

**COUR DE CASSATION**

---

LM

QUESTION PRIORITAIRE  
de  
CONSTITUTIONNALITE

---

Audience publique du **16 avril 2010**

M. LAMANDA, premier président

Transmission  
À la Cour de justice  
de l'Union européenne

Arrêt n° 12003 ND

n° N 10-40.002

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

---

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

---

**LA COUR DE CASSATION a rendu l'arrêt suivant :**

Vu l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille du 25 mars 2010 transmettant à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité, reçue le 29 mars 2010 ;

Rendue dans l'instance mettant en cause M. Sélim Abdeli ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément aux articles L. 23-6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, R. 461-2, R. 461-4 et R. 461-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique de ce jour ;

Sur le rapport de M. Falcone, conseiller, assisté de M. Borzeix, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations orales de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. Abdeli, l'avis de M. Domingo, avocat général, et après en avoir immédiatement délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu l'article 61-1 de la Constitution ;

Vu les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ;

Attendu que M. Abdeli, de nationalité algérienne, en situation irrégulière en France, a fait l'objet, en application de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, d'un contrôle de police dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ; que le 23 mars 2010, le préfet du Nord lui a notifié un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ; que, devant le juge des libertés et de la détention saisi par le préfet d'une demande de prolongation de cette rétention, M. Abdeli a déposé un mémoire posant une question prioritaire de constitutionnalité et soutenu que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

Attendu que, le 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : *"l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?"* et ordonné la prolongation de la rétention de M. Abdeli pour une durée de quinze jours ; que cette ordonnance a été reçue à la Cour de cassation le 29 mars 2010 ;

Attendu que pour soutenir que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution, le demandeur invoque l'article 88-1 de celle-ci qui dispose que *"la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et*

*du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007" ;*

Qu'il fait valoir que les engagements résultant du traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution, et que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ; qu'il en déduit que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution ;

Attendu que l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 prévoit notamment que *"l'Union... assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures"* ; que cette disposition ne reprend pas la dérogation au principe de libre circulation résultant de la réserve de l'ordre public ou de la sécurité nationale contenue dans la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 ;

Qu'ainsi est posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale à la fois au droit de l'Union et à la Constitution de la République française ;

Attendu que l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, prévoit, dans son alinéa 3, que *"en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation"*, auxquels il appartient de décider de saisir le Conseil constitutionnel ;

Qu'il résulte de ce texte que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité ;

Que l'article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité ; que si le Conseil constitutionnel juge la

disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ;

Que, de même, aux termes de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, la Cour de cassation ne pourrait non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union ;

Que la question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne ;

Que, pareillement, il existe une difficulté sur le point de savoir si les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 78-2 du code de procédure pénale sont conformes à l'article 67 du Traité de Lisbonne ;

Et attendu, d'une part, que le litige met en cause la privation de liberté d'une personne maintenue en rétention, d'autre part, que la Cour de cassation ne dispose que d'un délai de trois mois pour décider du renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ; que ces éléments justifieraient que la Cour de justice de l'Union européenne statuât en urgence ;

#### PAR CES MOTIFS :

Avant dire droit ;

Pose à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1- L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ?

2- L'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui prévoit que "dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté".

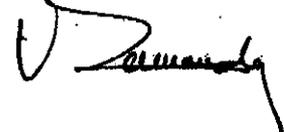
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, et prononcé par le premier président en son audience publique du seize avril deux mille dix ;

Où étaient présents : M. Lamanda, premier président, Mmes Favre, Collomp, MM. Louvel, Charruault, Loriferne, présidents, M. Cachelot, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Falcone, conseiller rapporteur, M. Bargue, conseiller, M. Domingo, avocat général, Mme Lamiche, greffier.

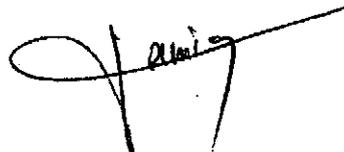
LE CONSEILLER RAPPORTEUR



LE PREMIER PRÉSIDENT



LE GREFFIER



## QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

**Avis  
de  
l'avocat général DOMINGO**

N° QPC : M 10 40 001  
et N 10 40 002

Décisions : ordonnances du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille du 25 mars 2010.

