

*N° 448305 et 454519, ADDE et InforMIE (QPC)  
N° 454144, GISTI, SAF et CNB (QPC)*

*6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies*

*Séance du 22 novembre 2021  
Décision du 3 décembre 2021*

## **CONCLUSIONS**

***M. Olivier FUCHS, Rapporteur public***

Trois associations, le syndicat des avocats de France et le Conseil national des barreaux vous ont saisi de recours pour excès de pouvoir contre le décret du 10 novembre 2020 relatif à la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère et contre la décision implicite du Premier ministre refusant d'abroger ce texte. A l'appui de trois requêtes, une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'encontre du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Ce litige est la conséquence d'une maladresse d'autant plus infortunée qu'elle concerne une règle aussi formelle et simple dans l'objectif qu'elle poursuit qu'elle est ancienne. Cette règle, c'est la légalisation, c'est-à-dire l'acte par lequel les autorités consulaires françaises attestent de l'authenticité de la signature et de la qualité du signataire d'un acte établi par des autorités étrangères. De bon sens, puisqu'elle permet de s'assurer que l'acte n'est pas formellement un faux, « la légalisation est pratiquée d'aussi loin que se souviennent les relations internationales » selon la professeure Pascale Deumier<sup>1</sup>. Jusqu'il y a peu, elle trouvait sa source dans l'Ordonnance royale de la Marine d'août 1681, dont l'article 23 disposait que « tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des Consuls ne feront aucune foi en France s'ils ne sont pas par eux légalisés ». Toute royale qu'elle était, cette ordonnance a été abrogée par une ordonnance, celle-ci dans sa version républicaine de l'article 38 de la Constitution, du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

Cette abrogation a tout d'une malfaçon et à tout le moins il n'apparaît pas que sur ce point précis, les effets qu'elle a produits aient été voulus. C'est donc par mégarde que le fondement de la règle a disparu. La règle apparaissait toutefois toujours aussi nécessaire et, faute de base textuelle, et à défaut de neutraliser l'erreur que constituait l'abrogation, c'est dans la coutume internationale que la Cour de cassation l'a alors ancrée par deux arrêts du 4 juin 2009<sup>2</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que « malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août

---

<sup>1</sup> P. Deumier, « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD Civ.*, 2009, p. 490.

<sup>2</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 4 juin 2009, pourvois n° 08-10.962 et 08-13.541, au Bull.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire ».

Cette solution permettait de retrouver une source à la règle. Il paraissait toutefois délicat d'en rester à cet équilibre qui était plutôt précaire et la Cour de cassation, dans chacun de ses rapports annuels à compter de 2009, a inclus comme proposition de réforme de la procédure en matière civile le rétablissement dans la loi de l'exigence de légalisation des actes de l'état civil étranger en mettant en avant le fait, notamment, qu'existait à ce sujet un risque d'insécurité juridique.

C'est la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui a donné suite à ces propositions. Le premier alinéa du II de son article 16 dispose d'abord que « sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet ». Cette formulation, nous y reviendrons, a peut-être créé une insécurité juridique en voulant en résoudre une autre. Le deuxième alinéa de cet article définit la légalisation comme « la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu ». Enfin, le dernier alinéa dispose qu'un « décret en Conseil d'Etat précise les actes publics concernés par le présent II et fixe les modalités de la légalisation », qui est le décret attaqué au principal. Le décret du 10 novembre 2020 précise notamment, ce qu'exprimait déjà l'ordonnance royale et ce qui a toujours été la pratique, que la légalisation relève de l'ambassadeur ou du chef de poste consulaire français en résidence dans l'Etat tiers<sup>3</sup>.

Il en résulte qu'à l'heure actuelle coexistent en France trois procédures différentes permettant d'attester de la régularité formelle d'un acte public étranger. La première est celle de la légalisation. Celle-ci concerne encore environ 130 000 actes par année, mais elle est en perte de vitesse puisqu'elle s'applique sauf engagement international contraire. Or, précisément, il est très courant que l'exigence de légalisation soit allégée du fait de conventions internationales. En particulier, la convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, qui compte actuellement 121 parties contractantes, stipule que la seule formalité qui peut être exigée pour attester de la véracité de la signature, la qualité du signataire et du sceau ou timbre dont l'acte est revêtu est l'apostille. Celle-ci est délivrée, selon un modèle commun établi par la convention, par une autorité désignée par chaque Etat membre pour les actes qu'il délivre. Dans ce cadre, ce ne sont donc plus les autorités consulaires de l'Etat qui reçoit l'acte qui sont mobilisées. Enfin, les règles sont encore allégées entre Etats membres de l'Union européenne – voyez le règlement du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Voir les articles 3 et 4 de ce décret.

