimezanes, Nicole:** La circulation et l'activité économique des étrangers dans
la Communauté européenne. Levallois 1990.
- idem:** L'arrêt de l'immigration en France? Commentaire de la loi
93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration.
Semaine Juridique (JCP) N° 1 - 5 janvier 1994, p. 1.
- Gusy, Christoph:** Neuregelung des Asylrechts - Grundrecht oder
Grundrechtsverhinderungsrecht? JURA 1993, 505.
- Hailbronner, Kay:** Asyl- und Einwanderungsrecht in der Europäischen
Gemeinschaft. Schriftenreihe des Europa-Instituts,
Saarbrücken 1992.
- idem:** Die Asylrechtsreform im Grundgesetz. ZAR 1993, 107.

- idem:** Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich. Europäische Rechtsakademie Trier, Köln 1992.
- idem:** Perspektiven einer europäischen Asylrechts-harmonisierung nach der Maastrichter Gipfelkonferenz. ZAR 1992, 51.
- Hehl, Susanne:** Die Neuregelung des Asylrechts. ZRP 1993, 301.
- Henkel, Joachim:** Das neue Asylrecht. NJW 1993, 2705.
- Holz-Dahrenstaedt, Andrea:** Asyl in Österreich - Ein sicheres Drittland? ZAR 1993, 174.
- Huber, Bertold:** Das Asylrecht nach der Grundgesetzänderung. NVwZ 1993, 736.
- idem:** Asyl- und Ausländerrecht in der Europäischen Gemeinschaft. NVwZ 1992, 618.
- idem:** Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise. NVwZ 1994, 138.
- Julien-Laferrrière, François:** L'incidence de la construction européenne sur le droit d'asile. in: Mélanges offerts à G. Levasseur, p.37-50, Paris 1992.
- Katz, Alfred:** Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht. 11. Auflage, Heidelberg 1992.
- Köfner, Gottfried/
Nikolaus, Peter:** Die Genfer Flüchtlingskonvention im Schatten des Grundgesetzes. ZAR 1986, 11.
- Leibholz, Gerhard:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 25. Lieferung, Köln 1993.
- Leiner, Wolfgang** Rechtsschutz binnen Wochenfrist: Die Eilentscheidung nach § 36 AsylVfG. NVwZ 1994, 239.
- Lombois, Claude:** Immunité, exterritorialité et droit d'asile en droit pénal international. RIDP 1978/ 2, 497.
- Lorot, Pascal:** Les nouvelles frontières de l'Europe. Paris 1993.
- Luchoire, François:** Inutile. Le Monde, 28 août 1993.
- Manfrass, Klaus:** Politische Flüchtlinge und Asylbewerber in Frankreich. in: Barwig, Klaus: Asylrecht im Binnenmarkt. Baden-Baden 1989.

-
- Mangüé, Christine / Schwartz, Remy:** Chronique générale de jurisprudence administrative française. AJDA 1992, 114.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter:** Kommentar zum Grundgesetz. 24. Lieferung, München 1985.
- Meoli, Claudio:** Italie. La situation juridique du demandeur d'asile. RFDA 1993, 773.
- Morand-Deville, Jacqueline:** Cours de droit administratif. Paris 1991.
- Néel, Brigitte:** L'Europe sans frontières intérieures. L'accord de Schengen. AJDA 1991, 659.
- Norek, Claude / Doumic-Doulet, Frédéric:** Le droit d'asile en France. Paris 1989.
- O'Keefe, David:** Asylum Law and Practice in the United Kingdom. in: Hailbronner, Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich. S. 38, Köln 1992.
- Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard:** Grundrechte, Staatsrecht II. 9. Auflage, Heidelberg 1993.
- Pollern, Hans-Ingo von:** Die Entwicklung der Asylbewerberzahlen im Jahr 1992. ZAR 1993, 26.
- Pro Asyl:** Chronik eines angekündigten Todes. Hamburg 1993.
- Reermann, Olaf:** Grundzüge des geltenden Asyl- und Einwanderungsrechts. in: Hailbronner, Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich. S. 16, Köln 1992.
- Renner, Günter:** Asyl- und Ausländerrechtsreform 1993. ZAR 1993, 118.
- Roth, Andreas:** Die Genfer Flüchtlingskonvention im Schatten des Grundgesetzes. ZAR 1988, 164.
- Rousseau, Dominique:** Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991 - 92. RDP 1993, 5.
- idem:** Une révision constitutionnelle sans motifs juridiques. Libération, 8 septembre 1993.
- Schenk, Karlheinz:** Asylrecht und Asylverfahrensrecht. Baden-Baden 1993.
- Schoch, Friedrich:** Das neue Asylrecht gemäß Art. 16 a GG. DVBl 1993, 1161.

- Schweitzer, Michael:** Europäische Gemeinschaften und Asylrecht. ZAR 1992, 147.
- Schweitzer, Michael/
Hummer, Waldemar:** Europarecht. 4. Auflage, Berlin 1993.
- Storey, Hugo:** Royaume-Uni. La situation juridique du demandeur d'asile. RFDA 1993, 779.
- Taschner, Hans-Claudius:** Grundstrukturen eines europäischen Asylrechts aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaften. in: Hailbronner, Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich. S. 113, Köln 1992.
- Teitgen-Colly, Catherine:** Le droit d'asile: la fin des illusions. AJDA 1994, 97.
- Teske, Horst:** Europäische Gemeinschaften: Aufgaben, Organe, Arbeitsweise. 3. Auflage, Bonn 1991.
- Tiberghien, Frédéric:** La protection des réfugiés en France. 2^{ème} édition, Aix-en-Provence 1988.
- Tönnies, Sibylle** Kann Asyl ein Recht sein? ZRP 1992, 42.
- Vincent, Jean (éditeur):** Guide Juridique Dalloz. Dalloz-Sirey, Paris 1992.
- Weber, Albrecht:** Einwanderungs- und Asylpolitik nach Maastricht. ZAR 1993, 11.
- idem:** Die Harmonisierung der europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik. ZRP 1993, 170.
- Weckel, Philippe:** La Convention additionnelle à l'accord de Schengen. Revue gén. dr. int. public 1991, 405.
- Welte, Hans-Peter:** Zur europäischen Dimension der Asylgrundrechtsreform. BWVP 1993, 100.
- Wickers, Olivier:** Mise en oeuvre de la Convention de Dublin: le sous-groupe asile et ses missions. in: Lettre d'information, France Terre d'Asile, né 82, mars 1992, pp. 14-15.
- Wollenschläger, Michael:** Europäische Entwicklungen im Asylrecht und die Einwanderungsproblematik. NWVBI 1992, 225.
- Worms, Jean-Pierre:** Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit d'asile. in: Hailbronner, Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich. S. 148, Köln 1992.
- Zimmermann, Andreas:** Aktuelle Fragen des Fl chtlings- und Asylrechts in Polen. D V 1993, 559.

LE STATUT CONSTITUTIONNEL DES JUGES EN FRANCE

par Alexandra Hoser, Sarrebruck*

* Cette étude a été réalisée sous la direction des Professeurs Thierry Renoux et André Roux à l'Université d'Aix-Marseille III (année universitaire 1992/1993) dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse.

TABLE DES MATIERES

Introduction

- I) Les normes régissant le statut des juges en France
 - 1) La compétence législative à l'égard de statut de la magistrature
 - 2) Le juge judiciaire
 - 3) Le juge administratif
 - A) L'existence du juge administratif
 - B) L'indépendance du juge administratif
 - C) La réserve de compétence au profit du juge administratif

- II) L'institution du Conseil supérieur de la magistrature
 - 1) La composition du Conseil supérieur de la magistrature
 - 2) Les attributions du Conseil supérieur de la magistrature
 - 3) Les propositions de réforme

- III) L'indépendance et l'inamovibilité des magistrats
 - 1) La définition du principe de l'inamovibilité
 - 2) Le principe de l'inamovibilité et de jurisprudence
 - A) Le contenu du principe de l'inamovibilité
 - B) Le champ d'application du principe de l'inamovibilité

Le statut constitutionnel des juges en France

Les juges français se trouvent dans une crise: "Incertains de leur mission, dépossédés de quelques-unes de leur tâches les plus gratifiantes, victimes d'un système qui les pousse au conformisme et souvent obligés de travailler avec des bouts de ficelle, les juges français constatent aussi que l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif, promise par la gauche en 1981 reste un leurre."¹

De plus en plus on constate un manque de confiance de l'opinion publique à l'égard du juge. Un des raisons de cette crise est l'insuffisance des moyens affectés à la justice, mais aussi la surcharge actuelle des tribunaux. Pendant que le nombre des affaires a plus que doublé en l'espace de dix ans, le chiffre des magistrats n'a presque pas changé².

La discussion actuelle sur une modernisation du fonctionnement de la justice et celle relative à l'indépendance du juge invitent à examiner le statut constitutionnel des juges.

Au début, il est important de rappeler qu'il existe une grande diversité des juges en France. Il y a les juges professionnels, mais aussi les juges non-professionnels qui exercent leur fonction p.e. au sein d'un tribunal pour enfants, d'un tribunal de commerce ou d'un conseil de prud'hommes, et dont l'importance est manifestée par leur grand nombre³.

Mais il faut aussi rappeler la spécificité du juge administratif par rapport au juge judiciaire. Il n'est point mentionné dans la Constitution de 1958, et son existence et son indépendance ont été affirmées pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 juillet 1980; il faut souligner que le juge du Conseil d'Etat ne bénéficie pas de l'indépendance qui est assurée au juge administratif, il lui manque une garantie expresse d'indépendance, comme la loi du 6 janvier 1986 qui a fixé "les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs".

L'étude du statut constitutionnel des juges ne peut pas se contenter des textes constitutionnels qui sont assez restreints, mais il faut se rendre

1 Le Monde, Vendredi 13 septembre 1991 "Des juges à tout faire"

2 Roger Perrot, "Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français" in Jacques Lenoble, "La crise du juge" I.G.D.J. 1990, p. 31

3 Juridictions judiciaires en chiffres: 33 Cours d'appel, 181 tribunaux de grande instance, 473 tribunaux d'instance, 281 Conseils de prud'hommes, 131 tribunaux pour enfants, 229 tribunaux de commerce in Thierry S. Renout et André Roux, "Administration et fonctionnement de la justice en France", 1992 Ed. du CRFS 1992, p. 140

compte que la jurisprudence constitutionnelle joue ici un rôle particulièrement important.

Dans une première partie, nous allons examiner les normes régissant le statut des juges en France, dans une deuxième partie l'institution du Conseil supérieur de la magistrature et dans une troisième partie l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats.

1) Les normes régissant le statut des juges

Dans la Constitution de 1958, on trouve le titre VII consacré au Conseil constitutionnel, le titre IX relatif à la Haute Cour de la justice et le titre VIII qui comprend des dispositions concernant l'autorité judiciaire.

On constate que la Constitution ne contient aucune référence à la juridiction administrative, les fondements constitutionnels ont été affirmés par la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel.

1) La compétence législative à l'égard du statut de la magistrature

L'art 64 al. 3 de la Constitution dispose qu'une loi organique porte statut des magistrats, pendant que l'art. 34 du même texte attribue au législateur ordinaire le soin de fixer le statut des magistrats. Pendant longtemps beaucoup d'auteurs y ont vu une contradiction, mais le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 1992 a résolu clairement cette difficulté; il a déclaré "qu'en spécifiant que ressortit au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère de loi organique, une matière que l'art. 34 range par ailleurs au nombre de celles relevant de la compétence du législateur, le constituant a entendu par ce moyen accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire; que la loi organique portant statut des magistrats doit par suite déterminer elle-même les règles statutaires applicables aux magistrats, sous la seule réserve de la faculté de renvoyer au pouvoir réglementaire la fixation de certaines mesures d'application des règles qu'elle a posées"⁴. Par contre, M. Renoux dans sa thèse "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire" a montré qu'il n'existe aucune contradiction entre les dispositions de l'art. 34 et celles de l'art. 64 al. 3 de la Constitution. En examinant les travaux préparatoires de la Constitution, dont il ressort que l'attribution de compétence au législateur ordinaire pour fixer le statut des magistrats s'adressait aux magistrats de la Cour des comptes qui ont souhaité voir leur inamovibilité inscrite dans

⁴ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, Statut de la magistrature J.O. 29 février 1992 p. 3122, cons. id. n° 6

la Constitution, il a proposé une interprétation qui a l'avantage de conserver un effet utile à chacune des réserves de compétences⁵. Selon lui, l'art. 64 concerne seulement les magistrats professionnels de l'ordre judiciaire et l'art. 34 s'adresse à tous les autres magistrats. Pour supporter cette thèse dualiste, on peut faire référence au Conseil supérieur de la magistrature qui doit assister le Président de la République dans sa mission de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire et qui n'est selon l'art. 65 de la Constitution compétent qu'à l'égard des magistrats de carrière de l'ordre judiciaire⁶. En plus, on peut dire que la Constitution pose d'une part une règle de fond générale - l'art. 34, compétence du Parlement pour fixer le statut des magistrats - et d'autre part une règle de forme dérogatoire et protectrice - art. 64 qui renvoie à la procédure de l'art. 46 pour les lois intéressant le statut des magistrats de carrière de l'ordre judiciaire.

Cette interprétation d'une compétence à double "échelon" se retrouve aussi dans d'autres matières, p.e. l'art. 34 attribue au législateur la compétence pour fixer les règles "concernant le régime électoral des assemblées parlementaires", mais pour les règles qui déterminent "la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités", l'art. 25 de la Constitution exige la forme d'une loi organique⁷. Cependant le Conseil d'Etat n'a pas retenu cette analyse et il a confirmé depuis l'arrêt Beausse du 2 février 1962 à plusieurs reprises, notamment dans la décision du Sieur Richard du 30 juin 1978, la thèse de l'unité d'interprétation, selon laquelle "l'al. 3 de l'art. 64 aux termes duquel 'une loi organique porte statut des magistrats' vise seulement les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire" et "les auteurs de la Constitution en faisant figurer dans l'énumération des matières qui relèvent du domaine législatif 'le statut des magistrats' n'ont pas entendu donner à ces termes un sens différent de celui qu'ils ont attribué à ces mêmes termes dans l'art. 64 al. 3"⁸. Ce raisonnement exclut les magistrats élus et les magistrats administratifs d'un statut législatif⁹.

Le Conseil constitutionnel a suivi l'argumentation du Conseil d'Etat et l'a confirmée dans une décision récente du 12 mars 1991¹⁰.

Le Conseil constitutionnel a estimé que les membres des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs qui "exercent des fonctions de magistrats" n'ont pas la qualité de "magistrats" au sens de l'art. 34 de la Constitution, celle-ci ne désignant que "les magistrats de

5 Thierry S. Renoux, *Revue française du droit constitutionnel (RFDC)* n° 9 1992, p. 321

6 Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 255

7 Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 256

8 Décision du Sieur Richard du 30 juin 1978 D.A.1978 n°251

9 Thierry S. Renoux, *RFDC* n°9 1992, p. 321

10 Décision n° 91-165 L du 12 mars 1991 (Nature juridique de certaines dispositions de l'art. 1^{er} et 2 de la loi n° 80-511 du 7 juillet 1990 relative au recrutement des membres des tribunaux administratifs), J.O. 14 mars 1991, p. 3647, *RFDC* n° 6 1991, p.303

l'ordre judiciaire"¹¹, mais le Conseil constitutionnel a assuré aux juges occasionnels et administratifs des garanties légales sur d'autres fondements.

Malgré tout, l'arrêt Beausse reste critiquable, car pour exclure les juges non professionnels du statut des magistrats on a invoqué qu'ils ne relèvent pas de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature, bien que les membres du parquet qui sont considérés comme des "magistrats" au sens de la Constitution et dont le statut est fixé par la même ordonnance que le statut des magistrats du siège, eux non plus ne relèvent pas de cette compétence. L'arrêt Beausse a pour conséquence d'exclure en principe toute intervention de loi ordinaire dans la matière, le statut des magistrats de carrière de l'ordre judiciaire relève de la loi organique, tandis que celui des autres juges ressortit au domaine du règlement¹². Mais au contraire, on constate aujourd'hui une extension de la compétence législative, on peut dire que l'essentiel de la réglementation des fonctions occupées par les juges non professionnels est régi par la loi, mais sans s'acheminer vers un statut de forme unique.

Cette évolution a été introduite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 21 décembre 1964, il a réintégré, sans contredire directement l'interprétation du Conseil d'Etat dans son arrêt Beausse, dans le domaine de la loi les règles concernant le mode de désignation et la durée des fonctions de juges n'ayant pas la qualité de magistrats; les assesseurs des tribunaux pour enfants.

Cette décision révèle que le Conseil constitutionnel considère l'indépendance de l'autorité judiciaire comme source de compétence législative et il démontre que la notion constitutionnelle de "l'autorité judiciaire" inclut non seulement les magistrats de carrière, mais également les juges non professionnels¹³.

En plus, comme le soulignent MM. Favoreu et Philipp, à propos des institutions judiciaires, "la jurisprudence du Conseil constitutionnel a permis, par une interprétation très constructive de la Constitution, et notamment de l'article 34, de ramener l'essentiel de l'organisation judiciaire dans le domaine de la loi"¹⁴.

Bien que la loi organique pose des règles très détaillées et ne laisse plus de place au règlement ou au décret et malgré l'évolution qui conduit à élargir le domaine de la compétence législative, le pouvoir réglementaire conserve un domaine de compétence non négligeable. C'est ainsi que la "Carte judiciaire" est déterminée par décret et les règles essentielles relatives au fonctionnement et à l'organisation interne des juridictions sont du ressort du domaine réglementaire¹⁵.

11 Thierry S. Renour, *RDJ* n° 6 1991, p. 304

12 Claude Franck, "Droit constitutionnel - Les grandes décisions de la Jurisprudence", Thémis 1978, p. 316

13 Hanon, *Dalloz* 1965, p. 641

14 Loula Favoreu et Loïc Philipp, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", 6^e éd., Paris, Sirey 1991, p. 1425

15 Thierry S. Renour et André Rouz, "Administration et fonctionnement de la justice en France" art. cit. p. 103

2) Le juge judiciaire

Comme on a montré plus haut, l'art. 64 al. 3 de la Constitution qui n'est relatif qu'aux magistrats de carrière de l'ordre judiciaire, dispose qu' une loi organique porte statut des magistrats. Du fait de son caractère organique le statut de la magistrature se situe, dans la hiérarchie des normes juridiques, "à un rang intermédiaire entre celui de la Constitution et celui de la loi"¹⁶. L'art. 46 de la Constitution prévoit une procédure particulière, des conditions particulières d'adoption et de contrôle par le Conseil constitutionnel, pour l'élaboration des lois organiques.

Cette valeur organique attribuée au statut des magistrats apparaît doublement justifiée. Sur le plan institutionnel, on peut dire qu'elle contribue à démontrer le caractère propre de l'autorité judiciaire en fixant les conditions de son exercice au niveau le plus élevé; et sur le plan philosophique, elle semble être un apport à la garantie du justiciable et donc à la sauvegarde des libertés dont le juge judiciaire est le gardien traditionnel¹⁷. Le texte fondamental, actuellement en vigueur, est l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature (magistrats du siège et du parquet). Il faut souligner que ce texte essentiel qui constitue une véritable charte de la magistrature française, résulte non d'un vote du Parlement, mais d'une ordonnance prise en vertu de l'art. 92 de la Constitution. Le recours à cette procédure pour fixer en dehors de toute intervention parlementaire l'économie générale du statut des magistrats judiciaires a fait l'objet de critiques, parce qu' on pouvait se demander, si elle était ou non "nécessaire à la mise en place des institutions" ou "au fonctionnement des pouvoirs publics" ou si elle était "nécessaire à la protection des citoyens et à la sauvegarde des libertés"¹⁸.

Donc la plus grande partie du statut a échappé au contrôle de constitutionnalité, ce qui constitue la principale garantie de la procédure d'édiction des lois organiques. Le Conseil constitutionnel ne pouvait connaître que des modifications successivement apportées à ce texte. S'agissant des lois organiques, le Conseil constitutionnel n'a jamais limité ni le champ d'application de son contrôle, ni sa portée. Son contrôle comprend la forme exigée par l'art. 64 al. 3 et la procédure prévue par l'art. 46, mais aussi la conformité avec les dispositions de la Constitution, il entend exercer un contrôle complet¹⁹.

Mais en ce qui concerne les modifications apportées au statut de la magistrature, le Conseil constitutionnel a limité sa compétence de contrôle en se référant au caractère particulier de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Dans une décision importante du 15 janvier 1960 "Magistrats

16 G. Vedel in Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 49

17 Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 64

18 Art. 92 de la Constitution et Comité consultatif, Avis et débats, p. 188 suiv.

19 Louis Favoreu et Loïc Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", p. 81

musulmans", le Conseil constitutionnel a évité de se prononcer sur la conformité à la Constitution des dispositions méconnaissant à l'évidence le principe de l'égal accès de tous les citoyens à la fonction publique, au motif que la loi organique ne fait que "modifier dans le même esprit l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature, ordonnance dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée"²⁰. Cette décision pose le principe que toute modification d'un texte "Incontestable" bénéficie de la présomption de conformité attachée à celui-ci, dans la mesure où cette modification se situe "dans le même esprit" que celui-ci.

La décision "Magistrats musulmans" n'a pas fondé la construction jurisprudentielle qu'elle laissait présumer, au contraire aujourd'hui on peut parler d'une portée très limitée. Il faut souligner que lorsque la modification dépasse le cadre des principes initiaux, l'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions n'est pas une conséquence nécessaire et que rien ne s'oppose à ce que le législateur puisse modifier la nature, l'esprit, de ces textes initiaux²¹. On peut dire que la décision du 15 janvier 1960 (et celle du 11 août 1960 qui reprend l'argumentation) demeure un cas d'espèce qui s'explique par le climat politique de l'époque, la crise algérienne. Cette décision ne trouve aucune confirmation postérieure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais au contraire le Conseil s'est montré favorable à un contrôle total des dispositions examinées, même si elles figurent déjà au préalable dans un texte antérieur promulgué²².

3) Le juge administratif

Le fait que le juge administratif n'a pas été pris en considération par les constituants de 1958 s'explique par la conception développée par Michel Debré, garde des Sceaux, qui a répondu à une question soulevée par quelques membres du Comité consultatif concernant l'applicabilité des dispositions du titre VIII à la juridiction administrative: "restons fidèle au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont seulement des fonctionnaires administratifs qui occupent la fonction de juge"²³.

Pendant longtemps le statut du juge administratif a été considéré comme étant essentiellement réglementaire et, au mieux, partiellement législatif, mais aujourd'hui on parle d'un "statut constitutionnel de la justice administrative"²⁴. La base de cette évolution est la jurisprudence du

²⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, Rec. 21

²¹ Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 89

²² Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 90

²³ Michel Debré in "L'écriture de la Constitution", Mauz, Favoreu et Parode, p. 682

²⁴ René Chapus, "Droit du contentieux administratif", éd. Paris 1991, p. 34

Conseil constitutionnel qui, depuis 1980, a donné des fondements constitutionnels au juge administratif. Bien que l'essentiel de ce contenu reste réglementaire, l'influence des fondements constitutionnels se fait sentir par l'exigence d'une extension de la compétence législative²⁵.

Le Conseil constitutionnel a précisé les fondements constitutionnels par deux décisions capitales, la décision du 22 juillet 1980 (Validations d'actes administratifs) et la décision du 23 janvier 1987 (Conseil de la concurrence) à laquelle il faut ajouter celle du 28 juillet 1989. Dans ces décisions on trouve trois fondements constitutionnels, l'existence du juge administratif, son indépendance et sa réserve de compétence minimum.

A) L'existence du juge administratif

On s'est demandé si la décision du 22 juillet 1980 consacrait également l'existence constitutionnelle de la dualité de juridictions ou si c'est seulement l'indépendance des autorités juridictionnelles qui a été consacrée quelle que soit la nature de ces autorités²⁶.

Certains ont soutenu que c'était seulement l'indépendance des autorités juridictionnelles qui a été consacrée quelle que soit leur nature. Ce raisonnement est critiquable, parce qu'on n'arrive pas à supprimer une juridiction administrative sans toucher à leur indépendance laquelle est affirmée et fondée clairement par rapport à celle de l'autorité judiciaire. Depuis les décisions des 23 janvier 1987 et 28 juillet 1989, la dualité des juridictions est constitutionnalisée en vertu de la "conception française de la séparation des pouvoirs". Dans la décision du 23 janvier 1987 le Conseil constitutionnel a affirmé l'existence d'une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative: "Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs figure, au nombre des 'principes fondamentaux reconnus par les lois de la République' celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève au dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle"²⁷. D'où il suit qu'aujourd'hui, il faudrait une révision constitutionnelle pour mettre en cause la dualité de juridiction²⁸.

25 Louis Favoreu in Mélanges Auby 1992, "Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel", p. 112

26 Favoreu et Philip "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", n°31, p. 439

27 Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, considérant n°15, Rec. 8

28 Favoreu in Mélanges Auby art. cit., p. 113

B) L'indépendance du juge administratif

Dans la décision du 22 juillet 1980 le Conseil constitutionnel a doté l'indépendance du juge administratif d'une valeur constitutionnelle: "... Il résulte ... des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement²⁹. Les conséquences de cette décision sont importantes; seul le législateur peut définir les modalités essentielles de mise en oeuvre du principe constitutionnel d'indépendance des juridictions³⁰.

En ce qui concerne les membres des tribunaux administratifs dont le statut était régi par décret, une loi du 6 janvier 1986 est intervenue "fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs", tandis que le statut des membres du Conseil d'Etat est toujours défini par décret.

C) La réserve de compétence au profit du juge administratif

Dans sa décision du 23 janvier 1987³¹, le Conseil constitutionnel a expressément défini l'étendue de la réserve de compétence constitutionnellement protégée au profit du juge administratif. La décision du 28 juillet 1989 a précisé l'étendue de cette compétence.

La réserve de compétence ne concerne que le contentieux de l'annulation et de la réformation. Il s'agit essentiellement du contentieux de l'excès de pouvoir et de quelques contentieux spécialisés dans lesquels le juge administratif peut avoir un pouvoir de réformation.

La réserve de compétence ne concerne que les décisions prises par les autorités de l'Etat et leurs agents, par celles des collectivités territoriales et par les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle. En plus, il est précisé que la réserve de compétence ne concerne que les décisions prises par les autorités ou organismes susvisés, dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique³².

Ce sont les trois éléments constitutionnels du statut des juges administratifs. Ils représentent le fondement de ce statut, mais son contenu reste pour l'essentiel législatif et réglementaire. Bien que la compétence législative doive être prépondérante, ce qui découle logiquement des fondements constitutionnels établis par le Conseil

²⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 119 du 22 juillet 1980, Considérant n°6, Rec. 46

³⁰ Favoreu et Philip "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", n° 31, p. 438

³¹ voir plus haut

³² Favoreu et Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel" n° 43, p. 717

constitutionnel, l'étendue de la compétence réglementaire reste importante. On ne peut pas se fonder sur le fait que la procédure administrative n'est pas incluse dans l'énumération de l'art. 34 de la Constitution pour dénier la compétence du législateur, car on peut se fonder sur d'autres dispositions de l'art. 34 qui établissent la compétence du législateur, p.e. en matière "des garanties des libertés publiques"³³.

En plus, après la décision du 22 juillet 1980, il semble de plus en plus nécessaire de rapprocher les voies normatives suivies pour fixer les règles des statuts des magistrats judiciaires et administratifs, car cette différence (pour les magistrats judiciaires le législateur organique, pour les magistrats administratifs le pouvoir réglementaire) ne peut pas être maintenue après l'affirmation commune du caractère constitutionnel de l'indépendance du juge judiciaire et du juge administratif.

Depuis les années quatre-vingt, on peut constater une évolution qui a mené le législateur à intervenir à plusieurs reprises.

Une intervention importante est constituée par la loi du 6 janvier 1986 qui a fixé "les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs". Elle a été complétée par la loi du 31 décembre 1987 qui a opéré une réorganisation de l'ordre juridictionnel et a créé un second degré de juridiction; en plus, cette loi a contribué à l'indépendance des magistrats administratifs, jusqu'ici gérés par le ministre de l'Intérieur, en rattachant le nouveau corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au secrétariat général du Conseil d'Etat.

On peut être surpris que le statut du Conseil d'Etat lui-même reste très fortement réglementaire, mais ce phénomène s'explique facilement, parce que le Conseil d'Etat pense maîtriser mieux le processus normatif dès lors que la voie réglementaire est empruntée, tandis que le processus législatif lui échappe³⁴.

1) L'institution du Conseil supérieur de la magistrature

L'art. 64 de la Constitution institue le Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats de l'ordre judiciaire.

Al. 2 dispose que le Conseil assiste le Président de la République dans sa fonction qui lui est confiée par l'al. 1, de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire.

On peut se demander s'il n'est pas paradoxal de remettre entre les mains du chef de l'exécutif le sort des magistrats dont on veut garantir l'indépendance contre le gouvernement³⁵. Mais si on tient compte du rôle

³³ Favoreu in Mélanges Aubry, art. cit., p. 115

³⁴ Favoreu in Mélanges Aubry, art. cit., p. 121

³⁵ François Luchaire et Conac, "La Constitution de la République française", p. 1137

d'arbitre qui lui est imposé par l'art.5 de la Constitution et du fait que le Président tient ses pouvoirs de l'élection au suffrage universel et qu'il est Président de tous les Français, son rôle de garant de l'indépendance de la magistrature semble justifié.

Le Conseil supérieur de la magistrature n'est pas compétent pour les magistrats administratifs, c'est le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel qui exerce une mission comparable dans l'ordre administratif. Il a été créé par la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 et sa compétence a été étendue aux Cours administratives d'appel par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987. Mais son rôle reste limité, ce qui se montre dans le fait que les membres du Conseil d'Etat ne relèvent pas de ce Conseil supérieur et que le Conseil d'Etat occupe une place déterminante dans la composition de cette Institution³⁶.

1) La composition du Conseil supérieur de la magistrature

Le Conseil supérieur de la magistrature apparaît pour la première fois dans la III^e République avec la loi du 31 août 1883 relative à l'organisation judiciaire de la III^e République. Le but poursuivi était de préserver la justice des influences de l'exécutif³⁷, mais cet organe n'avait pour mission de connaître que la discipline des magistrats du siège. Sous la IV^e République le Conseil supérieur de la magistrature est promu au rang d'organe constitutionnel³⁸. La composition du Conseil était fixée par l'art. 83 de la Constitution de 1946.

Dans la V^e République, on peut constater un renversement de tendance. Le Conseil supérieur de la magistrature passe d'une composition doublement dominée par le fait électif et le fait politique dans la IV^e République à une composition à dominante corporative tempérée par la nomination de ses membres par le Chef de l'Etat. Afin d'écartier le phénomène de politisation, on s'oriente vers une fonctionnarisation et subordonne l'organisation du Conseil supérieur de la magistrature à une dépendance fonctionnelle du pouvoir exécutif.

L'art. 65 de la Constitution précise la composition et la fonction du Conseil supérieur de la magistrature:

L'al. 1 dispose que le Conseil est présidé par le Président de la République; le ministre de la Justice en est le vice-président de droit.

L'al. 2 est relatif à la composition du Conseil: il est fixé que le Conseil comprend neuf membres désignés par le Président de la République dans les conditions fixées par une loi organique. L'art. 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil

³⁶ Thierry S. Renour et André Roux, "Administration et fonctionnement de la justice en France", art. cit. p. 109

³⁷ Thierry Richard, "Le Conseil supérieur de la magistrature", PUF, p. 3

³⁸ Titre II "Du conseil supérieur de la magistrature" de la Constitution de 1946

supérieur de la magistrature fixe les modalités de désignation de ces neuf membres en trois collèges: six magistrats de l'ordre judiciaire, un conseiller d'Etat et deux personnalités n'appartenant pas à la magistrature.

Les personnalités "extérieures" comme "intérieures" issues de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, sont toutes nommées pour une durée de quatre ans avec la possibilité d'être reconduites une seule fois dans leur mandat.

Le Président de la République désigne les membres, mais aucune disposition ne lui donne la possibilité de les révoquer, par contre les membres du Conseil peuvent toujours démissionner de leurs fonctions par une simple lettre adressée au Président.

Le Conseil supérieur de la magistrature apparaît comme un organe en situation de relative dépendance fonctionnelle vis-à-vis du pouvoir exécutif, parce que les membres du Conseil désignés par le Président sont dans la même situation que le Premier Ministre choisi par le Président. Toute opposition radicale entre eux est de fait impensable, car il convient d'évacuer un risque majeur de blocage institutionnel. La dépendance du Conseil se montre aussi dans le fait qu'il n'est ni maître de sa saisine ni de son ordre de jour, il est convoqué par le Président qui arrête aussi l'ordre de jour sur avis du garde des Sceaux.

2) Les attributions du Conseil supérieur de la magistrature

Le Conseil supérieur de la magistrature exerce deux séries d'attributions sous la présidence du Président de la République: il est appelé à donner avis sur les distinctions honorifiques dont peuvent bénéficier les magistrats ainsi que sur toute question concernant l'indépendance de la magistrature qui lui est soumise par le Président de la République³⁹, en plus il est consulté sur les nominations intéressantes du siège et il peut faire une proposition, s'il s'agit d'une nomination à la Cour de Cassation ou de premier président d'une Cour d'appel⁴⁰.

Le Conseil supérieur de la magistrature a encore une autre fonction: il statue en matière disciplinaire. Dans ce cas le Conseil supérieur de la magistrature se réunit sous la présidence du premier président de la Cour de Cassation⁴¹. L'intégralité du pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du siège est exercée par le Conseil, pendant que les magistrats du parquet lui échappent. La procédure est fixée dans les art. 49 à 58 de l'ordonnance n° 58-1271 du 22 décembre 1958. Selon l'art. 50 le ministre de la Justice a le pouvoir exclusif de saisir le Conseil en lui dénonçant les faits motivant la poursuite disciplinaire. Dans ce point se montre une

39 art. 12 al.3 et 4 de l'ordonnance n° 58-1271 du 22 décembre 1958

40 art. 12 al. 3 et 4 de l'ordonnance n° 58-1271 du 22 décembre 1958

41 art. 13 de l'ordonnance du 22 décembre 1958

fois de plus la dépendance du Conseil du pouvoir exécutif. Le Conseil supérieur de la magistrature semble avant tout être "un donneur d'avis"⁴².

En conclusion, on peut constater un affaiblissement en droit du Conseil supérieur de la magistrature sous la V^e République et une forte dépendance de l'exécutif, ce qui a mené à beaucoup de critiques et à une discussion sur une réforme du Conseil.