- M. Aziz MELKI  
- M. Sélim ABDELI

Audience du 16 avril 2010

Deux ressortissants algériens MM. Selim ABDELI et Aziz MELKI, démunis de titres de séjour réguliers, ont chacun fait l'objet, le 23 mars 2010, d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention administrative pour laquelle a été sollicitée et obtenue, à compter du 25 mars 2010, une ordonnance de prolongation d'une durée de 15 jours prise par le juge des libertés et de la détention du TGI de Lille.

Devant ce magistrat leur avocat a contesté la régularité de leur interpellation et dans un mémoire écrit distinct déposé le même jour soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 78-2 al.4 du code de procédure pénale en vertu duquel ses clients avaient été contrôlés et interpellés.

Faisant application des dispositions des article 23-1 et 23-2 de l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (introduits par la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009) le juge des libertés et de la détention a ordonné le 25 mars 2010 la transmission, à la Cour de cassation, de la question suivante : "L'article 78-2 al. 4 CPP porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?".

Les deux ordonnances saisissant notre Cour ont été reçues à la première présidence le 29 mars 2010.

### I - Sur la régularité de la saisine

Les deux ordonnances transmises dans les huit jours de leur prononcé et accompagnées des pièces annexes nécessaires renferment une décision identique prise sans délai au vu de deux mémoires écrits motivés, établis distinctement par le conseil des parties, au soutien de sa requête, conformément aux dispositions des articles 23-1 et 23-2 de la loi organique du 7 novembre 1958.

L'analyse de leur contenu fait ressortir que le magistrat a procédé aux vérifications que la loi lui prescrit d'effectuer :

- en relevant que la disposition contestée était applicable au litige en ce qu'elle constituait le fondement d'un moyen d'irrégularité de la procédure préalable au placement en rétention administrative dont la prolongation était sollicitée.

- en considérant que la question relative à la constitutionnalité du texte légal en cause n'était pas dépourvue de caractère sérieux, dès lors que depuis la décision du Conseil constitutionnel prise le 5 août 1993 et concernant la même disposition contestée, un élément nouveau était intervenu, en l'espèce la signature par la France du traité de Lisbonne sur l'Union européenne et le fonctionnement de l'Union européenne.

Ce changement de circonstances (expressément visée à l'article 23-2 § 1° de la loi organique du 7 novembre 1958) entraînait la reconnaissance du caractère sérieux de la question posée.

De l'ensemble de ces éléments il ressort que la saisine de la Cour de cassation est régulière et valable, rien ne faisant obstacle au surplus à ce qu'une telle procédure puisse être initiée et défendue par un auxiliaire de justice autre qu'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Par ailleurs la circonstance que les mémoires émanant du conseil des requérants soient adressés aux président et membres du Conseil constitutionnel est sans incidence sur la validité de la saisine, dès lors que ces documents ont été produits devant le juge des libertés et de la détention et remis à ce magistrat aux fins de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.

### II - Sur les conditions devant être réunies pour justifier une décision de renvoi au Conseil constitutionnel

Aux termes de l'article 23-4 de la loi organique du 7 novembre 1958 « il est procédé (au) renvoi (de la question prioritaire de constitutionnalité) dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

Il est donc nécessaire de vérifier d'abord l'exactitude des constatations opérées par la juridiction du fond en ce qui concerne tant l'applicabilité au litige ou à la procédure de la disposition contestée (ou le caractère de fondement des poursuites qui doit lui être reconnu) que l'absence de décision antécédente du Conseil constitutionnel consacrant la conformité de celle-ci à la Constitution.

Ensuite il revient à la Cour de cassation (ou au Conseil d'Etat) d'apprécier si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque l'une de ces deux dernières conditions est remplie le renvoi de la question au Conseil constitutionnel doit être ordonné.

Il ressort des éléments qui précèdent que les conditions visées aux 1° et 2° de l'article 23-2 doivent se cumuler avec l'un ou l'autre des deux critères alternatifs visés à l'article 23-4 (question nouvelle ou présentant un caractère sérieux) pour légitimer le renvoi.

Selon l'interprétation qu'en a donnée le Conseil constitutionnel l'élément de nouveauté commandant le renvoi de la question ne peut concerner que la situation dans laquelle est en cause l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont la haute juridiction n'a pas encore eu l'occasion de faire application.

La circonstance que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ne peut donc caractériser en soi la nouveauté de la question ; ce qui se conçoit aisément, sinon le 2° de l'article 23-2 priverait de tout contenu l'exigence de nouveauté édictée à l'art. 23-4.