<sup>4</sup> Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La constitutionnalité des dispositions du II de l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 est contestée, au motif qu'en ce qu'elles fixent une exigence de légalisation générale et absolue sans prévoir d'aménagement procédural et d'exceptions, elles portent atteinte à plusieurs droits et libertés constitutionnellement garantis, en particulier le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit au respect de la vie privée et à mener une vie familiale normale, le droit d'asile et l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est également soutenu que ces dispositions sont entachées d'incompétence négative et il vous est demandé, par ailleurs, de renvoyer ces questions afin que soit reconnu par le Conseil constitutionnel un droit constitutionnel à la preuve.

1. Les dispositions en cause sont applicables aux litiges. Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le 2<sup>o</sup> du I du même article 16, qui habilite le Gouvernement à déléguer l'accomplissement des formalités d'apostille et de légalisation des actes publics établis par une autorité française et destinés à être produits à l'étranger (décision 2019-778 DC, §53 à 56), il ne s'est en revanche pas prononcé sur les dispositions aujourd'hui contestées.

2. Vous pourrez d'abord, nous semble-t-il, écarter assez rapidement l'argumentation selon laquelle les questions seraient nouvelles, ce qui est soutenu à deux égards.

Il est d'abord soutenu que la question est d'importance au regard du nombre d'actes concernés, mais ce seul élément ne permet pas à nos yeux de considérer que la question présenterait un « intérêt particulier » justifiant son renvoi<sup>5</sup>.

Il vous est dit, ensuite, que ces questions pourraient être l'occasion pour le Conseil constitutionnel de reconnaître un droit à la preuve, c'est-à-dire un droit subjectif processuel recouvrant tant le droit de produire une preuve que celui d'en obtenir une. Les requérants vous rappelle qu'il n'est plus rare, depuis quelques années, que la Cour de cassation fasse référence à ce droit et qu'elle exerce un contrôle de proportionnalité, notamment au regard de la vie privée (voir par exemple Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 avril 2012, n°11-14177, au Bull. et Cass., Soc., 30 septembre 2020, n°19-12058), inspirée en cela par la Cour européenne des droits de l'homme (voyez notamment CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, n°7508/02 et CEDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, n°65097/01).

Vous relèverez toutefois que si le Conseil constitutionnel n'a pas consacré le droit à la preuve comme un droit autonome, il est toutefois loin d'être indifférent au sort de la preuve comme composante du droit à un recours juridictionnel effectif, du droit à un procès équitable et des droits de la défense. Il veille ainsi à la conciliation entre les secrets protégés et l'accessibilité de la preuve (voyez par exemple la décision n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011), à la possibilité pour les parties de contester les conditions dans lesquelles ont été recueillis les éléments de preuve (voyez par exemple décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014) ou encore à ce que certains mécanismes procéduraux ne conduisent pas à avantager excessivement une

---

<sup>5</sup> Selon les termes de Sophie-Justine Lieber dans ses conclusions sur CE,19 juillet 2017, *Me Le Gars*, n° 411070.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

partie dans l'administration de la preuve (voir par exemple la décision n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012). Le Conseil constitutionnel est donc déjà, sans même qu'il reconnaisse un principe autonome, un gardien vigilant de la preuve comme composante essentielle du droit à un recours effectif.

Dans ces circonstances, le critère de la nouveauté ne justifie pas selon nous un renvoi au Conseil constitutionnel.

3. Reste alors le caractère sérieux de la question.

3.1. Il nous semble d'abord que vous pourriez écarter une partie des griefs soulevés si vous acceptiez, dès le stade des questions prioritaires de constitutionnalité, de faire une interprétation conciliante des dispositions législatives en cause en ce qui concerne deux points.

