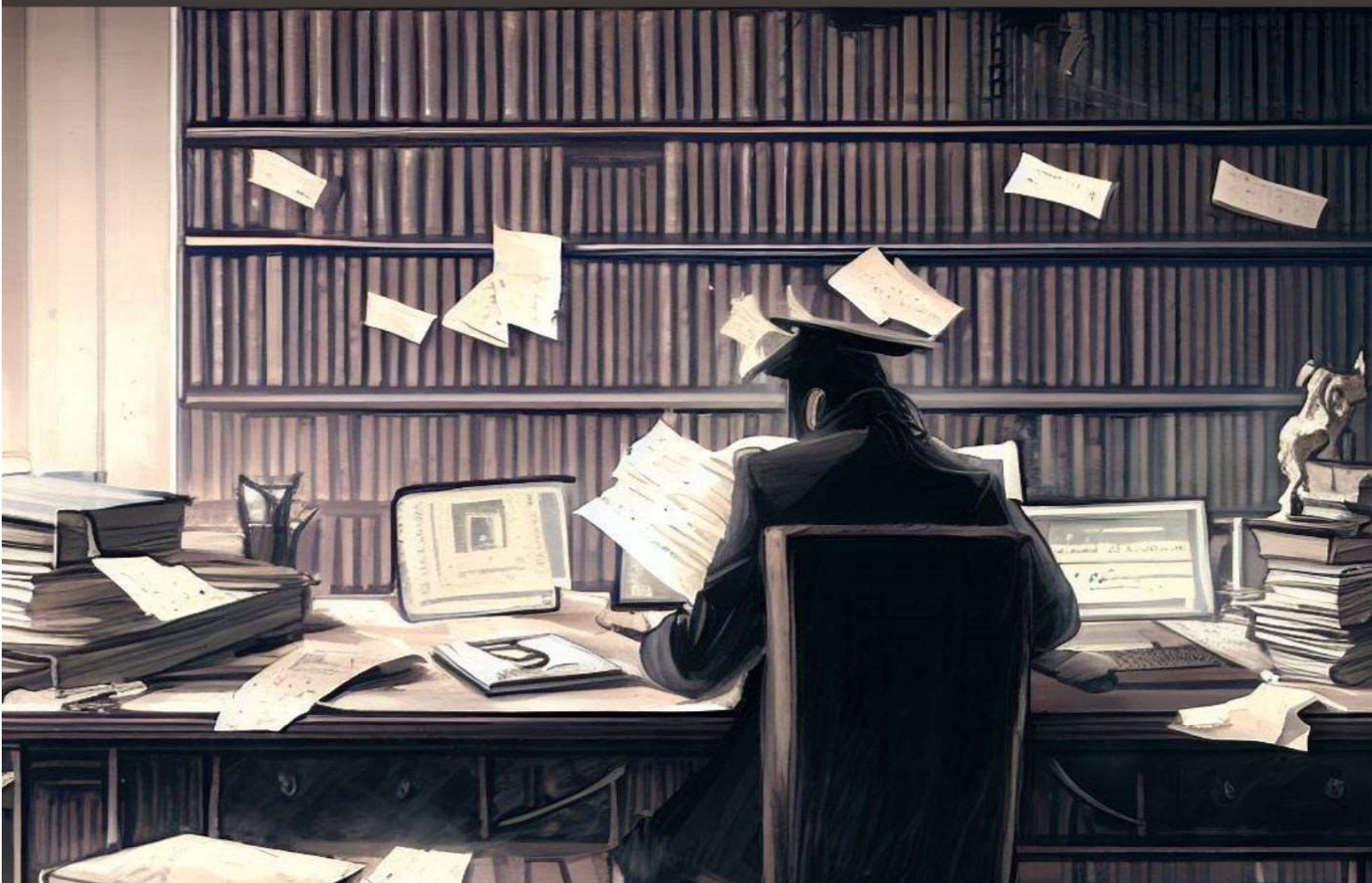


LES BILLETTS DE L'OMIJ

OBSERVATOIRE DES MUTATIONS
INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES



VOLUME 2 - 2022/2023

LES BILLETS DE L'OMIJ

OBSERVATOIRE DES MUTATIONS
INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES

Volume 2 – 2022/2023

Comité de relecture

Sam BOUVIER

Doctorant en droit privé

Dr Matthias MARTIN

*Maître de conférences HDR en droit privé
Coordinateur éditorial*

Dr Quentin RICORDEL

Docteur en droit public



Université
de Limoges

SOMMAIRE

Sommaire.....	1
Avant-propos	3
Choix de l'image de couverture	6
Billet n° 13 : S. NADAUD - Petit tour d'horizon des affaires climatiques pendantes devant la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg	8
Billet n° 14 : Q. RICORDEL - Une expulsion sans avion, est-ce encore une expulsion ?	16
Billet n° 15 : M. MARTIN - Faut-il une nouvelle médaille pour l'administration territoriale ?	22
Billet n° 16 : R. LAHER - Vers une pénalisation du locataire sans droit ni titre ?	28
Billet n° 17 : J. RAYNAUD - La protection européenne d'une performance offensante réalisée dans une église.	36
Billet n° 18 : J. VERLHAC - 2023 : la bonne année associative.....	44
Billet n° 19 : R. DELMAS - Faut-il annuler les actes administratifs illégaux ?	50
Billet n° 20 : H. PAULIAT - Étude d'impact des projets de loi : une analyse indispensable !	64
Billet n° 21 : D. THARAUD - Actualités en matière de droit de la non- discrimination	70
Billet n° 22 : C. DOLMAIRE - La laïcité dans le contrat d'engagement républicain.....	78
Billet n° 23 : M. MADI - Le <i>particularisme mahorais en matière juridictionnelle</i> est-il réellement en déclin ?	90

AVANT-PROPOS



C'est avec beaucoup de plaisir que le Comité de relecture des *Billets de l'OMIJ* vous présente ce deuxième volume annuel de la publication en ligne mensuelle de l'Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques de l'Université de Limoges.

La première saison 2021-2022 a montré le succès rencontré par les *Billets de l'OMIJ*, tant auprès des auteurs, toujours plus nombreux à écrire, que du public qui nous a manifesté à de nombreuses reprises son intérêt. Les *Billets* sont désormais même cités dans d'autres publications scientifiques. Que tous trouvent dans ces quelques lignes l'expression de notre plus profonde gratitude.

Encouragés par ces marques d'estime, le travail de relecture et de mise en page des *Billets* n'en a été que plus facile. Mes remerciements vont en particulier aux deux doctorants membres du Comité de relecture qui ont fait un travail remarquable. Je ne saurais oublier la direction de l'OMIJ, et en particulier sa directrice, le Pr Dr Hélène Pauliat, pour la confiance qu'elle nous accorde.

La ligne éditoriale des *Billets de l'OMIJ* est maintenue autour de quatre grands principes : liberté dans les thèmes abordés, accessibilité au plus grand nombre par l'utilisation d'un vocabulaire de vulgarisation, mise en valeur de l'envergure pluridisciplinaire de la recherche juridique scientifique menée au sein du laboratoire, et accessibilité en « open source » par la publication en ligne (<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>).

L'impression des *Billets* est destinée à permettre une meilleure valorisation du travail accompli par nos auteurs. Nous vous souhaitons une agréable lecture de cette deuxième saison 2022-2023.

Dr Matthias MARTIN

Maître de conférences HDR en droit privé
Coordinateur éditorial des Billets de l'OMIJ

TÉMOIGNAGES DES DOCTORANTS



L'expérience de relecteur au sein des billets de l'OMIJ

La recherche en droit est généralement dépeinte comme un exercice solitaire, qui laisse peu de place à l'interaction et tient chacun à l'écart des autres. Même au sein d'une équipe de recherche, il est parfois difficile de prendre connaissance du travail de ses collègues en dehors des manifestations, nécessairement ponctuelles, qui peuvent être organisées conjointement.

La relecture des billets de l'OMIJ a permis de dépasser cette carence de la recherche individuelle et de prendre connaissance – la conscience l'ayant précédée – de l'immense diversité qui règne au sein de notre laboratoire.

Diversité des profils, d'abord, parce que les membres de l'équipe qui se sont investis dans les billets sont représentatifs des différents statuts qui composent la recherche : des professeurs d'université, des maîtres de conférences, des docteurs, des doctorants, venus du droit privé comme du droit public, positivistes comme historiens.

Diversité des méthodes, ensuite, tant par le style d'écriture – plus ou moins direct, plus ou moins littéraire, plus ou moins concis – que par le format adopté, qui va du commentaire de texte ou de décision à l'étude plus générale d'une question d'actualité.

Diversité des thématiques, enfin, car les billets relus se distinguent par le champ très large des disciplines qu'ils mobilisent (droit de l'environnement, droit de la phaléristique, droit européen des droits de l'Homme, procédure civile, administrative, droit des religions, etc.). Chaque billet témoigne d'une perspective originale sur un objet juridique différent.

L'ensemble de ces éléments font du rôle de relecteur des billets de l'OMIJ une expérience aussi enrichissante qu'épanouissante ; une manière de cultiver l'humilité que tout chercheur doit s'efforcer de préserver en ce qu'elle permet, par contraste, de mesurer plus pleinement l'étendue de sa propre ignorance.

Sam BOUVIER

Quentin RICORDEL

Doctorant en droit privé

désormais docteur en droit public

Membres du comité de relecture 2022-2023

CHOIX DE L'IMAGE DE COUVERTURE



Comme lors de la première édition du recueil des *Billets de l'OMIJ*, l'équipe a fait le choix d'illustrer ce tome à l'aide de l'intelligence artificielle (IA).

Cette fois-ci, nous avons utilisé l'outil de création d'images proposé par le moteur de recherche *Bing*, propulsé par l'algorithme de *Dall-E* – IA développée par *Open AI*. L'utilisation de cet outil s'explique par l'approche qu'il a lorsque l'image est composée de personnes. En effet, contrairement à l'IA précédemment utilisée (*Stable Diffusion*), celle-ci représente mieux les personnages humains. Néanmoins, le nombre de créations proposées par cet outil est quotidiennement limité et son code est loin d'être open-source. Nous avons également changé de paradigme quant à la précision du *prompt*.

Afin de créer l'image choisie pour la couverture de cette édition, plusieurs précisions ont été données à l'IA. Le thème général qui avait été donné ici est la recherche. Pour cela, nous avons tout d'abord indiqué à l'IA notre volonté qu'en arrière-plan de l'image apparaisse une bibliothèque, plus ou moins rangée, matérialisant le fait que les livres qu'elle contient sont régulièrement utilisés.

Mais l'élément principal qui a été décrit avec précision à l'IA est la personne qui se retrouve au centre de l'image. En effet, nous avons souhaité que cette personne soit en pleine recherche afin d'écrire un article par exemple. Petit élément qui se cache dans l'illustration choisie : le fait que les livres cohabitent avec le numérique, puisqu'un ordinateur apparaît sur ce bureau en désordre jonché d'une multitude de papiers et de livres. Ce détail permet de mettre en lumière le fait que le métier de chercheur prend une tournure différente. Pour finir, le style choisi pour cette image est le *digital art*. Alors, pour ces différentes raisons, notre choix s'est porté sur l'image apparaissant en page de couverture.

Sam BOUVIER

Doctorant en droit privé

Billet n° 13 : S. NADAUD - Petit tour d'horizon des affaires climatiques pendantes devant la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg

septembre 2022

Pour citer ce billet :

S. NADAUD, « Petit tour d'horizon des affaires climatiques pendantes devant la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg », *Billets de l'OMIJ*, 2022-9, n° 13

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

PETIT TOUR D'HORIZON DES AFFAIRES CLIMATIQUES PENDANTES DEVANT LA GRANDE CHAMBRE DE LA COUR DE STRASBOURG

Dr Séverine NADAUD

Directrice-adjointe de l'OMIJ

Maître de conférences en droit public

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges

« Les ONG et la société civile se tournent de plus en plus vers le juge pour demander la cessation et la réparation de dommages environnementaux au sens large. Les procès climatiques en sont la dernière illustration. [...] Il sera intéressant de voir à l'avenir dans quelle mesure la Cour de Strasbourg pourrait condamner un État pour manquement à ses obligations climatiques ».



Ces propos d'actualité sont tenus par le procureur général près la Cour de cassation François Molins à l'occasion d'un colloque dédié au procès environnemental en 2019. En effet, entre avril et juin 2022, trois requêtes initialement attribuées à différentes chambres de la Cour européenne des droits de l'Homme ont donné lieu à une procédure de dessaisissement au profit de sa formation la plus solennelle.