3) Les propositions de réforme

Parmi les propositions du Président de la République, publiées le 30 novembre 1992, relatives à une réforme de la Constitution, figurent aussi celles relatives au Conseil supérieur de la magistrature. M. Mitterand qui ne s'est pas montré favorable à l'idée d'un Conseil uniquement composé de magistrats élus, a proposé, tenant compte des problèmes de légitimité et de corporatisme, d'associer au sein du Conseil des magistrats élus par leur pairs et des personnalités choisies par le Président de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. En plus, il voulait voir les pouvoirs de nomination du Conseil supérieur de la magistrature accrus, il devait décider des nominations de tous les magistrats du siège, à l'exception du premier président et des présidents des Cours d'appel, nommés eux par le Président de la République sur proposition du Conseil⁴³.

Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, institué le 2 décembre 1992 par le Conseil des ministres et présidé par M. le Doyen Georges Vedel, avait la mission de donner un avis et de formuler toutes les recommandations qu'il jugeait utiles pour adapter les institutions de la V^e République aux modifications de certaines nouvelles situations juridiques et politiques.

Le rapport Vedel propose une composition du Conseil supérieur de la magistrature qui comprend cinq magistrats de l'ordre judiciaire élus et quatre personnalités n'appartenant pas à l'ordre judiciaire désignées respectivement par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Le Président de la République resterait le président du Conseil avec le pouvoir de nommer librement un vice-président. Le Conseil disposerait du pouvoir de nommer les magistrats du siège autres que les membres de la Cour de Cassation et les premiers présidents des Cours d'appel pour lesquels ils ne ferait que des propositions au Président de la République⁴⁴.

Le 10 mars 1993 le Conseil des ministres a approuvé les deux projets de révision de la Constitution, présentés par M. Vanzelle, garde des Sceaux.

⁴² Thierry S. Renoux et André Roux "Administration et fonctionnement de la Justice en France" art. cit. p. 111

⁴³ Le Monde, 2 décembre 1992

⁴⁴ J.O. 16 février 1993, p. 2548 et Le Monde 17 février 1993, Le rapport Vedel

Selon ce projet le Conseil supérieur de la magistrature serait réformé comme l'avait souhaité le Comité consultatif/

Bien qu' une réforme de la Constitution et du Conseil supérieur de la magistrature soit souhaitable, la réforme envisagée reste critiquable. Le système électif pour la composition du Conseil laisse facilement entrer la politique dans ce domaine comme on l'avait constaté sous la IV^e République. Il faut se demander si un tel système n'est pas contraire aux fonctions du Conseil et si un système de désignation des membres par des autorités judiciaires, exécutives et législatives ne serait pas favorable. Le système électif pose encore un autre problème, celui de la participation des magistrats du parquet aux élections malgré l'art. 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui les place sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du ministre de la Justice.

Pour ces raisons, il aurait été souhaitable si le projet Vauzelle avait suivi le rapport Vedel en consacrant l'existence des magistrats du parquet dans la Constitution, chargés du ministère public à côté des magistrats du siège et en traduisant l'hétérogénéité des fonctions de deux corps de la magistrature par des missions spécifiques et par un statut différent.

III) L'indépendance et l'inamovibilité des magistrats

"L'indépendance du juge est un facteur d'égalité du citoyen devant la justice"⁴⁵. D'où l'intérêt de l'assurer aux juges et de supprimer toute tentation de pression sur les magistrats.

La façon la plus démocratique de désigner les juges, le procédé le plus conforme à l'idée de souveraineté, semble celui d'élection, mais il présente l'inconvénient de placer le juge en état de subordination face à ses électeurs. On a aussi évoqué l'idée d'une nomination des magistrats par leurs pairs, mais le projet a été abandonné, parce qu'on craignait une oligarchie judiciaire.

Finalement on s'est décidé pour une nomination des juges par le gouvernement, mais en conséquence il est indispensable d'assurer l'indépendance du juge par rapport à l'exécutif; cette garantie est principalement assurée par l'inamovibilité des magistrats. L'inamovibilité ne doit pas être considérée comme un privilège du juge, elle n'est qu'un moyen de lui assurer l'indépendance. La liberté de conscience et l'indépendance d'esprit sont nécessaires à tout magistrat pour exercer une mission dans laquelle les libertés du citoyen peuvent se trouver impliquées.

⁴⁵ Thierry S. Renoux "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 99

Une autre garantie qui assure l'indépendance de la magistrature est le principe d'égalité de traitement des magistrats dans le déroulement de leur carrière. Le respect de ce principe à valeur constitutionnel s'impose au législateur organique, ce qui a été confirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 1992⁴⁶. Ce principe se fonde sur l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais il n'exclut pas certaines différences de traitement entre magistrats dans le cas qu'elles tiennent à la spécificité des fonctions exercées ou à l'appartenance à des catégories différentes⁴⁷.

1) La définition du principe de l'inamovibilité

L'art. 64 de la Constitution se borne à disposer que "les magistrats du siège sont inamovibles". La doctrine⁴⁸ a défini l'inamovibilité plus précisément comme "l'institution en vertu de laquelle les magistrats ne peuvent être ni révoqués, ni suspendu, ni mis à la retraite prématurément par la volonté arbitraire du gouvernement en dehors des cas et sans observation des formes prévues par la loi".

L'ordonnance de 1958 relative au statut de la magistrature reprend dans son art. 4 al. 1 la formule de la Constitution et dispose dans l'al. 2 qu'"en conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement".

Cette définition de l'inamovibilité reste très imprécise, car elle n'exclut pas qu'un magistrat du siège peut être dessaisi d'un dossier sur simple décision de la hiérarchie. En plus, cette définition ne donne aucune précision quant à l'objet de l'affectation (affectation aux fonctions du siège, à une juridiction déterminée ou à un poste particulier?) et elle n'inscrit nullement cette garantie dans un cadre géographique⁴⁹.

2) Le principe de l'inamovibilité et la jurisprudence

Il faut rappeler que la jurisprudence a aussi contribué à définir le contenu de l'inamovibilité.

Le Conseil d'Etat, dès 1949, a développé une conception très extensive de l'inamovibilité. Il a considéré que le magistrat profite d'un véritable droit de "possession sur son siège"⁵⁰.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à plusieurs reprises sur le contenu du principe et son champ d'application.

46 Conseil constitutionnel, Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, Statut de la magistrature, J.O. 29 février 1992, p. 3122

47 Thierry S. Renoux et André Roux "L'administration de la Justice", à paraître aux PUF 1993, p. 11

48 Solus et Perrot In Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 118

49 Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire" p. 112

50 CE 27 mai 1949 Sieur Téron Réville, Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat année 1949, p. 247

A) Le contenu du principe de l'inamovibilité

Le principe de l'inamovibilité contient une garantie contre l'éviction, elle s'oppose à la révocation et suspension du magistrat de façon arbitraire, et une garantie contre le déplacement imposé d'une juridiction à l'autre. Cette première garantie, nommée *l'inamovibilité des fonctions* doit être relative dans le temps et dans l'espace.

Il faut souligner que l'inamovibilité s'oppose à une révocation ou suspension de façon arbitraire, mais elle n'exclut pas les sanctions disciplinaires. Le juge du siège n'est pas doté d'une protection de ses fonctions durant toute sa vie.

Dans une importante décision du 26 janvier 1967 le Conseil constitutionnel avait à statuer sur une réforme de la Cour de Cassation dont les dispositions prévoyaient une nomination des "conseillers référendaires" qui avaient la mission d'assister les magistrats dans leurs tâches et qui n'étaient nommés que pour une durée de dix ans. Après cette période ils devaient recevoir une nouvelle affectation, il était prévu une affectation d'office⁵¹. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette réforme non conforme à la Constitution au motif que le règlement n'a pas "déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions des conseillers référendaires à la Cour de Cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège"⁵², mais il ne s'est pas opposé aux fonctions du siège temporaires et renouvelables. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé une deuxième fois dans cette affaire, dans la décision du 12 juillet 1967, et il a reconnu la validité de l'autorisation donnée au gouvernement de recourir à des nominations d'office des conseillers référendaires dans le seul cas où ces magistrats, mis préalablement en situation de faire connaître le choix de leur nouvelle affectation, auraient omis de donner une réponse⁵³.

On peut se demander, si l'inamovibilité est liée à la durée d'exercice de fonctions du siège, mais dans ce cas la portée du principe de l'inamovibilité pourrait être réduit à néant: il suffirait de multiplier les fonctions du siège à durée déterminée. Entre l'expiration des fonctions et avant la nomination dans un autre poste peut exister une certaine période durant laquelle le magistrat ne serait pas protégé⁵⁴. D'où il suit qu'il faut définir l'inamovibilité non comme liée à un poste, mais comme s'appliquant à l'ensemble de la carrière du magistrat du siège.

L'inamovibilité doit aussi être délimitée dans l'espace. Elle n'implique pas un droit pour le magistrat à conserver le poste qu'il occupe, mais il est inamovible en tant qu'il exerce des fonctions du siège, donc en tant qu'il participe à l'activité juridictionnelle.

51 Louis Favoreu et Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", n° 15, p.192

52 Conseil constitutionnel, décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, Rec. 19, Conslid. 4

53 Louis Favoreu et Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", n° 15, p.192

54 Thierry S. Renoux, "Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 118

La *deuxième garantie*, nommée *l'inamovibilité de résidence*, s'oppose au déplacement d'une juridiction à l'autre.

Il faut relever que l'inamovibilité n'est pas l'immobilité des magistrats, elle s'oppose seulement à une affectation d'office par le gouvernement. Cette règle de non-affectation est une conséquence nécessaire du principe de l'inamovibilité⁵⁵, mais elle comporte des limites; la décision du 26 janvier 1967 apporte des précisions quant à la portée du principe de l'inamovibilité. Dans cette décision le Conseil constitutionnel met en évidence que l'inamovibilité peut être "conclliée ... avec les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseillers référendaires à la Cour de Cassation". Par cette décision la jurisprudence a reconnu la portée relative de la règle de la non-affectation d'office, donc de l'inamovibilité et elle a ouvert une brèche qui a mené à un affaiblissement de la notion d'inamovibilité. On peut constater que progressivement l'inamovibilité cède la place au principe plus général d'indépendance des magistrats⁵⁶; comme il était confirmé par la décision du 24 octobre 1980. L'inamovibilité était traditionnellement considérée comme s'opposant à tout déplacement du magistrat du siège, en dehors du consentement de l'intéressé. Cette règle a été édictée à seule fin de protéger le magistrat contre un déplacement qui pourrait constituer une sanction déguisée; aujourd'hui il faut souligner que l'inamovibilité n'est pas l'immobilité, mais on cherche à concilier l'inamovibilité et le déplacement des magistrats du siège, l'essentiel reste la protection de l'indépendance de la magistrature.

Par une loi organique du 29 octobre 1980 une catégorie des "magistrats remplaçants" a été introduite pour contribuer à la solution du problème des postes inoccupés en raison d'empêchement de leur titulaire, un problème qui affecte gravement le fonctionnement de la Justice. Les magistrats remplaçants sont placés auprès du premier président d'une Cour d'appel. Ils ont la mission d'effectuer des remplacements dans les tribunaux de la première instance et à des emplois vacants du second grade pour une durée non renouvelable de quatre mois⁵⁷. Lorsque les magistrats n'effectuent pas des remplacements; ils exercent leurs fonctions dans le tribunal de grande instance du siège de la Cour d'appel ou dans celui qui est le plus important du département où est située ladite Cour⁵⁸.

L'institution des magistrats remplaçants a été déclarée conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a considéré "qu'en déterminant limitativement les cas dans lesquels, à l'intérieur du ressort d'une Cour d'appel les magistrats du siège peuvent être appelés à effectuer un remplacement" et "en subordonnant celui-ci à une ordonnance du premier

55 Thierry S. Renoux, "Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 130

56 Thierry S. Renoux, "Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 132

57 Art. 3-1 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature

58 Art. 3-1 al. 4 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature

président précisant le motif et la durée du remplacement et en fixant le terme, la loi organique a institué des garanties de nature à satisfaire aux exigences de la Constitution"⁵⁹.

La question s'est posée de savoir, si on peut dire que les magistrats remplaçants sont inamovibles. Pour bénéficier de cette garantie, il est nécessaire que le juge appartienne à une juridiction et ne puisse pas être affecté en dehors de cette juridiction sans son consentement, mais les magistrats remplaçants ne possèdent pas de siège.

Dans le texte adopté par le Parlement, il était prévu que le premier président de la Cour d'appel pouvait décider une nouvelle affectation non seulement au moment du retour du titulaire de poste remplacé, mais aussi, dans le cas de longue maladie du titulaire "à l'expiration d'un délai de six mois suivant la date à laquelle ils ont été appelés à effectuer le remplacement considéré". Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition non conforme à la Constitution, au motif qu "ce changement facultatif d'affectation qui n'est subordonné ni au consentement du magistrat concerné, ni à aucune condition légale autre que l'expiration d'un délai, n'offre pas de garanties suffisantes au regard de l'art. 64 de la Constitution"⁶⁰. Il est étonnant dans cette décision d'une part le fait que le Conseil constitutionnel ne se réfère nullement à l'art. 4 de l'ordonnance 1958 et d'autre part le fait que le Conseil constitutionnel n'exige pas un consentement du magistrat pour une nouvelle affectation, si elle n'intervient pas avant le retour du magistrat. D'où il suit que "l'inamovibilité doit être considérée comme sauvegardée aussi bien lorsque le consentement à l'affectation sera exigé que lorsque d'autres garanties légales équivalentes seront prévues"⁶¹.

Dans cette décision du 24 octobre 1980, on peut constater un revirement de la jurisprudence par rapport aux décisions de 1967, parce que, selon le Conseil constitutionnel, l'inamovibilité ne s'oppose plus dans tous les cas à une affectation non consentie d'un magistrat du siège, ayant accepté des fonctions particulières par leur caractère temporaire ou leur mobilité géographique, en plus le Conseil constitutionnel révèle que le respect de cette garantie peut être assuré par d'autres moyens.

B) Le champ d'application du principe de l'inamovibilité

L'art. 64 de la Constitution dispose que seulement "les magistrats du siège" bénéficient de l'inamovibilité. Ce terme imprécis a soulevé quelques questions.

⁵⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980, Rec. 24-25

⁶⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980, Rec. 24-25

⁶¹ Merry S. Renou, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 148

On peut se demander si, pour rechercher les critères de la notion de magistrat, on doit prendre en considération la qualité de l'agent ou la fonction exercée.

Le Conseil constitutionnel a tranché ce problème dans une importante décision du 9 juillet 1970. Une loi organique modifiant l'ordonnance de 1958 prévoyait que les auditeurs de justice pourraient être appelés à compléter un tribunal de grande instance au cas d'empêchement de l'un des magistrats du siège. Le Conseil constitutionnel a invalidé cette disposition au motif qu'elle était contraire au principe d'indépendance découlant de l'art. 64 de la Constitution, car le "statut particulier" des auditeurs de justice ne leur reconnaît aucune garantie d'indépendance⁶². D'où il résulte que la qualité de magistrat ne découle pas de la participation à une activité juridictionnelle, mais de la qualité de l'agent. Cette différence entre les magistrats et les auditeurs de justice se montre clairement dans les serments prêtés qui se distinguent.

Il reste à souligner que les magistrats du parquet ne jouissent pas de l'inamovibilité. Cette garantie ne trouverait aucune justification dans leur mission. Les magistrats du parquet ne profitent non plus d'une garantie constitutionnelle d'indépendance. Ils se trouvent "placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des Sceaux, ministre de la Justice"⁶³, mais il est fixé dans le même article qu'"à l'audience leur parole est libre". Cette disposition peut être considérée comme une "clause de conscience", car elle ne le protège pas d'un déplacement à tout instant.

Les magistrats administratifs ne sont pas non plus inamovibles. On considère que le juge administratif tire son indépendance d'autres garanties. Pour le Conseil d'Etat, on y nomme l'avancement à l'ancienneté et la procédure disciplinaire protectrice⁶⁴.

62 Louis Favoreu et Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel" n° 15, p. 193

63 Art. 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958

64 Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", p. 165

Annexe

Lois importantes relatives au statut des juges et les décisions du Conseil constitutionnel¹ :

Loi organique n° 60-867 du 17 août 1960, relative à l'intégration des juges de paix en service dans le corps judiciaire unique, J.O. du 18 août 1960, p. 7703

Conseil constitutionnel, décision n° 60-7 DC du 11 août 1960, Rec. 22

Loi organique n° 63-805 du 6 août 1963, modifiant les articles 3 et 39 (alinéa 2) de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 8 août 1958, p. 7347

Conseil constitutionnel, décision n° 66-29 DC du 8 juillet 1966, Rec. 19

Loi organique n° 67-130 du 20 février 1967, modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 21 février, p. 1827

Conseil constitutionnel, décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, Rec. 19-20

Loi organique n° 67-618 du 29 juillet 1967, modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 30 juillet p. 7619

Conseil constitutionnel, décision n° 67-33 DC du 12 juillet 1967, Rec. 21

Loi organique n° 67-619 du 29 juillet 1967, instituant un congé spécial pour les magistrats du corps judiciaire, J.O. du 30 juillet, p. 7619

Conseil constitutionnel, décision n° 67-34 DC du 12 juillet 1967, Rec. 22

Loi organique n° 70-642 du 17 juillet 1970, relative au statut des magistrats, J.O. du 19 juillet, p. 6747

Conseil constitutionnel, décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Rec. 25-26

Loi organique n° 71-603 du 20 juillet 1971, complétant l'article 21 de la loi organique n° 70-642 du 17 juillet 1970 relative au statut des magistrats, J.O. du 21 juillet, p. 7187

Loi organique n° 75-695 du 4 août 1975, relative au statut de la magistrature, J.O. du 5 août 1975, p. 7971

Conseil constitutionnel, décision n° 75-58 DC du 23 juillet 1975, Rec. 16

¹ Thierry S. Renoux et André Roux, "L'administration de la Justice" à paraître au P.U.F 1993

Lol organique n° 76-120 du 5 février 1976, relative au statut de la magistrature, J.O. du 6 février, p. 885

Conseil constitutionnel, décision n° 75-61 DC du 28 janvier 1976, Rec. 25

Lol organique n° 76-614 du 9 juillet 1976, modifiant l'article 67 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature et introduisant un article 17-1, J.O. du 10 juillet, p. 4147

Conseil constitutionnel, décision n° 75-66 DC du 6 juillet 1976, Rec. 29

Lol organique n° 77-50 du 20 janvier 1977, modifiant l'article 3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 21 janvier 1977, p. 500

Conseil constitutionnel, décision n° 76-77 DC du 12 janvier 1977, Rec. 23

Lol organique n° 79-43 du 18 janvier 1979, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 19 janvier, p. 162

Conseil constitutionnel, décision n° 78-103 DC du 17 janvier 1979, Rec. 19

Lol organique n° 80-844 du 29 octobre 1980, relative au statut de la magistrature, J.O. du 30 octobre, p. 2522

Conseil constitutionnel, décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980, Rec. 24-25

Lol organique n° 83-674 du 26 juillet 1983, relative aux candidats admis au premier concours d'accès à l'école nationale de la magistrature (session 1976), J.O. du 27 juillet 1983, p. 2326

Conseil constitutionnel, décision n° 83-159 DC du 19 juillet 1983, Rec. 24

Lol organique n° 84-833 du 13 septembre 1984, relative à la limite d'âge des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation, J.O. du 14 septembre, p. 2903

Conseil constitutionnel, décision n° 84-180 DC du 12 septembre 1984, Rec. 20

Lol organique n° 86-1303 du 23 décembre 1986, relative au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation, J.O. du 26 décembre, p. 15595

Conseil constitutionnel, décision n° 86-219 DC du 22 décembre 1986, Rec. 172-173

Lol organique n° 87-9 du 9 janvier 1987, relative aux magistrats de l'ordre judiciaire servant dans les organisations internationales, J.O. du 13 janvier 1987

Conseil constitutionnel, décision n° 86-222 DC du 6 janvier 1987, Rec. 7

Loi organique n° 87-484 du 2 juillet 1987, relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade, J.O. du 4 juillet 1987

Conseil constitutionnel, décision n° 87-228 DC du 26 juin 1987, Rec. 38-40

Loi organique n° 88-23 du 7 janvier 1988, portant maintien en activité des magistrats des cours d'appel et des tribunaux de grande instance, J.O. du 8 janvier, p. 342

Conseil constitutionnel, décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, Rec. 36-41

Loi organique n° 91-71 du 18 janvier 1991, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature et relative à l'amélioration de la gestion du corps judiciaire, J.O. du 20 janvier 1991, p. 1046

Conseil constitutionnel, décision n° 90-288 DC du 16 janvier 1991, Rec.

Loi organique n° 91-358 du 15 avril 1991, modifiant la loi organique n° 80-844 du 29 octobre 1980 relative au statut de la magistrature, J.O. du 16 avril 1991, p. 5007

Conseil constitutionnel, décision n° 91-289 DC du 11 avril 1991, Rec.

Loi organique n° 92-189 du 25 février 1992, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 29 février 1992, p. 3086

Conseil constitutionnel, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, J.O. du 29 février, p. 3122

Bibliographie

Georges Boyer Chamard, "Les magistrats", PUF Paris 1985

René Chapus, "Droit du contentieux administratif", 3^e éd. Montchrestien 1991

Louis Favoreu "Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel?" In Mélanges Auby 1992

Louis Favoreu et Loïc Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", Sirey Paris, 1991

Claude Franck, "Droit constitutionnel et Institutions politiques comparées", Paris 1980

Claude Franck, "Droit constitutionnel - Les grandes décisions de la Jurisprudence", Thémis 1978

Jacques Lenoble, "La crise du juge", L.G.D.J.1990, Paris

François Luchaire et Conac, "La Constitution de la République française"

Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-Luc Parodi "L'écriture de la Constitution de 1958" Economica Paris 1992

Thierry S. Renoux, "Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire", Economica-PUAM 1984

Thierry S. Renoux et André Roux, "Administration et fonctionnement de la justice en France" In Annuaire Européen d'Administration Publique, Volume XIV 1991

Thierry S. Renoux et André Roux, "L'administration de la Justice" à paraître aux P.U.F. 1993

Thierry Ricard, "Le Conseil supérieur de la magistrature", PUF Paris 1990



**LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE
DANS L'HISTOIRE LEGISLATIVE
A PARTIR DU CODE CIVIL FRANÇAIS DE 1804
ET DU CODE CIVIL ALLEMAND DE 1900**

**DIE RECHTLICHE STELLUNG DER EHEFRAU
IN DER GESETZGEBUNGSGESCHICHTE
SEIT DEM FRANZÖSISCHEN CODE CIVIL VON 1804
UND DEM DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCH
VON 1900**

par Arnhilt Kuder, Heidelberg*

Cette étude a été réalisée à la Faculté de Droit de Nancy (année universitaire 1992/1993) dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemande pour la Jeunesse et retraduite ultérieurement en langue allemande par l'auteur.

GLIEDERUNG

I.	Einleitung	138
II.	Die geschichtliche Entwicklung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im französischen Recht	138
	1. Der Code Civil von 1804	140
	2. Die Reformgesetze zum Code Napoléon aus dem 19. Jahrhundert	144
	a) Die Scheidungsgesetze von 1816 und 1884	144
	b) Das Gesetz vom 20. Juli 1886 zur Altersrente	144
	c) Das Gesetz vom 6. Februar 1893 zur Regelung der Trennung von Tisch und Bett	144
	3. Die Reform von 1938 - 1942	146
	a) Das Gesetz vom 18. Februar 1938 über die Geschäftsfähigkeit der verheirateten Frau	146
	b) Das Gesetz vom 22. September 1942 über die Ehefolgen bezüglich der Rechte und Pflichten der Ehegatten	148
	4. Die Reform der ehelichen Güterstände durch das Gesetz vom 13. Juli 1965	150
	5. Das Gesetz vom 4. Juni 1970 zur elterlichen Sorge	150
	6. Das Scheidungsreformgesetz vom 11. Juli 1975	152
	7. Das Gesetz vom 23. Dezember 1985 zur Gleichberechtigung der Ehegatten in bezug auf das Güterrecht und die Verwaltung des Vermögens der minderjährigen Kinder	152
III.	Die Entwicklung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im deutschen Recht	154
	1. Das BGB von 1900	154
	2. Weimarer Verfassung von 1919	158
	3. Gesetzgebung zwischen 1933 und 1945	160
	4. "Interregnum" von 1945 - 1949	162
	5. Das Grundgesetz von 1949	164
	6. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957	164
	7. Erstes Ehereformgesetz von 1976	166
IV.	Schlußfolgerung	168

P L A N

I.	Introduction	139
II.	L'évolution historique du principe d'égalité de la femme et de l'homme en droit français	139
	1. Le Code Civil de 1804	141
	2. Les lois du XIX ^e siècle réformant le Code Napoléon	145
	a) Les lois de 1816 et 1884 concernant le divorce	145
	b) La loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse	145
	c) La loi du 6 février 1893 modifiant le régime de la séparation de corps	145
	3. La réforme de 1938-1942	147
	a) La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée	147
	b) La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage, quant aux droits et aux devoirs des époux	149
	4. La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965	151
	5. La loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale	151
	6. La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce	153
	7. La loi du 23 décembre 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs	153
III.	L'évolution du principe de l'égalité de l'homme et de la femme en droit allemand	155
	1. Le BGB de 1900	155
	2. La Constitution de Weimar de 1919	159
	3. La législation entre 1933 et 1945	161
	4. "Interregnum" de 1945 à 1949	163
	5. La Loi fondamentale de 1949	165
	6. La loi sur l'égalité de 1957 (<i>Gleichberechtigungsgesetz</i>)	165
	7. La première loi portant réforme du droit matrimonial et de la famille de 1976	167
IV.	Conclusion	169

TABLE DES ABBRÉVIATIONS / ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. F.	alte Fassung [version avant la modification]
al.	alinéa
ALR	Allgemeines Landrecht für die Königlich Preußischen Staaten vom 5.2.1794 [Code civil prussien]
art(s).	article(s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [Code civil allemand]
BGH(Z)	Bundesgerichtshof [Cour fédérale de justice] (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [Décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile])
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale] (Entscheidungssammlung [recueil des décisions])
C. civ.	Code civil
DIP	droit international privé [IPR]
DTJ	Deutscher Juristentag [assemblée plénière des juristes allemands]
EheG	Ehegesetz [loi allemande sur le mariage]
EheRG, 1.	Erstes Eheformgesetz [loi allemande portant réforme du droit de mariage]
f.	folgende [et suivant]
ff.	fortfolgende [et suivants]
GG	Grundgesetz [loi fondamentale; constitution allemande]
Hrsg.	Herausgeber [éditeur]
ibid	au même endroit
infra	ci-dessous
IPR	internationales Privatrecht [DIP]
L.	Loi
n. F.	neue Fassung [version modifiée]
p.	page
p. ex.	par exemple
RGZ	Reichsgericht, Rechtsprechung in Zivilsachen
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz [Code allemand de la nationalité]
s.	et suivants
v.	voir
vgl.	vergleiche [comparez]
WRV	Verfassung des Weimarer Reichs [Constitution de la République de Weimar]

Mulieri quoque dixit:

Multiplicabo aerumnas tuas, et conceptus tuos: in dolore paries filios, et sub viri potestate eris, et ipse dominabitur tui.

Adae vero dixit:

Quia audisti vocem uxoris tuae, et comedisti de ligno, ex quo praeceperam tibi, ne comederes, maledicta terra in opere tuo: in laboribus comedes ex ea cunctis diebus vitae tuae.

Spinas et tribulos germinabit tibi, et comedes herbam terrae.

In sudore vultus tui vesceris pane, donec revertaris in terram de qua sumptus es: quia pulvis es, et in pulverem reverteris.

Liber Genesis, Caput III, 16-19

I. Einleitung

Schon die Bibel widmet ihre ersten Seiten der wichtigen Frage nach den Beziehungen zwischen Frau und Mann in der Ehe, am Beispiel von Adam und Eva.

Tatsächlich haben alle großen Zivilisationen das Eherecht geregelt. Die Babylonier haben die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehepartner im Codex Hammurabi festgelegt, den man jetzt auf einer Stele im Louvre in Paris betrachten kann. Die Regelung dieser Fragen durch die Römer findet man zum Beispiel im *libro XXIII* und *XXIV digestorum*. Eike von Repgow hat für die Deutschen des Mittelalters die Rechtsregeln der Sachsen im "Sachsenspiegel" niedergelegt. Darunter findet sich auch das Eherecht des 13. Jahrhunderts.

Nach diesem kurzen historischen Abriss soll nun die vergleichsweise jüngere Entwicklung des Familienrechts ausführlicher untersucht werden. Dabei soll das Augenmerk insbesondere auf die Stellung der verheirateten Frau in den zwei großen noch bestehenden Gesetzeswerken in Frankreich und Deutschland, dem *Code Napoléon* und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, gerichtet werden.

II. Die geschichtliche Entwicklung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im französischen Recht

Während der letzten zwei Jahrhunderte hat sich die Welt tiefgreifend verändert. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland wurden die politischen Systeme mehrere Male auf mehr oder weniger schmerzhaft Weise geändert. Inzwischen findet man in beiden Ländern fest gegründete Demokratien.

Die technische und industrielle Entwicklung war ebenfalls revolutionär. Die heutigen Lebensbedingungen unterscheiden sich stark von denen vor zweihundert Jahren.

Eine der Veränderungen betrifft die rechtliche Stellung der Frau in der Ehe. Am Ende dieses Jahrhunderts läßt sich feststellen, daß es für die Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes ein sehr wichtiges Jahrhundert war. Heutzutage gilt dieser Grundsatz auch im Bereich des Eherechts. Ausnahmen von der Regel werden nur noch in seltenen Fällen gemacht. Gleichzeitig verliert der Trauschein an sich offensichtlich an Bedeutung.

Daher erscheint es interessant, die geschichtliche Entwicklung der Rechte der Frau in der Ehe zurückzuerfolgen.

Was Frankreich anbelangt, so sollen die wichtigsten Reformen seit dem *Code Napoléon* aufgezeigt werden. Diese sollen mit bestimmten Reformen in Deutschland verglichen werden.

I. Introduction

Déjà la Bible consacre ses premières pages à la question importante des relations entre les premiers époux du monde, Adam et Eve.

De fait, toutes les grandes civilisations ont réglé le droit du mariage. Les Babyloniens ont fixé les droits et devoirs respectifs des époux dans le *Codex Hammurabi* que l'on trouve inscrit sur une stèle exposée maintenant au Louvre à Paris. Les Romains ont consigné leur réglementation par exemple dans le *libro XXIII et XXIV digestorum*. Pour les Allemands du Moyen Age, le chevalier Eike von Repgow a décrit le droit saxon dans le "*Sachsenspiegel*", y compris aussi le droit du mariage du XIII^e siècle.

Après ce bref aperçu historique, nous allons examiner de manière plus détaillée le développement parallèle récent du droit de la famille. Nous allons nous intéresser spécialement à la situation de la femme mariée dans les deux grands ouvrages législatifs encore existants en France et en Allemagne, le Code Napoléon et le code civil allemand, le "*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*".

II. L'évolution historique du principe d'égalité de la femme et de l'homme en droit français

Au cours des deux derniers siècles, le monde a profondément changé. En France et en Allemagne, on a changé de système politique plusieurs fois avec plus ou moins de difficultés. Maintenant, on trouve dans les deux pays des démocraties bien établies.

Le développement technique et industriel fut lui aussi révolutionnaire. Les conditions de vie sont aujourd'hui sûrement très différentes d'il y a 200 ans.

La condition juridique de la femme mariée fait partie de ces changements. Vers la fin de ce siècle, on peut constater que ce siècle a été très important pour la mise en oeuvre du principe juridique de l'égalité des femmes et hommes. Aujourd'hui, ce principe est également valable dans le domaine du mariage. Seules quelques rares exceptions subsistent. En même temps, le mariage perd apparemment de l'importance.

Il semble pour cela intéressant de retracer le développement historique des droits de la femme mariée.

En ce qui concerne la France, on va retracer les principales réformes depuis le Code Napoléon et tenter une mise en parallèle avec certaines réformes en Allemagne depuis le BGB de 1900.

1. Der *Code Civil* von 1804

Die allgemeine Meinung im Europa des 18. und 19. Jahrhunderts über die Beziehungen zwischen Eheleuten kann durch folgende Zitate repräsentiert werden: "*La femme est faite spécialement pour plaire à l'homme*", "Die schaffende Natur beschränkte liebevoll den Wirkungskreis des weiblichen Geschlechtes. Das Weib lerne diese Schranken kennen und ehren", "*Husband and wife are one and the husband is the one*".

Napoleon nahm eine entscheidende Stellung bei den Debatten im Staatsrat über das Eherecht im neuen *Code Civil* von 1804 ein.⁴ Tatsächlich war er ein Frauenverächter. Eine Ausnahme machte er nur bei denjenigen, deren Tugendhaftigkeit nachgerade übermenschlich war.⁵ Es ist dann nicht weiter verwunderlich, daß er sich in keiner Weise für feministische Ideale einsetzte. Für ihn war die Frau "die Sache, das Eigentum des Mannes und nur dazu geschaffen, ihm Kinder zu gebären". Er soll gesagt haben: "Es gibt etwas, das nicht französisch ist: daß eine Frau tun kann, was ihr gefällt", und: "Ein Ehemann soll eine absolute Herrschaft über die Handlungen seiner Frau ausüben; er hat das Recht ihr zu sagen: Madame, Sie werden nicht ausgehen; Sie werden nicht das Theater besuchen; Sie werden mit der oder jener Person nicht verkehren".⁷ Der "Erste Konsul" faßte die Ehe ein wenig im Sinne einer militärischen Hierarchie auf. Die Idee war, daß es in der ehelichen, genau wie in jeder anderen Gemeinschaft, einen "Chef" geben muß und daß dieser Chef kraft einer Art Naturgesetz natürlich niemand anderes als der Mann sein kann.⁸

Victor Hugo wird mit folgenden Worten zitiert, die er 1853 in Jersey am Grab von Louise Jullien, die wie er ins Exil gegangen war, ausgesprochen hat: "Das 18. Jahrhundert hat die Menschenrechte ausgerufen, das 19. Jahrhundert wird die Rechte der Frauen verkünden".

Im Jahr 1804 ist man jedoch noch weit davon entfernt, Frauenrechte im *Code Civil* zu verkünden. Die Redakteure des Code machten sich nicht die Mühe, ein eigenes Werk zu schaffen, sondern übernahmen einfach die von Dumolin geprägte Lehre.⁹ Dieser war ein Bewunderer des römischen Rechts, das im 19. Jahrhundert wiederentdeckt wurde. Er war der erste, der für diese neue Lehre eintrat. Eines der Elemente, die aus dem römischen Recht übernommen wurden, war die Anlehnung an die Theorie von der sogenannten *fragilitas sexus* zur Begründung der ehelichen Vorrechte des Mannes (*vir caput est mulieris; mulieres viris suis subditae sint*).¹⁰

Die Stellung der Ehefrau wird nach dem Inkrafttreten des *Code Civil* durch folgende Vorschriften gekennzeichnet:

Man verkündet die zivilrechtliche Gleichstellung von Mann und Frau. Für die verheiratete Frau gelten allerdings zahlreiche Ausnahmen. Tatsächlich überdecken die Ausnahmen nahezu vollständig die Regel.