Deux cas distincts se présentent dans cette configuration :

- le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à statuer sur la conformité à la Constitution de la disposition légale contestée. La voie est alors ouverte à la saisine du Conseil constitutionnel pour autant que la question soit nouvelle, c'est à dire requière l'interprétation d'une disposition constitutionnelle sur laquelle il ne s'est pas encore prononcé. A défaut, le caractère sérieux de la question pourra encore légitimer le renvoi.
- le Conseil constitutionnel a déjà rendu une décision déclarant conforme à la Constitution la disposition litigieuse mais un "changement des circonstances"

(expressément prévu par la loi organique du 10 décembre 2009) intervenu postérieurement est susceptible de priver d'effet éliminatoire cette décision.

C'est en l'espèce, par parenthèses, ce qu'a estimé à bon droit le juge des libertés et de la détention auquel, à ce stade de l'examen des conditions posées par l'article 23-2, il n'appartenait pas d'apprécier la nature et la portée des données (traité de Lisbonne, art. 88-1 de la Constitution) ayant introduit apparemment un changement des circonstances dans lesquelles le Conseil constitutionnel avait été appelé à se prononcer le 5 août 1993, mais seulement de vérifier l'existence objective de ces éléments.

Il revient donc à la Cour de cassation d'apprécier si l'avènement de tels faits est susceptible de réaliser un changement des circonstances autorisant à franchir l'obstacle lié à la préexistence d'une décision paraissant avoir déjà répondu à la question.

Mais, cette tâche accomplie, on ne voit pas comment faire l'économie d'une identification en bonne et due forme de la nouveauté - au sens où le Conseil constitutionnel en a défini le contenu - seule susceptible de légitimer le renvoi (en dehors bien sûr de l'hypothèse alternative du caractère sérieux).

A moins de considérer que le ferment de nouveauté introduit par le changement des circonstances intervenues depuis la décision de conformité prononcée par le Conseil constitutionnel suffit en soi à autoriser la Cour de cassation à saisir de la difficulté la haute juridiction, même dans le cas où n'est pas en cause une règle ou un principe constitutionnel sur lequel celle-ci n'aurait pas encore eu l'occasion de faire connaître son avis.

Cette possibilité qu'une stricte lecture de la loi organique de 2009 ne permet pas d'apercevoir, si l'on s'en tient au critère de nouveauté dégagé par le Conseil constitutionnel, aurait le mérite bien qu'elle n'y soit pas tenue d'ouvrir à la Cour de cassation le choix du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question sur laquelle il semble important qu'il prenne position.

Mais cette option n'est-elle pas alors déjà légitimée par le caractère sérieux - en une telle occurrence - de la question soulevée ?

### III - Application à la présente espèce

M. Sélim ABDELI et M. Aziz MELKI ont été interpellés dans le cadre d'un contrôle de police au poste frontière de SAINT-AYBERT (Nord) alors qu'ils circulaient sur l'autoroute A 2 en provenance de Belgique.

Cette opération s'est déroulée dans la bande du territoire national situé à moins de 20 km de la frontière franco-belge.

Le texte légal servant de support à l'action de la police est l'alinéa 4 de l'article 78 du code de procédure pénale aux termes duquel : « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la Convention signée à SCHENGEN le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 km en deçà ... l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au 1er alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi... ».

Dans le cadre du recours exercé par les députés contre la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, le Conseil constitutionnel a été conduit à apprécier la constitutionnalité de l'article 78-2 introduit dans le code de procédure pénale par l'article 1er de la loi.

Par décision rendue le 5 août 1993 le Conseil constitutionnel a validé l'ensemble du dispositif légal sauf en ce qui concerne l'alinéa 4 (ou 8 selon les critères de computation).

Ce texte n'a toutefois été déclaré contraire à la Constitution que pour la partie prévoyant que la ligne tracée 20 km en deçà de la frontière pouvait être portée « dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat jusqu'à 40 km par arrêté conjoint du Ministre de l'intérieur et du Ministre de la justice ».

Autrement dit la règle selon laquelle pouvaient être pratiqués des contrôles d'identité à l'intérieur d'une portion du territoire national comprise entre la frontière terrestre et une ligne tracée à 20 km en deçà , a été validée au regard de l'exigence de constitutionnalité.