Il s'agit des affaires suivantes :

- ***Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*** (req. n°39371/20) : dans laquelle de jeunes ressortissants portugais se plaignent des effets des changements climatiques (sécheresse, incendies, tempêtes) sur leurs conditions de vie et sur leur santé, et dont les trente-trois États qu'ils poursuivent seraient responsables.
- ***Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*** (req. n°53600/20) : où des femmes âgées souffrant de problèmes de

santé s'aggravant par les pics de chaleur liés aux changements climatiques font valoir que l'État n'a pas rempli ses obligations positives de protéger leur vie, leur vie privée et familiale, ainsi que leur domicile.

- ***Damien Carême c. France*** (req. n°7189/21) : à propos d'un habitant et ancien maire de la commune de Grande-Synthe, particulièrement exposée aux effets du changement climatique et insuffisamment protégée du fait de l'inaction climatique de l'État, qui dénonce la violation de l'obligation pour l'État français de garantir le droit à la vie ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale des habitants.

Ainsi, les juges de la Grande Chambre sont sur le point d'examiner et de traiter par priorité¹ des contentieux relatifs au réchauffement climatique, suscitant des questions inédites en termes d'interprétation et d'application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme².

Depuis la retentissante affaire *Urgenda*³ de 2018 portée avec succès devant la Cour suprême des Pays-Bas, les procès climatiques se sont multipliés de façon exponentielle devant les juges internes du monde

¹ En vertu de l'article 41 du règlement de la Cour qui prévoit que « *Pour déterminer l'ordre dans lequel les affaires doivent être traitées, la Cour tient compte de l'importance et de l'urgence des questions soulevées, sur la base de critères définis par elle. La chambre et son président peuvent toutefois déroger à ces critères et réserver un traitement prioritaire à une requête particulière* ».

² L'article 30 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit en effet que « *si l'affaire pendante devant une chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la grande chambre* ».

³ L'affaire *Urgenda*, du nom de l'ONG à l'origine de l'action introduite devant les juridictions néerlandaises, a permis au juge de consacrer pour la première fois une obligation pour un État de se conformer aux objectifs mondiaux de réduction des gaz à effet de serre. Voir Cour d'appel de La Haye, *Urgenda c. Pays-Bas*, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01.

entier⁴. En France, l'affaire dite du siècle⁵, s'inspirant du précédent néerlandais, a permis de reconnaître devant le Tribunal administratif de Paris que notre État était responsable de manquements dans la lutte contre les changements climatiques, puis d'obtenir une condamnation à réparer par des actions concrètes le préjudice écologique causé, au plus tard le 31 décembre 2022⁶. Mais ces procès climatiques ne se limitent plus aux prétoires nationaux, ils sont également rendus devant les juridictions internationales.

Le juge européen des droits de l'Homme a ainsi tout naturellement vocation à connaître de pareilles affaires puisque les changements climatiques sont devenus l'une des plus grandes menaces pesant sur nos droits les plus fondamentaux⁷. Les bouleversements provoqués par les changements climatiques⁸ sont déjà -et seront demain- la cause de multiples violations des droits tant civils et politiques qu'économiques et sociaux (droit à la vie, droit à la santé, droit au respect de la vie privée et familiale, droit de propriété, droit au logement, etc.) : en effet, certaines personnes ou groupes de personnes, plus vulnérables du fait de facteurs tant intrinsèques (âge, état de santé, état mental...) qu'extrinsèques (pauvreté, destruction de son lieu de vie...), subissent et subiront davantage d'atteintes à leurs droits et libertés fondamentales.

⁴ Ch. CURNIL, *Les grandes affaires climatiques, Confluence des droits* [en ligne], Aix-en-Provence, Droits International, Comparé et Européen, 2020 (<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>).

⁵ Ch. CURNIL, A. Le DYLIO et P. MOUGEOLLE, « L'affaire du siècle : entre continuité et innovations juridiques », *AJDA*, n° 32, 30 septembre 2019, p. 1864.

⁶ Voir TA Paris, 14 oct. 2021, *Association Oxfam France et autres*, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976.

⁷ Comme le souligne la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, dans son avis du 16 avril 2015, « le changement climatique est devenu l'une des plus grandes menaces pour les droits de l'Homme dès maintenant pour les générations actuelles et plus encore pour les générations futures, qui souffriront de pertes et dommages irréversibles » : CNCDH, avis, 16 avr. 2015, *Développement, Environnement et Droits de l'Homme*, p. 10.

⁸ Ces changements climatiques, entendus comme « les changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables » (article 1er § 1 de la CCNUCC), conduisent inexorablement à des bouleversements environnementaux extrêmes, tant brutaux que lents ou insidieux, produisant ainsi des « effets nocifs significatifs sur la composition, la résistance ou la productivité des écosystèmes naturels et aménagés, sur le fonctionnement des systèmes socio-économiques ou sur la santé et le bien-être de l'homme » (article 1er § 2 de la CCNUCC).

Même s'il est bien difficile pour l'heure de savoir à quelle date précise ces requêtes feront l'objet d'une audience puis d'une décision définitive, elles doivent d'ores et déjà retenir la plus grande attention des juristes. Appelées à rejoindre la catégorie des « affaires phares »⁹ de la Cour, elles sont riches d'enseignements tant sous un angle procédural que matériel.

Sous un angle procédural, elles permettent de dresser un portrait-robot de ceux qui, dans la société civile, n'ont de cesse de mobiliser l'ensemble des voies de recours disponibles pour porter ces contentieux climatiques. Les demandeurs sont en effet tant des personnes privées physiques ou morales (cas de simples citoyens agissant à titre individuel ou regroupés au sein d'une association de protection de l'environnement dans les affaires *Duarte Agostinho* et *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*) que des personnes publiques (cas d'un maire agissant au nom de sa commune de Grande-Synthe dans l'affaire *Carême c. France*). On soulignera leur dimension intergénérationnelle, les victimes à l'origine de ces actions contentieuses audacieuses, voire stratégiques, étant très jeunes (âgés de 10 à 23 ans comme dans l'affaire *Duarte Agostinho*) comme plus âgées (telles les grands-mères et arrière-grands-mères dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*).

On notera également la dimension extraterritoriale de la requête *Duarte Agostinho* dans laquelle on s'attache à rechercher de manière plus exceptionnelle la responsabilité conjointe de trente-deux États dont la France (outre celle du Portugal, pour lequel il ne fait aucun doute que les requérants relèvent de sa juridiction au sens de l'article 1^{er} de la Convention¹⁰), afin d'obtenir réparation de dommages climatiques subis par des « victimes lointaines »¹¹, résidant toutes au

⁹ Ces « affaires phares » sont les décisions et arrêts de la Cour revêtant une importance particulière et qui font l'objet d'une sélection chaque trimestre. On les retrouve dans des listes annuelles publiées sur le site de la Cour.

¹⁰ L'article 1^{er} de la Convention dispose que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

¹¹ Pour reprendre l'expression employée par J. ROCHEFELD, in *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, O. Jacob, 2019, pp. 107-125 spéc.

Portugal. Nul doute que ces affaires seront ainsi une occasion pour la Cour européenne des droits de l'Homme de dépasser son office traditionnel en ouvrant plus largement son prétoire¹². Cela nécessitera pour elle d'entendre plus souplement la qualité de victime au titre de la question du *locus standi* (pour résoudre l'épineux problème lié à la démonstration du lien de causalité entre les changements climatiques et la situation vécue par les requérants) mais encore d'étendre la compétence juridictionnelle de l'État, dont la Cour considère depuis longtemps qu'elle ne peut être extraterritoriale qu'à titre très exceptionnel et sous certaines conditions édictées dans des affaires relatives principalement à des opérations militaires¹³.

Sous un angle matériel, ces requêtes doivent permettre de faire évoluer l'interprétation et l'application des dispositions conventionnelles. Ces trois affaires ont en effet pour point commun de mettre en lumière le non-respect par les États défendeurs des obligations découlant de leurs engagements internationaux et, par voie de conséquence, leur omission ou leur défaillance dans l'adoption et la mise en œuvre des mesures adéquates et propres à limiter les émissions de gaz à serre à l'origine des dérèglements climatiques. Ce sont ces manquements étatiques qui seraient la cause des atteintes alléguées par les requérants. Ainsi, ces derniers appellent la Cour à procéder à une lecture renouvelée des dispositions conventionnelles (principalement le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile, garantis respectivement par les articles 2 et 8 de la Convention) mais également des obligations étatiques qui en découlent, à la lumière de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant de 1989 (pour l'affaire *Duarte Agostinho*) ou de plusieurs textes internationaux, tels que la Déclaration de Rio de 1992, la

¹² S. LAVOREL, « Le rôle du juge dans l'émergence d'une responsabilité climatique des États », *R.J.E.* 2021/1, p. 37 et s.

¹³ Voir Cour EDH, Gr. Ch., 16 févr. 2021, *Hanan c. Allemagne* (req. n°4871/16), qui au titre des exceptions préliminaires étend l'effet extraterritorial de la Convention à des situations d'atteintes à la vie de ressortissants de pays tiers et qui ont eu lieu sur le territoire d'États extérieurs au Conseil de l'Europe, sous certaines conditions et dans le contexte bien particulier des opérations militaires.

Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique de 1992 ou encore l'Accord de Paris de 2015.

Pour forcer les États à sortir de leur apathie individuelle ou collective, le juge strasbourgeois pourra alors utilement s'appuyer sur sa riche jurisprudence environnementale¹⁴, en l'adaptant toutefois aux demandes spécifiques des victimes climatiques, et rendre les États débiteurs d'obligations positives renforcées, telles que l'obligation de définir et de respecter des objectifs climatiques fixés dans les politiques nationales ou européennes, l'obligation de mettre en œuvre des mesures adéquates permettant d'atteindre ces objectifs, ou encore l'obligation de contrôler l'effectivité concrète de ces mesures sur le terrain¹⁵. Le juge pourra aussi emprunter un autre chemin en décidant de faire preuve d'une plus grande audace pour consacrer à l'occasion de ces affaires « le droit de vivre dans un climat stable »¹⁶, en l'arrimant à l'article 2 de la Convention puisque, tout comme le droit à la vie dont il n'est que le prolongement, ce droit conditionne finalement la jouissance et l'exercice de tous les autres droits et libertés garantis.

À l'heure où l'Assemblée générale des Nations-Unies a récemment proclamé « le droit à un environnement propre, sain et durable » et où un futur protocole additionnel à la Convention destiné à consacrer des

¹⁴ Sur la question de l'effet extraterritorial de la Convention dans les contentieux climatiques, voir S. NADAUD et J.-P. MARGUENAUD, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les droits environnementaux », in *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, sous la direction de M. Torre-Schaub et B. Lormeteau, Éditions Mare & Martin, 2021, pp. 285-297.

¹⁵ T. EICKE, « Human Rights and Climate Change: What role for the European Court of Human Rights ? », Inaugural Annual Human Rights Lecture, Department of Law, Goldsmiths University, 2 March 2021 (https://rm.coe.int/human-rights-and-climate-change-judge-eicke-speech/1680a195d4#_ftnref66).

¹⁶ Ce droit a été formulé dans certains contentieux climatiques nationaux (ex. de l'affaire Juliana aux États-Unis) mais n'est pour l'heure ni reconnu par un texte ou par une jurisprudence : voir M. TORRE-SCHAUB, « L'émergence d'un droit à un climat stable. Une construction interdisciplinaire » in *Droit et changement climatique. Quelles réponses à l'urgence climatique ?* Paris, Mare & Martin, 2020, p.p. 63-84

droits environnementaux est en cours de discussion au sein des institutions du Conseil de l'Europe¹⁷, tous les espoirs semblent permis.

¹⁷ Voir les résolutions du Conseil des droits de l'homme du 8 octobre 2021 (A/HRC/RES/48/13) et de l'AG des Nations Unies du 28 juillet 2022 (A/RES/76/3000) ainsi que le projet de protocole additionnel (<https://assembly.coe.int/LifeRay/SOC/Pdf/TextesProvisoires/2021/20210909-HealthyEnvironment-FR.pdf>).

Billet n° 14 : Q. RICORDEL - Une expulsion sans avion, est-ce encore une expulsion ?

octobre 2022

Pour citer ce billet :

Q. RICORDEL, « Une expulsion sans avion, est-ce encore une expulsion ? », *Billets de l'OMIJ*, 2022-10, n° 14

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

UNE EXPULSION SANS AVION, EST-CE ENCORE UNE EXPULSION ?

Quentin RICORDEL

Doctorant en droit public

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges



Il est intéressant de noter que les ministres de l'Intérieur ne cherchent jamais à faire de leur pouvoir d'expulsion un usage qui les distinguerait trop de leurs prédécesseurs. Chaque Gouvernement est à un moment confronté à la médiatisation du comportement d'un ou de plusieurs étrangers qu'il lui faut alors expulser pour illustrer la hauteur de sa détermination à faire respecter l'ordre public¹. L'affaire de M. Iquioussen, à laquelle le Conseil d'État a apporté une réponse par une ordonnance du 30 août 2022, *Ministre de l'Intérieur et des Outre-mer*², est de celles-là.