1. Le Code Civil de 1804

L'opinion générale sur les relations entre femmes et hommes dans l'Europe des XVIII^e et XIX^e siècles peut être rendue par les citations suivantes : "La femme est faite spécialement pour plaire à l'homme"¹, "*Die schaffende Natur beschränkte liebevoll den Wirkungskreis des weiblichen Geschlechtes. Das Weib lerne diese Schranken kennen und ehren*"², "*Husband and wife are one and the husband is the one*"³.

Napoléon prit une part prépondérante à la discussion au sein du Conseil d'Etat à propos des titres du mariage et du contrat de mariage du nouveau Code Civil de 1804.⁴ De fait, il méprisait les femmes, sauf celles d'une vertu irréprochable.⁵ On ne s'étonnera donc pas que les idées féministes lui aient été étrangères. Pour lui, la femme était "la chose, la propriété de l'homme destinée à lui faire des enfants"⁶. Il aurait dit : "*Es gibt etwas, das nicht französisch ist: daß eine Frau tun kann, was ihr gefällt*" et "La nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne verrez pas telle personne, c'est à dire, Madame, vous m'appartenez corps et âme".⁷ Le Premier Consul concevait un peu la famille à l'image de la hiérarchie militaire, l'idée étant que, dans la société conjugale, comme dans toute société, il faut un chef et que ce chef, en vertu d'une sorte de loi naturelle, ne peut être que le mari.⁸

Victor Hugo a prononcé en 1853 à Jersey, sur la tombe de Louise Jullien, exilée comme lui, les paroles suivantes : "Le XVIII^e siècle a proclamé les droits de l'homme, le XIX^e siècle proclamera les droits de la femme".

En 1804, on est cependant encore loin de proclamer les droits de la femme dans le nouveau Code Civil. Les rédacteurs du Code ne se sont pas préoccupés de faire oeuvre personnelle, ils ont simplement repris à leur compte la doctrine de Dumolin.⁹ Celui-ci était un admirateur du droit romain, qui fut redécouvert au XVI^e siècle. Il fut le premier à propager cette nouvelle doctrine. Un des éléments introduits par le droit romain était le recours à l'ancienne *fragilitas sexus* comme motif de la puissance maritale (*vir caput est mulieris; mulieres viris suis subditae sint*).¹⁰

La situation de la femme mariée après l'entrée en vigueur du Code est caractérisée par les dispositions suivantes :

L'égalité civile de l'homme et de la femme est affirmée. Il y a pourtant pour la femme mariée de nombreuses exceptions au principe. En fait, ces exceptions absorbent presque totalement la règle.

Der *Code* verankert das gewohnheitsrechtliche Prinzip der "*autorité maritale*", nach dem der Ehemann eine Vorrangstellung gegenüber seiner Frau einnimmt. Der Lehre von Dumolin entsprechend gründet sich dieses Prinzip auf der Annahme der Unterlegenheit der Frau.¹¹

So wurde Art. 213 C. civ. (1804) entwickelt, der folgendermaßen lautet: "Der Ehemann schuldet seiner Frau Schutz, die Frau ihm hingegen Gehorsam". Dieser Artikel beschreibt exakt das Prinzip der "*autorité maritale*". Der französische Ehemann ist ein mit nahezu absolutistischer Macht ausgestattetes Familienoberhaupt. Die Frau schuldet ihm Gehorsam und Respekt vor der ihm verliehenen Autorität. Die Gehorsamspflicht wird umfassend verstanden, sie gilt für alle anfallenden Rechtsgeschäfte. Die Achtung vor der Machtbefugnis des Ehemannes verlangt, daß keines dieser Rechtsgeschäfte ohne seine Kontrolle und Zustimmung abgeschlossen wird.¹² Die Vorherrschaft des Ehemannes wird festgeschrieben, indem man es verbietet, die Regeln über die "*autorité maritale*" vertraglich abzubedingen. Der Art. 1388 C. civ. lautet: "Folgende Rechte sind von den Eheleuten nicht abdingbar: die eheliche und elterliche Gewalt des Ehemannes als Familienoberhaupt über Frau und Kinder, die Rechte, die im folgenden in den Abschnitten *de la Puissance paternelle, de la Minorité, de la Tutelle* und *de l'Emancipation* verliehen werden und die Verbotsvorschriften des jetzigen Gesetzes". Dies stellt einen tiefen Eingriff in Rechte dar, die die Ehefrau in einem sehr großen Teil Frankreichs vor Entstehung des *Code Napoléon* genoß.¹³

Der Art. 213 C. civ. legt die allgemeine Regel fest, in den darauf folgenden Artikeln werden die Details geregelt.

Die Frau ist nicht geschäftsfähig, was von der herrschenden Meinung als natürliche und direkte Folge der "*puissance maritale*" betrachtet wird (einige Autoren sind jedoch der Meinung, daß die Geschäftsunfähigkeit eine Folge der *fragilitas sexus* ist).¹⁴

Der Ehemann wählt die eheliche Wohnung aus, seine Frau ist verpflichtet, mit ihm zu leben (Art. 214 C. civ. von 1804). Der Ehemann überwacht die Haushaltsführung seiner Frau und leitet sie dabei an. Er hat das Recht, sie körperlich zu züchtigen. Die Frau bedarf seiner Zustimmung, wenn sie vor Gericht Klage erheben will, selbst wenn sie Händlerin ist oder nicht zur Gemeinde gehört oder in Gütertrennung lebt (Art. 215 C. civ. von 1804). Eine Ausnahme vom Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten wird nur für den Fall gemacht, daß die Frau strafrechtlich belangt werden soll (Art. 216 C. civ. von 1804). Da der Ehefrau die Geschäftsfähigkeit abgesprochen wird, darf ihr Mann ihre Rechtsgeschäfte überprüfen. Die Ehefrau bedarf seiner Zustimmung, um Eigentum zu erwerben. Ohne seine Zustimmung kann sie keine Schenkungen machen, sie kann nichts veräußern oder mit einer Hypothek belasten (Art. 217 C. civ. von 1804). Jedoch ist das Verweigern der Zustimmung gerichtlich überprüfbar. Dies ist der einzige Fall, in dem das Eingreifen der Justiz zugunsten der Frau

Le Code consacre le principe coutumier de l'autorité maritale. Conformément à la doctrine de Dumolin, ce principe est fondé sur l'infériorité de la femme.¹¹

Ainsi furent donc formulées les dispositions de l'art. 213 (C. civ. 1804) : "Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari". Cet article décrit exactement l'autorité maritale. Le mari français est un chef presque souverain auquel sa femme doit obéissance et qui a le droit d'exiger d'elle le respect de l'autorité dont il est revêtu ; le devoir d'obéissance est général, il s'applique à tous les actes de la vie civile ; le respect de l'autorité exige qu'aucun de ces actes ne soit accompli sans le contrôle et l'assentiment de cette autorité.¹² On ancre la domination de l'homme en interdisant de déroger par contrat aux règles de l'autorité maritale. L'art. 1388 C. civ. énonce : "Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfant[s], ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au suivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle* et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code". Cela est une profonde atteinte portée aux droits dont jouissait l'épouse dans une très grande partie de la France avant le Code Napoléon.¹³

L'art. 213 constitue la règle générale, les articles suivants règlent des détails dans lesquels le principe se manifeste.

La femme est frappée d'incapacité, ce qui est généralement considéré comme la conséquence naturelle et directe de la puissance maritale (certains auteurs étant toutefois d'avis que l'incapacité est une conséquence de la *fragilitas sexus*).¹⁴

Le mari choisit le domicile conjugal, la femme est obligée d'habiter avec lui (art. 214 C. civ. de 1804). Le mari contrôle et dirige la gestion du ménage par sa femme. Il a le pouvoir de châtier. La femme a besoin du consentement du mari pour porter plainte en justice, même si elle est marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens (art. 215 C. civ. de 1804). L'autorisation du mari n'est pas nécessaire dans le seul cas de poursuite de la femme en matière criminelle ou de police (art. 216 C. civ. de 1804). La femme étant frappée d'incapacité, le mari contrôle ses actes. Elle a besoin du consentement du mari pour devenir propriétaire d'une chose. Elle ne peut pas faire des donations, aliéner ou grever un bien d'une hypothèque sans consentement du mari (art. 217 C. civ. de 1804). Le refus du consentement est cependant juridiquement contrôlé. Cela concerne seulement le cas où l'intervention de la justice se produit

geschieht. In allen anderen Fällen bedeutet es, daß dem Prinzip des Vorrangs des Mannes Nachdruck verliehen wird und ist ein Mittel, um die Beschränkung der Freiheit der Frau zu sichern (siehe Art. 218, 221, 222 und 224 *C. civ.* von 1804).¹⁵

Die Regelung der Geschäftsunfähigkeit der Frau wird jedoch nicht konsequent durchgehalten. So hat die Frau durchaus das Recht, sich zugunsten ihres Gatten zu verpflichten. Desweiteren besteht auch die Möglichkeit der Schenkung unter Ehegatten (Art. 1096 und 1099 *C. civ.* von 1804). Es können auch Verträge zwischen den Ehegatten abgeschlossen werden (mit der Ausnahme des Kaufvertrags zwischen Ehegatten gemäß Art. 1591 *C. civ.* von 1804).¹⁶

2. Die Reformgesetze zum *Code Napoléon* aus dem 19. Jahrhundert

a) Die Scheidungsgesetze von 1816 und 1884

Im Jahr 1816 wird die Scheidung abgeschafft. Während der Restaurationsphase entstehen keine wesentlichen Verbesserungen der Rechte der verheirateten Frauen. Im Jahr 1884 wird die Scheidung jedoch zum zweiten Mal wieder in den Code aufgenommen. Einziger Scheidungsgrund ist das Verschulden eines der Ehegatten.

b) Das Gesetz vom 20. Juli 1886 zur Altersrente

Das Gesetz vom 20. Juli 1886 bringt eine Veränderung hinsichtlich der Rente. Dessen Art. 13 Nr. 4 besagt, daß verheiratete Frauen, unabhängig von jeder güterrechtlichen Regelung in ihrem Ehevertrag, Zahlungen leisten können, ohne daß dabei die Zustimmung des Mannes nötig ist.¹⁷ Notwendige Voraussetzung dafür ist jedoch, überhaupt Geld zu haben. So hat die Ehefrau das Recht, bestimmte Beträge zurückzulegen, die regelmäßig in der ehelichen Gütergemeinschaft anfallen, um sich eine Rente aufzubauen, ohne daß ihr Ehemann sich einmischen kann. Wenn es sich aber um eine Arbeiterin handelt, kann der Ehemann von ihrem Arbeitgeber verlangen, daß er das Gehalt an ihn selbst auszahlt. Daher können sämtliche Vorkehrungen des Gesetzes den Ehemann doch nicht daran hindern, das von der Frau Erarbeitete zu vergeuden.¹⁸

c) Das Gesetz vom 6. Februar 1893 zur Regelung der Trennung von Tisch und Bett

Der Code machte zunächst keinen Unterschied zwischen der Frau, die in Trennung von Tisch und Bett lebt und der Frau, die in Gütertrennung lebt. Die Geschäftsfähigkeit sowohl der einen als auch der anderen war zunächst in Art. 1449 *C. civ.* geregelt, der folgendermaßen lautet: "Die

en faveur de la femme. Dans tous les autres cas, elle est un renforcement du principe d'autorisation et un moyen d'assurer la restriction de la liberté de la femme (v. les art. 218, 221, 222 et 224 du C. civ. de 1804).¹⁵

Il y a toutefois quelques incohérences concernant l'incapacité de la femme mariée. Ainsi, elle a le droit de s'engager au profit de son mari (art. 1431 C. civ. de 1804). En outre, il existe la liberté des donations entre époux (art. 1096 et 1099 C. civ. de 1804) et la liberté de contrats entre époux (avec l'exception de l'art. 1591 C. civ. de 1804 relatif à la vente entre époux).¹⁶

2. Les lois du XIX^e siècle réformant le Code Napoléon

a) Les lois de 1816 et 1884 concernant le divorce

En 1816, le divorce est abrogé. La période de la Restauration n'apporte pas de changements importants quant aux droits des femmes mariées. En 1884, le divorce est cependant introduit dans le Code pour la deuxième fois. Il y a une seule cause de divorce : la faute.

b) La loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse

La loi du 20 juillet 1886 apporte un changement concernant la retraite. L'art. 13 4^o dispose que les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari.¹⁷ La *conditio sine qua non* pour faire des versements est cependant d'avoir de l'argent. La femme peut se réserver des sommes qui, régulièrement, tomberaient en communauté, pour se constituer une retraite et cela sans que son mari n'ait rien à y voir. Mais s'il s'agit d'une femme ouvrière, le mari peut exiger du patron de sa femme que ses salaires lui soient remis à lui-même. Alors toutes les dispositions de la loi ne l'empêcheront pas de dissiper les gains de sa femme.¹⁸

c) La loi du 6 février 1893 modifiant le régime de la séparation de corps

Le Code ne faisait aucune différence entre la femme séparée de corps et de biens et celle qui était seulement séparée de biens. La capacité de l'une et de l'autre était réglée par l'art. 1449 C. civ., ainsi conçu : "La femme

Frau, die getrennt lebt - sei es getrennt von Tisch und Bett und in Gütertrennung, sei es nur in Gütertrennung - erhält das Recht der freien Verwaltung dieser Güter zurück. Sie kann über ihr bewegliches Vermögen verfügen und es veräußern. Sie hat aber nicht das Recht, ihre Immobilien ohne Zustimmung ihres Mannes oder des Gerichts, falls der Mann die Zustimmung verweigert, zu verkaufen.¹⁹

Der durch das Gesetz vom 6. Februar 1893 veränderte Text, der neue Art. 311 C. civ., lautet folgendermaßen: "Die Trennung von Tisch und Bett hat immer auch die Gütertrennung zur Folge. Die Frau bekommt dadurch die volle Geschäftsfähigkeit, sie ist damit unabhängig von jeglicher Zustimmung durch Ehemann oder Gericht".²⁰

Das heißt, daß die Ehefrau bis zu dem Gesetz vom 6. April 1893 auch bei Gütertrennung auf die Genehmigungen ihres Gatten angewiesen war, während sie diese danach auch bei Trennung von Tisch und Bett nicht mehr braucht. Bei allen weiteren Fällen, in denen das gemeinsame Leben in einer Weise aufgegeben wird, die keinen Scheidungsgrund darstellt, bedarf die Frau weiterhin der Ermächtigung ihres Mannes.²¹

Das Gesetz von 1893 gibt der in Trennung von Tisch und Bett lebenden Frau die volle Geschäftsfähigkeit zurück, so daß sie es nicht mehr nötig hat, ihren Mann um Unterstützung zu bitten, denn schließlich ist die Abhängigkeit der Frau vom Mann, wenn sie getrennt leben, vollends unverständlich.

Wenn die Frau jedoch nach dem Dotal-System verheiratet ist, besteht selbst bei Trennung von Tisch und Bett für sie weiterhin das Verbot, ihr Eigentum zu veräußern, so daß ihre Geschäftsfähigkeit empfindlich beschränkt bleibt. Diese Frauen sind nur zum Abschluß derjenigen Rechtsgeschäfte fähig, die zuvor der Genehmigung durch Ehemann oder Gericht bedurften.²²

3. Die Reform von 1938 - 1942

a) Das Gesetz vom 18. Februar 1938 über die Geschäftsfähigkeit der verheirateten Frau

Durch dieses Gesetz wird die Regelung der "*puissance maritale*", die bisher in Art. 213 C. civ. festgelegt war, abgeschafft, indem man das Gebot, daß die Frau ihrem Mann zu gehorchen habe, herausnimmt. Die Vorrechte des Mannes, die eine Konsequenz des Gehorsamsgebotes sind, verschwinden gleichzeitig mit dem Gebot selbst.²³ Seither hat der Ehemann nicht mehr das Recht, seiner Frau normale Beziehungen zu untersagen, ihren Briefwechsel abzufangen oder das Briefgeheimnis zu verletzen. Die Ehefrau hat nun die Freiheit sich, ohne Zustimmung ihres Mannes einen Reisepass, einen Führerschein oder einen Jagdschein besorgen zu können. Sie kann frei studieren, an Prüfungen teilnehmen, ihren

séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans consentement du mari ou sans être autorisée de justice à son refus.¹⁹

Le texte modifié par la loi du 6 février 1893, le nouvel art. 311 C. civ., se lit comme suit : "La séparation de corps emporte toujours la séparation des biens. Elle a en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de la justice"²⁰.

La nécessité de l'autorisation survit à la séparation des biens mais, depuis la loi du 6 avril 1893, elle ne survit pas à la séparation de corps tout en survivant aux autres causes de cessation de la vie commune qui ne sont pas des causes de dissolution du mariage.²¹

La loi de 1893 restitue à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité en ce sens qu'elle n'a plus besoin de recourir à l'autorisation de son mari, car la dépendance de la personne de la femme à l'égard de son mari ne pouvait se comprendre lorsqu'il n'y avait plus de vie commune.

Cependant, lorsque la femme est mariée sous le régime dotal, l'inaliénabilité persiste même après la séparation de corps, et ainsi, sa capacité reste en fait sensiblement restreinte. La femme mariée sous le régime dotal et séparée de corps est capable de faire seuls les actes qui exigent auparavant l'autorisation maritale ou judiciaire.²²

3. La réforme de 1938-1942

a) La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée

La loi supprime la puissance maritale visée par l'art. 213 C. civ. en faisant disparaître l'obligation d'obéissance de la femme. Les prérogatives du mari, conséquence du devoir d'obéissance de sa femme, ont disparu en même temps que le devoir lui-même.²³ Dès lors, le mari n'a plus le droit d'interdire à sa femme d'avoir des relations normales, d'intercepter sa correspondance ou de violer le secret des lettres. La femme peut ainsi, sans l'autorisation du mari, obtenir librement un passeport, un permis de conduire ou permis de chasse, entreprendre des études ou participer à des examens, choisir son médecin, être nommée comme conseil judiciaire,

Arzt selbst auswählen, sie kann sich zum Rechtsbeistand selbst ihres Mannes ernennen lassen und Testamentsvollstreckerin werden.²⁴ In den Art. 213 *C. civ.* wird der Begriff des Familienoberhauptes eingefügt. Die Rolle desselben wird dem Mann zugeordnet. In Art. 213 Abs. 3 *C. civ.* werden die Fälle genannt, in denen dem Mann diese Rolle aberkannt wird, nämlich im Fall seiner Abwesenheit, wenn für ihn ein diesbezügliches Verbot besteht, wenn er nicht in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, wenn das Ehepaar getrennt lebt oder, wenn er zu einer Strafe verurteilt wurde, während der Dauer dieser Strafe.²⁵

Mit dem Gesetz vom 18. Februar 1938 wird die Geschäftsunfähigkeit der verheirateten Frau abgeschafft (Art. 215 Abs.1 *C. civ. n.F.*), in der Konsequenz wird die verheiratete Frau von der Liste der nicht Geschäftsfähigen, insbesondere aus den Art. 1124 f. *C. civ.*, gestrichen. Die effektive Anwendung des Gesetzes erfordert eine entsprechende Änderung der Güterstandsregelungen, die jedoch am Widerstand des Senats scheitert.²⁶ Dieses Gesetz zeigt, daß man anfing, den patriarchalischen Entwurf von der Familie im *Code civil* zu verändern. Eine Revolution war das nicht, aber es zeigt, daß die traditionelle Ehekonzeption in ihren Grundlagen erschüttert war.²⁷

b) Das Gesetz vom 22. September 1942 über die Ehefolgen bezüglich der Rechte und Pflichten der Ehegatten

Das Gesetz vom 22. September 1942 zeigt eine schon wesentlich andere Auffassung von der Familie als noch der Code Napoléon: durch eine Entschärfung der "*autorité maritale*" wandelt sich der Führungsstil in der Familie von einem autoritären und patriarchalischen Typus in Richtung einer vergleichsweise harmloseren väterlichen Bevormundung. Die Macht des Familienoberhauptes erscheint so nicht mehr als ein Vorrecht, sondern als eine Aufgabe und folglich eine Belastung. Der Mißbrauch wird überprüfbar. Das Gesetz von 1942 verankert zudem ein hierarchisches System der Machtausübung: die Ehefrau kann im Fall des Versagens des Mannes Familienoberhaupt werden.

Diese Vorstellung bleibt traditionell, die Vorrangstellung in der Familie wird nun aber nach dem Kriterium der Interessenlage der Familie vergeben. Dem neuen Entwurf vom Familienoberhaupt entspricht ein neuer Entwurf vom Gehorsam.²⁸ Dennoch ist die Frau in diesem Entwurf vielleicht Gehilfin ihres Mannes geworden, sie ist ihm aber nicht gleichgestellt.²⁹

même de son mari, et accepter d'être exécutrice testamentaire.²⁴ On introduit dans l'art. 213 C. civ. la notion de chef de famille, qualité conférée au mari. L'alinéa 3 de l'art. 213 C. civ. énonce les conditions dans lesquelles la qualité de chef de famille cesse d'exister : dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité de manifester sa volonté et de séparation de corps ou de condamnation, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de la peine.²⁵

La loi du 18 février 1938 supprime l'incapacité juridique de la femme mariée (art. 215 al. 1 modifié), la loi efface en conséquence, notamment dans les art. 1124 et 1125 C. civ., la femme mariée de la liste des incapables. L'application effective de cette loi demeurerait cependant liée à une modification correspondante des régimes matrimoniaux, laquelle se heurta à l'opposition du Sénat²⁶. Cette loi montre que la conception patriarcale de la famille du Code civil avait commencé à évoluer. Cela n'était pas une révolution, mais révélait que les principes étaient ébranlés dans leurs fondements²⁷.

b) La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage, quant aux droits et aux devoirs des époux

De la loi du 22 septembre 1942 se dégage déjà un esprit sensiblement différent de celui du Code Napoléon : la famille, par l'adoucissement de l'autorité maritale, est passée d'un type patriarcal autoritaire à un type paternaliste. Le pouvoir du "chef de famille" n'y apparaît plus comme un droit, mais comme une fonction et par conséquent comme une charge. Il devient dès lors susceptible de contrôle en cas d'abus. La loi de 1942 consacre de plus un système d'exercice successif de l'autorité : la femme peut, en cas de défaillance du mari, devenir chef de famille.

Cette conception reste traditionnelle dans la mesure où cette autorité est donnée dans "l'intérêt de la famille" : à une nouvelle conception de l'autorité correspond une nouvelle conception de l'obéissance²⁸. Cependant, dans cette conception, la femme est peut-être devenue l'auxiliaire de l'homme; elle n'est pas son égale²⁹.

4. Die Reform der ehelichen Güterstände durch das Gesetz vom 13. Juli 1965

Das Gesetz von 1965, das am 1. Februar in Kraft getreten ist, setzt die gesetzliche Entwicklung, die in den Gesetzen von 1938 bis 1942 begonnen wurde, fort. Das neue Gesetz bringt vor allem eine Änderung der Struktur der ehelichen Güterstände.

Das Gesetz hat die Art. 214 bis 226 *C. civ.*, die Grundlage der gesetzlichen Güterstände sind, so verändert, daß die Gleichberechtigung der Ehegatten in höherem Maße als bisher verwirklicht wurde. In den *Code* wird zum Beispiel, inspiriert durch die Rechtsvergleichung, als gesetzlicher Güterstand das französische Äquivalent zur Zugewinnngemeinschaft eingeführt, die in Deutschland schon seit dem Gesetz vom 18. Juni 1958 besteht. Die Regelung der Zugewinnngemeinschaft sieht vor, daß jeder der Eheleute die Verwaltung, die Nutznießung und die freie Verfügung über sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen behält. Während der Ehe entspricht dieser Güterstand dem der Gütertrennung. Bei Beendigung der Ehe kann jeder Ehegatte die Hälfte der Nettoerrungenschaft des anderen Ehegatten verlangen; dieser Wert errechnet sich aus dem Unterschied zwischen dem Anfangs- und Endvermögen des anderen Ehegatten.³⁰

Die Reform der gesamten Güterstände zeigt die Absicht des Gesetzgebers, das Übergewicht des Mannes zu schwächen und die Verfügungsmacht der Frau über ihr Vermögen zu stärken und die Gleichberechtigung unter den Ehegatten in der Weise zu fördern, als sowohl der Ehemann als auch die Ehefrau in ihrer Verfügungsmacht beschränkt werden können.³¹

5. Das Gesetz vom 4. Juni 1970 zur elterlichen Sorge

Der juristische Begriff "Familienoberhaupt" wird durch dieses Gesetz gestrichen. Seit diesem Gesetz sind die Ehegatten gemeinsam für die ideelle und materielle Ausrichtung der Familie verantwortlich (Art. 213 *C. civ.*). Der Art. 372 *C. civ.* besagt, daß während der Ehe Mutter und Vater die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Die Eltern sorgen für die Erziehung ihrer Kinder und deren Zukunft.

Das hierarchische System der Familie wird aufgegeben, wodurch ein wichtiger Schritt in Sachen Gleichberechtigung der Ehepartner unternommen wird.³²

In den Steuer- und Sozialgesetzen wird der Begriff "Familienoberhaupt" jedoch beibehalten. In diesen Bereichen wird die Frau weiterhin als Vasallin oder Klientin ihres Mannes betrachtet. Sie hat nur solche Rechte und Pflichten inne, die sich von ihrem Ehemann ableiten lassen.³³

4. La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965

La loi de 1965 (entrée en vigueur le 1^{er} février 1966), en continuant l'évolution législative marquée par les lois de 1938-1942, se manifeste essentiellement par une réforme de la structure des régimes matrimoniaux.

La loi a modifié, dans le sens d'une plus grande égalité entre époux, les art. 214 à 226 C. civ. qui sont à la base du régime matrimonial. Elle introduit par exemple dans le Code comme régime conventionnel celui de la communauté de participation aux acquêts. C'est un essai législatif s'inspirant du droit comparé, notamment de la loi allemande du 18 juin 1958 (*Zugewinnungsgemeinschaft*). Le régime de participation aux acquêts prévoit que chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens personnels, présents et à venir. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens; à la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer par moitié en valeur aux acquêts nets constants dans le patrimoine de l'autre et égaux à la différence entre son patrimoine originaire et son patrimoine final³⁰.

La réforme d'ensemble de ces régimes reflète la volonté du législateur, d'une part, d'affaiblir la prépondérance du mari et d'augmenter le pouvoir conféré à la femme dans la gestion des biens; d'autre part, de promouvoir l'égalité des époux en ce sens que le mari comme la femme peuvent subir des limitations à leurs pouvoirs³¹.

5. La loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

Cette loi a supprimé la notion juridique de "chef de famille". Depuis cette loi, les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (art. 213 C. civ.). L'autorité parentale a remplacé la notion d'autorité paternelle. L'art. 372 C. civ. dispose que pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité. Les parents pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

On abandonne le système hiérarchique dans la famille et fait ainsi un pas important dans le sens de l'égalité des époux³².

Les lois fiscales et sociales ont cependant conservé la notion juridique de "chef de famille" et, en ces domaines, la femme mariée est considérée comme la vassale ou la mandataire de son mari. Elle ne tient de droits et d'obligations qu'en ayant droit de son époux³³.

6. Das Scheidungsreformgesetz vom 11. Juli 1975

Nach der Gesetzessystematik von 1884 gibt es nur einen Scheidungsgrund, nämlich eheliche Verfehlungen, die dem einen oder anderen Ehegatten zur Last fallen. Diese Regelung sollte durch eine andere ersetzt werden, in der die Scheidung als Sanktion einer Verfehlung nur eine unter mehreren Möglichkeiten ist.³⁴

Der neue Art. 229 *C. civ.* lautet: "Die Scheidung kann in folgenden Fällen ausgesprochen werden:

- bei gegenseitigem Einverständnis,
- bei Aufgabe des gemeinsamen Lebens,
- bei Verschulden".

Die früheren Art. 229 und 230 *C. civ.* nannten als Scheidungsgründe in erster Linie den Ehebruch der Frau und den des Ehemannes. Damals wurden der Ehebruch der Frau und die Verpflegung einer Geliebten in der Ehwohnung durch den Ehemann zu den Straftaten gezählt (Art. 336 *C. pénal* a. F.). Diese Scheidungsgründe waren zwingend, das heißt sie führten automatisch zur Scheidung.

Heutzutage wird der Ehebruch vom Gesetz nicht als besonderer Fall behandelt. Gleichzeitig wird er auch nicht mehr als Delikt strafrechtlich sanktioniert.³⁵ Was die Scheidungsfolgen anbelangt, so bestimmt der Art. 287 *C. civ.*, daß das Sorgerecht dem einen oder anderen Elternteil je nach Interessenlage des Kindes zugesprochen wird. Dieser Artikel wurde durch ein Gesetz vom 22. Juli 1987 und danach durch ein weiteres vom 8. Januar 1993 abgeändert. Gemäß Art. 264 Abs. 3 *C. civ.* darf die geschiedene Frau den Namen ihres Mannes uneingeschränkt weiterbenutzen, sofern die Ehe wegen Aufgabe des gemeinsamen Lebens geschieden wurde. In allen anderen Fällen kann sie den Namen, sei es mit Zustimmung ihres Mannes, sei es mit der des Richters, weiterbenutzen wenn sie darlegt, daß daran ein begründetes Interesse ihrerseits oder der Kinder besteht. Folglich wird in keinem Fall das Kriterium des Verschuldens herangezogen, außer die Frau verlangt es.³⁶ Im Gegensatz zur früheren Regelung bedeutet die Unterhaltspflicht nun nicht mehr Strafe für den schuldhaft geschiedenen Ehegatten beziehungsweise Begünstigung für den unschuldigen Teil. Gemäß Art. 270 *C. civ.* soll die Unterhaltspflicht so weit wie möglich den durch die Scheidung verursachten Unterschied in den Lebensbedingungen ausgleichen.³⁷

7. Das Gesetz vom 23. Dezember 1985 zur Gleichberechtigung der Ehegatten in bezug auf das Güterrecht und die Verwaltung des Vermögens der minderjährigen Kinder

Der Gesetzgeber von 1985 versucht die im Jahr 1965 begonnene Güterstandsreform zu perfektionieren. Damals schlug er den Eheleuten in Art.

6. La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

Le système de la loi de 1884 ne comportait qu'une seule cause de divorce, les torts conjugaux à la charge de l'un des époux ou de tous les deux. On a voulu y substituer un système où le divorce-sanction n'est plus qu'une formule parmi d'autres³⁴.

Le nouvel art. 229 C. civ. énonce : "Le divorce peut être prononcé en cas :
- soit de consentement mutuel;
- soit de rupture de la vie commune;
- soit de faute."

Les anciens art. 229 et 230 C. civ. énonçaient, au premier rang des causes de divorce, l'adultère de la femme et celui du mari. Dans ce système, l'adultère de la femme et l'entretien d'une concubine par le mari au domicile conjugal constituaient des délits (art. 336 C. pénal). Ces causes étaient péremptoires, c'est-à-dire entraînaient automatiquement le divorce. Aujourd'hui, la loi ne fait pas de l'adultère un cas particulier et, en même temps, l'adultère cesse d'être un délit réprimé par la loi pénale³⁵. Concernant les effets du divorce, l'art. 287 C. civ. dispose : "Selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux". L'art. 287 C. civ. a été modifié par une loi du 22 juillet 1987, puis par une loi du 8 janvier 1993. D'après l'art. 264 al. 3 C. civ., dans les cas de divorce autres que le divorce pour rupture de la vie commune où la femme divorcée conserve de plein droit l'usage du nom du mari, elle peut conserver l'usage de ce nom soit avec l'accord du mari, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants. Or, la faute ou l'innocence ne sont en aucun cas des notions prises en considération lorsque la femme veut faire valoir cette possibilité³⁶. Au contraire de l'ancienne pension alimentaire, la prestation compensatoire n'est plus une pénalité infligée à l'époux coupable et une faveur faite à l'époux innocent. Selon l'art. 270 C. civ. elle est "...destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives"³⁷.

7. La loi du 23 décembre 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs

Le législateur de 1985 essaie de perfectionner ce que le législateur de 1965 a commencé en proposant aux époux, dans les art. 1569 et s. C. civ.,

1569 ff. *C. civ.* die Zugewinnngemeinschaft vor, ein System, bei dem die Trennung der Vermögen während der Ehe kombiniert wird mit einem Zugewinnausgleich nach deren Auflösung. In der Praxis wurde dieses System kaum angenommen, vielleicht, weil es neu war, vielleicht aber auch, weil man es für überflüssig kompliziert hielt. Das Gesetz vom 23. Dezember 1985 soll einige dieser Fehler beheben.³⁸

III. Die Entwicklung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im deutschen Recht

Fast hundert Jahre nach dem *Code Napoléon* tritt am 1. Januar 1900 das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft. Die zwei großen Gesetzeswerke in Frankreich und in Deutschland, der Code von 1804 und das BGB von 1900, werden unter verschiedenen Bedingungen ausgearbeitet. So hat man für ähnliche juristische Probleme unterschiedliche Regelungen geschaffen. Wir interessieren uns für die Lösungen, die man in den beiden Ländern im Verlauf der Geschichte dieser Gesetzbücher für die rechtliche Lage der verheirateten Frau gefunden hat.

Zu diesem Zweck soll die Entwicklung der Rechte der verheirateten Frau im BGB im Vergleich zu den französischen Lösungen untersucht werden.

1. Das BGB von 1900

Um 1900 ist die Situation der Frau durch folgende Regelungen gekennzeichnet:

Im Bereich des öffentlichen Rechts hat die Frau weder das aktive noch das passive Wahlrecht. Dies entspricht der Lage in Frankreich, wo erst die Verfassung vom 27. Oktober 1946 den Frauen das Wahlrecht zugestand. In der Präambel dieser Verfassung ist zu lesen: "Das Gesetz garantiert der Frau in allen Bereichen gleiche Rechte wie dem Mann."

Was das Arbeitsrecht anbelangt, so besteht keine Lohngleichheit und die Heirat der Frau gilt als Entlassungsgrund.

Es besteht auch steuerrechtlich keine Gleichheit, ebensowenig wie in bezug auf die Rente.³⁹

Mit Inkrafttreten des BGB wird das ALR von 1794 außer Kraft gesetzt, nach dem die Frau noch unter der Vormundschaft ihres Vaters oder Ehemannes stand. Von 1900 an steht die Frau nicht mehr unter ständiger Vormundschaft, sondern hat, solange sie nicht verheiratet ist, im Prinzip gleiche Rechte wie der Mann. Jedoch bestehen selbst für die unverheiratete Frau wesentliche Beschränkungen, zum Beispiel hinsichtlich des Sorgerechts und der Hoferbfolge.