A l'appui de sa décision le Conseil constitutionnel a pris en considération:

- les stipulations de la Convention signée à SCHENGEN le 19 juin 1990 supprimant les contrôles des personnes aux « frontières intérieures » sauf pour une période limitée lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent.

- le bien fondé des contrôles d'identité réalisés dans ces conditions dès lors qu'ils sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents.
- les risques particuliers d'infraction et d'atteinte à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes dans la zone ainsi délimitée.
- la possibilité pour le législateur, eu égard à ces éléments, de prendre de telles dispositions, dès lors que la suppression de certains contrôles aux frontières, découlant de la mise en vigueur des accords de SCHENGEN, imposait de maintenir l'équilibre entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel a en conséquence admis que les contraintes supplémentaires ainsi occasionnées pour les personnes qui résident ou se déplacent dans les zones concernées du territoire français ne portaient pas atteinte au principe d'égalité.

A priori l'existence de cette décision tient en échec le renvoi éventuel de la question prioritaire de constitutionnalité.

Les circonstances nouvelles alléguées par le conseil des parties et susceptibles de caractériser le changement permettant de lever cet obstacle, sont-elles pertinentes ?

Autrement dit, l'avènement du Traité de Lisbonne a-t-il ou non entraîné une modification de la portée des accords de SCHENGEN de nature à neutraliser les effets de la décision de 1993 au regard de la question soulevée ?

Il convient d'observer tout d'abord que la Convention d'application des accords de SCHENGEN, intégrée dans l'ordre juridique communautaire en vertu d'un protocole au Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999, n'a pu être modifiée dans sa substance et renferme toujours la règle dérogatoire au principe de la libre circulation des personnes permettant l'exercice de contrôles aux frontières intérieures pour une période limitée lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent.

Toutefois, dans la mesure où les dispositions de l'acquis de SCHENGEN sont applicables uniquement si et dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union et de la Communauté (CJCE 31 janvier 2006 - C. 503/03) il importe d'examiner les normes définies par le Traité de Lisbonne se rapportant au domaine considéré afin de vérifier si elles modifient ou non, sur ce point particulier, l'économie du système SCHENGEN.

Aux termes de l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 61 du traité sur la Communauté européenne)

« 1) l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres.

2) Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre Etats membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers.

Selon l'article 77 du traité :

« 1 ) L'Union développe une politique visant à assurer l'absence de tout contrôle des personnes quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures.....

2 ) Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil ... adoptent les mesures portant sur : l'absence de contrôle des personnes quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures... »

Ces textes ne reprennent pas la réserve dérogatoire contenue dans la convention d'application des accords de SCHENGEN. Mais cela ne saurait signifier , en l'absence de disposition contraire expresse ou d'une formulation de la norme du traité pouvant être interprétée de manière univoque comme mettant fin à l'application de cette réserve, que celle-ci est abandonnée ou privée d'efficacité.

A cet égard , il convient de relever que le protocole 19 au traité de Lisbonne énonce que : « les Hautes Parties contractantes... souhaitant préserver l'acquis de SCHENGEN tel que développé depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et développer cet acquis pour contribuer à la réalisation de l'objectif visant à offrir aux citoyens de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures... ».

L'acquis de SCHENGEN est donc totalement préservé dans sa teneur.

Par ailleurs, si les dispositions de l'article 77 du Traité ne font acception de personne sous le rapport de la nationalité des individus qui circulent dans l'espace SCHENGEN laissant ainsi à penser que la restriction apparente aux seuls citoyens de l'Union exprimée dans le préambule du protocole 19 est sans valeur juridique, il n'en résulte pas pour autant que les ressortissants de pays extérieurs à l'Union circulant au sein de celle-ci ne pourraient plus être soumis, lorsque des

impératifs de sécurité l'exigent (l'espace européen étant aussi un espace de sécurité), à l'obligation de présenter aux autorités compétentes les documents sous le couvert desquels ils se déplacent.

En résumé, dès lors que les dispositions du traité de Lisbonne qui s'inscrivent dans le contexte d'une politique évolutive orientée vers un objectif à atteindre, ne sont pas manifestement incompatibles avec les normes du protocole SCHENGEN. Il n'apparaît pas que les éléments au vu desquels le Conseil Constitutionnel s'était prononcé en 1993 ont été modifiés par l'entrée en vigueur de ce traité.

La condition visée au 2<sup>e</sup> de l'article 23-2 LO 1958 n'étant pas remplie, le renvoi de la question au Conseil Constitutionnel ne saurait être ordonné.