Hassan Iquioussen est un ressortissant marocain résidant en France depuis sa naissance, en 1964, qui intervient depuis une vingtaine d'années sur des thématiques religieuses lors de conférences qu'il met ensuite en ligne et diffuse sur les réseaux sociaux. Par un arrêté du 29 juillet 2022, le ministre de l'Intérieur et des Outre-mer a décidé de l'expulser à destination du Maroc, jugeant ses propos discriminatoires. Le tribunal administratif de Paris, saisi par la voie du référé-liberté, a suspendu cette décision en considérant qu'elle portait une atteinte grave

¹ Par exemple : « Le Conseil d'État ouvre la voie à l'expulsion de l'imam salafiste de Vénissieux Abdelkader Bouziane », *Le Monde*, 5 octobre 2004 ; « Nicolas Sarkozy veut expulser les étrangers impliqués dans les violences urbaines », *Le Monde*, 10 novembre 2005 ; « Guéant ordonne l'expulsion de cinq islamistes, dont trois imams », *Le Monde*, 2 avril 2012 ; « Valls annonce l'expulsion prochaine de plusieurs prédicateurs étrangers », *Le Monde*, 29 janvier 2013 ; « Gérard Collomb met la pression aux préfets sur l'immigration irrégulière », *Le Monde*, 4 décembre 2017.

² CE, référé collégial, 30 août 2022, *Ministre de l'Intérieur et des Outre-mer*, n° 466554 ; note Hélène PAULIAT, *JCP A*, 2022, n° 36, act. n° 538.

et manifestement illégale au droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale³.

Le Conseil d'État a censuré la position adoptée par les premiers juges et admis la légalité de l'expulsion. La particularité de son ordonnance, outre son contexte d'adoption, réside moins dans son contenu (I.) que dans les conséquences qu'elle a entraînées, l'intéressé ayant entre temps quitté le territoire français au profit de la Belgique (II.).

I. L'emballlement médiatique autour de l'expulsion de M. Iquioussen ne doit pas masquer la nature tout à fait classique de son affaire. Le Conseil d'État ne s'y est d'ailleurs pas totalement trompé en laissant sa décision à l'écart du recueil Lebon – quoique l'instrumentalisation du dossier l'ait conduit à statuer en formation de référé collégial, ce qui est plutôt rare.

Compte tenu de la durée de sa résidence en France, l'intéressé ne pouvait être expulsé « *qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* »⁴. Les faits qui lui étaient reprochés étaient d'inégale importance et demeuraient, pour certains d'entre eux, assez éloignés de ceux de nature à justifier une expulsion dans ces conditions, voire tout simplement inexacts. L'élément déterminant résidait dans la tenue, d'une part, de propos antisémites – en dépit d'excuses que le Conseil d'État a jugées insincères car non suivies d'effet quant à la diffusion des vidéos concernées – et, d'autre part, d'un discours constant et continu prônant l'infériorité et la soumission de la femme.

Il était assez peu douteux que le Conseil d'État admît qu'un tel comportement pût être qualifié de provocation explicite et délibérée à la discrimination ou à la haine. Si l'expulsion est principalement destinée à faire cesser des atteintes à la dimension sécuritaire de l'ordre public, rien ne fait obstacle à ce qu'elle puisse concerner des

³ TA Paris, juge des référés, 5 août 2022, *M. Iquioussen*, n° 2216413.

⁴ Article L. 631-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

agissements qui mettent en jeu des principes et valeurs qui ne sont pas moins bien protégés par l'ordre juridique. La rédaction de l'article L. 631-3 du Code des étrangers prévoit explicitement cette possibilité. Reste qu'il est toujours permis de s'interroger sur l'apport réel à la protection de l'ordre public de l'expulsion d'un étranger dont le comportement litigieux est essentiellement dématérialisé et, donc, largement détaché du lieu où il réside. Qu'il représente une menace grave pour l'ordre public, c'est entendu, mais il est assez incertain que cette menace soit diminuée par son éloignement vers un territoire d'où il pourra tout aussi bien diffuser ses idées.

Quoi qu'il en soit, la circonstance qu'un étranger remplisse les conditions légales de son expulsion, si elle est nécessaire, ne suffit pas pour que la légalité de la mesure soit admise : encore faut-il qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie familiale⁵. De ce point de vue, il est assez curieux que le requérant ait opté pour un référé-liberté, qui n'offre au juge d'intervenir qu'en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale⁶, plutôt que pour un référé-suspension qui lui aurait permis d'obtenir la même chose en faisant naître dans l'esprit du juge un simple doute sur la légalité de la décision⁷.

En l'espèce, le requérant initial pouvait se prévaloir d'une vie familiale d'une certaine densité. Marié à une ressortissante marocaine résidant régulièrement en France depuis 1992, il était père de cinq enfants de nationalité française. Toutefois, étant expulsé à destination du Maroc, il était assez clair que son épouse pouvait l'y rejoindre, ce qui ne caractérise pas, selon une jurisprudence constante⁸, une atteinte à sa vie familiale. Par ailleurs, ses cinq enfants étant tous majeurs, il ne leur appartenait pas nécessairement de suivre leur père et rien ne les empêchait de lui rendre visite ultérieurement. Présentée ainsi, l'atteinte à la vie familiale de l'intéressé, somme toute mesurée, ne pouvait être considérée comme manifestement disproportionnée.

⁵ CE, ass., 19 avr. 1991, *Belgacem*, n° 107470, Rec., p. 152 ; concl. Ronny ABRAHAM, RFDA, 1991, p. 497

⁶ Article L. 521-2 du Code de justice administrative.

⁷ Article L. 521-1 du Code de justice administrative.

⁸ Par exemple : CE, 2^e et 6^e, 19 janv. 1996, *Ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. Mme Diallo*, n° 161184, Rec., p. 6

Hassan Iquioussen était donc légalement expulsable, soit. Après tout, la nature de ses propos n'appelait sans doute pas à la bienveillance du juge et le cadre restrictif du référé-liberté ne pouvait que difficilement aboutir à faire prévaloir une vie familiale qui n'était pas indéracinable. L'intéressé était-il, en revanche, tenu d'attendre des autorités de l'État qu'elles procèdent à son éloignement ou pouvait-il les précéder en prenant l'initiative de partir ? La question est moins délicate qu'il n'y paraît.

II. L'expulsion est « *la décision par laquelle l'autorité administrative compétente enjoint à un étranger de quitter le territoire français pour un motif d'ordre public* »⁹. L'État devrait donc se satisfaire de ce qu'un étranger destinataire d'un tel acte ne le conteste pas au point de chercher à s'y soustraire et, au contraire, anticipe son exécution en partant de son propre chef – une telle attitude est d'ailleurs prescrite par le Code, qui dispose que « *l'étranger exécute la décision d'éloignement dont il fait l'objet sans délai* »¹⁰. Telle n'a curieusement pas été la réaction du ministre de l'Intérieur et des Outre-mer, qui s'est aussitôt inquiété du rapatriement de M. Issouquien depuis la Belgique où il s'était rendu. Un mandat d'arrêt européen a ainsi été émis, à propos duquel il est permis de demeurer dubitatif.

Certes, l'article L. 824-9 du Code des étrangers prévoit bien un délit punissant de trois ans d'emprisonnement la soustraction à l'exécution d'une décision d'expulsion ou le refus de l'étranger « *de se soumettre aux modalités de transport qui lui sont désignées pour l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet* ». Pourtant, l'étranger qui quitte le territoire ne peut être regardé comme s'étant soustrait à l'exécution de l'arrêté d'expulsion qui le visait puisqu'il l'a, par définition, exécuté de lui-même. De même, l'interdiction du refus de se soumettre aux modalités de transport ne s'applique qu'à l'hypothèse de l'exécution d'office de la décision administrative, qui n'a pas lieu d'être en l'espèce compte tenu de l'initiative de l'intéressé.

C'est donc en réalité à la décision fixant le pays de destination de son expulsion qu'Hassan Issouquien s'est soustrait. C'est indéniable, en

⁹ François JULIEN-LAFERRIERE, *Droit des étrangers*, PUF, 2000, p. 144, n° 98.

¹⁰ Article L. 711-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

cherchant à atteindre la Belgique, il a contrarié les vues de l'administration, qui entendait le renvoyer dans son pays d'origine. Cette décision fixant le Maroc comme destination ne se confond pourtant pas avec la mesure d'éloignement proprement dite et, selon une jurisprudence bien établie, la légalité de la première demeure sans influence sur la légalité de la seconde¹¹. Il en résulte assez logiquement que l'inexécution de la décision fixant le pays de destination ne se déporte pas sur l'acte d'expulsion proprement dit.

La démarche du Gouvernement est d'autant plus étonnante que l'expulsion d'un étranger a des effets qui dépassent son simple éloignement en ce qu'ils se prolongent dans le temps et font obstacle à son retour sur le territoire français tant que l'arrêté n'a pas été abrogé. Le fait, pour le destinataire d'une telle décision, de pénétrer de nouveau sur le territoire français constitue d'ailleurs un délit¹². Il est donc assez surprenant que les autorités françaises s'investissent tant dans le rapatriement d'un étranger dont la présence en France constitue tout autant une menace pour l'ordre public qu'une infraction pénale et auquel elles n'ont plus rien à reprocher. C'est que, peut-être, le principal tort de M. Issouquien est moins d'être parti que d'avoir clos de lui-même la phase juridique de son dossier avant que ne s'achève l'opération médiatique dont elle constituait le support. La victoire de l'État au contentieux ne se transporte pas toujours sur d'autres terrains.

¹¹ CE, ass., 6 nov. 1987, *Buayi*, n° 65590, Rec., p. 348.

¹² Article L. 824-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Billet n° 15 : M. MARTIN - Faut-il une nouvelle médaille pour l'administration territoriale ?

novembre 2022

Pour citer ce billet :

M. MARTIN, « Faut-il une nouvelle médaille pour l'administration territoriale ? », *Billets de l'OMIJ*, 2022-11, n° 15

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

FAUT-IL UNE NOUVELLE MÉDAILLE POUR L'ADMINISTRATION TERRITORIALE ?

Dr Matthias MARTIN

*Maître de conférences en droit privé
OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges*



Coup de tonnerre dans les salons feutrés des préfectures : mi-octobre, le Secrétariat général du Ministère de l'Intérieur annonçait¹ la création d'une nouvelle médaille d'honneur de l'administration territoriale de l'État, aux conditions d'attribution à préciser. Voilà une décision des plus inattendues, qui vient bousculer la paisible Médaille d'honneur régionale, départementale et communale, décoration récompensant traditionnellement les services longs des agents de l'État et dont les origines remontent à 1898.

Cette annonce mérite d'être examinée à l'aune du droit de la phaléristique, c'est-à-dire du droit de la science des ordres et médailles.

Le droit de la phaléristique a été profondément marqué par la création de l'ordre national du Mérite² en 1963, dont l'article 38 du décret de création supprime seize ordres ministériels ou coloniaux existants. Cette diminution sensible du nombre de décorations françaises disponibles a imprégné une tendance durable de réduction normative dans le domaine de la phaléristique, puisque très peu de nouvelles décorations ont été instituées pendant tout le reste du XX^e siècle. Il n'y a ainsi eu aucun nouvel ordre national ou ministériel créé, la Polynésie française se voyant cependant octroyer la compétence de créer son propre ordre, l'ordre de Tahiti Nui, en 1996³ ; et seules cinq médailles,

¹ <https://acteurspublics.fr/articles/les-contours-de-la-nouvelle-medaille-de-ladministration-territoriale> (consulté le 23 novembre 2022).

² Décret n°63-1196 du 3 décembre 1963 portant création d'un ordre national du Mérite.

³ Cf. M. MARTIN, « L'ordre de Tahiti Nui », *Bull. SAMNLHOC*, 2020, n° 23, p. 4-15.

presque toutes à vocation militaire, furent adoptées : la médaille des services militaires volontaires (1975), la médaille de la défense nationale (1982), la médaille du tourisme (1989), la médaille commémorative française (1995) et la médaille commémorative d'Afrique du Nord (1997⁴). Quatre de ces décorations sont destinées soit à récompenser des combattants de conflits jusque-là ignorés par la République, soit à permettre une meilleure valorisation de l'engagement des soldats français à une époque où les conflits -et donc la chance d'obtenir une décoration- se raréfie.

Ce faible nombre de créations n'inclut pas l'adaptation d'un certain nombre de décorations déjà existantes aux exigences des temps présents, telles que la Croix du Combattant volontaire dont le champ d'attribution fut étendu aux conflits post 1945⁵, ou encore la médaille d'honneur des personnels civils du ministère de la défense créée en 1976 et harmonisant une situation complexe d'attribution de la médaille du travail aux personnels non militaires des différentes armées.