Im BGB von 1900 wurde eine patriarchalische Ehekonzeption festgeschrieben. Die Verteilung der Kompetenzen unter den Ehegatten ist

le régime de participation aux acquêts qui combine le système séparatiste pendant la durée du mariage avec un système plus communautaire lors de la liquidation. La pratique ne l'a guère accueilli, peut-être parce qu'il était nouveau, mais aussi parce qu'on l'a trouvé inutilement compliqué. La loi du 23 décembre 1985 a cherché à remédier à certains de ces défauts³⁸.

III. L'évolution du principe de l'égalité de l'homme et de la femme en droit allemand

Presque cent ans après le Code Napoléon, le nouveau Code civil allemand, le Bürgerliches Gesetzbuch du 1 janvier 1900 (BGB), entre en vigueur. Les deux grands ouvrages législatifs en France et en Allemagne, le Code de 1804 et le BGB de 1900, sont élaborés dans des conditions différentes. Ainsi a-t-on imaginé des réglementations différentes pour des problèmes juridiques semblables.

Nous nous intéressons aux solutions trouvées pour régler la situation de la femme mariée dans les deux pays au cours de l'histoire de leurs codes. Nous allons, à cet effet, examiner l'évolution des droits de la femme mariée dans le BGB en comparaison avec les solutions françaises.

1. Le BGB de 1900

En 1900, la situation de la femme est caractérisée par les réglementations suivantes :

En droit public, elle n'a pas de droit de vote, ni actif, ni passif. On trouve la même situation en France, où les femmes n'ont obtenu le droit de suffrage qu'avec la constitution du 27 octobre 1946. On lit dans le préambule de cette constitution : "La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme".

Concernant le droit du travail, il n'y a pas d'égalité des salaires; le mariage de la femme est considéré comme cause de licenciement de celle-ci. Il n'y a pas d'égalité sur le plan fiscal, ni sur celui de la retraite³⁹.

Avec l'entrée en vigueur du BGB, on abroge le code civil prussien de 1794, dans lequel la femme était placée sous la tutelle du père ou du mari. Après 1900, la femme n'est plus soumise à une tutelle perpétuelle, mais elle a en principe les mêmes droits que l'homme, tant qu'elle n'est pas mariée. Il y a cependant, même pour la femme célibataire, des restrictions importantes concernant par exemple l'autorité parentale et le droit des successions dans le domaine agricole.

On a consacré, dans le BGB de 1900, l'ordre patriarcal du mariage. La répartition des compétences des époux est réglée. Suivant des traditions

geregelt. Der Tradition folgend soll der Mann Geld verdienen, während die Frau Hausfrau zu sein hat.

Der § 1354 BGB von 1900 lautet: "Dem Manne steht die Entscheidung in allen das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung. Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt".⁴⁰ Mit diesem Paragraphen wird der Mann als Familienoberhaupt eingesetzt. Dem französischen Recht dieser Zeit entsprechend hat der Mann das Entscheidungsrecht in der Ehe. Im Gegensatz zum *Code civil* in der Form von 1900 ist dieses Entscheidungsrecht aber weniger weitreichend. Eine ausdrückliche Gehorsamspflicht besteht nicht. Die Frau kann jeder Entscheidung des Mannes widersprechen, die dieser in Eheangelegenheiten getroffen hat, sofern sie die Entscheidung für mißbräuchlich hält. Das BGB überläßt die Schiedsentscheidung einem unabhängigen Dritten, dem gesetzlichen Richter, indem es die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens einführt.⁴¹

Die Heirat wirkt sich im Gegensatz zur Regelung im *Code civil* nicht auf die Geschäftsfähigkeit der Frau aus.

Wird der gesetzliche Güterstand für die Ehe gewählt, hat das für die Frau jedoch eine Beschränkung des Verfügungsrechts über ihr Vermögen zur Folge, weil dann dieses Vermögen der Verwaltung des Mannes unterstellt wird. Er hat das Recht, ihr eingebrachtes Gut samt Nutzungen zu verwalten (§ 1363 BGB). Der § 1356 BGB lautet: "Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist".⁴² Arbeitet die Frau im Unternehmen des Mannes, so gehört ihr Erwerb automatisch dem Mann (§ 1356 II BGB).⁴³ Dieser Fall darf nicht mit dem Fall des § 1367 BGB verwechselt werden, wo die Frau vom Ehemann bezahlt wird oder selbst Unternehmerin ist und den Erwerb zur vollen eigenen Verfügung erhält (Vorbehaltsgut).

Durch § 1357 BGB wird der Ehefrau die sogenannte "Schlüsselgewalt" gegeben. Im wesentlichen besteht die Schlüsselgewalt in einer Vertretungsbefugnis, durch die die Frau in ihrem Wirkungskreis, dem Haushalt, befugt ist, im Namen ihres Mannes über sein Vermögen zu verfügen und ihn durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten.⁴⁴ Natürlich wird im 2. Absatz dem Ehemann das Recht gegeben, die Haushaltsführung seiner Frau zu überprüfen. Diese Regelung wurde gewählt, um den Gegensatz zwischen der Theorie, daß der Ehemann als Familienoberhaupt das Recht hat, die Haushaltsführung zu leiten und der Praxis, nach der die Frau alle für die Haushaltsführung nötigen Geschäfte selbst abschließt.

In § 1358 BGB wird der Fall geregelt, daß die Frau mit einem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag schließen möchte. Der § 1358 BGB lautet: "Hat

anciennes, l'homme exerce une profession salariée, la femme est ménagère.

L'art. 1354 énonce : "Au mari appartient la décision dans toutes les affaires concernant la vie commune conjugale; spécialement il détermine le lieu et le local d'habitation. La femme n'est pas tenue de donner suite à la décision du mari, si cette décision se présente comme un abus du droit de celui-ci"⁴⁰. Cet article institue le mari chef de famille. Comme dans le droit français de l'époque, le mari a l'autorité maritale, mais par rapport au Code civil français version 1900, cette autorité est moindre. Il n'y a pas d'obligation explicite d'obéissance. La femme peut s'opposer à toute décision prise par le mari dans les diverses circonstances de la vie commune conjugale, lorsqu'elle estime que cette décision constitue un abus de droit. En instituant l'action en restauration de la vie conjugale, le BGB a remis la décision à un tiers arbitre; ce tiers arbitre est le juge⁴¹.

Le mariage n'a pas d'influence sur la capacité de la femme, contrairement à ce que prévoit le Code civil français.

Si le régime matrimonial choisi est la communauté légale, la capacité de la femme de disposer de sa propriété est pourtant limitée, parce que cette propriété est administrée par le mari. Celui-ci a le droit de gérer les biens de la femme (*eingebrachtes Gut*) et l'usufruit (art. 1363 BGB). L'art. 1356 BGB énonce : "Sans préjudice de l'application de l'art. 1354, la femme a le droit et l'obligation de conduire le ménage commun. Elle est obligée de s'occuper des travaux domestiques et des affaires du mari, pour autant que de pareilles occupations soient conformes à l'usage d'après la condition des époux"⁴². Si la femme travaille dans l'entreprise de son mari, leur acquis appartient automatiquement au mari (art. 1356 al. 2 BGB)⁴³. Il ne faut pas confondre ce cas avec le cas de l'art. 1367, où la femme est payée par le mari ou est elle-même entrepreneur et où elle reçoit l'acquis en pleine propriété (*Vorbehaltsgut*).

L'art. 1357 BGB donne à la femme le "pouvoir des clefs" (*Schlüsselgewalt*). L'essence du droit de la *Schlüsselgewalt* consiste dans le pouvoir de représentation qui s'y attache et en vertu duquel la femme est autorisée, dans sa sphère d'action domestique, à disposer, au nom du mari, du patrimoine de celui-ci, et à l'obliger par ses actes⁴⁴. Mais on donne au mari, dans l'al. 2, le pouvoir de contrôler sa femme dans sa gestion du ménage. Cette solution a été dégagée pour concilier le contraste entre la théorie selon laquelle le mari avait, en tant que chef de famille, le pouvoir de direction du ménage et la pratique selon laquelle la femme accomplissait seule tous les actes relatifs au ménage courant.

L'art. 1358 BGB prévoit l'hypothèse de la femme qui veut engager ses services personnels. Il dispose que "lorsqu'elle s'est obligée envers un tiers

sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, steht das Kündigungsrecht dem Manne nicht zu. Die Zustimmung sowie die Kündigung kann nicht durch einen Vertreter des Mannes erfolgen; ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters".⁴⁵

In § 1360 BGB wird die Pflicht, sich gegenseitig Hilfe und Unterstützung zu gewähren, ausgedrückt, desweiteren auch die Verpflichtung des Ehemannes, einen angemessenen Unterhalt für seine Frau sicherzustellen.⁴⁶ Diese Verpflichtung trifft nachrangig auch die Ehefrau, wenn der Mann außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.⁴⁷

Die elterliche Sorge steht allein dem Mann zu. Dies läßt sich schon dem § 1354 BGB entnehmen, ist aber außerdem ausdrücklich in § 1634 BGB geregelt. Wird von "elterlicher Gewalt" gesprochen, ist daher immer der Mann gemeint.

2. Weimarer Verfassung von 1919

Bis zum Ende der Weimarer Republik bleibt das Eherecht unverändert, obwohl Art. 119 II 2 WRV eine Änderung zugunsten der Gleichberechtigung von Mann und Frau verspricht.⁴⁸ Im Bereich der Politik wurde das Gleichberechtigungsprinzip durchgesetzt. Seit dem 12. November 1918 haben die Frauen das Wahlrecht. Art. 109 II WRV lautet: "Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten". Gemäß Art. 128 I WRV sind alle Staatsbürger ohne Unterschied nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen. Dies betrifft - im Unterschied zur Regelung in Art. 6 III der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte - nun auch die Frauen. Nach Art. 128 II WRV sind alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte zu beseitigen. Es existieren jedoch zahlreiche Reichsgesetze - hierarchisch unterhalb der Verfassung - die dagegen verstoßen. Desweiteren fehlen entsprechende Gesetze, aufgrund derer die Programmsätze der Verfassung

à une prestation qu'elle doit faire en personne, le mari peut dénoncer le rapport juridique, sans observer de délai, s'il y a été autorisé par le tribunal des tutelles. Ce tribunal doit donner l'autorisation lorsqu'il apparaît que les agissements de la femme portent atteinte aux intérêts conjugaux. Le droit de dénonciation est exclu lorsque le mari a donné son assentiment à l'obligation, ou que cet assentiment a été suppléé sur la requête de la femme par celui du tribunal des tutelles. Ce tribunal peut donner son approbation à la place du mari lorsque celui-ci, par maladie ou absence, est empêché de donner une déclaration et qu'il y a péril en la demeure, ou lorsque le refus d'assentiment constitue un abus du droit du mari. Pendant l'interruption de la vie commune, le mari n'a pas le droit de résiliation. Le consentement ou la dénonciation du mari ne peuvent être donnés par un mandataire; si la capacité de contracter du mari est restreinte, il n'a pas besoin, à ces fins, de l'assentiment de son représentant légal⁴⁵.

L'art. 1360 BGB exprime le devoir mutuel de secours et d'assistance et l'obligation, pour le mari, d'assurer à sa femme un entretien convenable⁴⁶. Cette obligation concerne subsidiairement aussi la femme, dans le cas où "le mari n'est pas en état de pourvoir à son propre entretien"⁴⁷.

L'autorité parentale appartient au mari. Cela peut être tout d'abord déduit de l'art. 1354 BGB, mais est, de plus, explicitement réglé dans l'art. 1634 BGB. La formule "*elterliche Gewalt*" concerne, par conséquent, toujours le mari.

2. La Constitution de Weimar de 1919

Le droit du mariage du BGB reste inchangé jusqu'à la fin de la République de Weimar, bien que l'art. 119 al. 1, 2^e phrase de la constitution de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung, WRV*) ait annoncé un changement en faveur du principe de l'égalité de l'homme et de la femme⁴⁸. Ce principe a été mis en oeuvre dans le domaine de la politique. Depuis le 12 novembre 1918, les femmes ont le droit de suffrage. L'art. 109 al. 2 WRV dispose : "Hommes et femmes ont en principe les mêmes droits et obligations civiques". Tous les citoyens, étant égaux, sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre distinction que leur capacité et leurs mérites. Ceci vaut maintenant aussi pour les femmes, à la différence de l'art. 6 al. 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France. L'art. 128 al. 2 WRV écarte, de plus, toutes restrictions exceptionnelles concernant fonctionnaires féminines et employées. Il y a toutefois beaucoup de lois hiérarchiquement au-dessous de la constitution ("*Reichsgesetze*") qui contreviennent à ces dispositions et, en même temps, une insuffisance de "*Reichsgesetze*" transformant ces dispositions à caractère

in einklagbares Recht umgewandelt werden. Es ist eine Schwäche dieser Verfassung, daß ihre Artikel nach überwiegender Meinung nur als Programm zukünftiger Rechtsentwicklung betrachtet werden, ohne tatsächlich einklagbar zu sein.⁴⁹

Die einzige Änderung des Eherechts bestand in der Abschaffung der Adelsprivilegien.

Es wurde versucht, das Scheidungsrecht zu reformieren. Jedoch scheiterten die Versuche am Widerstand der katholisch geprägten Zentrumspartei.

Die fortschrittlichen Reformvorschläge des 33. Deutschen Juristentages von 1924 und des 36. DJT von 1931 hatten auf die Gesetzgebung keinen Einfluß.

3. Gesetzgebung zwischen 1933 und 1945

Die furchtbare Arbeitslosigkeit dieser Zeit war einer der Gründe, die zur Machtergreifung der Nationalsozialisten führten. Deren Folgen wurden in einer noch vergleichsweise euphemistischen Formulierung folgendermaßen beschrieben: "alle Lichter des Fortschritts löschten aus".⁵⁰ Die Periode von 1933 bis 1945 weist einen deutlichen Rückschritt hinsichtlich der Menschenrechte im allgemeinen und der Rechte der Frauen im besonderen auf.

Der nationalsozialistischen Ideologie entsprechend wird die Eheschließung mit Menschen jüdischer Abstammung verboten ("Gesetz des deutschen Blutes und deutscher Ehre von 1935"). Desweiteren verbietet man die Heirat bei Vorliegen von Geisteskrankheit, geistigen Störungen, Erbkrankheiten oder ansteckenden Krankheiten ("Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes", ebenfalls von 1935).

Die kinderreiche Ehe wird gefördert. Um dem Gegenteil, der Kinderlosigkeit, entgegenzuwirken, wird 1938 ein neuer Scheidungsgrund eingeführt: die Scheidung wegen vorzeitiger Unfruchtbarkeit nach der Heirat (§ 53 EheG von 1938).

Österreich wird 1938 Teil des "Großdeutschen Reiches". Diese Gelegenheit wird genutzt, um das Ehe- und Scheidungsrecht neu zu regeln. Seither gibt es ein vom BGB getrenntes Gesetz zur Regelung der Materie, das Ehegesetz von 1938.

Insbesondere das Scheidungsrecht wird verändert, neue Scheidungsgründe werden eingefügt. Unter den Scheidungsgründen tauchen nun auch ansteckende oder ekelerregende Krankheiten auf, desweiteren der Verschuldenstatbestand der "schweren" Eheverfehlung (§ 43 EheG) und als objektiver Scheidungsgrund die dreijährige Heimtrennung (§ 48 EheG).

Die Lösung des BGB, die Scheidung durch Anfechtung erfolgen zu lassen, wird durch die "Aufhebung" der Ehe ersetzt, das bedeutet Auflösung der Ehe mit Wirkung für die Zukunft (§§ 28ff. EheG).⁵¹

programmatische en règles de droit pouvant fonder une action. C'est un des points faibles de cette constitution qu'à ses articles ne soit reconnue de valeur que programmatique, sans que ceux-ci puissent en eux-mêmes fonder une action⁴⁹.

Le seul changement du droit du mariage constitue en la suppression des privilèges de la noblesse.

On a essayé de réformer le droit du divorce. Mais aucune réforme n'a pu être obtenue, compte tenu de l'opposition du parti catholique du centre (*Zentrumspartei*).

Les propositions progressistes de réforme de la 33^{ème} assemblée plénière des juristes allemands (*Deutscher Juristentag, DJT*) en 1924 et de la 36^{ème} DJT en 1931 n'ont pas eu d'influence sur la législation.

3. La législation entre 1933 et 1945

Le chômage terrible de cette époque a été une cause de la prise de pouvoir par les national-socialistes. On en connaît la conséquence immédiate : "*alle Lichter des Fortschritts löschten aus*"⁵⁰- formule encore assez euphémique. La période 1933-1945 marque une régression en matière des droits de l'homme en général et des droits de la femme en particulier.

Conformément à la doctrine nazie, on interdit le mariage avec les personnes d'origine juive ("*Gesetz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*" de 1935) et on interdit le mariage avec les personnes aliénées, les malades mentaux, les personnes atteintes de maladies héréditaires ou infectieuses ("*Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes*", de 1935 également).

On encourage cependant la famille nombreuse. Pour le cas inverse, on introduit, en 1938, une nouvelle cause de divorce : l'infertilité prématurée après le mariage (art. 53 de la loi sur le mariage de 1938).

En 1938, l'Autriche devient partie du "*Großdeutschen Reichs*". On profite de cette occasion pour régler de nouveau le droit du mariage et du divorce. Aujourd'hui, il y a une loi spéciale, séparée du BGB, pour régler cette matière : la loi sur le mariage de 1938 (*Ehegesetz, EheG*).

On change, notamment, le droit du divorce en introduisant de nouvelles causes de divorce. Selon ces causes, le divorce peut intervenir en raison de maladies infectieuses ou répulsives, de violations graves des obligations nées du mariage (art. 43 EheG) et par cessation de la vie commune pendant trois années (art. 48 EheG).

A la contestation, solution prévue par le BGB pour dissoudre le mariage, est substituée la "*Aufhebung*" du mariage, qui signifie la dissolution du mariage sans effets rétroactifs (art. 28 et s. EheG).⁵¹

Der patriarchalische Charakter der Ehe wird ideologisch durch das "Führerprinzip" noch gestärkt.

Alle Frauen werden "nach einer Entscheidung des Führers" aus den öffentlichen Ämtern entlassen. Neuzulassungen als Richterin oder Rechtsanwältin beispielsweise finden nicht statt. Schon zugelassene Frauen werden nun in der Verwaltung oder freiwilligen Gerichtsbarkeit versteckt.⁵²

In einer Diktatur wird das Wahlrecht zur Farce, dennoch wird den Frauen das passive Wahlrecht genommen.

4. "*Interregnum*" von 1945 - 1949

Nach dem Zusammenbruch im Jahr 1945 stagniert die Gesetzgebungstätigkeit auf Bundesebene bis zur Gründung der beiden deutschen Staaten 1949. Auf Länderebene erlangen die Frauen von neuem das aktive und passive Wahlrecht und kommen in die öffentlichen Ämter zurück. Insbesondere gibt es wieder Rechtsanwältinnen und Richterinnen.⁵³ Dies ist nicht weiter überraschend, da viele Männer, die sich im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie eingesetzt hatten, nun aus ihren Ämtern entlassen wurden.

Der Alliierte Kontrollrat entfernte alle Regelungen mit nationalsozialistischem Inhalt aus dem Ehegesetz. Das bereinigte EheG wird 1946 veröffentlicht. Diejenigen Paragraphen, die nicht ideologisch beeinflusst sind, bleiben fast völlig unverändert. Eine der wenigen Veränderungen betrifft § 4 II EheG und hat eine konservative Tendenz: man verbietet die Eheschließung für Fälle, in denen sexuelle Beziehungen des einen Teils mit nahen Verwandten (sowohl in auf- als auch in absteigender Linie) des anderen Teils bestehen. Im französischen Recht besteht ein solches Eheverbot nicht.

Unter der Überwachung der Alliierten entwickeln die Länder neue Verfassungen, in denen die Gleichberechtigung von Frau und Mann wie schon in der WRV proklamiert wird. Einige Verfassungen gehen sogar noch weiter. Diese Regelungen haben zwar keine praktische Wirkung, sie beeinflussen aber doch die Auslegung des Art. 3 II GG, insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht.

Schon zu diesem Zeitpunkt geht die Rechtsentwicklung auseinander. In der sowjetisch besetzten Zone gleicht man die Situation der Frau derjenigen des Mannes an.⁵⁴

Le caractère patriarcal du mariage est sous-tendu idéologiquement par le "*Führerprinzip*".

On licencie, "*nach einer Entscheidung des Führers*", toutes les femmes des emplois publics. On ne peut plus trouver, par exemple, une seule femme juge ou avocate dans les cours.⁵²

Dans une dictature, le droit de vote est déjà une farce ; les femmes sont malgré tout privées de l'éligibilité.

4. "*Interregnum*" de 1945 à 1949

Après la débâcle de 1945, il n'y a pas de développement législatif au niveau étatique jusqu'à la création des deux nouveaux Etats allemands en 1949. Au niveau des communes et "Länder", toutes les femmes ont, de nouveau, le droit de vote, actif et passif, et elles reviennent dans les emplois publics. Elles occupent, notamment, des postes d'avocats et de juges⁵³. Cela ne surprend pas outre mesure, beaucoup d'hommes étant révoqués de leurs emplois après s'y être engagés pour l'idéologie national-socialiste.

Le conseil de contrôle des Alliés (*Alliierter Kontrollrat*) a éliminé toute réglementation spécifique à l'idéologie nazie dans la loi sur le mariage. En 1946, la nouvelle loi sur le mariage est publiée. Les articles dépourvus d'arrière-pensées idéologiques restent presque totalement inchangés. Un des rares changements, d'inspiration conservatrice, concerne l'art. 4 al. 2 EheG : celui-ci prohibe le mariage en cas de relations sexuelles avec des ascendants ou des descendants de l'autre partie. Une telle interdiction n'existe pas en droit français.

Sous la surveillance des Alliés, les "Länder" élaborent de nouvelles constitutions affirmant l'égalité de l'homme et de la femme comme, par le passé, la constitution de Weimar. Quelques constitutions vont même plus loin. Ces réglementations n'ont pas d'effet dans la pratique, mais elles influencent cependant l'interprétation de l'art. 3 al. 2 de la Loi fondamentale, notamment celle donnée par la Cour constitutionnelle fédérale.

Dès cette époque, le développement du droit se partage : dans la zone occupée par l'URSS, on aligne la situation de la femme sur celle de l'homme⁵⁴.

5. Das Grundgesetz von 1949

Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland beginnt mit dem Grundgesetz vom 23. Mai 1949. Diese Geschichte ist auch eine Geschichte des Fortschritts in Sachen Frauenrechte.

Der Art. 3 GG lautet: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden".⁵⁵

Dies ist nun nicht mehr ein bloßer Programmsatz wie in der WRV, sondern direkt anzuwendendes Recht⁵⁶, da Art. 3 GG ein absolutes Verbot, zwischen Mann und Frau zu differenzieren, enthält.⁵⁷

Die außerhalb des Grundgesetzes liegenden Regelungen, insbesondere diejenigen im BGB und EheG, müssen gemäß Art. 117 GG bis zum 31. März 1953 angepaßt werden.

Der 38. DJT entwickelt auch viele progressive Vorschläge, aber der Gesetzgeber bleibt passiv.⁵⁸ Nach dem 31. März 1953 ist man daher auf die richterliche Rechtsfortbildung angewiesen. Die Mehrheit der Richter entscheidet sich Art. 3 II GG entsprechend zugunsten der Frau. Diese richterliche Rechtsfortbildung wird durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Dezember 1953⁵⁹ bestätigt. Der Gesetzgeber folgt der Rechtsprechung erst vier Jahre später.

6. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957

Durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juli 1957 sollen die Rechte von Frauen und Männern angeglichen werden. Es wird dennoch versucht, die patriarchalische Struktur der Familie zu retten.⁶⁰ Nach dem Gleichberechtigungsgesetz entscheiden die Eheleute gemeinsam in allen Angelegenheiten des ehelichen Lebens. Der Ehemann hat weiterhin das Recht, über die Erziehung der Kinder zu entscheiden und die Kinder zu vertreten (§ 1628 I BGB und § 1629 I BGB). Das Bundesverfassungsgericht erklärt im Urteil vom 29. Juli 1959, daß diese Paragraphen gegen die Verfassung verstoßen: die elterliche Sorge muß der Frau ebenso wie dem Mann zustehen.⁶¹

Durch das Gleichberechtigungsgesetz wird der § 1355 BGB, der den Familiennamen regelt, verändert. Der Name des Mannes wird jedoch auch nach der Reform automatisch Familienname. Die Frau kann aber durch eine Erklärung vor dem Standesbeamten ihren Mädchennamen an den Familiennamen anhängen. Im Urteil vom 31. Mai 1978 erklärt das Bundesverfassungsgericht, daß diese Regelung verfassungswidrig ist.⁶²

5. La Loi fondamentale de 1949

L'histoire de la République fédérale d'Allemagne commence avec la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (LF). Cette histoire marque aussi une évolution en matière des droits de la femme.

L'art. 3 de la Loi fondamentale proclame :

"Tous les hommes sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes ont les mêmes droits. Nul ne doit être désavantagé, ni favorisé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa patrie et de son origine, de sa croyance et de ses conceptions religieuses ou politiques"⁵⁵.

Ceci n'est pas seulement un programme, comme dans la constitution de Weimar, mais du droit directement applicable⁵⁶, parce que l'art. 3 LF contient une interdiction absolue de différencier femmes et hommes⁵⁷.

Il faut, dès lors, adapter toutes les règles qui ne sont pas dans la Loi fondamentale, notamment celles du BGB et de la loi sur le mariage, jusqu'au 31 mars 1953, délai fixé par l'art. 117 LF.

La 38^{ème} assemblée plénière des juristes allemands, en 1950, élabore beaucoup de solutions progressistes, mais le législateur reste passif.⁵⁸ Après le 31 mars 1953, il revient aux juges de créer le droit. La plupart des juges décide, conformément à l'art. 3, al. 2 LF, en faveur des femmes. Une décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 18 décembre 1953 confirme ce développement jurisprudentiel⁵⁹. Quatre ans plus tard, le législateur prend acte de la jurisprudence.

6. La loi sur l'égalité de 1957 (*Gleichberechtigungsgesetz*)

La loi sur l'égalité du 18 juin 1957 a pour but d'instituer l'égalité des droits civils de l'homme et de la femme. On essaye toutefois de sauver la structure patriarcale de la famille⁶⁰. Selon la loi sur l'égalité, les époux décident ensemble de toute affaire concernant la vie commune conjugale. Au mari reste le droit de décider de l'éducation des enfants et du droit de représenter l'enfant (art. 1628 al. 1 BGB et art. 1629 al. 1 BGB). La Cour constitutionnelle fédérale déclare dans une décision du 29 juillet 1959 que lesdits articles violent la constitution : l'autorité parentale doit revenir à la femme aussi bien qu'à l'homme⁶¹.

La loi sur l'égalité modifie l'art. 1355 BGB, qui règle le nom de la famille. Même après cette réforme, le nom du mari devient automatiquement nom de famille, mais la femme mariée peut, par l'effet d'une déclaration faite devant l'officier de l'état civil, faire suivre le nom de jeune fille. La Cour constitutionnelle fédérale déclare cet article non conforme à la constitution par un arrêt du 31 mai 1978⁶².

Nach der herrschenden Meinung zur Zeit der Ausarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes wird das internationale Privatrecht von Art. 3 II GG nicht betroffen. In der Entscheidung vom 6. Mai 1971 präzisiert das Bundesverfassungsgericht jedoch, daß die Grundrechte des Art. 3 GG auch im Bereich des IPR gelten⁶³. Bis dahin erlangte der ausländische Ehegatte einer deutschen Frau nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. Anders die ausländische Frau, die automatisch die Staatsangehörigkeit ihres deutschen Ehegatten erlangte (Art. 6 Staatsangehörigkeitsgesetz a. F.).

7. Erstes Eheformgesetz von 1976

Dieses Gesetz führt zu einer tiefgreifenden Reform des Ehe- und Scheidungsrechts.⁶⁴ Das Gesetz zur Änderung des Namensrechts tritt am 1. Juli 1977 in Kraft. Diesem Gesetz zufolge können die künftigen Ehegatten als Familiennamen sowohl den des Mannes als auch den der Frau wählen. Wenn sie sich nicht einigen können, soll der Name des Mannes Familienname werden. Diese Abweichung vom Gleichberechtigungsprinzip übersteht daher die Reform.⁶⁵ Erst ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 1991 erklärt diese Regelung in § 1355 II 2 BGB für verfassungswidrig. Was die Scheidung anbelangt, ersetzt nun das "Zerrüttungsprinzip" die Verschuldenstatbestände. Die Scheidung kann ausgesprochen werden, wenn das Scheitern der Ehe festgestellt wurde, ohne daß nach Verschulden gesucht zu werden braucht.⁶⁶ Das 1. EheRG ersetzt die Worte "Frau" und "Mann" durch die relativ neutrale Bezeichnung "Ehegatte" und übernimmt somit die Wortwahl des Art. 3 II GG.⁶⁷ Ziel der Reform ist es, die sogenannte "Hausfrauenehe" zu beseitigen. Die bisherigen Gesetzgeber gingen zwanghaft davon aus, die Frau habe den Haushalt zu führen, während immer der Mann das Geld verdient.

Die Verpflichtung, alle Angelegenheiten des ehelichen Lebens einvernehmlich zu regeln, betrifft nun auch den Ehenamen (§ 1355 II BGB), die Haushaltsführung (§ 1356 I BGB), die Erziehung der Kinder, größere Ausgaben, die eheliche Wohnung und die Freizeitgestaltung. Desweiteren wird auch eine Verpflichtung, sich gegenseitig zu helfen (zum Beispiel bei der Steuererklärung), eingeführt.

Gemäß § 1356 II BGB haben beide Ehegatten das Recht einen Beruf auszuüben. Was die Wahl dieses Berufes anbelangt, müssen die Ehegatten gegenseitig aufeinander Rücksicht nehmen. Der § 1357 BGB verleiht jedem einzelnen Ehegatten das Recht, den anderen bei Besorgungen für den Lebensbedarf der Familie zu vertreten, solange sich diese im Rahmen des unter den Ehegatten üblichen halten.

Die neuen §§ 1360 und 1361 BGB ändern die Rechtslage im Hinblick auf den Unterhalt der Familie. Nach der neuen Regelung stellt die Haushalts-

Pendant l'élaboration de la loi sur l'égalité, l'opinion dominante estimait que le droit international privé n'était pas concerné par l'art. 3 al. 2 LF. Par une décision du 6 mai 1971, la Cour constitutionnelle fédérale précise que le DIP est lui aussi touché par les droits fondamentaux de l'art. 3 LF⁶³. Avant, l'époux étranger d'une Allemande n'acquerrait pas la nationalité allemande, à la différence d'une étrangère, qui acquerrait automatiquement la nationalité de son conjoint allemand (art. 6 de la loi sur la nationalité).

7. La première loi portant réforme du droit matrimonial et de la famille de 1976

La "première loi portant réforme du droit matrimonial et de la famille"⁶⁴ réforme en profondeur la matière du mariage et surtout du divorce. La réforme du droit concernant le nom de famille est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977. Selon cette loi, les futurs époux peuvent choisir comme nom de famille le nom de la femme ou celui du mari. S'ils ne peuvent pas s'entendre, le nom de famille sera le nom du mari. La réforme laisse donc subsister cette inégalité.⁶⁵ Ce n'est que dans une décision rendue le 5 mars 1991 que la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré cette règle prévue à l'art. 1355 al. 2, 2^o BGB, inconstitutionnelle. En ce qui concerne le divorce, on introduit le "*Zerrüttungsprinzip*" pour remplacer la faute. On peut dissoudre un mariage après la constatation d'échec de ce mariage, sans chercher une faute.⁶⁶ La première loi portant réforme du droit matrimonial et de la famille remplace les mots "mari" et "femme" par la formule neutre "*Ehegatte*", et adapte ainsi la terminologie à l'art. 3 al. 2 LF⁶⁷. Le but de la réforme est d'éliminer l'idée de la "*Hausfrauenehe*" : pour les législateurs antérieurs en effet, la femme tenait toujours le ménage et l'homme rapportait un salaire.

L'obligation de régler toutes les affaires concernant la vie commune conjugale en bonne entente s'étend maintenant au nom de famille (art. 1355 al. 2 BGB), à la gestion du ménage (art. 1356 al.1 BGB), à l'éducation des enfants, aux achats importants, à la résidence de la famille et à l'organisation des heures de loisir. De plus, on introduit l'obligation de s'aider mutuellement, par exemple pour faire la déclaration d'impôts.

Selon l'art. 1356 al. 2 BGB les époux ont le droit d'exercer une profession salariée. En ce qui concerne le choix et l'exercice de cette profession, les époux se doivent mutuellement considération. L'art. 1357 BGB donne à chaque époux le droit de représenter l'autre en ce qui concerne les dépenses d'entretien de la famille, l'achat devant cependant être en relation avec les moyens et l'état des époux.

Les articles 1360, 1361 BGB portent réforme du droit concernant l'entretien de la famille. La nouvelle réglementation n'établit plus de différe

führung durch einen Ehegatten eine der Berufsausübung gleichwertige Beitragsleistung zum Familienunterhalt dar.⁶⁸

IV. Schlußfolgerung

Wie man feststellen kann, hat sich seit den Zeiten von Adam und Eva wesentliches geändert.

Man versucht nicht mehr, wie noch im *Code Napoléon*, die Frau zum Gehorsam gegenüber ihrem Mann zu verpflichten.

Das BGB von 1900 kannte keine solche ausdrückliche Verpflichtung, jedoch wurde der traditionellen Vorstellung von der Ehe entsprechend von der Frau erwartet, daß sie den Entscheidungen des Mannes Folge leistet und den gemeinsamen Haushalt führt, während der Mann berufstätig ist.

Erst in unserem Jahrhundert wurden die Regelungen dieser Arbeitsteilung abgeschafft, die seit Jahrtausenden das Leben von Frauen und Männern prägte. Um bei dem biblischen Bild vom Paradies zu bleiben: sind wir auf dem Weg dorthin zurück? Noch immer gilt, was dem Manne als Strafe für den Sündenfall zugesprochen wurde: "*in laboribus comedes ex ea cunctis diebus vitae tuae. [...] In sudore vultus tui vesceris pane*", jedoch verliessen heute auch Frauen ihren Lebensunterhalt und können so ihren Ehemännern das Leben erleichtern. Die Worte "*in dolore paries filios [et filias⁶⁹]*" gelten nicht mehr für alle Frauen. Zum Glück wurden Mittel gefunden und legalisiert, mit denen unfreiwillige Schwangerschaften vermieden werden können. Die Gleichheit der Ehegatten wird im Fall einer Schwangerschaft im Prinzip sofort mit der Geburt des Kindes wieder hergestellt. Wahrlich paradiesisch wäre es, wenn dies auch in der Realität so aussähe. Leider haben aber viele Frauen in Deutschland und in Frankreich immer noch große Probleme, wenn sie nicht nur Kinder, sondern auch berufliche Ambitionen haben. Hier liegt der wunde Punkt. Es sollten mehr Männer ihre pädagogischen Fähigkeiten und Geschmack am Familienleben entdecken. Man kann sich ja gar nicht vorstellen, wie viele verborgene Begabungen in Frauen und Männern schlummern, die aber wegen der traditionellen Rollenverteilung verborgen bleiben. Man muß außerdem auch die Familien unterstützen, die sich noch Kinder wünschen, indem man zum Beispiel mehr Kindergartenplätze schafft.