3.1.1. En premier lieu, se pose la question de ce que le législateur a voulu dire en énonçant que pour pouvoir « produire effet » en France, un acte public étranger doit être légalisé. Ce « produire effet » est recouvert d'une part de mystère, en particulier compte tenu de la difficulté de conciliation avec les dispositions de l'article 47 du code civil, aux termes duquel les actes de l'état civil fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays font foi, sauf à ce que d'autres éléments établissent l'irrégularité de cet acte.

Parmi les interprétations possibles, et sans empiéter ni sur le recours au fond, ni sur des demandes d'avis que vous avez récemment reçues et qui tangentent de près les questions que nous venons d'évoquer, l'une des possibilités serait de reconnaître que le législateur, en 2019, n'a pas entendu révolutionner l'administration de la preuve sur ce point mais simplement reprendre en substance les dispositions antérieurement abrogées, en d'autres termes que la légalisation est une procédure ayant pour seul objet de garantir la régularité d'un acte, et plus précisément encore s'assurer de son auteur et non de substance et qu'elle est sans incidence sur la possibilité de présenter un acte étranger, y compris non légalisé, comme preuve devant le juge.

3.1.2. En second lieu, se pose la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par « sauf engagement international contraire ». Cela concerne bien entendu les accords internationaux qui traitent expressément de la légalisation. Vous pourriez également considérer que lorsque l'exigence de légalisation conduirait à méconnaître, *in concreto*, un engagement international, notamment la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou la convention internationale des droits des enfants, l'exception prévue par la loi s'appliquera également.

3.2. Mais quand bien même vous procéderiez à de telles interprétations, la question du droit au recours contre les refus de légalisation n'en reste pas moins délicate.

Compte tenu de ce que le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte, il est certain que si le refus de légalisation relève de la compétence de la juridiction administrative,

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours effectif peut être écarté. Par des arrêts anciens, vous avez reconnu que le refus de légalisation de signature opposé par un maire, la légalisation interne en quelque sorte, qui résulte aujourd'hui du code général des collectivités territoriales, relève de la compétence de l'ordre juridictionnel administratif (voyez CE, 16 janvier 1914, *Duclos, Roncin et autres*, n° 47146, Recueil p. 39 et, plus récemment, CE, 18 mars 1955, *Cardinaël*, aux Tables p. 660).

Nous n'avons pas trouvé, en revanche, que vous ayez eu à connaître de litiges tenant à la légalisation des actes publics étrangers. Votre juge des référés a par ailleurs déjà eu l'occasion d'affirmer que ne relève pas de la juridiction administrative le refus de légalisation opposé en ce qui concerne un acte d'état civil (JRCE, 26 octobre 2004, *M. I...*, n°273392). Une telle solution ne surprend pas, dès lors que vous avez jugé que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître d'une demande relative à la rédaction des actes de l'état civil – voyez votre décision CE, 9 novembre 2007, *M. Sergent*, n°289317, aux Tables. Vous avez très récemment confirmé cette position en ce qui concerne les certificats délivrés par l'OFPRA tenant lieu d'actes d'état civil (CE, 28 octobre 2021, *M. H...*, n° 453810, aux Tables).

De son côté, le juge judiciaire exerce de manière incidente un contrôle de la validité des actes de légalisation en matière d'état civil dans le cadre de litiges relatif à ces actes, par exemple en matière de filiation (voyez par exemple Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 3 décembre 2014, n° 13-27857 ou Cass., 1<sup>ère</sup> civ, 4 décembre 2019, n° 18-50040), mais sans que soit ouvert un recours spécifique contre un refus de légalisation. Dès lors, il nous semble qu'au regard du droit constitutionnel à un recours effectif, l'absence de voie de recours prévue par la loi pose une question sérieuse. Cette question nous paraît d'autant plus délicate dans les cas dans lesquels une procédure est enserrée dans des délais courts, voire très courts, surtout si sont concernées des personnes vulnérables. Nous croyons dès lors opportun que le Conseil constitutionnel ait l'occasion de se prononcer sur cette nouvelle disposition législative et d'apporter des éclairages qui seront à n'en pas douter utile quant à sa portée.

Et par ces motifs, nous concluons à ce que les questions prioritaires de constitutionnalité soient transmises au Conseil constitutionnel.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*