La situation est toutefois différente depuis une vingtaine d'années et une véritable inflation normative voit le jour en phaléristique : aux côtés des nécessaires adaptations à la société actuelle (par exemple, la médaille de la famille française de 1920 devenant la médaille de la famille en 2013, puis la médaille de l'enfance et des familles en février 2022 pour tenir compte de toutes les formes de familles), ce ne sont pas moins de neuf nouvelles décorations qui ont été créées, soit le double en deux fois moins de temps.

L'accent n'est désormais plus uniquement mis sur les corps des forces armées comme récipiendaires ; une attention particulière est portée à des catégories de fonctionnaires jugées trop peu reconnues. C'est le cas avec la médaille d'honneur des services judiciaires (2011) qui récompense « *les personnes qui, dans le cadre de leur activité professionnelle ou à titre bénévole, ont rendu des services honorables*

⁴ À distinguer de la Médaille commémorative des opérations de sécurité et de maintien de l'ordre en Afrique du Nord établie en 1956.

⁵ Décret n° 81-846 du 8 septembre 1981 fixant les conditions d'attribution de la croix du combattant volontaire avec barrette Indochine ; ou encore : décret n° 88-390 du 20 avril 1988 fixant les conditions d'attribution de la croix du combattant volontaire avec barrette Afrique du Nord.

aux services judiciaires [et de la justice] »⁶, la médaille d'honneur de la santé et des affaires sociales (2012) qui récompense « les personnes, qu'elles soient ou non de nationalité française, qui, dans leur activité professionnelle ou à titre bénévole, ont rendu des services honorables dans le domaine sanitaire et social »⁷, ou encore la médaille d'honneur de l'engagement ultramarin (2022) qui récompense les personnes qui ont rendu des services remarquables au profit des Outre-mer, ou qui ont contribué au développement ou au rayonnement de ces territoires⁸.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la création de la future médaille d'honneur de l'administration territoriale de l'État. Cette décoration, qui dépendra du Ministère de l'Intérieur et des Outre-Mer, est destinée à récompenser les personnes « *qui se seront particulièrement distingués pour des faits ou des actions spécifiques à forts enjeux en faveur de l'administration territoriale de l'État* »⁹. Un contingent de trois cents décorations annuelles est prévu, avec une distinction entre le personnel de « l'Administration territoriale de l'État » et le personnel de « l'Administration centrale » (jeu d'agrafes différentes sur le ruban).

Si l'on ne peut que se féliciter d'une meilleure prise en considération des agents des services de l'État, l'opportunité d'une telle création interroge. En effet, traditionnellement, les agents de la fonction publique territoriale sont récompensés par la médaille d'honneur régionale, départementale et communale, héritière de la médaille d'honneur de la voirie départementale et communale, instituée par le décret du 26 mars 1898, et de la médaille d'honneur communale établie par le décret du 20 août 1921. Mainte fois modifiée dans ses conditions d'attributions, cette médaille est régie par les articles R. 411-41 à R. 411-53 du Code des communes et est destinée à récompenser depuis

⁶ Décret n° 2011-1489 du 9 novembre 2011 portant création de la médaille d'honneur des services judiciaires.

⁷ Décret n° 2012-169 du 2 février 2012 relatif à l'attribution de la médaille d'honneur de la santé et des affaires sociales.

⁸ Décret n° 2022-148 du 8 février 2022 relatif à la médaille d'honneur de l'engagement ultramarin.

⁹ <https://www.le-revers-de-la-medaille.fr/2022/11/09/une-nouvelle-medaille-pour-recompenser-les-agents-de-ladministration-territoriale-de-letat/> (consulté le 23 novembre 2022).

1987¹⁰ « *ceux qui ont manifesté une réelle compétence professionnelle et un dévouement constant au service des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics ainsi que des offices publics d'habitation à loyer modéré et des caisses de crédit municipal* » (art. R. 411-41). Elles récompensent tant les élus que les agents publics. L'interdiction d'attribution de cette médaille aux titulaires de la Légion d'honneur ou de l'ordre national du Mérite, prévue en 1987, a été levée dès le mois d'avril 1988.

Cette médaille n'inclut pas les agents de l'État qui ne sont pas détachés ou mis à disposition auprès d'une collectivité territoriale, ceux-ci comprenant donc les agents des préfetures et sous-préfetures, ainsi que ceux des ministères¹¹. Il est donc vrai qu'il y avait un manque qu'il convenait de compléter. N'aurait-il toutefois pas été plus judicieux d'élargir les critères d'attribution de cette médaille plutôt que d'en créer une autre ?

La vraie raison de la création de la nouvelle médaille d'honneur de l'administration territoriale de l'État est sans doute à aller chercher du côté des prérogatives politiques. La médaille d'honneur régionale, départementale et communale est attribuée sur décision du préfet, là où le ministère de l'Intérieur et des Outre-Mer entend garder la mainmise sur la nouvelle décoration. C'est déjà le cas avec la médaille de la sécurité intérieure créée en 2012¹² et attribuée par ses soins¹³, pour laquelle il existe même une agrafe « Fonction publique territoriale ».

La conclusion qu'il convient d'établir au terme de cette rapide étude est que, en droit de la phaléristique comme ailleurs, l'Histoire est un éternel recommencement : à la disette de créations de la seconde moitié du XX^e siècle s'opère un retour à la France de la fin du XIX^e siècle, plus sensible aux honneurs et aux décorations. Faut-il s'en étonner dans la patrie de la Légion d'honneur ?

¹⁰ Décret n° 87-594 du 22 juillet 1987 portant création de la médaille d'honneur régionale, départementale et communale.

¹¹ Circulaire du 6 décembre 2006, points II-A et III-B.

¹² Décret n° 2012-424 du 28 mars 2012 portant création de la médaille de la sécurité intérieure.

¹³ Art. D. 141-3 du Code de la sécurité intérieure.

Billet n° 16 : R. LAHER - Vers une pénalisation du locataire sans droit ni titre ?

décembre 2022

Pour citer ce billet :

R. LAHER, « Vers une pénalisation du locataire sans droit ni titre ? », *Billets de l'OMIJ*, 2022-12, n° 16

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

VERS UNE PÉNALISATION DU LOCATAIRE SANS DROIT NI TITRE ?

Pr Dr Rudy LAHER

*Professeur agrégé de droit privé
OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges*



À la suite de nombreuses affaires de « squat » médiatisées et ayant parfois débouché sur des expulsions sauvages, la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique* a consacré de nouvelles dispositions visant à faciliter l'expulsion de « squatteurs » lorsque ces derniers occupent le domicile d'autrui¹. Cette réforme, bien timide, n'a pas vraiment mis fin au phénomène et la médiatisation a recommencé de plus belle. Surtout, elle ne visait que les « squats » ; autrement dit, l'occupation d'un lieu dans une perspective d'habitation sans l'accord du propriétaire ou du locataire légitime. Une occupation sans droit ni titre *ab initio*, pour parler en juriste. Le sort des locataires mauvais payeurs était donc préservé ; pour le plus grand malheur des propriétaires et de l'autorité des jugements dont ils bafouent explicitement l'ordre, pendant des mois, voire des années.

C'est donc avec une grande satisfaction que nous avons appris qu'un député – Guillaume Kasbarian (groupe Renaissance) – a été à l'origine d'une proposition de loi enregistrée le 18 octobre 2022 et « visant à protéger les logements contre l'occupation illicite ». Son examen en première lecture s'est achevé le 2 décembre 2022. La méthode employée pourra surprendre les juristes spécialisés en la matière puisque la protection ici espérée a davantage recours aux outils du droit

¹ V. par ex. : B. Vial-Pedroletti, « Procédure d'expulsion des squatteurs : une amélioration... relative », *Loyers et Copropriété* Mars 2021, 22.

pénal² qu'à ceux des procédures civiles d'exécution, en général, et de la procédure d'expulsion³, en particulier ; qui, même si elle n'est pas totalement ignorée, aurait sans doute aussi besoin de gagner en efficacité. Si d'autres modifications seront sans doute apportées au fil du jeu parlementaire, les évolutions juridiques envisagées à ce stade méritent néanmoins d'être évoquées et brièvement commentées.

En premier lieu, sur le terrain du droit pénal, la proposition opère une réécriture importante de l'article 226-4 du Code pénal relatif à la violation de domicile. D'abord, concernant le quantum des peines, l'article 1^{er} aligne les sanctions de la violation de domicile⁴ sur celles qu'encourent les propriétaires qui procèdent à une expulsion sans le concours de la force publique⁵. Autrement dit, le « squat » du domicile d'autrui ne sera plus puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende mais de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Ce nouvel équilibre nous semble symboliquement plus juste ; encore faut-il que les « squatteurs » soient effectivement poursuivis et condamnés.

Ensuite, concernant la définition de l'infraction de violation de domicile d'une personne, les choses sont mieux précisées. Les nouvelles sanctions viseraient ainsi « tout local d'habitation contenant des biens meubles lui appartenant, que cette personne y habite ou non et qu'il s'agisse de sa résidence principale ou non ». L'article 38 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 *instituant le droit au logement opposable* est également modifié pour prendre en compte cette évolution qui mérite d'être approuvée⁶ en ce qu'elle offre aux résidences secondaires et aux logements vides⁷ la même protection que les résidences principales.

² La méthode consistant à contraindre à l'exécution d'une décision de justice par la menace d'une sanction n'est toutefois pas nouvelle. V. par ex. pour l'abandon de famille : CP, art. 227-3.

³ CPCE, art. L. 411-1 et s.

⁴ CP, art. 226-4.

⁵ CP, art. 226-4-2.

⁶ La nouvelle rédaction de l'article permet aussi au maire ou au commissaire de justice de constater l'occupation illicite alors que cette mission était, auparavant, uniquement réservée à un officier de police judiciaire.

⁷ Qui seraient en attente de l'emménagement d'un locataire, par exemple.

Enfin, quatre nouvelles infractions pénales sont créées :

- Le nouvel article 226-4-3 du Code pénal réprime désormais « la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de méthodes visant à faciliter ou à inciter à la commission des délits prévus à l'article 226-4 » par une sanction de 3 750 euros d'amende. Il s'agit, ici, de mettre fin à la diffusion des divers « guides du squatteur » distribués par quelques associations et aisément trouvables sur Internet.
- Le nouvel article 313-6-3 du Code pénal réprime, quant à lui, « le fait, pour une personne ne disposant ou n'ayant disposé d'aucun titre pour occuper un bien immobilier, de se dire faussement propriétaire de ce bien aux fins de le louer ». La peine prévue est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Il s'agit, ici, de mettre fin aux sous-locations ou aux locations de « squats » pratiquées par ce qu'on a coutume d'appeler les « marchands de sommeil ».
- Le nouvel article 315-1 du Code pénal, figurant dans un tout nouveau chapitre intitulé « De l'occupation frauduleuse d'un local à usage d'habitation ou à usage économique », punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende « l'introduction ou le maintien dans un local à usage d'habitation ou à usage économique sans être titulaire d'un titre de propriété, d'un contrat de bail ou d'une convention d'occupation avec le propriétaire ou avec la personne ayant des droits sur le logement ou sans leur consentement ». Cette évolution permet, en particulier, de sanctionner l'inconnu qui se maintiendrait après être simplement entré dans les lieux en trouvant le portail ouvert ou l'ami qui refuserait de quitter la maison qu'on lui aurait prêtée pour les vacances.
- Le nouvel article 315-2 du Code pénal, qui figure dans le même nouveau chapitre, dispose que « le maintien sans droit ni titre dans un local à usage d'habitation en violation d'une décision de justice définitive et exécutoire ayant donné lieu à un commandement régulier de quitter les lieux depuis plus de deux mois est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». Est ici principalement visé le locataire légitime condamné à déguerpir pour non-paiement des loyers ou non-respect d'un congé régulièrement délivré.

L'occupant frauduleux des articles 315-1 et 315-2 ne doit toutefois pas être confondu avec le « squatteur » de l'article 226-4. Le délit de violation de domicile constitue une atteinte à la vie privée alors que ces deux nouveaux délits constituent une atteinte à la propriété. Surtout, le locataire sans droit ni titre pourra continuer à bénéficier de la trêve hivernale ou de délais judiciaires et la sanction ne s'appliquera pas lorsque le logement appartient à un bailleur social ou à une personne morale de droit public⁸. La solution peut se comprendre d'un point de vue politique mais n'est-ce pas curieux de laisser la loi protéger la commission d'un délit selon les mois de l'année ou la volonté d'un juge ? Ou de considérer que certaines personnes morales ne pourraient prétendre au statut de victime malgré une occupation indiscutablement frauduleuse ? En outre, compte tenu du nombre important de locataires sans droit ni titre qui deviendraient délinquants du jour au lendemain⁹ et de la faiblesse du montant des peines encourues, est-il bien certain que le ministère public consacre beaucoup de temps à la poursuite de cette nouvelle infraction ? Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si la menace de la sanction pénale sera réellement dissuasive.