Abschließend läßt sich sagen, daß es noch diverser Anstrengungen bedarf, um wieder paradiesische Zustände zu erreichen, der Erfolg bei den Reformen des BGB und des *Code civil* läßt jedoch hoffen.

entre les conjoints en ce qui concerne l'entretien financier de la famille et le fait de tenir le ménage.⁶⁸

IV. Conclusion

On peut constater qu'il y a eu, depuis Adam et Eve, de substantiels changements.

L'obligation d'obéissance ("*sub viri potestate eris, et ipse dominabitur tui*"), encore inscrite dans le Code Napoléon, a complètement disparu.

Le BGB de 1900 ne connaissait pas cette obligation explicite, mais on attendait de la femme, suivant l'idée traditionnelle de la famille, qu'elle donne suite aux décisions du mari et tienne le ménage commun pendant que le mari contribuait aux charges du mariage.

Ce n'est qu'avec notre siècle qu'il a été mis fin à une réglementation qui caractérisait la vie des hommes et femmes après leur expulsion du Paradis. Est-on est en train d'y retourner ? La sentence pour l'homme "*in laboribus comedes ex ea cunctis diebus vitae tuae [...] In sudore vultus tui vesceris pane.*" est encore valable, mais aujourd'hui les femmes aussi gagnent leur vie et peuvent ainsi faciliter la vie de leur mari. La prédiction "*in dolore paries filios [et filias]*"⁶⁹ n'est plus valable pour toutes les femmes. On a heureusement trouvé et légalisé les moyens d'éviter des grossesses involontaires. En principe, en cas de grossesse, l'égalité des époux se trouve rétablie dès la naissance de l'enfant. Ce serait vraiment paradisiaque qu'il en soit ainsi. Malheureusement, beaucoup de femmes, en France et en Allemagne, ont encore de grands problèmes, si elles ont non seulement des enfants, mais aussi des ambitions professionnelles. Voilà le point faible. Il est nécessaire que davantage d'hommes découvrent leurs capacités pédagogiques et leur goût de la vie de famille. On ne peut imaginer combien de grands talents sommeillent chez des femmes et des hommes fixés dans leur rôle classique. De plus, il faut soutenir les familles qui veulent encore avoir des enfants, par exemple en créant plus de capacités d'accueil dans les jardins d'enfants.

On peut conclure que, pour rentrer dans le paradis, certains efforts devront encore être faits, mais le succès des réformes du Code civil et du BGB autorise un certain optimisme.

1. Rousseau.

2. Damen-Conversations-Lexikon, p. 168.

3. Common law.

4. Theewen, p. 130-132.

5. *ibid.*, p. 251 s.

6. Morizot-Thibaut, De l'autorité maritale, p. 79.

7. v. Marianne Weber, p. 320.

8. Marc Dessertaux, p. 4.

9. F. de Feydeau de Saint-Christophe, p. 46.

10. v. aussi Camille Durand, p. 32. 33.

11. v. aussi Camille Durand, p. 15.

12. Louis Guillot, p. 101.

13. Albert Aftalion, p. 52.
14. Louis Guillot, p. 89, 101, 111, 121, etc.
15. Louis Guillot, p. 100.
16. Louis Guillot, p. 123.
17. Dominique T.C. Wang, p. 30.
18. F. de Feydeau de Saint-Christophe, p. 106, 107.
19. *ibid.*, p. 100, 101.
20. *ibid.*, p. 102.
21. Louis Guillot, p. 123.
22. Dominique T.C. Wang, p. 30, 31.
23. *ibid.*, p. 34, 35.
24. *ibid.*, p. 35.
25. *ibid.*, p. 35, 36.
26. Catherine Roux, p. 17.
27. *ibid.*, p. 17.
28. *ibid.*, p. 17.
29. *ibid.*, p. 18.
30. Europa-Glossar, volume 19, p. 55 s.
31. Dominique T. C. Wang, p. 64, 65.
32. v. Dominique T. C. Wang, p. 66 ; Ney Bensadon, p. 111.
33. Rapport au ministre des Droits de la femme (1982), p. 94.
34. Raymond Lindon/Philippe Bertin, p. 10.
35. *ibid.*, p. 21, 22.
36. Françoise Furlkel, p. 1173.
37. *ibid.*, p. 1173, 1174.
38. Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller, p. 728.
39. v. Erna Scheffler, p. 9.
40. Fanon, p. 94 s.
41. v. Louis Guillot, p. 82 ; RGZ, 288.
42. traduction Gruber, cité par de Camille Durand.
43. RGZ 64, 323.
44. J. Boutard, p. 67, cité de T. C. Wang, p. 24.
45. traduction Gruber, cite par Camille Durand.
46. Camille Durand, p. 146.
47. *ibid.*
48. Thilo Ramm, p. 80.
49. v. Erna Scheffler, p. 15.
50. *ibid.*, p. 16.
51. v. Glossaire européen de terminologie juridique et administrative, Fascicule 19, p. 59.
52. Erna Scheffler, p. 16.
53. *ibid.*, p. 17.
54. v. Thilo Ramm, p. 86 s.
55. traduction de Ney Bensadon, p. 61.
56. v. Erna Scheffler, p. 17 s.
57. v. Joachim Gernhuber, p. 56.
58. *ibid.*
59. VerfGE 3, 225 s.
60. Peter Macke, p. 110-112.
61. BVerfGE 10, 59 s.
62. BVerfGE 48, 327 s.
63. BVerfGE 31 58 s. ; v. Thilo Ramm, p. 93.
64. Ney Bensadon, p. 62.
65. Uwe Diederichsen, NJW 1976, 1170.
66. *ibid.*, NJW 1977, 273-279.
67. Thilo Ramm, p. 95.
68. *ibid.*, NJW 1977, 217-223.
69. note de l'auteur.

BIBLIOGRAPHIE

- Achilles, A./ André E./
Meyer O./ Unzner K. von/
Greiff M. (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch
nebst Einführungsgesetz, Kommentar,
Berlin und Leipzig, 12. Aufl. 1927
- Aftalion, Albert: La femme mariée, ses droits et ses
intérêts pécuniaires, Paris 1899
- Bensadon, Ney: Les droits de la femme des origines à nos
jours,
Paris, 3^e mise à jour, 1990
- Boutard, J.: Les pouvoirs de la femme mariée,
Thèse, Caen 1947
- Commission de l'Institut
international de terminologie
juridique et administrative
sous les auspices du
Conseil de l'Europe: Glossaire européen de
terminologie juridique et administrative,
fascicule 19,
Le droit du mariage allemand et français,
Berlin/Paris
- Desserteaux, Marc: L'évolution de la condition
juridique de la femme mariée,
Dijon 1939
- Diederichsen, Uwe: Der Ehe- und Familienname nach dem
1. EheRG NJW 1976, 1169

Die allgemeinen Ehwirkungen nach
dem 1. EheRG NJW 1977, 217-223

Das Recht der Ehescheidung nach dem
1. EheRG (Scheidungsgründe)
NJW 1977, 273-279
- Durand, Camille: La situation personnelle de la femme en
face de l'autorité maritale,
Dijon 1903

- Ferid, Murad/
Sonnenberger, Hans Jürgen: Das französische Zivilrecht; Band 2, 1971;
Band 3, Heidelberg, 2. Aufl. 1987
- Feydeau de Saint-Christophe,
F. de: L'émancipation de la femme mariée, Paris
1909
- Furkel, Françoise: La faute dans le divorce en droit français
et allemand, RICD 1982, 1153
- Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts,
München 1980
- Hauser, Jean/
Huet-Weiller, Danièle: Traité de Droit Civil
La famille. Fondation et vie de la
famille, Paris 1989
- Henrich, Dieter: Familienrecht 4., Auflage 1991
- Herloßsohn, Carl (Hrsg.): Damen-Conversations-Lexikon, Berlin
1834-36 und 1987
- Lindon, Raymond/
Bertin, Philippe: Divorce 76, Paris 1976
- Morizot-Thibaut: De l'autorité maritale, Paris 1899
- Ramm, Thilo: Familienrecht, Band 1, Recht der Ehe,
1984
- Rapport présenté à Madame
le ministre des Droits des
femmes, par la commission
non gouvernementale d'étude: Les femmes en France dans
une société des inégalités, Paris 1982
- Riou, Catherine: L'égalité des époux en droit allemand,
Paris 1965
- Scheffler, Erna: Die Stellung der Frau in Familie und
Gesellschaft im Wandel der Rechtsord-
nung seit 1918, Berlin 1970
- Tanon, M. (Hrsg.): Code Civil Allemand, Paris 1908
- Theewen, Eckhard Maria: Napoléons Anteil am Code civil,
Berlin 1991

Weber, Marianne:

Ehefrau und Mutter in der
Rechtsentwicklung, Tübingen 1907, Aalen
1971

With, Hans de/
Macke, Peter (Hrsg.):

Deutsche Rechtspolitik,
Karlsruhe/Heidelberg 1976

**L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ
EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE**

par Meike Wolf, Saarbrücken

Cette étude a été réalisée sous la direction du Professeur Thierry Renoux à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille III (année universitaire 1993/1994), dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse.

SOMMAIRE

Introduction	181
Partie I : LE DÉVELOPPEMENT DES PRINCIPES DE NATIONALITÉ ET LES DÉFINITIONS DE LA NATIONALITÉ EN DROIT NATIONAL ET EN DROIT INTERNATIONAL	183
Chapitre I : Le développement historique	183
Section 1 : Deux conceptions différentes de la nationalité	183
Section 2 : Les réglementations du droit de la nationalité	185
Chapitre II : Les deux aspects de la notion de nationalité	187
Section 1 : Le droit de la nationalité sous l'angle du droit interne	187
Section 2 : Le droit de la nationalité sous l'angle du droit international public	189
Partie II : LA MISE EN OEUVRE DES CONCEPTIONS DE LA NATIONALITÉ EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	192
Chapitre I : La réglementation en droit français	192
Section 1 : Le cadre historique	192
Section 2 : Un droit changé en 1993	195
A. La réglementation avant la réforme de 1993	195
a) Attribution de la nationalité française d'origine	196
1) en raison de la filiation	196
2) en raison de la naissance en France	197
b) Acquisition de la nationalité française	198
1) de plein droit	199
a) en raison de la filiation	199
b) en raison de la naissance et de la résidence	199
2) en raison du mariage	200
3) acquisition par déclaration	201
4) acquisition par décision de l'autorité publique: naturalisation	201
B. La réforme de 1993 : un changement qui ne remet toutefois pas en cause le caractère libéral du droit de la nationalité française	203
a) La nationalité d'origine : le double <i>jus soli</i>	204
b) La nationalité acquise de plein droit : le <i>jus soli</i>	206
c) Acquisition par le mariage	207
d) Les effets collectifs des acquisitions de nationalité	208
e) La naturalisation	208

Chapitre II : La réglementation en droit allemand	210
Section 1 : Le cadre historique	210
Section 2 : Un droit fortement lié au principe du <i>jus sanguinis</i>	213
1) Attribution de la nationalité d'origine en raison de la filiation (§4 RuStAG)	213
2) La naturalisation	214
Partie III : LES EFFETS DE L'APPLICATION DES DEUX PRINCIPES DE LA NATIONALITÉ	220
Chapitre I : Les effets sur l'immigration	220
Section 1 : L'acquisition de la nationalité - une voie vers l'intégration ?	220
Section 2 : La double nationalité : une solution du problème ?	225
Chapitre II : Les conséquences sur la notion de la nationalité - Perspectives dans le cadre de l'Union européenne	228
Section 1 : Les effets du droit communautaire sur les principes appliqués dans les droits nationaux	228
Section 2 : Les effets des droits nationaux sur le droit communautaire	229
Bibliographie :	232
I. Documents officiels	232
II. Décisions jurisprudentielles	232
III. Articles de doctrine	232
IV. Ouvrages	233
V. Articles de presse	234

Introduction

La notion de nationalité s'est développée à partir du XVI^{ème} siècle, tandis que la nation telle qu'elle est conçue aujourd'hui ne s'est manifestée qu'au XIX^{ème} siècle, quand s'est imposée l'idée de nation et d'Etat nation.

Aujourd'hui, la nationalité est le statut juridique par lequel chaque individu est lié à l'Etat et participe comme élément de la nation aux droits et obligations nationaux. Chaque Etat distingue ce lien avec son national des rapports qu'il a avec les nationaux d'un autre Etat (étrangers) et avec les personnes qui n'appartiennent à aucun Etat (apatrides).

Pour l'acquisition de la nationalité, les Etats appliquent soit le principe de la filiation, c'est-à-dire le *jus sanguinis*, soit le principe de la territorialité, c'est-à-dire le *jus soli*. Ces principes peuvent également être mélangés. Historiquement, ces deux grands principes de la nationalité correspondent à des étapes différentes de la civilisation. Dans les sociétés primitives, où la famille, la tribu, constituent le lien social dominant, a prévalu le *jus sanguinis* : l'étranger est celui qui ne descend pas des mêmes ancêtres. A ce principe encore présent aux débuts des civilisations grecque et romaine, a succédé le *jus soli* qui convient mieux à une société où le rattachement à un territoire prévaut sur la filiation. Le système déterminant pour l'acquisition de la nationalité dépend du droit de la nationalité de chaque Etat. En tout cas, l'Etat est libre de choisir le système qui lui convient. Mais le choix dépend fortement de son expérience historique, démographique et politique. Comme les systèmes adoptés peuvent éventuellement contenir des règles contradictoires dans des cas particuliers, il existe de nombreuses possibilités de conflits et de collision, ainsi surtout que de pluralité de nationalités. C'est pourquoi l'acquisition de la nationalité est également objet du droit international public.

Malgré leur voisinage et les liens de leurs développements historiques, l'Allemagne et la France ont développé chacune une conception très différente de la nationalité. C'est pourquoi il est particulièrement intéressant de comparer la législation de ces deux pays. Depuis l'Ancien Régime, le droit français n'a cessé d'évoluer dans une dialectique entre *jus soli* et *jus sanguinis*. L'Allemagne, en revanche, n'a jamais tenu compte du lieu de naissance pour l'acquisition de sa nationalité, qui est restée toujours étroitement liée au principe de *jus sanguinis*. Les particularités historiques, démographiques, philosophiques et politiques continuent de jouer un rôle important dans les choix actuels de système d'acquisition de la nationalité.

Le débat sur les notions de nationalité et de nation est devenu un thème d'actualité dans l'Europe d'aujourd'hui, en liaison avec la question de l'immigration en Europe. La discussion relève souvent la diversité ethnique et culturelle de l'immigration au cours de ce siècle. Héritage de cette immigration, un grand nombre d'immigrés font aujourd'hui partie des populations nationales. Bien que l'Europe ne soit pas un pays d'immigration classique, comme par exemple les Etats-Unis, elle a néanmoins connu de grandes vagues d'immigration. Aujourd'hui, beaucoup d'immigrés viennent des pays du tiers monde, ce qui crée de plus en plus de problèmes d'assimilation auxquels l'Europe doit répondre. Le droit de la nationalité est étroitement lié à la politique d'immigration et peut être un moyen pour résoudre les problèmes de celle-ci.

Il est également particulièrement intéressant de comparer deux pays faisant partie de la Communauté Européenne, car l'on pourrait penser que l'harmonisation accrue des législations des Etats membres a une influence sur leurs conceptions de la notion de nationalité.

C'est pourquoi nous examinerons dans une première partie le développement des principes applicables en droit de la nationalité :

Partie I : Le développement des principes de nationalité et les définitions de la nationalité en droit national et international.

Puis nous verrons dans une deuxième partie comment les principes ainsi développés ont influencé le droit de la nationalité en France et en Allemagne et quelles différences en découlent dans les régimes actuels :

Partie II : La mise en oeuvre des conceptions de la nationalité en France et en Allemagne.

Enfin nous envisagerons dans une troisième partie les effets des deux principes en matière d'immigration et en matière européenne :

Partie III : Les effets de l'application des deux principes de la nationalité.

Partie I : LE DÉVELOPPEMENT DES PRINCIPES DE NATIONALITÉ ET LES DÉFINITIONS DE LA NATIONALITÉ EN DROIT NATIONAL ET INTERNATIONAL

Nous verrons en premier lieu comment les principes de nationalité se sont historiquement développés :

Chapitre I : Le développement historique

puis, en second lieu, les deux faces de la notion, en droit national et international :

Chapitre II : La notion de nationalité dans les droits nationaux et en droit international.

Chapitre I : Le développement historique

En examinant le développement historique du droit de l'acquisition de la nationalité, nous constaterons qu'il y a deux conceptions différentes de la nationalité (Section 1), avant de voir les réglementations correspondantes (Section 2).

Section 1 : Deux conceptions différentes de la nationalité

La notion de la nationalité s'est peu à peu formée au cours des siècles. On peut noter dès le Moyen Age des manifestations de sentiment national, mais celui-ci apparaît plus comme une réaction contre une menace extérieure que comme une conviction raisonnée et permanente. La notion de la nationalité peut donc être rattachée à la formation des Etats modernes à partir du XVI^{ème} siècle¹.

Pendant l'Ancien Régime, l'idée nationale fut éclipsée par la notion d'Etat. On aboutissait ainsi à une diplomatie fondée sur la théorie des partages équivalents : chaque guerre se traduisait en fin de compte par des partages territoriaux dans lesquels les intérêts des populations étaient totalement négligés. Peu avant le XVIII^{ème} siècle, la conception de la nationalité changeait, surtout grâce à la théorie du contrat social de Rousseau : "Tout homme étant libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte

¹ Rapport du Sénat, p. 8 ; Courbe, p. 4.

que ce puisse être, l'assujétir sans son aveu". L'idée de la souveraineté nationale s'imposait. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 impliquait en fait une déclaration du droit des peuples. Si la souveraineté réside dans la nation et si, d'autre part, la loi est l'expression de la volonté générale, il s'ensuit que seule cette volonté générale est compétente pour créer, aliéner ou transformer la souveraineté. C'est dans ces conditions que l'Assemblée constituante française a proclamé très tôt le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. A la même époque, Kant abondait dans le même sens : "Un Etat n'est pas une propriété. C'est une société d'hommes sur laquelle personne n'a le droit de commander et d'ordonner sinon elle-même".

Mais les révolutionnaires français n'agirent pas toujours en accord avec ces principes en pratiquant la politique des frontières naturelles. La politique de conquête de Napoléon a semblé mettre un point final aux pratiques du début de la Révolution : à nouveau les territoires étaient partagés sans tenir compte de l'avis du peuple. En même temps, la conquête napoléonienne a contribué à intensifier le sentiment national que la Révolution avait fait naître en Europe².

En Allemagne, une toute autre conception du principe des nationalités s'est développée. A celle de nation fondée sur le libre consentement des hommes, la pensée allemande opposait la conception d'une nation fondée sur l'histoire, la langue commune et, bientôt, la race. Cette réaction romantique entamée en Allemagne à partir du début du XIX^{ème} siècle a approfondi la consistance du fait national³. Dans cette conception, un peuple n'est pas seulement un contrat et un code, mais aussi une histoire. La nationalité constitue donc un être organique dont la manifestation essentielle est la langue commune.

Deux conceptions de la nationalité coexistent alors : d'une part, la théorie philosophique française, d'autre part, la théorie historiciste allemande. Derrière les principes de nationalité transparaissent les nationalismes. Ces deux conceptions ont influencé non seulement les philosophes des deux pays mais également leurs habitants, à travers leurs réglementations du droit de la nationalité.

² Encyclopaedia Universalis.

³ F. Barret-Kriegel, Gazette du Palais, 3 et 4 février 1993, n° 34 et 35, p. 13 (14).

Section 2 : Les réglementations du droit de la nationalité

Le droit de la nationalité interne de chaque Etat est le reflet de la conception qui inspire le législateur. Pour distinguer le national de l'étranger, on fait appel aux deux catégories classiques du *jus soli* et du *jus sanguinis*.

On peut, à cet égard, constater que le droit médiéval était caractérisé par une très grande diversité de définitions de l'étranger : globalement, on peut dire que le droit des seigneuries rurales, le droit de ce que l'on appelait le plat pays, s'opposait au droit municipal, le droit de la ville. Dans les seigneuries rurales, c'est en général le *jus soli* qui domine. Il suffisait d'être né sur le territoire de la seigneurie pour être sujet du seigneur, pour n'être pas étranger à la seigneurie, à condition bien sûr d'y demeurer ensuite. Cette solution était conforme à l'intérêt des seigneuries : avoir le plus de monde possible sur leur territoire. En revanche, dans les communautés urbaines, la solution était différente. En effet, dès le XIII^{ème} siècle, les villes européennes jouissaient de privilèges, c'est-à-dire d'un droit particulier qui les distinguait du droit du plat pays, et ces privilèges intéressants, positifs, étaient considérés par les habitants des villes comme héréditaires. Seuls jouissaient des privilèges ceux qui étaient nés d'un habitant de la ville ; pour être bourgeois de la ville, il fallait être né d'un bourgeois, ce qui veut dire que dans les villes, c'était le principe du *jus sanguinis* qui s'appliquait. Le principe du *jus soli* prend donc en considération le critère du lieu de naissance, pendant que le principe du *jus sanguinis* retient celui du lien de sang.

Ce n'est que dans les Etats constitutionnels créés au cours des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles que furent codifiées les dispositions relatives à la nationalité. La filiation joua alors un rôle important, du fait de l'augmentation du commerce et des mouvements de population qui tendit à faire disparaître le critère de résidence, devenu moins efficace.

Etant donnée l'importance essentielle de la composition de la population, les Constitutions et les lois des Etats constitutionnels de l'époque développèrent des règles sur l'acquisition et la perte de la nationalité. Derrière les deux principes de *jus sanguinis* et *jus soli*, on retrouve nos deux conceptions contemporaines de la nationalité. Le *jus soli* traduit une conception plutôt "élective" de la philosophie politique, tandis que le *jus sanguinis* révèle une conception plutôt "ethnique"⁴.

Dans la conception ethnique, la nation préexiste aux individus qui en sont le produit. Le national ne peut être tel que par héritage, par l'effet de sa généalogie. Le droit de la nationalité doit en tenir compte et, pour préserver l'identité culturelle de la nation, retenir comme critère premier et quasi-

⁴ Lagarde, p. 2.

exclusif d'attribution de la nationalité, la filiation à l'égard d'un national. Cette "nation" cherche ainsi à perpétuer le plus longtemps possible, par la constitution de ce noyau initial de nationaux duquel descendront les générations futures de nationaux, son emprise sur l'Etat qui l'incarne désormais⁵. Le *jus sanguinis* est le système qui transmet cette conception dans le droit de la nationalité. Son fondement réside dans l'hérédité, mais surtout dans l'éducation donnée par les parents : l'enfant parle leur langue, s'imprègne de leur mode de vie et de pensée, s'intègre dans leur histoire⁶. Ce qui fonde pour l'essentiel le droit du sang, c'est donc l'environnement éducatif, culturel et social que suppose le lien de famille, et non pas le seul acte de procréation⁷.

Le *jus sanguinis* est le critère qui prévaut dans les pays européens. L'Allemagne et la Suisse lui donnent une place primordiale. Certains Etats comme la France et l'Allemagne appliquent ce critère indépendamment du lieu de naissance dans le pays ou à l'étranger. Le principe de *jus sanguinis* peut être mis en oeuvre de différentes façons : en général, l'enfant légitime acquiert la nationalité des parents ; si les parents sont de nationalités différentes, c'est en général celle du père, mais cela peut également être celle de la mère⁸. Dans les pays musulmans, la nationalité par filiation n'est transmise que par le père, tandis qu'en Europe les deux parents peuvent en général transmettre leur nationalité.

Mais ce critère est le plus souvent admis en concurrence avec le *jus soli*, qui traduit la conception "élective" de la nation. Dans cette conception, la nation n'existe que par le consentement de ceux qui la composent. Elle constitue en quelque sorte une communauté ouverte, prête à accueillir tous ceux qui manifestent la volonté d'y entrer, dès lors qu'ils présentent quelques liens objectifs avec elle. La traduction juridique de cette conception consiste à subordonner l'acquisition, voire l'attribution de la nationalité à un acte de volonté de la personne qui présente avec le pays un minimum de liens objectifs, tels que notamment la naissance et la résidence dans le pays⁹. Le *jus soli* s'appuie donc sur les liens qui unissent nécessairement la personne née dans un pays avec celui-ci. Ainsi, la naissance sans résidence n'a guère de signification au regard de la nationalité. Le droit du sol s'entend plutôt comme l'adjonction à la naissance d'un élément de résidence et de durée de

⁵ Lagarde, p. 4.

⁶ Courbe, p. 13.

⁷ Schrumbeck, AIDA, p. 755 (757).

⁸ St. Ang. R. KO, n° 28.

⁹ Lagarde, p. 5.

cette résidence. C'est ainsi que l'individu né dans un pays en prendra les mœurs, les habitudes de vie, la façon de penser et deviendra semblable aux autres nationaux¹⁰.

Le *jus soli* est appliqué surtout par les Etats d'immigration. C'est le cas en particulier, des Etats-Unis et des pays d'Amérique latine. Mais le critère du lieu de naissance est appliqué aussi par les Etats attachés par ailleurs au *jus sanguinis*, à l'exception de l'Allemagne et de la Suisse. C'est le cas en France et au Royaume-Uni. Le plus souvent, le *jus soli* permet, à l'âge de la majorité et à condition d'y résider à cette date depuis plusieurs années, l'acquisition de la nationalité du pays de naissance, soit automatiquement comme en Italie et en France jusqu'en 1993, soit à la suite d'une déclaration expresse comme en Autriche, Belgique et en Irlande. Le double *jus soli*, c'est-à-dire l'acquisition de la nationalité du lieu de naissance à la deuxième génération née sur le territoire, n'est connu qu'en Espagne et en France.

On n'aura garde d'oublier que d'autres facteurs interviennent également en second plan. A côté des deux grands modes originaires d'acquisition d'une nationalité, existent divers autres modes et notamment, à des degrés divers, le mariage et la naturalisation.

Les dispositions du droit de la nationalité dépendent fortement de la conception qui est suivie par le pays. On verra ultérieurement (Partie II) que ces conceptions provoquent de multiples différences entre le droit allemand et le droit français. Mais auparavant, il faut préciser la définition de la notion de la nationalité.

Chapitre II : Les deux aspects de la notion de nationalité

Par le rattachement d'individus à un Etat, la nationalité ne touche pas seulement à la relation interne entre l'Etat et ses nationaux, mais également aux relations entre les Etats et donc au droit international public. Le principe de la nationalité doit donc, par conséquent, être envisagé sous les deux angles du droit national (Section 1) et du droit international public (Section 2).

Section 1 : Le droit de la nationalité sous l'angle du droit interne

Bien que des conceptions différentes influencent le droit de la nationalité en France et en Allemagne, les deux pays utilisent cependant la même définition de la nationalité :

¹⁰ Courbe, p. 13.

la nationalité est le lien juridique qui rattache une personne à un Etat déterminé¹¹.

Ce lien a un double objet. D'abord, il permet à l'Etat de définir et de maîtriser la composition de sa population et l'étendue de sa composition personnelle, mais il lui permet aussi de reconnaître à chaque individu une certaine liberté de choix, en évitant ainsi de porter des atteintes irréversibles à ses droits fondamentaux. Kant distinguait ainsi le national du citoyen. D'après lui, c'est l'union volontaire qui forme un peuple et qui est le fondement d'un Etat. Cependant, le droit à la participation active au pouvoir étatique ne résulte que de la citoyenneté. Seule la capacité de voter qualifie le national comme citoyen et celle-ci se base sur l'appartenance juridique à un Etat, donc sur la nationalité, ce que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen appelle "l'association politique"¹². Il y a donc une différence entre la nationalité et la citoyenneté. La notion de nationalité renvoie à un lien juridique alors que la citoyenneté se rattache au domaine politique. Cependant, l'accroissement de l'intervention des Etats, les mouvements et l'augmentation de la population, pour cause de recherche de travail, de demande d'asile ou d'autres raisons, ont compliqué cette distinction. Par conséquent, la relation entre population et Etat devient plus complexe. C'est pourquoi on lie aujourd'hui directement les droits et les obligations d'un citoyen à la nationalité¹³.

Les principaux droits découlant de la nationalité sont le droit à la protection diplomatique, aux droits fondamentaux, à la participation politique, le droit d'accéder à certains emplois et de s'établir sur le territoire national, ainsi que le droit de profiter de certains avantages sociaux¹⁴. Les obligations sont la loyauté à la Constitution et aux lois et l'accomplissement de certaines obligations, comme le devoir de payer des impôts, de satisfaire au service militaire, etc.¹⁵. Le statut a d'abord un contenu politique. Seuls les nationaux ont plein accès aux droits politiques et aux fonctions publiques. Ils bénéficient pleinement des libertés publiques, qu'il s'agisse de la liberté d'entrer, séjourner et circuler sur le territoire national, de la liberté d'exercer la profession de leur choix ou de la liberté de la presse. Par opposition aux nationaux, les étrangers, exempts en principe d'obligations militaires, ne jouissent pas des droits politiques, ne peuvent accéder à la fonction publique,

¹¹ Jurisclasseur Droit international, Fasc. 502 A-BI ; Grawert, p. 179 (183).

¹² Grawert, p. 179 (179).

¹³ Brockhaus-Lexikon ; Lagarde, p. 1.

¹⁴ rapport de l'Assemblée Nationale, p. 29.

¹⁵ Brockhaus-Lexikon.

peuvent être extradés ou expulsés, sont astreints à une réglementation de police pour pénétrer, séjourner ou travailler sur le territoire national. Les nationaux ont également seuls la plénitude des droits privés et professionnels¹⁶.

Les intérêts attachés à la notion de nationalité suffisent à montrer que le droit de la nationalité est un droit d'exclusion, puisqu'il répartit les personnes physiques en deux catégories : les nationaux et les étrangers, dont les droits et les obligations sont inégaux. Cette répartition se fera sur des bases différentes selon la conception suivie par le législateur. On retrouve ici encore l'importance de la conception adoptée. Mais la nationalité ne concerne pas seulement le droit interne, elle concerne également le droit international.

Section 2 : Le droit de la nationalité sous l'angle du droit international public

La population est un des éléments essentiels d'un Etat. Un Etat est avant tout une collectivité humaine. Il ne peut pas exister sans population. En rattachant des personnes à un Etat, le droit de la nationalité est important dans les relations internationales et il existe des normes concernant la nationalité sur le plan international. Pourtant, le droit international se limite à régler ou à prévenir les conflits de nationalité.

Le principe qui prévaut est celui de la compétence exclusive de l'Etat. Seul l'Etat a compétence pour attribuer sa nationalité et chaque Etat a un tel pouvoir¹⁷. Toutefois, ce principe n'est pas absolu et connaît des limites. Si les autres sujets du droit ne peuvent contester les critères d'attribution de chaque nationalité, ils ne sont pas obligés d'en accepter les conséquences individuelles. Les décisions prises par un Etat à l'égard d'un individu ne sont opposables aux autres Etats que si ces critères ne paraissent pas arbitraires, s'ils justifient l'étendue des droits déduits de la compétence personnelle. La nationalité doit traduire un fait social de rattachement réel¹⁸.

L'art. 1^{er} de la Convention de la Haye du 7 février 1923 concernant certaines questions relatives aux conflits des lois sur la nationalité (qui, d'ailleurs, n'a été ratifiée ni par la France, ni par l'Allemagne) fixe le principe selon lequel

¹⁶ Lagarde, p. 2.

¹⁷ C'PJI avis n° 4 sur les décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, série B, n° 4, p. 24. C'PJI avis n° 7 sur l'interprétation du Traité des minorités du 28 juin 1919 entre la Pologne et les Puissances alliées, série B, n° 7, p. 16. Convention de la Haye du 7 février 1923.

¹⁸ Stern, DVBH. 1982, p. 169 (169).

les législateurs nationaux doivent respecter les prescriptions du droit international. Ceci n'est pas contraire au principe de la compétence exclusive de l'Etat, puisque ce n'est toujours pas l'exercice de cette compétence normative qui peut être contesté, sauf exception conventionnelle, mais l'opposabilité des mesures d'application qui peut être récusée si ces mesures ont des conséquences dans les relations internationales. Dans l'affaire Nottebohm¹⁹, la Cour Internationale de Justice a tranché en faveur de la nationalité "effective" ou "la plus effective". "La nationalité, dit la Cour, est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée est, en fait, plus étroitement attaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat. Un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé au but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat"²⁰.

Le sens de l'arrêt Nottebohm est que la nationalité conférée par un Etat ne peut être opposée dans l'ordre international aux autres Etats si elle n'est pas effective. Cette règle trouve principalement à s'appliquer en matière de protection diplomatique. Sous cette réserve, chaque Etat est libre de définir les critères de l'octroi ou de la naturalisation. Pour l'acquisition originaire de la nationalité, par la naissance, ce sont surtout la filiation d'un national (*jus sanguinis*) et la naissance sur le territoire de l'Etat (*jus soli*) qui sont reconnues comme rattachement effectif²¹.

L'Etat est libre d'utiliser ces deux critères, séparément ou en les combinant. Le droit international ne limite pas les Etats à ces critères ou à leur combinaison. Mais en pratique, les Etats utilisent ces deux critères reconnus. Seul le Vatican fait une exception en attribuant la nationalité à raison de la résidence et de l'exercice d'une fonction. Le choix réalisé par l'Etat dépend directement des particularités démographiques, politiques et historiques.

Malgré cette liberté relative des Etats, le droit international est sensible au fait que la nationalité est pour les individus une condition d'accès à un certain statut juridique et recommande en conséquence que, sur ce sujet, certaines garanties leur soient données.

¹⁹ C.I.J 6 avril 1955, affaire Nottebohm, Recueil 1955, p. 4.

²⁰ C.I.J 6 avril 1955, affaire Nottebohm, Recueil 1955, p. 23.

²¹ rapport du Sénat, p. 9.