Pour le cas où il en serait décidé autrement, il convient de s'interroger sur l'existence de la condition de nouveauté et, le cas échéant, sur celle du caractère sérieux de la question.

Partant de la considération que l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale est contraire au principe de libre circulation des personnes garanti par l'article 67 du Traité de Lisbonne, les demandeurs concluent à l'inconstitutionnalité de cette disposition de procédure pénale au regard de l'article 88-1 de la Constitution dès lors que ce texte affirme la participation de la République à l'Union européenne dans le cadre du traité susvisé.

Autrement dit la référence faite par la Constitution du Traité de Lisbonne autorise à vérifier la constitutionnalité d'une norme interne qui serait contraire à la Convention.

Il pourrait être avancé que le critère de nouveauté exigé par l'article 23-4 de la loi organique serait caractérisé au cas où le Conseil constitutionnel ne se serait pas encore prononcé sur les conditions d'application de l'article 88-1 dans sa version actuelle comportant référence au Traité de Lisbonne.

Mais comme la disposition constitutionnelle dont la haute juridiction a déjà eu l'occasion de faire application dans l'état de ses rédactions antérieures ne renferme avant comme après le Traité de Lisbonne aucune prescription positive autre que l'engagement de participation à l'ensemble communautaire, on ne saurait considérer que la seule substitution de la mention du Traité de Lisbonne à celles qui figuraient antérieurement dans ce texte suffit à caractériser la nouveauté de la question ; sauf à admettre, puisque la condition édictée au 2 de l'article 23-2 serait par hypothèse remplie, que le changement des circonstances permet à la Cour de cassation, sans qu'elle y soit tenue, d'ordonner le renvoi de la question dès lors qu'elle estime utile que le Conseil constitutionnel procède à son examen.

Il convient donc de s'interroger sur le caractère sérieux de la question.

On ne saurait douter de ce caractère dès lors qu'il s'agit d'apprécier la validité au regard de la norme constitutionnelle d'une disposition légale ayant un impact sur la liberté de circulation et l'égalité de traitement des personnes et que les motifs invoqués à l'appui de la contestation de cette disposition ont pour fondement l'application des principes et normes du droit communautaire ayant vocation à prévaloir sur la législation interne.

Cela étant, le renvoi qui pourrait être ordonné aurait pour effet de saisir le juge constitutionnel d'une question qu'il ne peut pas résoudre, puisqu'elle impliquerait, à travers l'interface artificielle de l'article 88-1, la vérification de la conformité d'une loi à un traité, opération à laquelle s'est toujours refusé le Conseil constitutionnel (1975-57 DC - 15 janvier 1975 - D. 1975 p.529 ; 1998- 399 DC - 5 mai 1998 JO p.7092) y compris en ce qui concerne le droit communautaire, apprécié dans le cadre d'un grief d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 88-1, sauf dans l'hypothèse où la disposition législative attaquée apparaît manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer (2006-540 DC - 27 juillet 2006 - JO 3 août 2006 p. 11541 ; 2008-564 DC - 19 juin 2008 - JO 26 juin 2008 p. 10228).

Ajoutons que le délai de trois mois imparti au Conseil constitutionnel pour statuer, rend peu plausible le recours à une question préjudicielle destinée à recueillir l'avis de la CJCE, alors que la haute juridiction, il est vrai enfermée dans le délai le plus bref d'un mois lorsqu'elle est saisie avant promulgation de la loi, a déjà jugé ne pouvoir user à cette fin des possibilités offertes par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne (19 juin 2008 précité).

Dans la mesure où la loi organique impose à la juridiction du fond lorsqu'elle est «saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, de se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat où à la Cour de cassation l'appréciation de la conventionalité de la disposition contestée pour laquelle elle serait compétente ne peut être effectuée en amont de cette transmission.

On ne voit pas comment sortir d'une telle situation aporétique sauf à admettre que le Conseil constitutionnel auquel la question doit être adressée par priorité dès lors que les conditions légalement exigées sont réunies considère que la difficulté ne peut être résolue que par le juge primitivement saisi auquel l'affaire serait renvoyée.

\*  
\* \*

Au vu des observations qui précèdent je conclus principalement au NON-LIEU à renvoi de la question prioritaire la condition posée au 2 de l'article 23-2 loi organique 1958 n'étant pas réalisée.