En second lieu, et sur le terrain du droit civil, l'article 1244 du Code civil est doté d'un second alinéa selon lequel « l'occupation sans droit ni titre d'un bien immobilier libère son propriétaire de l'obligation d'entretien du bien de sorte que sa responsabilité ne saurait être engagée en cas de dommage résultant d'un défaut d'entretien du bien pendant cette période d'occupation. En cas de dommage causé à un tiers, la responsabilité incombe dès lors à l'occupant sans droit ni titre du bien immobilier ». Ajout bienvenu qui permet de contrer la récente – et sévère – décision rendue par la deuxième chambre de la Cour de cassation 15 septembre 2022 à propos de la responsabilité civile du propriétaire d'un logement dont le « squatteur » avait chuté en raison d'un garde-corps défaillant¹⁰.

⁸ CP, art. 315-2, al. 2, modif.

⁹ Rappelons que si l'infraction est continue et que la situation infractionnelle persiste, la loi nouvelle lui est, en principe, applicable.

¹⁰ Civ. 2^e, 15 sept. 2022, n° 19-26.249.

Par ailleurs, la rédaction du contrat de bail d'habitation est légèrement modifiée. La clause résolutoire¹¹ – déjà employée dans la majorité des contrats – devient obligatoire. Elle produira effet un mois après un commandement resté infructueux et non deux mois, comme c'est actuellement le cas. Le juge pourra continuer d'accorder des délais au locataire mais ceux-ci n'auront plus pour conséquence de suspendre les effets de la clause résolutoire sauf à ce que le locataire procède au versement intégral du loyer courant avant la date de l'audience. Si ces délais pourront toujours aller jusqu'à trois mois, le juge ne pourra plus les prononcer d'office et ils devront donc être demandés par le locataire. Au surplus, le délai imparti au commissaire de justice pour transmettre l'assignation au préfet passe de 2 mois avant l'audience à 6 semaines. Le représentant de l'État dans le département saisit alors « l'organisme compétent désigné par le plan départemental d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisées, suivant la répartition de l'offre globale de services d'accompagnement vers et dans le logement prévu à l'article 4 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 précitée, afin qu'il réalise un diagnostic social et financier, selon des modalités et avec un contenu précisés par décret, pour les locataires ainsi signalés »¹².

Deux délais prévus par le Code des procédures civiles d'exécution voient également leur régime modifié. Le premier est le délai légal d'attente de deux mois entre le commandement visant la clause résolutoire et l'assignation qui ne bénéficie plus aux occupants dont le juge constate « la mauvaise foi »¹³. Le second est le délai judiciaire renouvelable prévu par l'article L. 412-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui, cumulativement, ne pourra plus être inférieur à un mois ni supérieur à un an ; contre trois mois et trois ans, actuellement. Ce délai ne pourra pas, non plus, être accordé en cas de mauvaise foi de la personne expulsée.

Après des années d'abus commis par nombre de locataires de mauvaise foi, le signal donné par ces futures avancées législatives nous semble positif. Reste qu'en l'état actuel, le texte nous paraît encore un peu léger. Espérons que la lecture sénatoriale permette quelques évolutions supplémentaires –en particulier concernant la procédure

¹¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 24, modif.

¹² *Ibid.*

¹³ CPCE, art. L. 412-1, modif.

d'expulsion judiciaire— afin de redonner toute sa valeur aux droits fondamentaux que sont la propriété et l'exécution des décisions de justice.

N°2137188.00	A LIMOGES, le 20/10/2014
--------------	--------------------------

AVIS D'EXPULSION

Il a été procédé ce jour en présence de Monsieur le Commissaire de Police à l'expulsion corps et biens de :

**1 rue du Docteur Roux
Log 556, RDC
87000 LIMOGES**

en vertu :

D'une ordonnance de référé contradictoire en premier ressort rendue par Monsieur le Président du Tribunal d'Instance de LIMOGES, en date du 09/04/2014

Précédemment signifié et suite à un commandement de quitter les lieux délivré

Billet n° 17 : J. RAYNAUD - La protection européenne d'une performance offensante réalisée dans une église

janvier 2023

Pour citer ce billet :

J. RAYNAUD, « La protection européenne d'une performance offensante », *Billets de l'OMIJ*, 2023-1, n° 17

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

LA PROTECTION EUROPÉENNE D'UNE PERFORMANCE OFFENSANTE RÉALISÉE DANS UNE ÉGLISE

Dr Julien RAYNAUD

*Maître de conférences en droit privé
OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges*



La messe est dite. Les juridictions françaises n'auraient pas dû condamner une Femen à un mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir exhibé sa poitrine et mimé un avortement dans l'église de la Madeleine (Paris).

C'est le sens de l'arrêt Bouton contre France du 13 octobre 2022, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme prend le parti de la requérante, dont la performance visait à véhiculer *« un message relatif à un débat public et sociétal portant sur le positionnement de l'Église catholique sur une question sensible et controversée, à savoir le droit des femmes à disposer librement de leur corps, y compris celui de recourir à l'avortement »*¹. Se trouve ainsi désavouée la Cour de cassation qui, en 2019, avait maintenu la condamnation de la militante, refusant d'y voir une atteinte excessive à sa liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne².

La performance d'Eloïse Bouton consistant à défendre le droit à l'avortement, l'arrêt de la Cour de Strasbourg sera majoritairement approuvé³. Plus juridiquement, puisqu'il s'agissait de participer à un

¹ Cour EDH, 13 octobre 2022, *Bouton c/ France*, req. n° 22636/19, spéc. § 48, *Dalloz actualité*, 19 octobre 2022, note Fl. Merloz ; *JCP* 2022, act. 1455, note J.-Ch. Saint-Pau.

² Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-81.618, *RSC* 2019, p. 91, obs. Y. Mayaud ; *Revue générale du droit on line*, 2019, numéro 39853 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=39853).

³ En 2022, 78 % des Français estiment qu'une femme doit avoir le droit d'avorter librement : <https://www.ifop.com/publication/les-francais-veulent-ils-constitutionnaliser-le-droit-a-lavortement-en-france/>

débat d'intérêt général, on comprend la réticence à sanctionner cette exhibition : le prononcé d'une condamnation pénale constitue l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression, et les instances nationales doivent nécessairement faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale⁴. Un élément jouait cependant contre la Femen, elle s'était « produite » dans une église. Les juges internes avaient donc trouvé logique, dans cette affaire, de protéger la sensibilité religieuse dans ce lieu de culte, au détriment de la liberté d'expression de la requérante.

La Cour européenne retient au contraire que les juges français n'ont pas procédé à une mise en balance adéquate entre le droit de s'exprimer garanti par l'article 10, et le droit d'autrui au respect de l'ordre public : en l'espèce, la peine infligée à Eloïse Bouton ne s'imposait pas, elle était disproportionnée aux buts légitimes poursuivis⁵. La doctrine a déjà eu l'occasion de relever l'appréciation « arbitraire » de la Cour européenne dans cette affaire, le raisonnement des juridictions françaises ayant, tout autant, sa pertinence⁶. Nous ne reviendrons donc pas ici sur les aléas de l'appréciation *in concreto*. Il est possible en revanche d'approuver que l'arrêt Bouton vienne consolider une jurisprudence exigeant de la retenue dans la sanction de comportements qui relèvent d'un débat d'intérêt général (I) ; on peut aussi se demander si cette décision laisse présager des déconvenues pour certaines solutions récemment rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation (II).

I- L'exigence de retenue dans la sanction de comportements relevant d'un débat d'intérêt général

L'affaire Bouton concerne une membre du mouvement des Femen menant une action militante dans l'église de la Madeleine à Paris, et poursuivie pour exhibition sexuelle. Quatre ans plus tôt, dans l'affaire Mariya Alekhina, la Cour européenne était confrontée à deux membres des Pussy Riot (groupe de rock féministe, littéralement « émeute de

⁴ Selon les mots utilisés dans Cour EDH, 2 sept. 2021, *Z.B. c/ France*, req. n° 46883/15, § 67.

⁵ Arrêt *Bouton c/ France*, § 65 et 66.

⁶ V. notamment Ph. Conte, *Dr. pénal* 2022, comm. 193.

chattes ») qui avaient tenté d'interpréter l'un de leurs morceaux punks dans la cathédrale moscovite du Christ-Sauveur ; elles furent poursuivies pour hooliganisme et condamnées à deux ans d'emprisonnement par les juridictions russes. L'affaire est notamment examinée sous l'angle de l'article 10 par la Cour de Strasbourg, car la « performance » du groupe punk était une réponse au processus politique en cours en Russie, constituant un mélange d'expression verbale et d'une forme d'expression artistique et politique, relevant du champ de protection de cet article⁷. Si la Cour admet que certaines sanctions pouvaient se justifier par les exigences de la protection des droits d'autrui, elle décide que les condamnations prononcées en l'espèce (et exécutées) étaient disproportionnées. Comment ne pas être d'accord ? La Cour ne manque pas d'arguments : on ne peut constater aucune atteinte aux biens de l'église, aucune perturbation de l'office religieux, et les requérantes n'ont tenu aucun discours de haine ou d'appel à la violence⁸.

Si l'on applique ces critères à l'affaire Bouton, on est obligé de dresser le même constat, point par point. Les juges français avaient certes été beaucoup moins sévères à l'égard de la Femen : un mois d'emprisonnement avec sursis. C'est encore trop pour la Cour européenne, car cette peine est susceptible d'être ramenée à exécution en cas de nouvelle condamnation et a été inscrite au casier judiciaire de la requérante ; sa personnalité ne comportant aucun élément défavorable, une peine non privative de liberté aurait dû être choisie (§ 52 et 53 de l'arrêt). Ce point de vue présente une cohérence certaine avec la jurisprudence européenne. Dans la mesure où celle-ci s'oriente vers une interdiction des peines privatives de liberté en cas d'abus de la liberté d'expression, y compris en cas d'apologie du terrorisme⁹, on voit

⁷ Cour EDH, 17 juillet 2018, *Mariya Alekhina c/ Russie*, req. n° 38004/12, § 206 et 212 : les actions des requérantes ont abordé des sujets d'intérêt public et ont contribué au débat sur la situation politique en Russie. Cf. *JCP* 2018, act. 933, obs. F. Sudre.

⁸ On signalera que dans son opinion partiellement dissidente, la juge espagnole Elosegui n'approuve rien de cette motivation, car elle estime que le comportement des requérantes ne méritait pas d'être protégé au titre de l'article 10. Cf. M. Afroukh, in *RDLF* 2019, chron. 13 : <http://www.revuedlf.com/cedh/evolutions-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-second-semester-2018/>

⁹ Selon l'analyse de J.-P. Marguénaud, in obs. sur Cour EDH, 23 juin 2022, *Rouillan c/ France*, *RSC* 2022, p. 689. L'auteur note qu'il reste la piste de l'article 17 de la Convention « pour écarter les requêtes abusives des auteurs des propos les plus abjects ».

mal comment pourraient être validées de telles peines lorsque la personne qui s'est exprimée n'a eu « *aucun comportement injurieux ou haineux* » et voulait seulement contribuer « *au débat public sur les droits des femmes, plus spécifiquement sur le droit à l'avortement* » (§ 53).

On peut se demander si ces principes seraient pareillement appliqués dans le cas d'activistes féministes qui, dans une mosquée, procèderaient, buste dénudé, à une parodie de lapidation pour dénoncer les violences faites aux femmes dans certains États musulmans. La préservation de la paix religieuse sur le territoire pourrait en théorie conférer une marge d'appréciation assez ample à des autorités étatiques ayant choisi une sanction dissuasive pour la liberté d'expression¹⁰, mais dans le doute, mieux vaudrait peut-être éviter l'emprisonnement.

Des affaires quant à elles bien réelles, et tranchées récemment par la Cour de cassation, peuvent être réexaminées à la lumière de l'arrêt Bouton.

II- Quel avenir pour des décisions récentes de la chambre criminelle ?

Au petit jeu des pronostics, deux décisions récentes, antérieures à l'arrêt Bouton, nourriront la discussion.

- Le 15 juin 2022, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir condamné trois militantes Femen à deux mois d'emprisonnement avec sursis (un mois avec sursis pour deux d'entre elles) pour exhibition sexuelle¹¹. Elles avaient, lors d'une cérémonie de commémoration du centenaire de l'armistice de la Première Guerre mondiale, dénudé leurs poitrines, sur lesquelles étaient inscrits divers slogans, cela pour manifester leur opposition à l'invitation de certains chefs d'État au Forum de Paris sur la Paix. Pour écarter l'argumentation

¹⁰ Si l'on suit les préceptes de l'arrêt *Sabaditsch-Wolff c/ Autriche* (Cour EDH, 25 octobre 2018, req. n° 38450/12), la question clé (et épineuse) est de déterminer si les propos ou comportements visaient simplement à susciter l'indignation d'autrui, ou contribuaient à un débat d'intérêt général.