C'est ainsi que l'art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 donne à tout individu le droit à une nationalité et garantit que nul ne peut être arbitrairement privé de la nationalité, ni du droit de changer de nationalité²². Le droit international favorise l'appartenance à un Etat et lutte contre l'apatridie et le principe d'allégeance perpétuelle, mais il faut avouer que cette disposition n'a pas de valeur positive, et qu'elle ne constitue, comme les autres articles de la Déclaration, qu'un idéal vers lequel doivent tendre les diverses législations étatiques, mais sans avoir aucune valeur contraignante à l'égard des Etats.

On doit pourtant remarquer que le droit de la nationalité a aujourd'hui profondément changé grâce au développement du droit international après la Seconde Guerre mondiale. L'individu ne dépend plus entièrement de l'Etat national qui lui attribuait sa nationalité et des droits fondamentaux. L'individu est devenu l'objet de garanties fondamentales qui sont indépendantes de la nationalité, même si ces garanties restent, comme on l'a souvent souligné, dépourvues de force juridique contraignante²³.

²² Grawert, p. 179 (188) ; Lagarde, p. 11.

²³ Ritschig, NJW 1990, p. 1401 (1402).

Partie II : LA MISE EN OEUVRE DES CONCEPTIONS DE LA NATIONALITÉ EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

Ayant montré que les choix des Etats dépendent directement de la conception qu'ils adoptent, il reste maintenant à voir quel système l'Allemagne et la France ont adopté.

Nous examinerons en premier lieu le système adopté par la France :

Chapitre I : La réglementation en droit français

avant de comparer avec celui-ci le système adopté par l'Allemagne :

Chapitre II : La réglementation en droit allemand.

Chapitre I : La réglementation en droit français

Le choix réalisé par un Etat étant fortement influencé par des particularités démographiques politiques et surtout historiques, nous allons d'abord rappeler le cadre historique (Section 1) avant d'examiner le système actuel (Section 2).

Section 1 : Le cadre historique

Dans l'ancienne France, la nationalité est inséparable de la naissance sur le sol du Royaume. La seule naissance dans le Royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure. Mais, déjà à partir du XVI^{ème} siècle, l'idée se fait jour que la qualité de Français est un élément de l'état des personnes qui se transmet par filiation. C'est le *jus sanguinis*. La raison tient au nombre croissant de Français qui s'expatrient en cette période de renaissance des arts, de grandes découvertes et de guerres de religion. Ainsi sont par exemple maintenus sous allégeance française les descendants des protestants émigrés²⁴. C'est donc la règle du *jus soli* qui domine avant la Révolution, complété par un recours subsidiaire au *jus sanguinis* (dans le cas où une personne est née en pays étranger, elle ne devait pas y avoir domicile, ni avoir perdu l'esprit de retour). Par la suite, les Constitutions révolutionnaires (1791, 1793, 1799) restent elles-mêmes fortement imprégnées du *jus soli*²⁵.

²⁴ Courbe, p. 22.

²⁵ Eugard, p. 10.

La rupture profonde vint avec le Code Napoléon qui ne retient plus que la filiation comme critère d'attribution quasi-exclusif de la nationalité française et se bornait à autoriser l'individu né en France de parents étrangers à réclamer la qualité de Français dans l'année qui suit sa majorité, à la condition de fixer son domicile en France. Cette rupture trouve sa source dans l'exaltation du sentiment national suscité par la Révolution, la guerre avec les puissances étrangères et, en 1792, la proclamation de la Patrie en danger. Cet "amour sacré de la patrie" cimenter la nation, en même temps qu'il attise la méfiance à l'égard de l'étranger²⁶. Il est vrai aussi que la situation démographique de la France s'accommode de cette primauté du *jus sanguinis* : la population française est, en ce début du XIX^{ème} siècle, la plus forte d'Europe, et le pays n'est pas encore une terre d'immigration²⁷. Il faut également tenir compte du profond changement du statut des citoyens pendant la Révolution. Alors que le concept de citoyen n'avait auparavant qu'un contenu de droit privé, le Français jouit désormais de la plénitude des droits civils. C'est avec la Révolution que le terme "citoyen" acquiert une signification politique. L'état des citoyens français diffère de la condition des étrangers parce que ces derniers sont privés de la jouissance de ces droits. On peut dire que le but de la nouvelle réglementation dans le Code Civil a aussi pour objet de limiter le nombre de personnes appelées à jouir des droits civils²⁸.

Au XIX^{ème} siècle, la baisse constante de la natalité justifie l'appel à la main d'oeuvre étrangère que l'on souhaite assimiler. La prise de conscience des effets de la dénatalité, l'accroissement de l'immigration, les contraintes de recrutement pour des raisons économiques font perdre au *jus sanguinis* sa prépondérance²⁹. C'est précisément à cause de l'évolution des données démographiques que le *jus soli* réapparaît. La France devient un pays d'immigration, tandis que les autres nations européennes assistent à l'émigration de leurs ressortissants³⁰. La loi des 22, 29 janvier et 7 février 1851 déclare Français, sauf faculté de répudiation, l'individu né en France d'un étranger qui y est lui-même né (principe du double *jus soli*). Ce principe fut appliqué d'une façon très large, sans distinguer selon que le parent né en France était le père ou la mère. La faculté de répudiation a d'abord été limitée au cas où l'enfant justifiait avoir conservé sa nationalité d'origine (loi de 1874), puis supprimée (loi de 1889) et finalement, à la suite des

²⁶ Courbe, p. 23.

²⁷ Courbe, p. 23.

²⁸ Lagarde, p. 12.

²⁹ Rapport de l'Assemblée Nationale, p. 10.

³⁰ Courbe, p. 23.

protestations diplomatiques de certains Etats étrangers, rétablie partiellement dans le cas où le parent né en France est la mère ou le second parent naturel³¹.

Les pertes humaines de la Première Guerre mondiale et l'immigration qui l'a suivie vont inciter le législateur à étendre à nouveau le champ de la nationalité française. La loi du 10 août 1927, outre qu'elle retire le droit de la nationalité du Code Civil, reconnaît la transmission de la nationalité par filiation maternelle lorsque l'enfant est né en France. En outre, la nationalité française est maintenue à la Française épousant un étranger, l'étrangère épousant un Français étant autorisée à acquérir la nationalité française.

Une restriction importante s'établit par contre dans les années qui ont précédé la Seconde Guerre mondiale et pendant le régime de Vichy. Divers textes limitèrent alors les droits des naturalisés et d'autres étendirent le contrôle du gouvernement à tous les cas d'acquisition de la nationalité française³².

Après la Libération, un travail de codification fut entrepris à l'initiative du Ministre de la Justice pour effectuer une remise en ordre générale et incorporer dans un document législatif des solutions jurisprudentielles ou coutumières, en leur donnant ainsi une base juridique solide. Codifié en 1945, le droit de la nationalité reste fidèle aux deux tendances traditionnelles en matière de nationalité : il augmente les cas d'attribution ou d'acquisition de la nationalité française, notamment pour les enfants des Françaises nés à l'étranger et pour les étrangères épousant un Français³³.

La loi du 9 janvier 1973 introduit encore un changement essentiel : son but essentiel a été de mettre le droit de la nationalité en harmonie avec les grandes réformes du droit civil réalisées au cours des dix années précédentes en affirmant les principes d'égalité des époux et d'égalité des enfants légitimes et naturels.

L'unanimité des partis politiques sur les problèmes de nationalité s'est rompue au milieu des années quatre-vingts, alors pourtant que la situation démographique de la France ne s'était guère modifiée depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1973, du fait de la suspension de l'immigration en 1974. La crise économique et le chômage ont favorisé les thèses selon lesquelles le principe de l'identité nationale serait menacé par une immigration étrangère

³¹ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502A-B1.

³² Jurisclasseur droit international, Fasc. 502A-B1.

³³ Rapport de l'Assemblée Nationale, p. 11.

incontrôlée et par un droit de la nationalité absorbant trop facilement cette population étrangère.

Pendant la campagne électorale qui précéda les élections législatives de mars 1986, le Front National, parti d'extrême droite, a fait de la réforme du Code de la nationalité l'une de ses priorités. En novembre 86, quelques mois après la victoire électorale des partis de la droite modérée, le gouvernement du nouveau Premier Ministre Jacques Chirac déposa un projet de loi qui maintenait l'attribution de la nationalité française aux enfants nés en France de parents nés également en France (solution acquise depuis 1851) mais supprimait l'acquisition par mariage sur simple déclaration, et, surtout, revenait sur la solution acquise depuis la loi de 1889 en faisant obligation aux enfants nés en France de parents étrangers nés à l'étranger d'effectuer une démarche positive pour devenir Français³⁴.

Le projet ayant suscité des controverses parfois passionnées³⁵, notamment à l'occasion des manifestations de lycéens et d'étudiants de décembre 1986, le gouvernement décida de le retirer provisoirement de l'ordre du jour. Après les élections législatives de 1988 et la nomination d'un gouvernement à dominante socialiste, la réforme cessa temporairement d'être d'actualité. Mais la discussion reprit en 1993 après le retour d'un gouvernement de droite et, cette fois, une loi reprenant les principales dispositions du projet de 1988 fut adoptée³⁶.

Section 2 : Un droit changé en 1993

Pour apprécier la portée de cette réforme, il convient d'abord d'expliquer les grandes lignes du droit de la nationalité tel qu'il était en vigueur avant la réforme (A), avant de voir les changements (B).

A. La réglementation avant la réforme de 1993

On rappellera tout d'abord que l'on distingue la nationalité d'origine, qui est attribuée ou réputée attribuée à la naissance, de la nationalité acquise au cours de l'existence dans les conditions prévues par la loi et faisant place soit à la volonté individuelle, soit à une décision de l'autorité publique³⁷.

³⁴ Lagarde, p. 13.

³⁵ Mage, p. 18.

³⁶ Le Monde, 14 juillet 1993 p. 10 et 22 juillet 1993 p. 20.

³⁷ Rapport de l'A.N. p. 31.

a) Attribution de la nationalité française d'origine

La nationalité d'origine est attribuée dès la naissance à raison de circonstances de droit (filiation) ou de fait (lieu) se rattachant à la naissance. Elle a pour source exclusive la loi. Le terme "attribution" indique qu'il s'agit d'une investiture à la naissance qui saisit l'enfant en même temps que la vie³⁸. Pour cette attribution de la nationalité française d'origine, le législateur français prend principalement deux éléments de rattachement de l'individu à la France en considération : la filiation à l'égard de parents français (*jus sanguinis*) ou la naissance en territoire français (*jus soli*)³⁹.

1) en raison de la filiation

Jusqu'à la loi de 1973, le droit français distinguait entre la filiation paternelle et maternelle. Cette distinction entre les deux parents ayant été jugée contraire au principe d'égalité des sexes, la loi du 9 janvier 1973 a rompu avec l'ancien principe de prédominance de la filiation dans la famille naturelle⁴⁰.

Il en résulte que

- l'enfant, légitime ou naturel, né en France ou à l'étranger de deux parents français est Français à titre définitif, sans faculté de répudiation (Art. 17 et 18, Code de la nationalité) ;
- L'enfant dont un seul parent est Français, qu'il s'agisse du père ou de la mère et qu'il soit légitime ou naturel, est Français (Art. 19). Si cet enfant est né en France, le *jus soli* vient renforcer le *jus sanguinis* et l'enfant est Français sans faculté de répudiation. La transmission de la nationalité française par effet de la filiation n'est donc soumise à aucune condition. Cette disposition met en lumière l'importance du *jus sanguinis* et sa primauté sur le *jus soli*. En effet, la nationalité par filiation repose sur la très forte présomption qu'un enfant né d'un parent français sera élevé par ce dernier dans des conditions qui l'intégreront d'elles-mêmes à la communauté nationale⁴¹. *A contrario*, si l'enfant est né à l'étranger, il a la faculté de répudier la nationalité française dans les six mois précédant sa majorité, parce que son intégration à la communauté nationale ne peut être aussi fortement présumée que s'il était né en France ou si ses deux parents étaient

³⁸ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502A-B1.

³⁹ Lagarde, p. 67.

⁴⁰ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502B-B2.

⁴¹ Courbe, p. 45.

Français. C'est donc du lieu de naissance seul que dépend désormais la faculté de répudiation. Cette faculté perd en revanche sa raison d'être et disparaît si le parent étranger acquiert la nationalité française durant la minorité de l'enfant (Art. 19 al. 2)⁴².

2) en raison de la naissance en France

On a vu que depuis le milieu du XIX^{ème} siècle, le droit français accorde une place croissante au *jus soli* dans l'attribution de la nationalité française.

Toutefois, la naissance en territoire français ne suffit pas à elle-seule à établir l'acculturation, car elle peut être le fruit du hasard. Mais, ajoutée à la naissance, une longue résidence en France est un indice d'acquisition du mode de vie et de l'identité nationale. Au simple fait de la naissance, qui n'est par lui-même créateur d'aucun titre légal, doit toujours s'ajouter un autre élément :

- soit positif : naissance d'un des parents en territoire français ;
- soit négatif : absence de lien légal de filiation ou d'une autre nationalité transmise par filiation⁴³.

La double naissance en France, c'est-à-dire le fait pour un enfant d'être né en France d'un parent, même étranger, qui lui-même y est né, est attributive de la nationalité française. Traditionnelle depuis la loi du 7 février 1851, cette attribution de la nationalité par la double naissance en France est fondée sur une combinaison du *jus soli* et du *jus sanguinis* à partir de l'idée de fixation sur le territoire. De fait, la double naissance en France fait présumer qu'une première génération d'étrangers s'est installée et y a eu des enfants ; ceux-ci ont eux-mêmes grandi et vécu en France puisque, à leur tour, ils ont eu des enfants nés dans des familles durablement établies en France, qui ont implicitement adhéré aux valeurs de la société française, ont bénéficié de ses institutions et dont les enfants ont reçu, tant par le relais familial que par le milieu scolaire, la marque de l'identité française. La présomption d'intégration de l'enfant dans la communauté française est donc particulièrement forte.

Il résulte des textes que si les deux parents de l'enfant sont l'un et l'autre nés en France, l'enfant lui-même né en France est Français à titre définitif, tandis que si un seul des parents est né en France, l'enfant est Français de naissance, mais aura la faculté de répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité (Art. 24 al. 2, Code de la nationalité). Le texte ajoute,

⁴² Lagarde, p. 69.

⁴³ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502B-B2.

parallèlement à la solution adoptée dans le cas de la nationalité par *jus sanguinis*, que cette faculté se perd si le parent né à l'étranger acquiert la nationalité française durant la minorité de l'enfant⁴⁴.

Les enfants d'agents diplomatiques et consulaires font l'objet d'une exception à cette règle du double *jus soli* ; ces enfants ne bénéficient pas de plein droit des conséquences du *jus soli*, mais ils ont la faculté d'en réclamer le bénéfice par déclaration expresse⁴⁵.

Est également Français, en raison de la naissance en France, l'enfant né en France de parents inconnus, tant que la filiation n'est pas établie à l'égard d'un étranger, ainsi que l'enfant né de parents apatrides ou de parents étrangers dont la nationalité ne se transmet pas⁴⁶.

b) Acquisition de la nationalité française

L'acquisition de la nationalité est le passage de la qualité d'étranger à celle de Français⁴⁷. Elle laisse place à la volonté et se réalise par des mécanismes divers. Elle n'a pas d'effet rétroactif.

En droit français, l'acquisition de la nationalité française n'est pas subordonnée à une condition de perte corrélative de la nationalité antérieure. Elle a cependant pour fondement premier l'existence ou la création d'un lien étroit avec la communauté nationale ou avec un de ses membres⁴⁸.

Longtemps, la nationalité acquise a été moins efficace, quant aux droits dont elle confère la jouissance, que la nationalité d'origine. Mais aujourd'hui, aux termes de l'art. 80 du Code de la nationalité, "la personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue à toutes les obligations attachées à la qualité de Français". L'assimilation au Français d'origine, pour ce qui est de la jouissance des droits, n'a été rendue complète que par la loi du 8 décembre 1983, qui a fait disparaître les dernières incapacités qui frappaient encore les naturalisés.

⁴⁴ Lagarde, p. 79.

⁴⁵ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502B-B2.

⁴⁶ Lagarde, p. 79.

⁴⁷ Lagarde, p. 97.

⁴⁸ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502C-B3.

Le Code de la nationalité, après avoir suivi un classement fondé sur des hypothèses concrètes entraînant l'acquisition de la nationalité française (filiation, naissance et résidence en France, mariage), adopte ensuite un classement fondé sur le mode d'acquisition de cette nationalité (par déclaration ou par décision de l'autorité publique).

1) de plein droit

L'acquisition de droit se réalise par la simple réunion d'un certain nombre de conditions fixées par la loi, qui peuvent s'échelonner dans le temps. La condition unique ou la dernière des conditions successives constitue le fait déterminant de l'acquisition et en marque la date.

Mais l'acquisition de plein droit ne se réalise que sous une double réserve :

- l'intéressé peut la décliner par une manifestation expresse de volonté dans les mêmes formes que la répudiation ;
- l'autorité publique peut, par décision individuelle, s'opposer à cette acquisition⁴⁹.

α) en raison de la filiation

L'acquisition de plein droit se réalise, en premier lieu, en raison de la filiation, plus précisément par l'effet collectif attaché à l'acquisition par les parents d'un mineur de la nationalité française. L'enfant mineur devient Français de plein droit si l'un des deux parents acquiert la nationalité française à quelque titre que ce soit (Art. 84 Code de la nationalité). Il en est ainsi dans le cas de l'adoption plénière.

β) en raison de la naissance et de la résidence

Aux termes de l'art. 44 du Code de la nationalité, tout individu né en France de parents étrangers acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu pendant les 5 années qui précèdent, sa résidence habituelle en France. L'intéressé devient alors Français le jour de sa majorité, sans rétroactivité.

Cette acquisition de la nationalité française peut être anticipée en cas de réclamation de l'intéressé⁵⁰. Lorsqu'un étranger mineur né en France remplit dès avant sa majorité la condition de résidence de 5 ans, il peut acquérir la nationalité française en la réclamant expressément. Les conditions sont en

⁴⁹ Jurisclasseur droit international, Fasc. 502C-B3.

⁵⁰ Lagarde p. 109.

principe les mêmes que pour l'acquisition à la majorité, mais s'apprécie au jour où la déclaration est souscrite. L'acquisition peut être écartée, si l'intéressé déclare y renoncer ou si le gouvernement s'y oppose.

2) en raison du mariage

En matière de mariage comme en matière d'attribution de la nationalité d'origine par *jus sanguinis*, la loi de 1973 a voulu remettre le droit de la nationalité en harmonie avec les réformes récentes du droit de la famille et plus spécialement avec le principe de l'égalité des sexes.

Jusqu'à cette date, le mariage ne produisait des effets de nationalité en droit français qu'à l'égard de la femme. Sous l'influence des tendances égalitaires, l'idée d'une totale indépendance a gagné du terrain. L'innovation est considérable, puisqu'il s'ensuit que les effets du mariage doivent désormais être envisagés autant sur la nationalité du mari que sur celle de la femme.

Une autre conséquence du principe d'égalité est qu'il n'y a pas de raison de privilégier dans le mariage la nationalité de l'un ou de l'autre des époux et que, par suite, le mariage ne doit exercer de plein droit aucun effet sur la nationalité. Telle est la solution consacrée par l'art. 37 du Code de la nationalité. La nouvelle loi réserve pourtant des options en sens contraire. Le conjoint étranger d'une personne de nationalité française peut réclamer la nationalité française, tandis que le conjoint français (mari ou femme) d'une personne d'une nationalité étrangère peut désormais répudier sa nationalité française. La loi du 7 mai 1984 a quelque peu renforcé les conditions requises pour l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger. Il faut un délai de six mois pour la déclaration, ainsi qu'une réelle communauté de vie. La loi ne fixe en revanche aucune condition de résidence en France du ménage pour autoriser le conjoint étranger à souscrire la déclaration acquisitive de la nationalité⁵¹. Il s'agit d'un véritable droit puisque, une fois les conditions fixées par la loi remplies, il suffit d'exprimer la volonté de réclamer la nationalité française pour l'obtenir. La compétence de l'administration se résume à un contrôle des conditions légales et à l'enregistrement de la déclaration du demandeur dans les formes requises et le délai prévu⁵².

⁵¹ Jurisclasseur droit international Fasc. 5121-B4.

⁵² Costu-I ascoux, p. 129.

3) acquisition par déclaration

Le Code de la nationalité prévoit de nombreux cas assez disparates dans lesquels un individu se voit attribuer, en raison de ses liens avec la France, un droit à devenir Français. Mais à la différence des cas étudiés précédemment, l'attache avec la France n'est pas suffisante pour que cette nationalité lui soit attribuée de plein droit⁵³. L'acquisition de la nationalité résulte dans ce procédé d'une manifestation de volonté qui en est le fait déterminant. Elle s'analyse en la revendication par une personne qui remplit un certain nombre de conditions précises du bénéfice de la situation légale qui lui est ainsi offerte. Tel est le cas pour l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple par un Français, l'enfant confié au service de l'aide sociale et l'enfant recueilli et élevé en France. On mentionnera également la réintégration par déclaration⁵⁴.

4) Acquisition par décision de l'autorité publique : la naturalisation

La naturalisation est l'acte par lequel l'autorité publique d'un Etat décide de façon discrétionnaire d'accorder la nationalité de cet Etat à l'étranger majeur qui la demande⁵⁵.

Cette source d'acquisition de la nationalité française se distingue donc de celles qui ont été étudiées en ce qu'elle résulte essentiellement d'une décision discrétionnaire du gouvernement. A la différence de celui qui exerce une faculté de réclamation, l'étranger qui sollicite la naturalisation n'a aucun droit à devenir Français. La naturalisation est considérée comme une "faveur" que le gouvernement est libre d'accorder ou de refuser, même lorsque les conditions de recevabilité de la demande sont remplies. Dans son appréciation discrétionnaire, le gouvernement se réfère à des critères d'opportunité dont la réunion constitue sa politique de naturalisation⁵⁶. L'étranger demandeur ne présente d'ailleurs aucune attache avec la France et se prévaut simplement d'un certain temps de résidence en France pour solliciter du gouvernement la faveur de devenir Français. Alors que le droit de la naturalisation était assez strict au XIX^{ème} siècle, la crise démographique qui s'est fait sentir à la fin du XIX^{ème} siècle a eu pour effet d'adoucir progressivement les conditions de la naturalisation (loi du 26 juin 1889 et du 10 août 1927), même si un certain sentiment de xénophobie issu de la

⁵³ Lagarde, p. 135.

⁵⁴ Lagarde, p. 135.

⁵⁵ Rapport de l'A.N., p. 36

⁵⁶ ibid.

Première Guerre mondiale a aggravé considérablement la situation des naturalisés au cours des années trente et a conduit à une restriction de leurs droits et à une augmentation des cas de déchéance de la nationalité française.

Le Code de la nationalité et la loi de 1973 ont recueilli cette double tradition libérale. Les conditions de recevabilité de la demande concernent l'âge, la résidence, la dignité et l'assimilation.

A la différence de certaines lois étrangères, la loi française n'impose pas au candidat à la naturalisation de renoncer à sa nationalité antérieure. Une telle condition, qui serait assez illusoire, ne pourrait résulter que d'une convention internationale.

Nul ne peut être naturalisé s'il n'a atteint l'âge de 18 ans. Ainsi remanié par la loi du 5 juillet 1974, le texte est absolu : la naturalisation est réservée aux individus majeurs et l'âge de la majorité est celui déterminé par la loi française.

En ce qui concerne la résidence, la résidence en France au moment de la signature du décret de la naturalisation et la résidence habituelle en France pendant les 5 années qui précèdent le dépôt de sa demande sont nécessaires. Il existe également des possibilités de réduction de la durée du stage à 2 ans, ainsi que des cas de dispense du stage.

Enfin, une assimilation au mode de vie français est nécessaire. Plus précisément, cela signifie que le demandeur doit avoir une connaissance suffisante de la langue française, selon sa condition, être de bonnes vie et moeurs et ne pas avoir fait l'objet d'une des condamnations visées à l'art. 79 du Code de la nationalité.

Un contrôle de l'état de santé a également lieu. Le postulant doit être sain d'esprit et ne pas devoir être, d'après son état de santé, une charge ou un danger pour la collectivité.

Il faut quand même ajouter que, dans le système de 1973, si le Français par acquisition jouit de tous les droits de la nationalité française, il reste pendant 10 années soumis au risque de déchéance de la nationalité française, qui peut être prononcée contre lui, si sa mauvaise conduite ou ses activités l'imposent⁵⁷.

Ces dispositions assez libérales ont toutefois été changées récemment par la loi Pasqua de 1993. Nous allons donc examiner les changements intervenus depuis cette date.

⁵⁷ Jurisclasser droit international Fasc. 502F-B6.

B. La réforme de 1993 : un changement qui ne remet toutefois pas en cause le caractère libéral du droit de la nationalité française

Le droit de la nationalité est revenu au premier plan de l'actualité lors de l'alternance politique de 1986. Celle-ci a été marquée par une polémique très vive sur les enjeux de l'immigration en France et il a été alors soutenu que le caractère trop libéral du droit de la nationalité constituait une incitation à la croissance des flux d'entrée. Toutefois, le projet de loi du gouvernement Jacques Chirac réformant le Code de la nationalité s'est heurté à de très vives oppositions⁵⁸.

L'ensemble de ces réactions a conduit le gouvernement à surseoir à son projet et à confier à une Commission de réflexion le soin de clarifier les données du problème. Cette Commission, présidée par M. Marceau Long, vice-président du Conseil d'Etat, procéda à l'audition - parfois télévisée - de nombreuses personnalités et remit au Premier Ministre un rapport intitulé "Etre Français aujourd'hui et demain"⁵⁹. La préoccupation affirmée par la Commission d'éviter les détournements abusifs de la législation ne pouvait, selon elle, oblitérer l'objectif principal qu'elle résumait ainsi à la fin de son rapport : "Ne pas freiner mais encourager au cours des vingt prochaines années l'acquisition de la nationalité française pour les étrangers établis durablement en France." La Commission a estimé que, si les critères juridiques traditionnels du droit de la nationalité ne devaient pas être bouleversés, il importait de conférer à la volonté individuelle un rôle important dans l'acquisition de la nationalité, rejoignant ainsi un voeu fréquemment formulé dans l'opinion publique. Parmi les nombreuses propositions formulées⁶⁰, les trois plus importantes sont les suivantes :

- le droit du sang et le droit du sol sont maintenus pour l'attribution de la nationalité ;
- le système de la déclaration est également conservé pour le mariage, le délai de vie commune étant toutefois porté de six mois à un an ;
- la Commission s'est attachée à définir les modalités d'intégration des jeunes étrangers nés en France. Dès lors que ces derniers y ont résidé pendant cinq ans et ont manifesté la volonté de bénéficier de la nationalité française, ce droit leur est reconnu. Leur décision, strictement personnelle, doit être prise entre 16 et 21 ans. Si le jeune étranger ne souhaite pas acquérir la nationalité française, un titre de séjour lui est accordé jusqu'à 21 ans et, à cette date, il pourra prétendre de plein droit à la carte de résident⁶¹.

⁵⁸ Mage, p. 18.

⁵⁹ Etre Français aujourd'hui et demain, 1988, Tome I et II.

⁶⁰ Etre Français aujourd'hui et demain, Tome II.

⁶¹ Rapport de l'A.N., p. 27.

L'arrivée, en 1988, d'une nouvelle majorité avait conduit à mettre sous le boisseau les travaux de la Commission de la nationalité. Mais le 14 juin 1989, Pierre Mazeaud déposa au nom de l'opposition (groupe RPR) une proposition de loi dont l'objet affiché était de traduire en termes législatifs les propositions de la Commission. Le même texte fut ultérieurement déposé par Charles Pasqua au Sénat, le 7 juin 1990⁶².

Le constat de base était le suivant : comme les lois précédentes, la refonte du Code de la nationalité en 1973 avait correspondu à un contexte politique, économique et social donné : la prospérité économique et la présence sur le territoire national d'une population étrangère majoritairement européenne caractérisait cette période. Mais depuis cette époque, le droit de la nationalité a été confronté à une situation nouvelle.

L'origine géographique de l'immigration s'est modifiée et il est un fait que l'intégration de cette nouvelle population étrangère s'est révélée plus difficile. Parallèlement à cette évolution démographique, les institutions qui assuraient traditionnellement une fonction d'intégration des étrangers dans la société - qu'il s'agisse de l'école, de l'habitat de quartier, des églises, des syndicats - n'assument plus cette fonction avec efficacité⁶³.

Dans le contexte politique créé par la nouvelle alternance de 1993, le gouvernement décida, pour des considérations de commodité et de rapidité, de soumettre telle quelle la proposition de loi dans sa rédaction adoptée en première lecture par le Sénat et qui avait été soumise à l'examen de l'Assemblée Nationale.

La discussion au Parlement qui se focalisa sur les restrictions significatives, mais sans doute non déterminantes, fut assez décevante. En particulier, le débat sur la constitutionnalité de la proposition de la loi fut assez peu nourri⁶⁴. Pourtant le Conseil Constitutionnel fut saisi tant par les sénateurs que par les députés de l'opposition. La décision du Conseil Constitutionnel, délibérée le 20 juillet 1993, ne conduisit pas à des modifications importantes de la loi, laquelle fut promulguée le 22 juillet 1993.

a) la nationalité d'origine : le double *jus soli*

La loi comporte des dispositions qui furent très contestées, limitant de manière plus sévère que ne l'avait envisagé la Commission de la nationalité l'exercice du double *jus soli*, et donc des art. 23 et 24 du Code de la nationalité. La principale difficulté soulevée aujourd'hui par ces articles est due à la décolonisation, et tient donc à leur champ d'application géographique. Chacune des naissances doit s'être produite sur le territoire de la métropole ou d'un département ou territoire d'outre-mer qui relevait, lors

⁶² Schrameck, AJDA 1993, p. 755 (757).

⁶³ Pierre Mazeaud dans le rapport de l'A.N., p. 18 ; Courbe, p. 27.

⁶⁴ Schrameck, AJDA 1993, p. 755 (758).

de la naissance, de la souveraineté française. Le résultat le plus spectaculaire de cette application territoriale et temporelle est que les enfants d'Algériens nés en France depuis le 1^{er} janvier 1963 sont pour la plupart Français d'origine, puisque nés en France de parents eux-mêmes nés en Algérie alors sous souveraineté française, quand bien même ces parents, faute d'avoir souscrit une déclaration de reconnaissance de la nationalité française, auraient perdu celle-ci au 1^{er} janvier 1963. Avec des repères temporels différents, la solution est la même pour les enfants nés en France de parents nés dans des anciens T.O.M. où la règle de la double naissance est applicable⁶⁵.

La Commission de la nationalité avait constaté que cette solution n'avait plus guère de justification réelle aujourd'hui, car la forte présomption d'intégration qu'implique normalement le double *jus soli* appliqué au territoire français n'existe plus dans le cas d'anciens territoires d'outre-mer ayant accédé à l'indépendance depuis près de 30 ans⁶⁶. Ces réflexions ont conduit à des restrictions de la réglementation du double *jus soli*.

Ces restrictions concernent en premier lieu les enfants de parents nés dans les territoires qui avaient le statut de colonie. Aux termes de l'art. 44 de la loi, "les art. 23 et 24 du Code de la nationalité sont applicables à l'enfant, né en France avant le 1^{er} janvier 1994 d'un parent né sur le territoire qui avait, au moment de la naissance de ce parent, le statut de colonie ou de territoire d'outre-mer de la République française". Cette disposition a donc supprimé le double *jus soli*, dès le 1^{er} janvier 1994, s'agissant d'enfants nés en France, dès lors que leurs parents sont nés sur un territoire qui avait le statut de colonie ou T.O.M. de la France⁶⁷.

Du point de vue de la constitutionnalité, les députés ayant déféré la loi au Conseil Constitutionnel soutenaient qu'une telle limitation méconnaissait un principe fondamental reconnu par les lois de la République, l'existence d'un double *jus soli* étant, selon eux, consubstantielle à la tradition républicaine telle qu'exprimée par plusieurs lois successives⁶⁸.

En vertu du même article 44 de la loi, l'exercice du double *jus soli*, s'agissant des enfants nés de parents eux-mêmes nés dans les départements d'Algérie qui étaient alors partie intégrante de la France, est subordonné à la condition que le parent justifie d'une résidence régulière en France depuis 5 ans. De ce fait, la situation des enfants de parents nés dans les anciens départements d'Algérie est intermédiaire, plus favorable que celle des enfants de parents nés dans les territoires ou colonies ayant accédé à l'indépendance, mais moins

⁶⁵ Lagarde, p. 88.

⁶⁶ Rapport de la Commission, Tome II, p. 171.

⁶⁷ Schrameck, AJDA 1993, p. 755 (758).

⁶⁸ Le Monde, 22 juillet 1993, p. 20.

favorable que celle d'enfants nés de parents nés eux-mêmes dans les territoires français⁶⁹.

La constitutionnalité et l'opportunité de cette disposition furent également critiquées. Les députés qui saisirent le Conseil Constitutionnel invoquaient en particulier une méconnaissance du principe d'indivisibilité de la République, dès lors que la nouvelle condition restrictive relative à la condition de résidence des parents ne concernait que certaines personnes en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire⁷⁰. Le Conseil Constitutionnel⁷¹ fit observer qu'une règle de circonstance ne peut être "un grand principe" et refusa de constitutionnaliser le double droit du sol : celui qui fait automatiquement d'un enfant d'étrangers, eux-mêmes nés en France, un Français. Il rappelle, en effet, que, si cette disposition a été instituée en 1851, il ne lui a été accordé un caractère absolu qu'en 1889 pour répondre aux exigences de la conscription. En revenant sur ce caractère absolu, la loi déferée n'a alors méconnu aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République.

b) la nationalité acquise de plein droit : le *jus soli*

Dans ce domaine, le législateur français a rompu avec le principe d'acquisition de plein droit de la nationalité française de l'enfant né en France de parents étrangers⁷². Conformément à ce qu'avait proposé la Commission de la nationalité, la loi apporte comme innovation essentielle dans ce domaine l'exigence d'une manifestation expresse de volonté. Autrement dit, l'acquisition de la nationalité n'est plus automatiquement déclenchée par le fait d'avoir atteint l'âge légal de la majorité. La manifestation de volonté requise peut être souscrite dès l'âge de 16 ans et jusqu'à 21 ans⁷³.

En vertu de l'art. 21-7 du Code Civil (Art. 44 du Code de la nationalité modifié), l'acquisition de la nationalité doit résulter d'un acte de volonté de l'intéressé tout en restant subordonnée à une condition de résidence. L'argument avancé par le projet du gouvernement en faveur de l'exigence d'une déclaration de nationalité était la simplification de la preuve de la nationalité française de l'intéressé. Mais il reste que pour cet objectif limité de preuve, il était nécessaire de bouleverser une règle de fond presque centenaire. Au cours des discussions menées à la Commission de la nationalité, un argument de fond est apparu : la nationalité française doit être le résultat d'une démarche volontaire de la personne concernée. Elle ne

⁶⁹ Schrameck AJDA 1993, p. 755 (758).