¹¹ Cass. crim., 15 juin 2022, n° 21-82.392, *Dr. pénal* 2022, comm. 137, obs. Ph. Conte ; *Communication Commerce élect.* 2022, act. 68, obs. A. Lepage.

des prévenues fondée sur l'atteinte disproportionnée à leur liberté d'expression que constituerait leur condamnation, les juges du fond retiennent que si l'exhibition participait en l'espèce d'une démarche politique destinée à alimenter le débat public, la demi-nudité s'était produite à l'occasion de la célébration d'un événement historique requérant une nécessaire dignité, en présence de familles des défunts, de représentants d'associations de victimes et de chefs d'État. Cet argument du lieu et du moment déplacés au vu de l'évènement commémoratif, en apparence pertinent pour légitimer l'ingérence dans la liberté d'expression des trois Femen, pourrait cependant être retourné par la Cour européenne, comme dans l'arrêt Bouton¹² : il était logique pour les activistes aux seins nus de choisir d'agir précisément lors d'une cérémonie propice à la médiatisation de leur performance¹³. Si cette motivation était retenue, il apparaîtrait alors que condamner les Femen relèverait d'une forme de censure politique, suspecte au regard des valeurs de la Convention européenne. Sans qu'il soit forcément besoin d'aller jusque-là, les leçons de l'arrêt Bouton conduisent à retenir que le prononcé d'une peine privative de liberté à l'égard des Femen ayant commémoré à leur manière le 11 novembre 1918 pourrait ne pas être considéré comme nécessaire dans une société démocratique, d'où une violation de l'article 10. Au demeurant, le fait que la Cour de cassation ait souligné l'existence d'un trouble à l'ordre public du fait de l'intrusion litigieuse ne paraît pas devoir sauver la condamnation prononcée, car les juges du fond ont été forcés de reconnaître que ce trouble avait été très bref.

- La veille du prononcé de l'arrêt Bouton, la Cour de cassation¹⁴ rejetait le pourvoi formé par huit membres de l'association Greenpeace contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris les ayant condamnés à 500 euros d'amende (avec sursis pour quatre d'entre eux) pour intrusion non autorisée dans un lieu historique ou culturel¹⁵, à savoir l'enceinte du chantier de restauration de la cathédrale Notre-Dame de Paris. En effet, certains étaient montés sur une grue pour y apposer une banderole avec

¹² V. en sens les obs. de Ph. Conte sous l'arrêt *Bouton*, précitées.

¹³ § 64 de l'arrêt *Bouton*.

¹⁴ Cass. crim., 12 octobre 2022, n° 21-87.005, *Dr. pénal* 2022, comm. 194, obs. Ph. Conte ; *Communication Commerce électr.* 2022, comm. 85, obs. A. Lepage ; *Dr. pénal* 2022, repère 12, obs. J.-H. Robert, cet auteur évoquant les « *infatigables turlupins de Greenpeace* ».

¹⁵ Art. R. 645-13 C. Pén.

l'inscription « climat, aux actes », dans le but d'alerter les pouvoirs publics quant à l'inaction face à l'urgence climatique¹⁶.

Sans surprise, les prévenus soutenaient que leur comportement s'inscrivait dans une protestation pacifique et que leur condamnation constituerait une atteinte excessive à leur liberté d'expression. Les juges du fond ne sont pas convaincus : la condamnation respecte l'article 10 de la Convention du fait, d'une part, de la nature simplement contraventionnelle de l'infraction poursuivie¹⁷, et d'autre part, des conséquences du comportement litigieux sur les travaux de restauration de la cathédrale (arrêtés pendant une journée) et sur la sécurité des ouvriers (obligés de procéder à des vérifications de l'état de la grue).

Devant la chambre criminelle, les prévenus font valoir, en vain, que leur action n'a exposé l'édifice religieux à aucun risque de dégradation¹⁸, et que les considérations sécuritaires invoquées par les juges du fond sont étrangères à l'intérêt protégé par la contravention de l'article R. 645-13 du Code pénal (prévenir les atteintes contre un immeuble présentant une valeur historique). Ce dernier argument raisonne défavorablement pour la France dans la perspective d'un recours devant la Cour de Strasbourg, puisqu'il a précisément été utilisé par celle-ci dans l'arrêt Bouton¹⁹. Dans son opinion concordante sous cet arrêt, la juge tchèque avait mis en garde : « *en matière d'accusations pénales, il faut appeler les choses par leur vrai nom et ne pas cacher un objectif sous un autre* ». En l'espèce, la frontière paraît bien mince entre la volonté du texte d'incrimination de protéger un lieu historique contre les dégradations, et l'objectif prétorien d'assurer la sécurité dans ce lieu. Au petit jeu des prédictions, gageons qu'au total, dans cette

¹⁶ En ce sens, l'intrusion nourrit le même but que celui poursuivi par les décrocheurs du portrait présidentiel dans les mairies. Sur le dernier état de la jurisprudence interne en la matière : Cass. crim., 18 mai 2022, n° 21-86.685, *JCP* éd. A. 2022, 2218, note R. Mesa.

¹⁷ L'argument est fort, mais il suppose malgré tout de s'assurer que la condamnation est nécessaire dans une société démocratique. *Cf.*, à propos d'un tapage nocturne qui consistait à soutenir des opinions politiques : Cass. crim., 3 novembre 2020, n° 19-87.418.

¹⁸ Cela revient à utiliser les arguments invoqués par la Cour européenne dans l'affaire *Mariya Alekhina c/ Russie*.

¹⁹ Au titre du contrôle de proportionnalité *in concreto*, il convient de mettre en balance la valeur sociale protégée par l'infraction et la liberté d'expression : v. J.-Ch. Saint-Pau, note précitée sous l'arrêt *Bouton*.

affaire Greenpeace, la Cour européenne ne décèlera pas « *des raisons sérieuses* » pour substituer son avis à celui des juridictions françaises²⁰.

²⁰ Selon la formule classique utilisée dans l'arrêt *Bouton* (§ 56).

Billet n° 18 : J. VERLHAC - 2023 : la bonne année associative

février 2023

Pour citer ce billet :

J. VERLHAC, « 2023 : la bonne année associative »,
Billets de l'OMIJ, 2023-2, n° 18

Disponible à :

[https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-
delomij/](https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/)

2023 : LA BONNE ANNÉE ASSOCIATIVE

Dr Jérôme VERLHAC

*Maître de conférences en droit privé
OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges*



À première lecture, le droit d'association ne brille pas d'une extraordinaire vigueur. Toutefois, c'est peut-être bien l'atteinte de son point de rupture qui pourrait annoncer un renversement d'approche de ce droit et permettre à terme une évolution majeure. En effet, le droit d'association, à force d'adaptation conjoncturelle, perd rapidement en élasticité.

Auteur de *coups de griffe* en 2022¹, la loi du 30 novembre 2021, dite loi Dombreval², idéalement placée, pourrait bien à nouveau jouer des coups en 2023 en donnant le coup de pouce tant attendu au renouveau associatif.

I - L'enrôlement des associations

Les récentes tendances législatives sont de doter les associations d'une fonction de liant qui ne leur est initialement pas attribuée. Ce faisant, elles sont placées en clé de voute d'un système qui repose structurellement sur le droit associatif.

Cette omnipotence systémique s'observe clairement dans les démarches législatives d'approche des grandes causes. Même si cela n'a pas un caractère totalement innovant, ni exclusif, cet enrôlement des associations s'exprime clairement³ dans la Loi Dombreval. Tant dans le

¹ M. MARTIN, « *Un coup de griffe dans la personnalité juridique ?* », *Billet de l'OMIJ*, 2022-1, n° 6.

² Loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes, *JO* 1^{er} déc. 2021, texte n° 1.

³ Déjà amorcée par la Loi ÉGalim, du 1^{er} novembre 2018, la loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable permet aux

fonctionnement des collectivités locales que dans l'expression même de la justice, les associations, *ès qualités*, sont désormais envisagées comme un élément intégré au fonctionnement institutionnel classique.

Pour ne prendre qu'un exemple, le Code rural⁴ attribue, par compensation de la carence communale, aux associations « disposant d'un refuge », une délégation de service public⁵. Dans une suite chronologique de la détention par décision administrative des animaux, une nouvelle famille d'associations (sans refuge⁶) est appelée au concours⁷. Elles monopolisent ainsi la détention des animaux de compagnie ainsi que le placement en famille d'accueil.

Si le recours aux associations par l'administration est classique, l'articulation par la loi de l'interaction entre plusieurs familles d'associations en les dotant exclusivement est plus innovante. En effet, l'articulation chronologique des associations dans une même démarche est significative d'une évolution de leur implication. Ainsi, et pour exemple, en cas de condamnation du propriétaire de l'animal pour atteintes sexuelles, le Code pénal⁸ prévoit que la justice peut confier l'animal à une association⁹. Dès lors, elle n'exerce pas, seulement en compensation, une délégation de service public, mais devient propriétaire de l'animal.

La loi du 30 novembre 2021 place stratégiquement le concours des associations au croisement d'une cause d'intérêt général et du rapprochement entre les animaux et les hommes¹⁰. On peut trouver là une forme d'omniprésence des associations de par la pression législative. En conséquence, si l'étendue et l'omniprésence du tissu associatif fondent le recours aux associations dans une visée de compensation de l'action publique, c'est au titre de leur capacité de

associations de protection animale de se porter partie civile lorsque des contrôles officiels auront mis au jour des mauvais traitements sur animaux.

⁴ Art. L. 211-24 du Code Rural et de la pêche maritime, nouvelle rédaction.

⁵ L. n° 2021-1539, préc., art. 7. Cette disposition concerne également les fondations.

⁶ Art. L. 214-6-5 du Code rural et de la pêche maritime.

⁷ L. n° 2021-1539, préc., art. 10.

⁸ Art. 521-1-1 du Code pénal.

⁹ Association de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée ; cette possibilité est également partagée avec les fondations.

¹⁰ J. VERLHAC, *Le droit associatif animalier, un levier d'expression*, chronique de droit associatif animalier, *RSDA*, 2/2021.

réaction pour la protection des animaux que les associations sont légalement mobilisées.

La loi Dombreval marque un tournant en faisant clairement basculer la charge de la cause animale sur le tissu associatif. En effet, l'article 15 introduit parallèlement l'interdiction de la cession de chats et chiens dans les établissements commerciaux¹¹ et l'incitation au partenariat associatif aux fins de présentation des animaux dont elles ont la garde. L'attribution par la loi de toute la chronologie de prise en charge des animaux se traduit par un quasi-monopole de la cause animalière. Ce n'est pas le Code de l'environnement¹² qui démentira cela en réservant, de droit, une place aux associations de protection des animaux et associations d'élus locaux dans la constitution de la Commission nationale consultative pour la faune sauvage captive.

Des démonstrations précédentes, il est évident de convenir de l'omniprésence des associations dans la mise en œuvre de la protection des animaux comme voulu par cette loi.

II - L'anormale sollicitation de la loi 1901

Comme nous venons de le voir, l'association est retenue comme un « véhicule d'expression », au sens de l'arrêt de la Cour EDH du 05 janvier 2007, *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*¹³, qui autorise ainsi les individus à participer à la défense d'un intérêt qui les dépasse. Par l'approche institutionnelle de sa charge, le tissu associatif est impliqué en limite de la loi 1901. Cette dernière, bien que parée de toutes les vertus de son extrême souplesse, porte initialement contrat

¹¹ Art. L. 214-6-3, II C. rur.

¹² Art. L.413-9 du Code de l'environnement (nouvelle rédaction).

¹³ Cour EDH, 5 oct. 2006, *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, req. n° 72881/01, § 61 : Les citoyens participent au processus démocratique via des associations afin de défendre ensemble un intérêt commun.

d'association et non d'institution¹⁴. On retrouve là une question classique qui anime de longue date le droit des sociétés¹⁵. Le défaut qui en résulte est essentiellement de deux ordres : celui de la proximité d'intérêt entre le membre et l'association¹⁶, et celui de l'absence de cadrage tant structurel que déontologique.

Le poids supporté par la célèbre loi de 1901 cause à cet outil des déformations structurelles importantes. C'est ici une limite, pour l'instant peu perceptible, que nous atteignons dans la promotion des grandes causes et notamment dans celle de la protection animale telle que mobilisée ici en illustration.

La stature quasiment virginale dont bénéficie la loi de 1901, parmi quelques autres « grandes Lois », a permis au terrain associatif de s'appuyer sur une assise rassurante de stabilité. Or, par un effet de bande, on assiste à une translation des associations d'intérêt ultra-individuel à l'opportunité de s'associer pour la défense de causes inappropriables. Le droit d'association assure, tel qu'est sa destination, un support suffisamment souple pour garantir l'engagement contractuel, mais un point de faiblesse institutionnel.

Le 17 février 2022, le Parlement européen a largement approuvé le rapport Lagodinsky¹⁷ qui vient relancer le statut d'association européenne. Cette procédure d'initiative législative qui fait référence dans son article 14 à la protection des animaux comme cause d'utilité publique, propose d'encadrer l'action associative. Cela apporte un premier élément de réponse aux problématiques soulevées par le

¹⁴ J. VERLHAC, *Protection animale - impact et rôle des associations*, éd. Dalloz, Juris 658, mars 2022.

¹⁵ É. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et sociétés, Année 1995, 30-31, pp. 381-412, numéro thématique : L'environnement et le droit,

¹⁶ C.F. : associations dites *Nimby* : *Ceux sont des associations qui ne dépassent pas la somme des intérêts individuels et ne participent donc que peu au traitement de fond d'une cause globale*.

¹⁷ Rapport contenant des recommandations à la Commission sur un statut pour les associations et organisations à but non lucratif européennes transfrontalières, ([2020/2026\(INL\)](#)), Commission des affaires juridiques, Rapporteur: Sergey Lagodinsky, (Initiative – article 47 du règlement intérieur).

troisième temps de la prise en compte juridique de la cause animalière. À n'en pas douter, un rapprochement dans cette démarche bien engagée avec la construction jurisprudentielle issue de la CEDH permettrait une évolution majeure du droit associatif. Véritable serpent de mer des attentes européennes, l'association européenne se place idéalement à la croisée des chemins.

Le droit interne montre des signes distinctifs de limite d'adaptation tandis que le parlement européen s'engage fermement dans une logique associative transfrontalière. Ces deux mouvements, s'ils se coordonnent, peuvent provoquer rapidement une mise à niveau attendue, de longue date, du droit associatif.

Billet n° 19 : R. DELMAS - Faut-il annuler les actes administratifs illégaux ?

mars 2023

Pour citer ce billet :

R. DELMAS, « Faut-il annuler les actes administratifs illégaux ? », *Billets de l'OMIJ*, 2023-3, n° 19

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

FAUT-IL ANNULER LES ACTES ADMINISTRATIFS ILLÉGAUX ?

Dr Rémi DELMAS

Docteur en droit public

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges



Soumise au principe de légalité, l'administration ne peut agir qu'en vertu de la loi. Cette exigence, entendue largement, s'assimile à une obligation juridique de respect de la hiérarchie des normes. Dans les systèmes juridiques libéraux, les droits fondamentaux et les principes politiques les plus importants sont placés à son sommet et inscrivent ce principe de structuration pyramidale de l'ordre juridique dans la logique de l'État de droit et de la limitation de l'arbitraire de la puissance publique. Le principe de légalité se traduit en outre par l'institution d'un contrôle juridictionnel de l'administration. Les actes qu'elle adopte sont ainsi susceptibles d'être déférés au juge administratif et plus particulièrement au juge de l'excès de pouvoir, par la voie du recours du même nom. Permettant à tout administré s'estimant lésé par les actes de la puissance publique de porter sa réclamation devant une juridiction, cette procédure constitue selon la formule célèbre du commissaire du gouvernement Léon Aucoc une « soupape de sûreté »¹ : un élément de l'équilibre démocratique et social de l'État reposant sur le contrôle de l'action administrative.

L'illégalité de l'acte administratif peut résulter de différentes circonstances : l'incompétence de son auteur, l'irrégularité de sa forme, la méconnaissance de la procédure préalable, l'adoption en vertu de motifs erronés ou illégaux, la contrariété de son contenu avec une règle supérieure... Toutes appellent traditionnellement une même sanction,

¹ L. AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in H. DE GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, p. 79.

celle de l'annulation, qui entraîne la disparition rétroactive et immédiate de l'acte illégal qu'elle frappe : « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus »². Au regard des enjeux démocratiques et juridiques attachés à la soumission de la puissance publique au droit, il apparaît absolument nécessaire que les actes illégaux soient censurés. Il est également pleinement justifié qu'ils disparaissent rétroactivement, afin que la continuité de la légalité soit rétablie et que l'État de droit ne souffre aucune éclipse.

Cette solution ne va toutefois pas sans heurter d'autres exigences fondamentales de l'ordre juridique telles que l'impératif de sécurité juridique et l'exigence de stabilité qui en découle. L'annulation implique en effet une réécriture du passé, qui peut perturber le temps présent, étant théoriquement susceptible de provoquer de redoutables réactions en chaîne. C'est pour parer à de pareils risques que la jurisprudence administrative a élaboré des solutions telles que la théorie des « fonctionnaires de fait »³ en vertu de laquelle l'illégalité de la nomination d'un fonctionnaire ne peut être invoquée, lorsqu'il a été investi de manière suffisamment plausible, pour contester les actes régulièrement pris dans l'exercice de ses fonctions⁴. La nécessaire conciliation des exigences de la légalité et de la sécurité juridique a également appelé certaines évolutions des pouvoirs du juge administratif : la consécration jurisprudentielle, par l'arrêt *Association AC !* de 2004⁵, de son pouvoir de *moduler les effets de l'annulation* est assurément l'une des plus significatives. Ainsi, lorsqu'il estime à l'issue d'un bilan approfondi et d'un débat contradictoire que les effets normaux de l'annulation pourraient produire des conséquences excessives au détriment des intérêts publics et privés en présence, il peut prévoir, sous réserve des actions engagées, que les effets de l'acte illégal antérieurs à son annulation seront regardés comme définitifs et, le cas échéant, que l'annulation prendra effet à une date ultérieure.

² CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec. p. 1065, S. 1925, III, p. 49, note M. HAURIOU.

³ G. JEZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP* 1914, p. 48

⁴ CAA Lyon, 27 juin 2019, n° 17LY01350, École Normale Supérieure de Lyon.

⁵ CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. p. 197, concl. Ch. DEVYS, *RFDA* 2004, p. 438.

Ce mécanisme confère au juge administratif un degré de contrôle très élevé de la technique de l'annulation. Il ne peut être nié qu'il présente un risque pour l'effectivité du droit au recours, mais il est également vrai qu'il s'accompagne de garanties supérieures à la technique de la validation législative. Bien que sa mise en œuvre ne soit pas exceptionnelle, son utilisation raisonnée n'a pas remis en cause le principe de l'annulation et a même permis au juge administratif de surmonter les vertiges qu'il pouvait éprouver en contemplant les perspectives de vides juridiques résultant de la censure contentieuse de certains actes administratifs de portée nationale. Pour autant, dès lors qu'il avait admis que l'illégalité n'appelle pas nécessairement la disparition rétroactive de l'acte, fut-ce au nom des conséquences excessives qu'elle entraînerait, le juge avait ouvert la voie d'une réflexion sur la proportionnalité de la sanction qu'il peut prononcer et, plus généralement, sur le sens de son office.

Les évolutions législatives et jurisprudentielles des dix dernières années l'ont explorée, en quête d'une plus grande utilité et efficacité de l'intervention du juge administratif dans le contentieux de la légalité. Une telle attente, essentiellement attribuée aux justiciables, peut paraître paradoxale tant la puissance de l'annulation et sa capacité à effacer l'illégalité commise constituent des garanties d'efficacité. Pour autant, certaines annulations peuvent à juste titre être considérées comme moins efficaces que d'autres, en particulier lorsqu'elles échouent à vider le litige entre les parties. Tel peut être le cas lorsque l'annulation est prononcée pour un motif qui n'empêche pas l'auteur de l'acte de prendre ultérieurement une décision de même contenu. Il peut en aller de même lorsque l'annulation porte sur une décision de refus et qu'elle ne suffit pas à contraindre l'administration à octroyer ce que le demandeur lui réclamait. Au nom d'une certaine idée de ce qu'est l'utilité de la sanction qu'il prononce, le juge a ainsi été amené à tenir compte de la faculté de l'administration de régulariser ses actes avant d'envisager leur disparition (I). De même, il s'est reconnu le pouvoir de prononcer l'abrogation des décisions administratives dont il constate l'illégalité à la date à laquelle il statue (II). Du développement de ces

nouvelles méthodes, il apparaît que l'annulation des actes illégaux n'est plus l'unique alternative au rejet de la requête.

I/ Régulariser les actes illégaux plutôt que les annuler ?

Sous l'influence de l'exigence européenne d'effectivité de la justice, la consécration du pouvoir d'injonction du juge administratif dans les années 1990 a considérablement renforcé l'efficacité de ses décisions. Le code de justice administrative permet ainsi à la juridiction, saisie de conclusions en ce sens ou bien d'office, de prescrire les mesures d'exécution qu'implique nécessairement, le cas échéant, l'annulation d'un acte. Le juge de l'annulation est dès lors amené à se projeter dans l'exécution de sa décision : s'il peut parfois enjoindre à l'administration de faire ce qu'elle refusait, il apparaît aussi que les motifs de certaines annulations ne font pas obstacle à ce qu'une décision administrative de même portée soit ultérieurement adoptée.

Ces considérations ont inspiré la jurisprudence du début des années 2000 relative aux techniques prétoriques de sauvegarde des actes. En 2003, le Conseil d'État a ainsi formellement reconnu dans l'arrêt *El Bahi*⁶ la possibilité pour le juge de prononcer d'office une substitution de base légale lorsque la décision contestée n'a pas été appuyée par son auteur sur le fondement juridique adéquat. Par l'arrêt *Hallal* de 2004⁷, il a également consacré la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'opérer, à la demande de l'administration, une substitution des motifs de l'acte. A la différence de la substitution de base légale, qui implique une correction relativement mineure de l'acte litigieux, cette technique amène le juge – de manière critiquable – sur le terrain de la subjectivité de l'auteur de l'acte : elle suppose en effet qu'il détermine comme un administrateur si le motif invoqué en cours d'instance aurait effectivement conduit l'autorité compétente à adopter le dispositif qu'elle a retenu au regard de son examen initial des circonstances. Malgré leurs différences, ces techniques permettent ainsi la correction de l'acte par le juge lui-même, afin d'éviter qu'une sanction platonique

⁶ CE, sect., 21 novembre 2003, n° 240267, *Préfet Seine-Maritime c/ El Bahi*, rec. p.479 et *RFDA* 2004, p. 733 concl. J.-H. STAHL.

⁷ CE, sect., 6 février 2004, *Hallal*, *RFDA* 2004, p. 740, concl. I. DE SILVA.

soit suivie de l'adoption d'un acte de même portée donnant lieu à l'introduction d'un nouveau recours vraisemblablement voué au rejet.

Parallèlement à ces techniques qui sont sans influence sur le contenu de l'acte, les années 2000 ont assisté au développement d'un procédé d'annulation original, préfiguré par l'arrêt *Vassilikiotis* de 2001⁸ et illustré l'arrêt *Titran*⁹ de la même année : dans cette espèce, alors qu'il devait prononcer l'annulation d'un décret illégal au seul motif qu'il avait omis certaines dispositions nécessaires au traitement des données personnelles, le juge avait prévu, au titre des modalités d'exécution de sa décision, que l'auteur de l'acte disposerait d'un délai pour le compléter conformément à la légalité, sans quoi l'annulation prendrait effet à son terme. Cette technique de l'*annulation à exécution conditionnelle* s'est particulièrement acclimatée au contentieux des titres exécutoires et subventions publiques. A propos de ces dernières, le juge administratif estime en effet que, si leur illégalité découle d'un motif de forme ou de procédure, leur annulation n'implique pas nécessairement la restitution des sommes octroyées, compte tenu de la faculté de l'administration de régulariser « pour des motifs de sécurité juridique » le versement litigieux¹⁰. Dans une telle hypothèse, le juge considère ainsi qu'il lui appartient de subordonner l'injonction faite à l'administration de recouvrer la somme en l'absence d'adoption par elle d'une nouvelle décision régulière d'attribution. Les effets matériels de l'annulation peuvent donc être évités.

Ces expérimentations jurisprudentielles, donnant lieu à l'articulation d'une sanction avec un mécanisme de condition, ont inspiré le législateur dans les domaines du contentieux de l'urbanisme et de l'environnement, dans lesquels se sont développées des techniques de régularisation d'acte en cours d'instance. Introduit par l'ordonnance de 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme permet ainsi au juge constatant, d'une part, qu'un

⁸ CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, rec. p. 303, concl. Fr. LAMY.

⁹ CE, 5 mars 2003, n° 241325, *Titran*, rec. p. 113.