⁷⁰ Le Monde, 22 juillet 1993, p. 20.

⁷¹ Décision C.C. 20 juillet 1993, n° 93-321, JO 23 juillet 1993, p. 10391.

⁷² Jurisclasseur droit international, Fasc. 502D-04.

⁷³ Schrameck, AJDA 1993, p. 755 (760).

peut être conférée de plein droit, à l'insu de, ou même contre, la volonté de cette personne. On retrouve ici la conception élective de la nationalité qui a conduit la Commission, tout en reconnaissant le droit à la nationalité française des jeunes nés en France et y ayant résidé pendant une période significative, à leur imposer d'exprimer la volonté de bénéficier de ce droit, par une décision individuelle positive très simplifiée. En sens inverse, le maintien de l'art. 44 dans sa structure a été défendu par tous ceux qui voient dans la naissance et la résidence prolongée en France, marquée le plus souvent par la scolarisation en France, un lien objectif de rattachement d'un individu à la France, tout aussi fort, sinon davantage, que celui qui unit à la France l'enfant né à l'étranger d'un seul parent français, enfant qui est pourtant Français de plein droit sans avoir à en exprimer la volonté, alors même qu'il résiderait à l'étranger et n'aurait pas de contact réel avec son auteur français. L'enjeu pratique de cette controverse est important⁷⁴ ; selon les estimations statistiques les plus sérieuses, le nombre des enfants nés en France de parents étrangers et devenus Français en vertu de l'art. 44 a augmenté régulièrement chaque année et est passé d'environ 13.000 en 1977 à environ 18.000 en 1986. La disposition nouvelle a été vivement critiquée, dans la mesure où, en substituant une faculté à une automaticité, elle créerait une nouvelle source d'instabilité, venant le cas échéant s'ajouter à la marginalisation, notamment par le chômage, que certains des jeunes gens concernés vivent quotidiennement⁷⁵. Elle aggraverait tout particulièrement la situation de jeunes filles qui, soumises à une forte pression familiale, risquent de rencontrer davantage de difficultés pour faire elles-mêmes une démarche positive tendant à l'acquisition de la nationalité française.

Sur le plan juridique, les députés ayant saisi le Conseil Constitutionnel faisaient valoir que cette disposition enfreindrait un principe fondamental : argument que le Conseil Constitutionnel a ici encore rejeté⁷⁶.

c) acquisition par le mariage

C'est sur ce troisième point de la réforme que les risques de fraude avaient été le plus fréquemment stigmatisés. En outre, comme l'avait fait observer la Commission de la nationalité, il y avait quelque paradoxe à ce que le Code de la nationalité accorde l'obtention de la nationalité par déclaration au bout d'un délai de 6 mois, alors que la législation du droit de séjour exigeait un délai d'une année pour l'obtention de plein droit d'une carte de résident. La Commission de la nationalité avait donc proposé, notamment par souci d'harmonisation, de porter à un an la condition de durée préalable du mariage assortie d'une communauté de vie effective⁷⁷.

⁷⁴ Lagarde, p. 110.

⁷⁵ Le Monde, 23 juillet 1993, p. 6.

⁷⁶ Le Monde 22 juillet 1993, p. 20.

⁷⁷ Schrameck, AJDA 1993, p. 755 (763).

La loi apporte plusieurs aménagements destinés à décourager les mariages de complaisance. Ainsi, le délai préalable à la déclaration acquisitive de la qualité de Français a été porté de 6 mois à 2 ans, avec possibilité d'abrégement lorsque la femme donne naissance à un enfant⁷⁸. Allant au-delà des propositions de la Commission de la nationalité, le Parlement a rendu plus difficile l'acquisition de la nationalité par le mariage. Il a estimé nécessaire d'envisager les comportements frauduleux qui portent atteinte à l'institution du mariage, jettent le discrédit sur cette voie d'acquisition de la nationalité française et éveillent, en fin de compte, le soupçon à l'égard de ceux qui n'ont rien à se reprocher, compromettant ainsi leur intégration⁷⁹.

La déclaration n'a effet acquisitif de la nationalité française que si la communauté de vie n'a pas cessé entre les époux à la date où elle est souscrite. De fait, si le mariage avec un ressortissant français est un moyen d'intégration, celle-ci suppose que l'époux étranger partage la vie de son conjoint pendant une période significative. La preuve de la persistance de la vie commune résulte actuellement d'une attestation sur l'honneur des époux, contrôlée par une enquête de l'autorité administrative qui exige en fait la production de pièces établissant la réalité de la vie commune à la date de la déclaration.

En revanche, il n'est toujours pas exigé que le ménage réside en France. Les époux peuvent avoir fixé leur domicile conjugal à l'étranger et le conjoint souscrira alors sa déclaration auprès du consul français.

d) les effets collectifs des acquisitions de nationalité

L'ancien article 84 du Code de la nationalité permettait à tout enfant mineur dont l'un des deux parents acquérait la nationalité française de devenir Français de plein droit.

Le principe de ce mode d'acquisition a été maintenu par le législateur. Toutefois ses conditions d'exercice ont été assorties de plusieurs réserves. En particulier, le législateur a supprimé la procédure jusqu'alors prévue selon laquelle les parents pouvaient demander pour leurs enfants mineurs la nationalité française en leur lieu et place sans la postuler pour eux-mêmes⁸⁰.

e) la naturalisation

Conformément aux propositions de la Commission de la nationalité, les innovations apportées par le législateur en cette matière apparaissent comme des assouplissements de l'état antérieur du droit.

⁷⁸ Rapport de l'A.N., p. 23.

⁷⁹ Courbe, p. 75.

⁸⁰ Schrameck, *AJDA* 1993, p. 755 (70-4).

La procédure de naturalisation fait l'objet d'une modification fort importante, concernant ses conditions de recevabilité. L'assouplissement des conditions de recevabilité des demandes concerne les personnes qui appartiennent à l'entité culturelle et linguistique française, lorsqu'elles sont ressortissantes de territoires ou d'Etats dont la langue officielle, ou l'une des langues officielles, est le français. Désormais, la condition selon laquelle le français devait être la langue maternelle des intéressés n'est plus exigible lorsque l'intéressé justifie d'une scolarisation minimale de 5 années dans un établissement enseignant en langue française. Il s'agit là, comme pour l'application du droit du sol, de la prise en considération d'une proposition de la Commission de la nationalité qui avait insisté sur les effets assimilateurs de l'éducation dispensée en langue française⁸¹.

La décision 93-921 du Conseil Constitutionnel a déclaré non conformes à la Constitution certaines dispositions de ce texte de loi, mais validé l'essentiel de son contenu. La seule retouche significative opérée par les juges de la constitutionnalité a concerné finalement la limitation des cas d'empêchement de l'acquisition de la nationalité française. Le Conseil a estimé manifestement disproportionnés les empêchements introduits par la nouvelle loi, en cas d'arrêté de reconduite à la frontière ou d'assignation à résidence par les préfets, et déclaré de telles mesures contraires à l'art. VIII de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (principe de la proportionnalité)⁸².

Cette nouvelle loi a fait l'objet de vives critiques⁸³, certains la qualifient même de xénophobe et raciste⁸⁴, en l'estimant mauvaise et inquiétante dans ses motivations, injuste dans ses intentions et dangereuse dans ses dispositions. Mais quelle que soit la part de vérité dans ces critiques, il ne faut pas oublier que par rapport à d'autres systèmes européens, le droit de la nationalité française reste une réglementation assez libérale. Par rapport à d'autres législations européennes, le droit français est ouvert à la naturalisation et des circulaires internes accentuent cette tendance à la bienveillance. Contrairement à la majorité des pays d'immigration, le postulant n'est soumis ni à un examen sur l'histoire et les institutions françaises ni à des épreuves linguistiques ou culturelles. Le procès verbal d'assimilation est des plus simplifiés, les "bonnes vie et moeurs" sont essentiellement appréciées au regard des condamnations pénales prévues dans le Code de la nationalité. De fait, les statistiques montrent que les demandes de naturalisation sont favorablement accueillies à près de 90 % ; sur les 10 % de décisions négatives, la plupart sont des ajournements qui se

⁸¹ Rapport de la Commission de la nationalité, Tome II.

⁸² Revue française de droit constitutionnel, 1993, n° 16, p. 820 (822).

⁸³ Le Monde, 23 juillet 1993, p.6.

⁸⁴ Mège, p. 18 et s.

solderont le plus fréquemment par une acceptation de la deuxième demande⁸⁵.

Parmi les autres pays européens aux réglementations plus restrictives, il y a le cas de l'Allemagne, dont nous allons examiner la réglementation au chapitre suivant.

Chapitre II : La réglementation en droit allemand

Conformément au plan adopté dans le chapitre sur la réglementation française, nous envisagerons d'abord le cadre historique (section 1), avant d'examiner les dispositions actuelles (section 2).

Section 1 : Le cadre historique

Dans l'Assemblée Nationale de 1848 qui essaya de constituer l'unité nationale allemande, il y eut déjà diverses projets de création d'une nationalité allemande⁸⁶.

Mais ce n'est qu'après la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, le 1^{er} juillet 1867, que la nationalité allemande a été créée. Cette nationalité dépendait cependant entièrement des dispositions des Etats-membres, des Länder, car il n'existait pas de nationalité de l'Empire, et chaque "Land" était compétent pour définir ses nationaux. Ce n'est que la loi du 1^{er} juin 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité qui imposa enfin des règles valables pour tous les Länder.

D'après le § 1 de cette loi, toute personne ayant la nationalité d'un des Länder avait la nationalité allemande⁸⁷. La nouvelle nationalité allemande, ainsi créée, n'avait donc qu'une signification secondaire par rapport à celles des Länder puisqu'elle n'était attribuée que par l'intermédiaire de celles-ci et elle se perdait également avec elles⁸⁸. La loi prévoyait comme raisons d'acquisition : la filiation, la légitimation, le mariage et la naturalisation. Elle était donc dominée par le principe du *jus sanguinis*. Les tentatives d'introduction du *jus soli* n'avaient eu aucun succès. Cette loi constituait le fondement pour la nationalité allemande.

Bien que l'immigration fût économiquement indispensable à cette époque en Prusse, les travailleurs venus de Pologne, de Russie et d'Autriche n'étaient pas bienvenus en tant que citoyens, car personne ne pensait que l'on pourrait les assimiler, ni qu'ils deviendraient Allemands un jour. Tel était le

⁸⁵ Costa-Lascoux, p. 125.

⁸⁶ Gundrun, Das Ständesamt, p. 213 (213).

⁸⁷ St. Ang. R.-KO. Einl. n° 7.

⁸⁸ Gundrun, Das Ständesamt, p. 213 (214).

fondement d'une conception plus ethnique et plus culturelle de la nationalité. La conséquence était une définition restrictive de la nationalité. Une définition extensive et ouverte envers la deuxième génération des étrangers comme en France aurait supposé une confiance en l'assimilation effective que l'élite allemande n'avait pas⁸⁹. A partir de 1895, les courants favorables au changement de la législation existante se multiplièrent, dans le sens de l'accroissement de la difficulté d'acquisition de la nationalité. La conscience nationale était en train de se former, ainsi que le nationalisme.

La loi de 1870 fut remplacée par la loi sur la nationalité de l'Etat et de l'Empire (Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz, RuStAG) du 22 juillet 1913, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1914 et qui reste la base du droit de la nationalité allemande jusqu'à nos jours. Cette loi a introduit une nationalité fédérale allemande à côté de la nationalité de chaque Land, mais elle ne changea pas les règles établies, sauf en créant un nouveau cas d'acquisition : l'accomplissement du service militaire⁹⁰. Cette nouvelle possibilité d'acquisition s'explique par le fait que l'Allemagne avait besoin de soldats qui se battent pour elle. Ce qui n'empêchait pas l'empire de Guillaume II de déclarer que la nationalité s'acquerrait par le droit du sang⁹¹. L'entrée du *jus soli* en droit allemand n'était même pas envisagée. Le principe de *jus sanguinis* était devenu une tradition⁹².

Pendant la République de Weimar, le droit de la nationalité n'a pratiquement pas changé. Il en fut exactement le contraire pendant la période du national-socialisme, où l'on procéda à des naturalisations et des retraits collectifs de nationalité ainsi qu'à la suppression des nationalités des Länder. Avec la loi du 15 mai 1935, tous les droits à naturalisation furent écartés et la naturalisation dépendait entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Après la fin de la guerre, les modifications introduites par le régime nazi furent réformées à leur tour. Toutes les dispositions discriminatoires furent écartées par la loi n° 1 du Conseil de contrôle. La Loi fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949, postule dans son article 16 al. 1 et son article 116 la continuité de la nationalité allemande.

L'article 16 al. 1 est une protection contre l'apatridie : la nationalité allemande ne peut pas être retirée. La perte de la nationalité ne peut se produire qu'en vertu d'une loi et, lorsqu'elle intervient contre le gré de l'intéressé, seulement si celui-ci ne devient pas de ce fait apatride. L'article 116 contient une définition des Allemands au sens de la Loi fondamentale et

⁸⁹ Brubakers, p. 15.

⁹⁰ Deibel, DÖV, 1984, p. 322 (322).

⁹¹ Gundrum, Das Standesamt, p. 213 (216).

⁹² Brubakers, p. 119.

diverses dispositions pour la protection de la nationalité. Cette définition institue deux groupes d'Allemand :

- ceux qui ont formellement la nationalité allemande, et
- les Allemands par statut (*Statusdeutsche*), c'est-à-dire les réfugiés et les expulsés de la nation allemande dès lors qu'ils avaient été admis sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31.12.1937⁹³.

Ces Allemands par statut ne sont donc pas des étrangers au sens de la Loi fondamentale. Sous l'angle des droits fondamentaux, ils ne peuvent pas être traités différemment des Allemands ayant formellement la nationalité. Ils ont un véritable droit à la naturalisation. Il en est de même pour leurs descendants. Ces réfugiés et expulsés de la nation allemande après le 1^{er} janvier 1938 sont mis au même rang que les nationaux au sens strict. Ils n'ont certes pas formellement la citoyenneté allemande, mais ils ont le droit à la naturalisation, c'est-à-dire qu'ils peuvent obtenir sans problème cette citoyenneté formelle.

L'art. 116 est une disposition de réparation et de compensation suite aux loix iniques du régime nazi. Elle donne un droit à la naturalisation à tous ceux qui ont été déclarés déchus de la nationalité entre 1933 et 1945 en vertu de raisons politiques, raciales ou religieuses. S'ils rentrent volontairement en Allemagne, ils acquièrent rétroactivement la nationalité et la citoyenneté allemande, sauf expression de volonté contraire⁹⁴. L'actualité de ces dispositions a augmenté depuis la chute du mur de Berlin, puisque les pays de l'Est européen accordent de plus en plus fréquemment à leurs habitants le droit de partir. Le nombre de personnes venant en Allemagne pour profiter de l'art. 116 LF a brutalement augmenté.

A côté de cette nationalité allemande selon la Loi fondamentale, qui a toujours été considérée comme valant pour tous les Allemands et donc également pour les Allemands vivant en R.D.A., cette dernière avait également introduit une nationalité indépendante, dérivée elle aussi sur la loi de 1913⁹⁵.

La loi de 1913 a connu diverses modifications après la Seconde Guerre mondiale. Dans la première et la deuxième loi relative aux questions de la nationalité, du 22 février 1955 et du 17 mai 1956, le législateur a réglé la question des naturalisations collectives faites pendant la guerre. Dans la troisième loi, du 19 août 1957, et les lois suivantes du 8 septembre 1969 et du 20 décembre 1974, le législateur a tenu compte de l'égalité des sexes en modifiant les règles relatives au mariage avec un étranger et au statut des enfants naturels de père allemand⁹⁶. Pendant toute cette période, il ne fut

⁹³ St.Ang.-R-O GG art. 116 n° 5.

⁹⁴ Coudron, *Das Ständesamt* 1972, p. 213 (217).

⁹⁵ Pour avoir plus d'informations concernant l'ancien problème des deux nationalités allemandes, voir Stern DVBl., 1982, p. 165.

⁹⁶ St.Ang.-R-KO Einf., n° 19-31.

jamais véritablement question de faire entrer un élément de *jus soli* dans le droit allemand.

Nous allons voir pourquoi dans l'exposé suivant du droit positif allemand.

Section 2 : Un droit fortement lié au principe du *jus sanguinis*

La loi sur la nationalité allemande n'a pas vraiment changé depuis 1913 et les modes d'acquisition sont restés les mêmes qu'au début. Le § 3 RuStAG dispose ainsi que la nationalité est attribuée par

- 1) la filiation
- 2) la légitimation
- 3) l'adoption, ou
- 4) la naturalisation.

Cette énumération est limitative, mais il est simultanément admis qu'il existe d'autres causes d'acquisition en dehors de la loi sur la nationalité, telles par ex. que l'acquisition selon l'art. 116 al. 1.

1) attribution de la nationalité d'origine en raison de la filiation (§ 4 RuStAG)

Il découle du § 4 de la loi qu'acquiert la nationalité allemande par naissance

- l'enfant légitime dont un des parents est allemand, et
- l'enfant naturel si sa mère est allemande ou si son père naturel est allemand et si la paternité est prouvée.

C'est donc le principe du *jus sanguinis* qui domine le droit de la nationalité allemande. Des éléments du *jus soli* n'ont jamais trouvé d'entrée en droit allemand. Jusqu'en 1993, l'enfant naturel d'un père allemand ne devenait même pas allemand au moment de la naissance, il fallait une légitimation. La légitimation avait pour conséquence que, au cas d'un mariage postérieur du père avec la mère, l'enfant mineur acquérait la nationalité allemande. Cette disposition était contraire à celle du droit français, où il est indifférent pour l'acquisition par la filiation, que l'enfant soit légitime ou naturel. Mais depuis une loi du 30 juin 1993, l'enfant peut également acquérir la nationalité allemande de son père naturel quand la preuve de la paternité est rapportée.

Est également Allemand l'enfant trouvé sur le territoire d'un des Länder, jusqu'à la preuve contraire. Cette disposition montre également la force de l'attachement au principe du *jus sanguinis*, puisque la nationalité allemande n'est valable pour un enfant trouvé que jusqu'à preuve du contraire (§ 4 RuStAG).

La filiation légitime ou naturelle d'un parent allemand est donc la condition la plus importante de l'attribution de la nationalité par la filiation. Par voie de conséquence, l'adoption est également une raison d'acquisition de la nationalité (§ 6 RuStAG).

2) la naturalisation

Le § 8 RUSAG dispose qu'un étranger qui a son domicile à l'intérieur de l'Allemagne peut être naturalisé s'il le demande et si

- il n'est pas incapable selon sa loi d'origine,
- il a de bonnes mœurs,
- il dispose d'un logement au lieu de son domicile,
- il peut se nourrir lui-même et sa famille.

Le § 8 est la disposition de base pour une naturalisation. La décision de naturalisation relève comme en France du pouvoir discrétionnaire, qui est néanmoins lié à certaines conditions. Si l'une des conditions n'est pas remplie, l'administration doit refuser la naturalisation. Si toutes les conditions sont par contre remplies, la naturalisation dépend fortement de la décision de l'administration. Le demandeur n'a pas de droit à la naturalisation et il incombe à l'administration d'en décider discrétionnairement. Il en résulte que l'administration peut appliquer d'autres critères et conditions. Les conditions du § 8 RuStAG ne sont que les conditions minimales qui doivent être réunies⁹⁷.

Au niveau interne, l'administration est liée par une directive relative à la naturalisation, du 15 décembre 1977, qui a une fonction d'interprétation de la loi et de limitation du pouvoir discrétionnaire. La directive exige un attachement volontaire et durable envers l'Allemagne, des connaissances de base de l'organisation de l'Etat et un attachement à l'ordre démocratique. Sont également prises en compte, l'attitude envers la culture allemande, la connaissance de la langue allemande selon les conditions de chacun, et surtout l'adaptation à la vie quotidienne, qui n'est présumée qu'après un séjour en Allemagne pendant au moins dix ans⁹⁸. Cela fait le double du temps qu'exige la France et apparaît comme un délai assez long. La condition de base selon laquelle le candidat à la naturalisation doit renoncer à sa nationalité d'origine constitue également une différence essentielle⁹⁹. La pluralité de nationalités n'est pas souhaitée en Allemagne et le législateur fait tout pour l'éviter. Le fait que l'Etat d'origine refuse la renonciation à sa nationalité n'est pas considéré, sauf exception, comme une raison suffisante pour renoncer à cette condition¹⁰⁰. Ceci est particulièrement important pour les Turcs immigrés en Allemagne, qui ne peuvent souvent pas renoncer à leur nationalité tant qu'ils n'ont pas accompli leur service militaire en Turquie¹⁰¹.

⁹⁷ St.Ang.R-KO § 8 RUSAG, n° 4.

⁹⁸ St.Ang.R-KO § 8 RUSAG, n° 55.

⁹⁹ St.Ang.R-KO § 8 RUSAG, n° 55.

¹⁰⁰ St.Ang.R-KO § 8 RUSAG, n° 55.

¹⁰¹ John, ZAR 1987, p. 147 (1-17).

Le délai requis est de dix années ; toutefois, des règles particulières à certaines catégories de personnes constituent des *lex specialis* par rapport au § 8 RuStAG. Ainsi, par ex., le § 9 RUSt.GE privilégie le conjoint d'un Allemand ou d'une Allemande en tenant compte du principe de protection du mariage et de la famille ; le conjoint peut alors être naturalisé après un délai de 5 ans. En outre, si les conditions sont remplies, l'administration doit accorder la naturalisation, sauf dans des cas très particuliers. Le conjoint n'acquiert jamais automatiquement la nationalité de l'autre¹⁰². Par conséquent, il existe un véritable droit à la naturalisation pour un conjoint étranger, qui continue cependant de dépendre des conditions minimales du § 8 RuStAG, de son adaptation et, bien sûr, de la perte de la nationalité d'origine. Sont privilégiés de la même manière les enfants mineurs d'anciens Allemands, les habitants des régions étrangères où on parle allemand, etc.¹⁰³.

Après un long débat, une importante et novatrice disposition a été introduite dans la nouvelle loi sur les étrangers, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1991. Il s'agit des art. 85 et 86 de cette dernière loi, qui prévoit une naturalisation simplifiée pour les jeunes étrangers et pour les étrangers de long séjour¹⁰⁴.

Le § 85 prévoit un droit à la naturalisation pour les jeunes étrangers, si la demande est faite entre 16 et 23 ans révolus, s'ils renoncent à leur nationalité d'origine, s'ils ont leur domicile habituel depuis 8 années en Allemagne, s'ils ont été scolarisés en Allemagne pendant 6 années dont 4 dans une école de formation générale et s'ils n'ont pas commis d'infraction. Le § 86 prévoit également une naturalisation pour des étrangers de long séjour, si l'étranger a son domicile légal depuis 15 années en Allemagne, s'il n'a pas commis d'infraction et s'il peut subvenir lui-même à ses besoins et à ceux de sa famille. Dans l'un et l'autre cas, la loi maintient la condition de renonciation à la nationalité d'origine. La novation essentielle consiste dans la réduction et la simplification des conditions requises par rapport à celles prévues au § 8 RuStAG¹⁰⁵.

Le législateur a voulu encourager l'intégration de nombreux immigrés qui sont nés et qui veulent souvent rester en Allemagne. Or selon le § 8 RuStAG, la naturalisation est conçue plutôt comme une exception, ce qui n'est pas compatible avec la volonté d'intégration. Les §§ 85 et 86 font exception à cette conception : la naturalisation de jeunes immigrés, ainsi que celle d'étrangers de long séjour doit être encouragée par le droit à la naturalisation et par la réduction des conditions exigées¹⁰⁶. Ce droit à la naturalisation n'est toutefois pas absolu ; il ne vaut qu'"en général", ce qui

¹⁰² Martiny, JZ 1993, p. 1145 (1146).

¹⁰³ St.Ang.R-KO § 8, n° 40.

¹⁰⁴ Martiny, JZ 1993, p. 1145 (1146).

¹⁰⁵ Huber, NVwZ 1990, p. 1113 (1121).

¹⁰⁶ St.Ang.R-KO, § 85 Abs.1.GE, n° 2.

laisse à l'administration le pouvoir de décider autrement dans des cas qui paraissent atypiques¹⁰⁷.

On peut douter que cette loi atteigne vraiment son but, étant donné qu'elle maintient la première condition-obstacle du droit de naturalisation en Allemagne, à savoir la renonciation à la nationalité d'origine. Le maintien de cette condition est très critiqué, puisque cette politique d'intégration n'aura aucun succès si les étrangers qu'elle entend privilégier restent obligés de renoncer à leur nationalité d'origine, ce qui est souvent impossible pour des raisons psychologiques et juridiques (rupture avec la génération des parents, régime désavantageux en matière de succession et de biens dans l'Etat d'origine etc.)¹⁰⁸. Pour justifiée que soit cette critique, il ne faut pas oublier que la loi de 1991 a introduit également à l'art. 87 une disposition permettant dans certains cas d'écarter la condition d'abandon de la nationalité d'origine. Tel est le cas :

- si le droit de l'Etat d'origine ne prévoit pas de renonciation à sa nationalité,
- si l'Etat d'origine refuse d'une manière régulière la renonciation,
- si l'Etat d'origine décide de la renonciation d'une façon arbitraire ou n'en décide pas dans un délai convenable,
- s'il s'agit de certains groupes de personnes, notamment de réfugiés politiques, pour lesquels la renonciation ne peut être raisonnablement exigée,
- si, dans les cas prévus aux §§ 85 et 86, l'Etat d'origine fait dépendre son acceptation de la renonciation à l'accomplissement du service militaire et si l'étranger a accompli l'essentiel de sa scolarité dans une école allemande et s'il a grandi dans les conditions d'"une vie allemande".

En résumé, on peut dire que le système allemand se distingue profondément du système français. Tandis que la France est ouverte envers la deuxième génération d'étrangers résidant sur son sol qu'elle assimile aux Français, l'Allemagne est ouverte aux immigrants ethniques d'Europe de l'Est et de Russie, mais très fermée aux immigrants non-allemands. Il en résulte que le même immigrant, qui deviendrait citoyen en France, ne le deviendrait pas en Allemagne. Alors que la deuxième ou la troisième génération d'immigrés en France peut exercer les droits civiques, les immigrés turcs en Allemagne restent en dehors de la communauté nationale. La question se pose de savoir si un Etat peut supporter une telle situation. En tout cas, cette différence de législation entraîne de lourdes conséquences.

Il faut toutefois aussi remarquer que l'expérience de l'immigration et les immigrés eux-mêmes sont très différents dans l'un et l'autre pays. Beaucoup d'immigrants en France sont venus des anciennes colonies et territoires, tandis que l'Allemagne n'a pas connu cette relation coloniale. Alors que la

¹⁰⁷ StAng.R-KO, § 85 Aust.GE, n° 5.

¹⁰⁸ John, ZAR 1887, p. 147 (149) ; Jellinek, ZAR 1982, p. 91 (92).

France est particulièrement recherchée des immigrants du Sud, du Maghreb et de l'Afrique, l'Allemagne accueille des immigrants de l'Est, surtout de la Pologne et de l'ex-URSS. Depuis le retour massif des colons de l'Algérie devenue indépendante, il y a 30 ans, il n'y a plus jamais eu en France de vagues comparables à celle provoquée au cours des dernières années en Allemagne par les Allemands d'appartenance ethnique et arrivant de l'Est de l'Europe¹⁰⁹. De 1950 à 1986, l'Allemagne a accueilli 1.341.440 de ces immigrants ethniques, soit entre 36.000 et 70.000 par an. En 1987 ils furent 78.523, en 1988 202.677 et en 1989 377.055 personnes¹¹⁰. On peut imaginer que le nombre s'est encore largement accru après la chute du mur en 1989. Cette vague d'Allemands d'appartenance ethnique à qui le droit allemand accorde tout de suite les droits de citoyen, rend encore plus visible et plus problématique l'exclusion des immigrants non-allemands¹¹¹. Mais la différence ne réside pas essentiellement dans le fait que la France posséderait une culture de naturalisation qui n'existe pas en Allemagne, mais bien plutôt dans le fait que, à côté de la naturalisation, il y a d'autres moyens d'acquérir la nationalité française qui n'existent justement pas en Allemagne. Malgré le rapprochement des deux législations (naturalisation simplifiée en Allemagne, restriction à l'acquisition par le *jus soli* en France), le système français reste encore beaucoup plus ouvert et libéral envers l'immigration que le système allemand.

La conception française reflète encore l'histoire de sa création, pendant la monarchie et la Révolution. La conception était, dès le début, essentiellement politique, puisque la nation fut définie comme le titulaire de la souveraineté et était la source de l'autorité légitime de l'Etat. Dans le contexte de la philosophie des lumières, la nation a été définie par des notions rationnelles et cosmopolites, en sorte qu'il n'existait que des citoyens semblables et égaux. La nationalité a été étendue aux protestants, aux juifs et temporairement aux Noirs des colonies¹¹². Cette primauté de la citoyenneté a été particulièrement bien exprimée par une remarque de Tallien en 1795 : "Il n'y a d'étrangers en France que les mauvais citoyens"¹¹³.

Aux antipodes de cette conception, l'idée fondamentale de la nation s'est trouvée en Allemagne étroitement liée à la création d'une particularité culturelle, appuyée sur une pensée sociale et historique qui se distinguait fortement de l'universalisme de la philosophie française des lumières. En Allemagne, le nationalisme s'est développé avant que n'existe un Etat dans lequel il aurait pu s'exprimer ; par conséquent, l'idée allemande de la nation n'a pas été politique, mais liée à la notion abstraite de la nationalité. Elle était basée sur une forte relation entre culture, langue et filiation, et non pas

¹⁰⁹ Brubaker, op. cit., p. 76.

¹¹⁰ StAng.-R-KO, art. 116 GG, n° 12.

¹¹¹ Brubakers, p. 165.

¹¹² Pierre-Patrick Kaltentbuch dans : le Monde, 3 juillet 1993.

¹¹³ Brubakers, Der Staat, 1989, p. 1 (19).

sur la relation de citoyenneté comme en France. La nation n'est pas comprise comme une essence politique et abstraite, mais comme une communauté culturelle, linguistique et raciale. La conception est ethno-culturelle¹¹⁴.

En France, une conception politique et territoriale de la nation a pu percer grâce à la domination du territoire par la monarchie, tandis que se développait en Allemagne une conception ethno-culturelle dans une pluralité de territoires souverains et dans un empire supra-national qui n'a jamais réussi à donner le jour à un nationalisme fédéral, comme le révèle clairement la première loi de la nationalité, où n'existent que les nationalités des Länder¹¹⁵.

On pourrait rétorquer que cette vision est trop catégorique, que le nationalisme allemand n'a jamais été purement culturel et non-politique, que le nationalisme français n'a pas toujours été cosmopolite et rationnel. On pourrait, par exemple, invoquer la politique d'assimilation de la Révolution et de Napoléon. La multiplicité de langues a été condamnée et l'unité linguistique considérée comme indispensable. Mais cette politique était marquée par des considérations plus purement politiques qu'ethno-culturelles et il faut souligner que l'assimilation n'a pas coïncidé avec une conception faisant prévaloir des critères "naturels" - comme le fait une conception purement ethnique. L'assimilation suppose la croyance que l'Etat peut transformer des étrangers en citoyens, ou des immigrés en Français.

Comme l'explique clairement Brubakers¹¹⁶ : "C'est une chose de souhaiter que l'on puisse influencer tous les citoyens d'une façon telle qu'ils parlent tous utopique, c'est une toute autre chose de souhaiter que l'on puisse transformer tous ceux dont la langue est utopique en citoyens d'Utopia". On peut dire que le premier souhait reflète le système français, tandis que le deuxième décrit le système allemand. Il reste que, si cette distinction est assez catégorique, ces conceptions continuent à jouer un rôle important dans les réglementations actuelles de la nationalité en France et en Allemagne. La croyance que l'on peut transformer des immigrés turcs en Allemands fait toujours défaut en Allemagne. Dans chaque discussion sur l'attribution de la nationalité d'origine aux immigrés de la deuxième génération, est repris en réponse l'argument que cela ne touchera à aucun moment le problème d'assimilation et d'immigration¹¹⁷. Aussi s'explique la prédominance du *ius sanguinis* et le traitement privilégié des immigrés d'appartenance ethnique allemande, et c'est également au nom de cette conception ethnique que la réunification de l'Allemagne a été faite et que se poursuit le travail d'intégration entre les deux parties de l'Allemagne¹¹⁸.

¹¹⁴ Brubakers, *Der Staat*, 1989, p. 1 (14).

¹¹⁵ Rudolf von Thadden dans : *Le Monde*, 3 juillet 1993, p. 1 et 7.

¹¹⁶ Brubakers, *Der Staat* 1989, p. 1 (20).

¹¹⁷ Georg Paul Hefty, *FAZ*, juin 1993, p. 1, Rudolf Augstein, *Der Spiegel*, 1 nov. 1993, p. 40.

¹¹⁸ Rudolf von Thadden dans : *Le Monde*, 3 juillet 1993, p. 1 et 7.

Il existe également en France des préventions de certains immigrés envers la nationalité française, ce qui n'étonne guère puisqu'ils sont souvent désignés comme les responsables du chômage, des crises dans les écoles et de la détérioration des villes¹¹⁹. En France, l'immigration n'est pas constitutive de la nation, même si de nombreux étrangers se sont progressivement incorporés à la communauté nationale. La société française repose quand même sur un droit de la nationalité qui prend aussi sa source dans la filiation, tout en conférant une part non négligeable à la naissance sur le sol national, à la résidence et à la volonté de devenir Français¹²⁰.

Toutes ces questions sont liées à la mise en oeuvre de conceptions différentes de la nationalité en France et en Allemagne. Nous allons voir les effets de leur application dans la troisième partie.

¹¹⁹ Thankmar von Münchhausen, FAZ, 12 février 1994.

¹²⁰ Costa-Lascoux, p. 111.

Partie III : LES EFFETS DE L'APPLICATION DES DEUX PRINCIPES DE LA NATIONALITÉ

On a déjà signalé que le choix d'un principe de nationalité est largement lié au problème de l'immigration. Mais à côté de ce "vieux" problème, se pose aujourd'hui une nouvelle question : celle de l'influence des principes retenus sur le droit communautaire et surtout l'effet en retour de ce dernier sur les différents principes appliqués. Nous envisagerons donc ces deux aspects dans les deux derniers chapitres :

Chapitre I : Les effets sur l'immigration

Chapitre II : Les effets sur la notion de la nationalité - Perspectives dans le cadre de l'Union européenne.

Chapitre I : Les effets sur l'immigration

L'acquisition de la nationalité est souvent présentée comme un moyen d'intégration des étrangers. Nous examinerons d'abord si ce moyen est vraiment une voie vers l'intégration (Section 1). De cet examen découle directement la question de la double nationalité (Section 2).

Section 1 : L'acquisition de la nationalité - une voie vers l'intégration ?

Nous avons déjà constaté que l'Allemagne et la France poursuivent, chacune conformément à sa conception de la nationalité, des politiques de naturalisation différentes et que ces différences de conception ont une forte influence sur l'immigration.

Les grands pays d'immigration, tels les Etats-Unis, le Canada ou l'Australie conçoivent l'acquisition de la nationalité du pays de résidence comme l'étape ultime du parcours de l'immigrant. Corrélativement, leur politique migratoire se veut très sélective à l'entrée.

L'Europe, en revanche, n'est pas une région d'immigration classique ; elle a quand même connu de grandes vagues de mouvements de population. C'est ainsi que dans les années soixante et soixante-dix, on a eu recours à des travailleurs venant d'Italie, de Grèce, d'Espagne, du Portugal, de Yougoslavie et de Turquie. A l'origine, personne ne pensait que les travailleurs immigrés allaient rester. Pourtant, au cours des années soixante-dix, apparurent les premiers signes d'une installation durable des travailleurs temporaires.

Le gouvernement allemand lança alors le leitmotiv de sa politique d'immigration : "Nous ne sommes pas un pays d'immigration" et la naturalisation y reste toujours une exception¹²¹. Mais dans la même période

¹²¹ Brubakers, p. 171.

ou le gouvernement essayait - sans grand succès d'ailleurs - de faire retourner les travailleurs essentiellement turcs en Turquie, il favorisait l'immigration des Allemands d'appartenance ethnique de l'Est. Le statut de ces immigrants allemands faisait ressortir de plus en plus le contraste avec le statut des immigrés turcs qui restaient exclus de la citoyenneté.

En France à la même époque, l'incorporation des immigrés se faisait essentiellement par la règle de *jus soli*. En Allemagne, les voix qui prônaient l'introduction du *jus soli* pour la 3^{ème} génération d'étrangers¹²² restaient systématiquement ignorées. Ce qui constitue une tradition en France n'est pas normal en Allemagne. En revanche, la remise en question du statut des immigrés allemands ethniques n'était pas, et n'est peut-être pas encore, politiquement possible.

Malgré ces différences, il serait trop simple d'opposer les "mauvais Allemands", partisans aveugles du droit du sang et de l'ethnie, aux "bons Français", plus libéraux et plus ouverts. Il est vrai que les excès racistes qui ont eu lieu en Allemagne ces dernières années et qui avaient pour cible prioritaire les demandeurs d'asile, mais également les immigrés turcs¹²³, n'ont jamais pris des proportions comparables en France. Ceci ne veut pas dire qu'en France, il n'y ait pas de problèmes importants d'immigration. Bien au contraire, il y a également du racisme, de la violence, de l'hostilité¹²⁴ envers les immigrés, même contre ceux qui sont nés en France et qui ont la nationalité française.

Du fait de la différence des systèmes de nationalité en France et en Allemagne, la discussion sur les problèmes de l'immigration est d'une autre nature. En Allemagne, la question tourne autour l'introduction du *jus soli* et, surtout, autour de l'admission de la double nationalité, tandis qu'en France la discussion porte surtout sur les notions mêmes de nationalité et de citoyenneté. Aux extrémités de l'éventail politique, les uns doutent de l'assimilation par l'obtention "formelle" de la nationalité française, les autres demandent une application pure et simple, automatique, du droit du sol aux étrangers nés en France. Les critères de la citoyenneté dans les "sociétés plurielles" sont ainsi au coeur d'une réflexion prospective sur l'évolution démographique des Etats et les modalités de participation aux instances démocratiques¹²⁵.

Cent mille étrangers acquièrent chaque année la nationalité française, dont un cinquième sont des enfants nés en France de parents étrangers. Par cette voie, le nombre des Français augmente d'un million tous les 5 ans. Mais beaucoup demeurent étrangers. Dans le passé, l'assimilation a assez bien

¹²² Voir la proposition des Sociaux-Démocrates en 1980.

¹²³ Le Monde, 11 février 1992, p. 1 et 10.

¹²⁴ Bernard, p. 140.

¹²⁵ Costa-Lascoux, p. 117 ; Bernard, p. 51.

fonctionné, mais depuis le milieu des années soixante-dix, elle n'est plus aussi naturelle qu'auparavant. Le reste de la population se montre moins libéral, les minorités s'isolent plus fortement, l'immigration est devenue plus voyante¹²⁶. En outre, elle se répartit irrégulièrement sur le territoire. Alors que la France compte 6,4 % d'étrangers, la région Ile-de-France en concentre 12,9 %. Ensemble, les trois régions les plus peuplées - Ile-de-France, Rhône-Alpes et Provence-Côte d'Azur - rassemblent 60 % des étrangers de l'hexagone¹²⁷. Dans des grandes villes comme Paris, Lyon et Marseille, certains quartiers de banlieue ne sont habités que par des minorités étrangères et ont été, dans les dernières années, le cadre de révoltes et de troubles racistes semblables à ceux que l'on voit aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. La police évite certaines banlieues¹²⁸. L'approfondissement des inégalités et la fragilisation du corps social se traduisent par la montée de l'intolérance et des comportements xénophobes.

C'est pourquoi la question se pose aujourd'hui de savoir si l'acquisition "automatique" de la nationalité française n'a pas entretenu l'illusion d'une assimilation formelle qui comblerait miraculeusement les inégalités de fait ou gommerait les conflits de culture.

Français par la carte d'identité, ils deviennent étrangers par le faciès. Dès lors, ces Français partagent les problèmes des autres immigrés. On pourrait croire que la carte d'identité française constitue un passeport contre la discrimination, mais il n'en est pas ainsi. La marginalisation dans laquelle les citoyens français de race noire se sentent trop souvent tenus démontre bien que le problème actuel de l'immigration ne saurait s'appréhender dans les seuls termes de la nationalité.

On ne peut donc dire que l'attribution automatique de la nationalité, ainsi qu'une politique libérale de naturalisation, résoud tous les problèmes créés par l'immigration.

Pourtant, la France compte avec les Etats-Unis et le Canada parmi les pays industrialisés dont le pourcentage de la population issue de l'immigration est le plus important. 18 millions de Français sont des descendants d'immigrants de la première, de la deuxième ou de la troisième génération. Plus d'un tiers de la population française est donc d'origine étrangère et l'assimilation a été parfaite dans beaucoup de cas¹²⁹.

La politique française d'assimilation a bien fonctionné pendant longtemps et les effets positifs de l'assimilation se remarquent encore dans la vie quotidienne. Si, depuis le XIX^{ème} siècle, la France a su intégrer un nombre assez important d'étrangers, c'est aussi parce que, au-delà des clivages creusés par la langue ou les traits caractéristiques des communautés étrangères, le

¹²⁶ Thankmar von Münchhausen, FAZ, 12 février 1994.

¹²⁷ Bernardi, p. 59.

¹²⁸ Thankmar von Münchhausen, FAZ, 12 février 1994.

¹²⁹ Stasi, p. 63, ; Pierre-Patrick Kaltenbach dans *Le Monde* 3 juillet 1993, p. 1 et 7.

catholicisme constituait un puissant élément intégrateur. Même en période de déchristianisation, une sorte de reconnaissance pouvait s'accomplir par le biais des communautés paroissiales, le clergé, la participation au culte, voire la fréquentation d'écoles privées. Avec une communauté musulmane, cet élément assimilateur n'existe pas¹³⁰.

Présenté comme la deuxième religion de la France, par le nombre estimé de ses fidèles, l'islam focalise les plus vives des inquiétudes liées à l'immigration. La religion musulmane est perçue comme un facteur rendant les Maghrébins inassimilables. Son acclimation en France révèle, en réalité, la sédentarisation de l'immigration, en même temps qu'elle réveille les controverses sur la laïcité. C'est pourquoi certains réclament un islam réformé et laïcisé¹³¹.

La sensibilité de l'opinion à la question de l'islam a été révélée par les conflits entre musulmans et collectivités publiques par rapport à l'affaire dite "des foulards islamiques". L'exclusion de plusieurs élèves musulmanes d'un collège pour port d'un foulard en classe a ouvert une grande discussion sur l'islam et la laïcité. L'affaire a fait ressurgir la vieille ambiguïté du concept de laïcité, à la fois arme de guerre anticléricale et principe de liberté et de tolérance¹³². Les mêmes circonstances ne créeraient en Allemagne aucun problème. Le foulard islamique est porté sans conflits dans les établissements scolaires allemands. Le principe de la laïcité n'existe pas ; par contre, il existe une tradition de tolérance religieuse qui est beaucoup plus développée qu'en France et qui s'incarne aussi dans l'idée de société multiculturelle.

Une grande partie de l'opinion se prononce en faveur d'une société multiculturelle, respectueuse des traditions culturelles et du droit à la différence¹³³. Ici encore on retrouve les différences de conception sur la nationalité et la (non) croyance dans la possibilité de transformation. Alors qu'en France on accorde plus facilement la nationalité à des étrangers qu'en Allemagne, on demande que les immigrés acceptent les règles du jeu, parce que sans cette acceptation il ne peut y avoir de véritable assimilation. En Allemagne, la conception encore déterminante est que l'on doit tolérer un certain degré de différence des immigrés, mais qu'en revanche, ils ne deviennent pas Allemands. En simplifiant, on dira que la différence est qu'un Allemand pense être moderne et aimable avec les étrangers en respectant le plus possible leur identité, alors qu'un Français considère que la meilleure chose qu'il puisse faire c'est de les assimiler, et l'acquisition de la nationalité est un des moyens d'assimilation.

Cette tradition de politique d'assimilation n'existe pas en Allemagne ; bien au contraire, elle est souvent considérée comme désavantageuse. En témoignent

¹³⁰ Stasi, p. 82.

¹³¹ Pierre-Patrick Kaltentbuch dans *Le Monde* 3 juillet 1993, p. 1 et 7.

¹³² Bernard, p. 135.

¹³³ Rudolf von Thadden dans *Le Monde* 3 juillet 1993, p. 147.

les expressions utilisées, telles "*Zwangsgermanisierung*" (germanisation par contrainte) et "*Eindeutschung*" (allemanisation [?]). Il est remarquable que ces expressions ne sont pas seulement utilisées par les hommes politiques, mais par les immigrés eux-mêmes, qui ont peur de perdre leur identité et leur liberté. C'est pourquoi la discussion s'oriente souvent vers l'assimilation juridique des immigrés sans acquisition de la nationalité¹³⁴. Ceci explique également qu'au niveau local des formes de droits de citoyenneté indépendants de la nationalité soient beaucoup plus développés qu'en France¹³⁵. Toutefois, la discussion évolue en Allemagne en direction de la tradition française. Plusieurs affirment que la réglementation actuelle a sa tradition, mais que celle-ci n'est plus adaptée¹³⁶.

Ceci est vrai dans la mesure où pour beaucoup de jeunes Turcs, des portes restent fermées dans la vie quotidienne en Allemagne, par défaut de nationalité ; ainsi, ils ne peuvent ni devenir policier ou fonctionnaire, ni occuper aucune fonction dans l'administration publique. La prise de conscience de l'existence d'une grande différence entre les immigrés des années soixante et ceux des générations actuelles, qui ont grandi en Allemagne, n'est pas encore suffisamment développée. Les jeunes immigrés sont partagés entre leurs traditions, transmises par les parents, et leur vie individuelle, qu'ils ont menée en Allemagne. Le nombre minime de ceux qui se sont fait naturaliser dans la période récente, même à partir de la libéralisation de 1991, montre que la plupart des étrangers ne veulent pas renoncer à leur nationalité d'origine.

Etant donné, d'une part, la spécificité de l'approche allemande et, d'autre part, les discriminations subies par les jeunes immigrés pour la seule raison qu'ils n'ont pas de passeport allemand, une solution pourrait être d'admettre le *jus soli*, peut être pas de manière automatique mais sur déclaration expresse, pour les jeunes nés en Allemagne, tout en maintenant l'obligation, dans la procédure normale de naturalisation, de renoncer à la nationalité d'origine. Pour beaucoup de jeunes, la double nationalité signifie reconnaissance des origines. Elle favorise, par là-même, le sentiment de l'appartenance à une entité culturelle, religieuse, sociale, et à une communauté historique. Le maintien des liens juridiques et des identités collectives peut être une condition d'équilibre personnel et familial et être une question de dignité. En cela, la double nationalité constitue une garantie de meilleure insertion dans le pays de résidence et une sécurité dans l'éventualité d'un retour au pays d'origine¹³⁷. Il reste que pour permettre à ces jeunes d'acquérir la nationalité, soit par *jus soli*, soit éventuellement par naturalisation, comme beaucoup le proposent, il faudrait d'abord admettre le

¹³⁴ Projet de loi des "Die Grünen", BTDr. n° 10/1356.

¹³⁵ Brubakers, *Der Staat* I, p. 29.

¹³⁶ Comme la déléguée aux étrangers Cornelia Schmalz-Jakobsen, dans *Le Monde* du 11 février 1992, p. 10.

¹³⁷ Costa-Lascoux, p. 137.

principe de pluralité de nationalité, ce que précisément on évite en Allemagne.

Section 2 : La double nationalité : une solution du problème ?

En France, la double nationalité est admise facilement. La naturalisation ne suppose pas de renoncer à la nationalité d'origine et le principe de *jus soli* crée automatiquement des cas de double nationalité, puisque la France ne peut pas interdire aux autres Etats d'accorder leur nationalité d'après le principe de la filiation aux descendants de leurs nationaux immigrés en France.

En revanche, l'Allemagne tient fortement à éviter la double nationalité. Elle prétend poursuivre un objectif international, celui de diminuer les cas de double nationalité puisque ceux-ci donnent matière à des conflits internationaux.

En droit international, un individu peut avoir plusieurs nationalités, on parle alors de conflits de nationalité. Le conflit de nationalité positif naît de la pluripatrie dont l'illustration la plus courante est la double nationalité. Un conflit entre Etats apparaît surtout en cas de protection diplomatique. Dans le cas d'une double nationalité, la pratique internationale veut qu'aucune réclamation diplomatique ne puisse être exercée à l'encontre d'un Etat dont le particulier est également le national. Cette règle, déjà admise avant la Première Guerre mondiale¹³⁸, a été reprise dans l'art. 4 de la convention de La Haye de 1930 relative à la nationalité : "Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national". Malgré la portée pratique limitée de ce dernier texte, on peut voir dans cette règle une "pratique généralement suivie"¹³⁹. Cela diminue sensiblement l'intérêt de la double nationalité, puisqu'il y a partage et non addition des privilèges. La nationalité et la citoyenneté sont liées à des droits et des obligations envers l'Etat, elles exigent la loyauté envers l'Etat. Par conséquent une double nationalité peut être origine de conflit et en droit international, et certaines règles de droit international tendent à éviter de tels cas.

L'argument est souvent avancé en Allemagne, que le droit international interdirait l'introduction en droit national de possibilités de double nationalité. Cet argument se fonde notamment sur la Convention de Strasbourg du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités, ainsi que sur des principes généraux du droit international¹⁴⁰. Pourtant, des cas de doubles nationalités résultent inévitablement de

¹³⁸ Affaire Canevaro, CPA 3 mai 1912 R.G.D.I.P. 1913, p. 328.

¹³⁹ Avis de la CIJ de 11 avril 1949 dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, Rec. 1949, p. 186.

¹⁴⁰ Rüttsieg, NJW 1990, p. 1401 (1402).

l'application des critères d'attribution reconnus au plan international. Ces cas étaient déjà courants dans le passé et ils n'ont jamais été mis en question par le droit international public. Certains Etats (Italie, Autriche, Suisse et Allemagne) ne considèrent pas que la double nationalité soit un obstacle à l'attribution dès la naissance, mais ils ne l'acceptent pas en cas de naturalisation postérieure. Dans d'autres Etats (la France, la Belgique et le Royaume-Uni) la naturalisation est indépendante de la prise en considération de l'existence d'une autre nationalité du demandeur. Aucune disposition du droit international public n'interdit cette pratique.

La jurisprudence allemande, ainsi que le législateur, y opposent le dogme selon lequel il faut absolument éviter les cas de double nationalité¹⁴¹, tout en reconnaissant que le droit international ne l'interdit pas¹⁴². La Convention de Strasbourg dispose dans son art. 1^{er} que tous les nationaux majeurs d'une partie qui expriment la volonté d'acquérir la nationalité d'une autre partie par naturalisation, option ou réintégration, perdent leur nationalité antérieure. Il n'est pas possible de garder l'ancienne nationalité. Mais cet article 1^{er} ne traite que de l'acquisition par naturalisation, option et réintégration et ne concerne pas l'acquisition par la naissance. Les parties à la Convention de Strasbourg peuvent donc attribuer leur nationalité à des personnes nées sur leur territoire ou à des personnes nées de parents nationaux sans tenir compte des cas de double nationalité qui en résultent¹⁴³. Il ne fait donc pas obstacle à l'introduction du *jus soli* en droit allemand.

Cet article 1^{er} a été souvent compris comme interdisant la naturalisation en cas de maintien de la nationalité d'origine. Or cet article prête à confusion. La lettre du texte établit une obligation synallagmatique entre les parties. Le débiteur de l'obligation est l'Etat de la nationalité d'origine et non celui de la naturalisation. L'obligation pour l'Etat d'origine consiste à renoncer aux nationaux qui acquièrent une autre nationalité. Plus précisément, c'est l'obligation d'introduire dans le droit de la nationalité une règle selon laquelle le national qui acquiert une autre nationalité par naturalisation, option ou réintégration perd automatiquement sa nationalité d'origine¹⁴⁴. On doit souligner que ni la Turquie, ni la Grèce, ni la Yougoslavie, n'ont ratifié cette convention, étant donné que leur politique est précisément de ne pas renoncer à leurs nationaux. En revanche, le droit turc admet sans problème une double nationalité¹⁴⁵. En résumé, on peut donc dire que la double nationalité reste possible. Il est vrai qu'elle peut créer des conflits.

¹⁴¹ BVerfGE 37, 217 (254) ; 64, 7 (10).

¹⁴² BVerfGE 37, 217 (218).

¹⁴³ Rittstieg, NJW 1990, p. 1401 (1404).

¹⁴⁴ Rittstieg, NJW 1990, p. 1401 (1404), Franz, ZAR 1988, p. 149 (151).

¹⁴⁵ Nomer, JZ 1993, p. 1142 (1142).

En ce qui concerne les personnes, la double nationalité entraîne :

- une relative instabilité du statut personnel par suite des difficultés de détermination du droit applicable - le droit de la famille et des successions en fournissant des illustrations quotidiennes - et
- une soumission à des devoirs cumulés, tel le service national¹⁴⁶.

Les Etats envisagent avec réticence les conséquences de la double nationalité, à savoir les difficultés dans l'application des conventions internationales - notamment les conventions judiciaires -, la contrariété ou l'incompatibilité de décisions judiciaires, les conflits de lois avivés par l'appartenance à des systèmes normatifs très éloignés¹⁴⁷. Toute aggravation des relations diplomatiques, manifestation publique ou discours virulent peuvent transformer le bénéfice de la double nationalité en motif de suspicion¹⁴⁸. Il faut en conclure que les avantages de la double nationalité ont leurs revers.

L'observation des problèmes qui existent en France amène à la conclusion que la double nationalité ne suffit pas à les éviter. Il est intéressant de constater que la manière dont est posé le problème en France est toute autre qu'en Allemagne. Tandis qu'en Allemagne, on se demande si l'admission de la double nationalité pourrait faciliter l'assimilation et résoudre les problèmes de l'immigration, certains se demandent en France si l'augmentation du nombre des doubles nationaux ne risque pas de créer des conflits socio-politiques susceptibles de peser négativement sur l'ensemble des immigrés¹⁴⁹. La discussion se trouve donc déjà à un tout autre stade, que l'on pourrait qualifier de "stade de retour".

Quels que soient les arguments qui lui sont opposés, la double nationalité reste quand même un pas important dans la politique d'immigration, même s'il ne s'agit point d'une solution définitive et parfaite.

Les chances de résoudre les problèmes posés par l'immigration dépendent en premier lieu de la tolérance de la population nationale et de l'adaptation des étrangers. Ce qui rend difficile la cohabitation, c'est la différence vécue, la différence de race, de mode de vie, de religion. Ce qui permet la cohabitation, c'est la différence acceptée et surtout la différence ressentie comme un enrichissement mutuel¹⁵⁰.

Ce qui est valable pour l'immigration sur le plan national vaut également sur le plan européen. Étant donné que l'Union européenne devient aussi de plus en plus une union politique, il est intéressant d'analyser également les influences réciproques des différents droits nationaux et du droit de l'Union européenne.

¹⁴⁶ Martiny, *JZ* 1993, p. 1145 (1150).

¹⁴⁷ Costa-Lascoux, p. 139.

¹⁴⁸ Voir par exemple comme exemple extrême l'affaire Rushdie.

¹⁴⁹ Costa-Lascoux, p. 140.

¹⁵⁰ Stasi, p. 105.

Chapitre II : Les conséquences sur la notion de la nationalité - Perspectives dans le cadre de l'Union européenne

Les rapports entre le droit national et le droit communautaire pouvant se développer dans deux directions, nous examinerons successivement les effets du droit communautaire sur les principes appliqués dans les droits nationaux (Section 1) puis les effets des droits nationaux sur le droit communautaire (Section 2).

Section 1 : Les effets du droit communautaire sur les principes appliqués dans les droits nationaux

L'accélération de la construction européenne conduit à s'interroger sur l'influence du droit communautaire sur le droit de la nationalité des Etats membres.

Le traité de Rome ne contenait aucune disposition relative à l'octroi de la qualité de national d'un Etat membre. Il comporte en revanche des dispositions importantes concernant les effets de la qualité de ressortissant d'un Etat membre sur les territoires des autres Etats : est notamment interdite toute discrimination à raison de la nationalité dans le domaine économique, social et financier¹⁵¹.

En revanche, le traité de Maastricht introduit dans ses nouveaux articles 8 à 8E un statut de citoyenneté de l'Union : "Ont la citoyenneté de l'Union, les personnes qui ont la nationalité d'un Etat membre". Une série de droits est rattachée à cette citoyenneté : le droit de circuler librement et de séjourner dans les Etats membres, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et des députés au Parlement européen, le droit de pétition au Parlement, le droit de s'adresser au médiateur désigné par le Parlement, le droit sur les territoires d'Etats tiers à une protection diplomatique et consulaire.

La mise en oeuvre de ces droits doit faire l'objet de dispositions particulières, dont certaines existent déjà. Avant le traité de Maastricht, quelques mesures avaient été adoptées, qui préfigurent une "politique du citoyen". L'ensemble de ces dispositions et celles du traité de Maastricht composent un véritable statut du citoyen européen, dans lequel on peut distinguer :

- l'organisation et la facilitation de l'exercice de libertés communautaires (non économiques),
- l'organisation des droits civiques¹⁵².

Mais il n'y a pas de véritable lien de loyauté et de protection entre le citoyen européen et l'Union européenne ; il y a plutôt énumération des droits. En outre, le droit communautaire se distingue fortement de la solution de

¹⁵¹ Courbe, p. 32.

¹⁵² Carton, p. 261.

nationalité adoptée par le droit national, puisque la citoyenneté se distingue encore clairement de la nationalité. Plus précisément, la citoyenneté européenne est conditionnée par la qualité de national d'un Etat membre. L'Etat seul continue à avoir le droit de légiférer en matière d'attribution de sa nationalité à un ressortissant¹⁵³. La citoyenneté de l'Union ne se substitue en aucune manière à la citoyenneté nationale. La question de savoir si une personne a la nationalité d'un Etat membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'Etat membre concerné. La définition des conditions d'acquisition et de perte de la citoyenneté européenne ne sont pas déterminées directement par le droit communautaire, mais indirectement par le droit de l'Etat membre (ou des Etats membres) dont il a la nationalité. Aucune disposition du traité sur l'Union européenne n'implique ni ne prévoit un engagement visant à créer une citoyenneté de l'Union au sens de la citoyenneté d'un Etat nation¹⁵⁴.

Il s'agit donc d'une construction fédéraliste de la citoyenneté. Le Parlement européen, qui aurait préféré une solution unitaire, n'a pu l'imposer¹⁵⁵. La construction finalement choisie met en évidence le fait que la citoyenneté européenne n'écarte ni la nationalité, ni les droits individuels qui résultent de la nationalité des Etats membres, mais qu'elle les complète et s'y superpose¹⁵⁶.

Ceci montre encore une fois que les Etats membres ne sont pas (ou pas encore) prêts à abandonner à la compétence de l'Union européenne des domaines qui sont fortement l'expression de leur souveraineté, qui touchent aux particularités politiques, historiques et démographiques et diffèrent donc fortement d'un Etat membre à l'autre.

Par conséquent, la notion de nationalité dans les Etats membres n'est pas touchée par le droit communautaire et celui-ci n'a pas d'effets directs sur les différents systèmes de nationalité en Europe.

Section 2 : Les effets des droits nationaux sur le droit communautaire

En revanche, le droit communautaire et le fonctionnement de l'Union européenne sont influencés par le droit de la nationalité des Etats membres.

Il résulte de la construction adoptée dans le traité de Maastricht que les Etats membres gardent leurs différents systèmes de nationalité dont découlent des différences frappantes quant au traitement des étrangers. L'acquisition de la citoyenneté européenne est donc plus ou moins difficile, en fonction du droit applicable dans chaque Etat membre. Tandis qu'en France et en Grande-

¹⁵³ CJCE 7 juillet 1992, affaire *Micheletti e. a. c/ Delegación del Gobierno en Cantabria*.

¹⁵⁴ R(1)M 1993, p. 147.

¹⁵⁵ Décision du 12 novembre 1991, JOCE 1991 n° C 326/205.

¹⁵⁶ Degen, DÖV, p. 749 (751).

Bretagne, 2,5 % et 3 % des étrangers sont naturalisés, ils ne sont que 1 % en Allemagne. Il en découle des différences par rapport aux droits liés à la citoyenneté de l'Union, à laquelle les étrangers peuvent plus ou moins facilement accéder. Ceci mène à une inégalité.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le problème pouvait encore être résolu par la conclusion entre la Communauté européenne et les pays dont nombre de nationaux résidaient dans la Communauté, comme par exemple la Turquie, d'accords d'association conférant de multiples droits (mais toujours pas civiques) aux travailleurs immigrés. Mais depuis que le traité de Maastricht a créé un véritable statut de citoyenneté, l'inégalité se creuse. Il peut en découler de nouveaux problèmes d'immigration, car le droit de la nationalité est loin d'être homogène d'un pays européen à l'autre.

Nous avons déjà analysé la différence fondamentale entre la France et l'Allemagne.

Au Royaume-Uni, la citoyenneté britannique, longtemps accordée à tous les ressortissants de l'empire sur la base du droit du sol, est réservée depuis 1981 aux personnes qui soit ont un parent britannique, soit sont nées au Royaume-Uni alors que l'un des parents y était lui-même installé. Le mariage avec un Britannique ne donne pas le droit automatique à la nationalité : une procédure simplifiée de naturalisation est exigée. Le délai de séjour minimum pour la naturalisation est de 5 années, comme en France.

En Belgique, les critères du lieu de naissance et de la filiation se combinent. Les parents étrangers d'un enfant né en Belgique peuvent demander pour lui la nationalité pendant sa minorité, à condition que l'un d'entre eux doit déjà né dans le pays. Un étranger né en Belgique peut, d'autre part, demander à devenir Belge entre 18 et 22 ans.

En Italie, les étrangers nés en Italie acquièrent automatiquement la nationalité dans trois cas : accomplissement du service militaire, exercice d'un emploi public ou résidence depuis 10 ans au jour de la majorité. Ancien pays d'immigration, l'Italie n'a introduit le droit du sol que récemment.

Aux Pays-Bas, les étrangers peuvent acquérir la nationalité entre 21 et 25 ans s'ils ont toujours résidé dans le pays. Le lieu de naissance est le critère dominant puisqu'un étranger né aux Pays-Bas est Néerlandais si la famille y réside depuis deux générations.

En Espagne, historiquement, le droit du sang domine et a permis de donner la nationalité espagnole aux nombreux Latino-Américains qui s'installent dans le pays.

Mais le droit du sol est également appliqué comme en France, puisqu'un étranger né en Espagne n'acquiert la nationalité que si l'un de ses parents y est lui-même né¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Bernard, p. 36.

L'Allemagne reste donc le seul pays d'Europe, avec la Suisse (qui ne fait pas partie de l'Union européenne) à ne pas tenir compte du lieu de naissance pour l'acquisition de la nationalité. Cette situation ne devrait pas être perdue de vue dans le débat sur la nationalité qui est relancé en Allemagne.

En tout cas, les Etats membres devraient parvenir un jour à harmoniser leurs pratiques vis-à-vis des étrangers, qu'il s'agisse d'immigrés à la recherche d'un meilleur niveau de vie ou d'étrangers qui se trouvent déjà sur le territoire de l'Union européenne, qu'ils aient ou non la nationalité d'un Etat membre. Une politique commune de l'immigration sera donc indispensable et les Etats doivent être prêts à réfléchir sur les systèmes de nationalité qu'ils ont adoptés et tellement défendus jusqu'à ce jour.

Bibliographie

I. Documents officiels

Documents français :

- Rapport de l'Assemblée Nationale (n° 125) sur la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 (JO du 23 juillet 1993).
- Rapport du Sénat (n° 331 [1992-1993]) sur la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 (JO du 23 juillet 1993).
- Rapport de la Commission de la Nationalité présenté par M. Marceau Long : "Être Français aujourd'hui et demain", 1988, 2 tomes, Union générale d'édition, Paris.

Documents allemands :

- BTDr. 10/1356.

Documents de la Communauté européenne :

- Décision du Parlement Européen du 12 novembre 1991, JOCE 1991 n° C 326/205.
- Rapport sur le Conseil Européen à Edinbourg, 11 et 12 décembre 1992, Revue Trimestrielle de droit européen, 1993 p. 147 (cité RTDE).

Convention de La Haye du 7 février 1923.

Convention de Strasbourg du 6 mai 1963.

Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (Maastricht).

II. Décisions jurisprudentielles

- CPJ, avis n° 4 sur les décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, série B, n° 4, p. 24.
- CPJ, avis n° 7 sur l'interprétation du Traité des minorités du 28 juin 1919 entre la Pologne et les Puissances Alliées, série B, n° 7, p. 16.
- CPA, 3 mai 1912, affaire Canevaro, RGDI 1913, p. 328.
- CIJ, avis du 11 avril 1949, affaire de la réparation du service des Nations Unies, Rec. 1949, p. 186.
- CIJ, 6 avril 1955, affaire Nottebohm, Rec. 1955, p. 4.
- CJC, 7 juillet 1992, affaire Micheletti, Rec. 92, Aff. C 369/90.
- Conseil Constitutionnel, 20 juillet 1993, n° 93-321, JO du 23 juillet 1993, p. 10391.
- BVerfGE 37, 217.
- BVerfGE 64, 7.

III. Articles de doctrine

- | | |
|----------------------------------|--|
| Barret-Kriegel, Blandine : | L'étranger et le national, Gazette du Palais, 3 et 4 février 1993, n° 34 et 35, p. 13. |
| Brubakers, Rogers : | Einwanderung und Nationalstaat in Frankreich und in Deutschland, Der Staat 1989 p. 1. |
| Carbasse, Jean-Marie : | L'étranger pour l'historien' du droit, Gazette du Palais, 3 et 4 février 1993, n° 34 et 35, p. 11. |
| Deibel, Klaus : | Deutsche Staatsangehörigkeit und Grundrechte, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1984, p. 322. |
| Favoreu, Gaïa, Philippe, Renou : | Commentaire de la décision n° 93-321 DC du Conseil constitutionnel (Code de la nationalité), Revue française de droit constitutionnel, 1993 n° 16, p. 820. |

- Franz, Fritz : Einbürgerungsanspruch für Nichtdeutsche mit Bleiberecht, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1988, p. 149.
- Gundrun, Hans : 100 Jahre deutsche Staatsangehörigkeit, Das Landesamt (StAZ) 1972, p. 213.
- Grawert, Rolf : Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft, Der Staat 1984, p. 179.
- Huber, Berthold : Das neue Ausländerrecht, Neue Verwaltungszeitschrift (NVwZ) 1990, p. 1113.
- Jellinek, Hansjörg : Einbürgerungsanspruch für die Angehörigen der zweiten Ausländergeneration? Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1982, p. 91.
- John, Barbara : Ausländerstatus als Integrationshemnis, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1987, p. 147.
- Martiny, Dieter : Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht, Juristen Zeitung (JZ) 1993, p. 1145.
- Nomer, Ergin : Türkisches Internationales Privatrecht und doppelte Staatsangehörigkeit, Juristen Zeitung (JZ) 1993, p. 1142.
- Rittstieg, Helmut : Doppelte Staatsangehörigkeit im Völkerrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, p. 1401.
- Schrameck, Olivier : La réforme du droit de la nationalité, Actualité juridique du droit administratif (AJDA) 1993, p. 755.
- Stern, Klaus : Die deutsche Staatsangehörigkeit, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1982, p. 165.

IV. Ouvrages

- Brockhaus Lexikon 1984.
 - Encyclopaedia Universalis 1990.
 - Jurisclasseur droit international, Fasc. 502 A - B1, 502 B - B2, 502 C - B3, 502 D - B4, 502 F - B6.
- Bernard, Philippe : L'immigration, 1993, Le Monde-Edition, Paris.
- Brubakers, Rogers : Citizenship and Nationhood in France and Germany, 1992, Harvard University Press.
- Cartou, Louis : L'Union Européenne, 1994, Dalloz, Paris.
- Costa-Lascoux, Jacqueline : De l'immigré au citoyen, 1989, La Documentation française, Paris.

- Courbe, Patrick : Le nouveau droit de la nationalité, 1994, Dalloz, Paris.
- Hailbronner, Kay et Renner, Günter : Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 1991, Beck, München.
- Lagarde, Paul : La nationalité française, 1989, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris.
- Mage, Tristan : De la nationalité, 1987, Auteur éditeur.
- Stasi, Bernard : L'immigration : une chance pour la France, 1984, Robert Laffont, Paris.

V. Articles de presse

- Le Monde, 11 février 1992, p. 1 et 10.
- Le Monde, 3 juillet 1993, p. 1 et 7.
- Le Monde, 14 juillet 1993, p. 10.
- Le Monde, 22 juillet, 1993, p. 6 et 20.
- Frankfurter Allgemeine Zeitung, juin 1993, p. 1 : Georg Paul Hefty, Was doppelte Staatsangehörigkeit wert ist.
- Frankfurter Allgemeine Zeitung, 12 février 1994 : Thankmar von Münchhausen, Das Proletariat von Morgen.
- Der Spiegel, 1 novembre 1993, p. 40 : Rudolf Augstein, Wen provoziere ich denn?