¹⁰ CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Emerainville*, RFDA 2019, p. 289, concl. V. DAUMAS.

vice affectant une autorisation d'urbanisme¹¹ est susceptible d'être régularisé et, d'autre part, que les autres moyens ne sont pas fondés, de surseoir à statuer dans l'attente qu'une mesure de régularisation soit adoptée pour rétablir la légalité avant que l'annulation soit prononcée. Au sein du code de l'environnement, l'article L. 181-18 créé par l'ordonnance de 2017 relative à l'autorisation environnementale organise une procédure semblable. L'essor de ce modèle *d'annulation à prononcé conditionnel* est tel que, en 2021, le Conseil d'État l'a transposé de manière prétorienne au contentieux des déclarations d'utilité publique par sa décision *Commune de Grabels*¹².

En 2018, conformément aux préconisations du rapport Maugüé, la loi ELAN a conféré un caractère obligatoire à la mise en œuvre de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme : il en résulte que le juge est légalement tenu de surseoir à statuer en vue de permettre la régularisation d'une autorisation d'urbanisme dès lors qu'il a constaté qu'elle n'était affectée que par des illégalités régularisables. Cette notion est appréciée largement par la jurisprudence contemporaine, qui a d'ailleurs assoupli le régime du permis modificatif en abandonnant l'exigence traditionnelle de respect de l'économie du projet initial : il est ainsi possible, en cours d'instance, de faire régulariser un permis entaché d'un vice de procédure substantiel ou bien dont le contenu méconnaît la légalité, par la délivrance d'un permis modificatif dès lors que « *les modifications envisagées n'apportent pas [au projet] un bouleversement tel qu'il en changerait la nature même* »¹³. De cette évolution, il résulte que la régularisation des autorisations illégales devient le principe et leur annulation l'exception.

Cette orientation tient compte de certaines spécificités du contentieux des autorisations d'urbanisme et en particulier du fait que l'introduction d'un recours est toujours susceptible de remettre en cause l'opération

¹¹ L'article L. 600-9 du même code, issu de la loi ALUR de 2014, prévoit, selon des modalités adaptées, un mécanisme semblable pour les documents généraux tels que les plans locaux d'urbanisme.

¹² CE, 9 juillet 2021, n° 437634, *Commune de Grabels*, *RFDA* 2021, p. 932, concl. S. ROUSSEL.

¹³ CE, 26 juillet 2022, n°437765.

économique qui soutient le projet, notamment en compromettant les financements bancaires ou les transactions immobilières. La régularisation administrative en cours d'instance, opérée à l'instigation du juge, présente dès lors l'intérêt de résoudre une fois pour toutes le litige triangulaire entre le pétitionnaire, l'administration et les tiers. Il semble néanmoins que cette tendance comporte des inconvénients sérieux du point de vue du principe de légalité. Elle s'inscrit en effet dans un contexte procédural dans lequel le requérant-personne physique se voit exposé à certains risques, du fait de la fermeture du prétoire aux personnes morales et du renforcement des dispositifs de lutte contre les recours abusifs. Elle pourrait donc contribuer à un découragement des requérants – potentiellement moins satisfaits par la régularisation d'un projet qui les lèse que par son annulation – et, par suite, à un recul du contrôle de légalité des actes administratifs dans le domaine de l'urbanisme.

Pour l'heure, cette crainte peut être tempérée par le constat de l'absence de volonté des pouvoirs publics de généraliser ce dispositif à l'ensemble du contentieux administratif : ce n'est que de manière sectorielle que la régularisation avant l'annulation devient l'objectif prioritaire assigné au juge administratif. Par la loi du 11 mars 2023 relative à la production d'énergie renouvelable, il a néanmoins été conféré un caractère obligatoire à l'utilisation de l'article L. 181-18 du code de l'environnement, sur le modèle de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme dans sa rédaction issue de la loi ELAN, ce qui témoigne nettement de l'influence de cette nouvelle conception de la fonction du juge administratif. Si elle affecte ici un contentieux relevant de la pleine juridiction, une telle tendance transversale au développement du principe de la régularisation en cours d'instance soulève la question de l'avenir de l'annulation au rang des sanctions juridictionnelles de l'illégalité.

La reconnaissance jurisprudentielle d'un nouveau pouvoir d'abrogation, visant à saisir l'illégalité de manière plus dynamique que ne le permet l'optique rétrospective de l'excès de pouvoir, s'inscrit dans le même sens.

II/ Abroger les actes illégaux plutôt que les annuler ?

L'abrogation se définit comme l'action consistant à mettre fin pour l'avenir à l'existence d'un acte juridique, sans remise en cause des effets produits antérieurement. Traditionnellement conçue comme une prérogative de l'administration ou du juge du plein contentieux¹⁴, elle se distingue, en matière administrative, du retrait d'acte qui présente un caractère rétroactif et, en matière juridictionnelle, de l'annulation qui anéantit l'acte *ab initio*.

Le pouvoir de l'autorité administrative compétente de mettre fin pour le futur aux actes qu'elle a adoptés est discrétionnaire et, conformément au principe de mutabilité, assure la correspondance entre l'intérêt général et le contenu de la réglementation. L'abrogation peut cependant être interdite, après l'expiration d'un délai, lorsque l'acte administratif en cause a créé des droits au bénéfice de son destinataire. Elle peut également être obligatoire, dans le cas des actes réglementaires, lorsqu'un changement de circonstances est intervenu : dans une telle hypothèse, le refus de l'autorité administrative de procéder à l'abrogation peut être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Par principe, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de la décision dont il est saisi à la date à laquelle elle a été adoptée par l'administration et non à la date à laquelle il statue. Ce qui compte, c'est de déterminer si l'administration *a légalement agi*, plutôt que de savoir si l'acte litigieux pourrait avoir vocation à se maintenir dans l'ordonnement juridique. Le juge de l'annulation, qui peut être saisi de moyens relatifs à la compétence de l'auteur, au respect de la procédure d'adoption de l'acte, à la légalité des motifs qui ont conduit à l'adoption de son dispositif, est inévitablement à porter un regard rétrospectif pour en apprécier la légalité.

¹⁴ J.-M. AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA* 1967, p. 131.

Une remarquable dérogation a cependant été apportée à ce principe, dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* rendu en 2019 par l'assemblée du contentieux¹⁵. Au nom de « *l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger un acte réglementaire illégal* », qui réside selon le Conseil d'État dans l'obligation qu'il peut prescrire à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation, il considère que l'intervention d'un changement de circonstances faisant cesser l'illégalité de l'acte litigieux doit être prise en compte par le juge à la date à laquelle il statue, celui-ci ne pouvant dès lors tenir pour illégale la décision ayant refusé de l'abroger.

Porté par l'élan de cette nouvelle approche « dynamique » de la légalité, le Conseil d'État a franchi un cap en admettant, à rebours des conceptions classiques de l'office du juge de l'excès de pouvoir, que ce dernier pouvait *lui-même* prononcer l'abrogation d'un acte contesté devant lui à raison d'une illégalité dont il constate l'existence à la date de sa décision. Il l'a d'abord affirmé dans l'arrêt *Stassen* de 2020¹⁶ à l'occasion d'un recours dirigé contre une mesure de sanction provisoire en matière sportive : rappelant que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours tendant à l'annulation d'une mesure de suspension prise en application de l'article L. 232-23-4 du code du sport, « apprécie la légalité de cette décision à la date de son édicition et, s'il la juge illégale, en prononce l'annulation », il ajoute qu'il lui appartient en outre, « eu égard à l'effet utile d'un tel recours », s'il est saisi de conclusions en ce sens, « d'apprécier la légalité de la décision à la date où il statue et, s'il juge qu'elle est devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation ». Dans cette configuration, la possibilité pour le juge d'apprécier la légalité d'une mesure individuelle défavorable à la date à laquelle il statue et non pas seulement à la date à laquelle elle a été adoptée lui permet ainsi de se prononcer sur le bien-fondé de son maintien.

Cette approche a été transposée au contentieux des actes réglementaires par l'arrêt de section *Association ELENA* du 19

¹⁵ CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des Américains Accidentels*, *AJDA* 2019, p. 1986, chron. Cl. MALVERTI et C. BEAUFILS ; *RFDA* 2019, p. 891, concl. A. LALLET.

¹⁶ CE, 28 février 2020, n° 433886, *M. Stassen*, *RFDA* 2020, p. 469, concl. G. ODINET.

novembre 2021¹⁷, consacrant de manière générale et parfaitement explicite l'existence d'un pouvoir subsidiaire d'abrogation au sein de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Cette importante décision prévoit que le juge, « saisi de conclusions à fin d'annulations recevables », peut également l'être « à titre subsidiaire de conclusions tendant à ce qu'il prononce l'abrogation du même acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton ». C'est ainsi que, si le juge est amené à rejeter les conclusions principales à fin d'annulation, il lui appartiendra de statuer sur les conclusions subsidiaires tendant à l'abrogation de l'acte dont il aurait été saisi. Dans une telle hypothèse, la légalité de l'acte sera appréciée « au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision » : s'il apparaît que celles-ci ne permettent plus de considérer l'acte comme légal, le juge en prononcera l'abrogation, sans remettre en cause ses effets légalement produits.

Ces innovations jurisprudentielles ne semblent pas remettre en cause la technique de l'annulation, étant précisé que l'abrogation juridictionnelle est toujours envisagée comme un pouvoir subsidiaire dont la mise en œuvre est conditionnée à la formulation explicite de conclusions accessoires à celles qui tendent à l'annulation. L'abrogation peut donc être conçue comme *la sanction de l'illégalité acquise au cours de l'existence de l'acte, tandis que l'annulation demeure la seule sanction de l'illégalité innée*. Cette évolution paraît dès lors représenter un progrès de la justice administrative et du contrôle de légalité. Alors même que l'arrêt *ELENA* n'a pas reproduit la référence à « l'effet utile » des arrêts *Américains accidentels* et *Stassen*, il est évident que la possibilité de présenter devant le juge des conclusions tendant à l'abrogation permet au justiciable d'obtenir directement ce qu'il pourrait réclamer en contestant le refus opposé à une demande d'abrogation adressée à l'autorité administrative. Comme d'autres décisions de la période contemporaine, cet arrêt s'est donc inscrit dans une logique de satisfaction du requérant et de renforcement de ce qu'il perçoit comme l'efficacité de l'intervention du juge. Sans

¹⁷ CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres*, *RFDA* 2022, p. 51, concl. S. ROUSSEL.

nier le bénéfice évident que cette nouvelle faculté apporte, il faut toutefois rappeler que la conception « dynamique »¹⁸ de la légalité qui guide le juge saisi d'une demande d'abrogation est une conception réductrice : en effet, elle ne permet pas de saisir les illégalités de forme et de procédure commises à *l'adoption de l'acte* ; de même, la décision *Association des Américains accidentels* a jugé que l'évolution de la réglementation pouvait faire cesser l'illégalité entachant un acte adopté par une autorité initialement incompétente si cette dernière se voyait, entre temps, régulièrement investie de la compétence qui lui faisait défaut.

Ce nouveau pouvoir s'accompagne également d'une interrogation pressante : au-delà des actes réglementaires et des mesures de suspension provisoire prises en application du code du sport, d'autres actes administratifs unilatéraux sont-ils susceptibles d'être abrogés par le juge au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances ? Rien ne paraît s'y opposer et il est permis de croire que tout acte qui *ajoute à l'ordonnancement juridique* tout en étant doté d'une *vocation à durer* pourrait, sur le plan technique, développer une illégalité à la suite d'un changement de circonstance qui justifierait que le juge, régulièrement saisi, puisse en prononcer l'abrogation. Tant que le Conseil d'État ne l'aura pas affirmé, il est probable que les tribunaux administratifs continueront à hésiter sur ce point¹⁹. Il semble qu'il soit trop tard pour reculer ou pour s'arrêter là, mais il est certain que la prochaine étape de la jurisprudence impliquera une évolution très profonde de l'office du juge.

Contrairement aux apparences, la réponse qu'appelle la question qui intitule ce billet ne saurait être seulement positive ou négative. Les nouvelles techniques contentieuses que sont la régularisation et l'abrogation concurrencent ou complètent l'annulation, et témoignent

¹⁸ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », *AJDA* 2014, p. 99 ; A. BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », concl. sur CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT, RFDA* 2018, p. 649.

¹⁹ TA Lyon, 18 mars 2022, n° 2108176, *AJDA* 2022 p. 1165, concl. H. HABCHI.

de l'adaptabilité de l'office séculaire du juge de l'excès de pouvoir. Elles éclairement également sur les attentes qui lui sont adressées, tant par les justiciables que par le législateur, et sur les réponses qu'il entend leur apporter : loin de l'image caricaturale d'un censeur négatif indifférent au sort des parties autant qu'aux suites de ses décisions, il est désormais indéniablement soucieux de sa légitimité et conscient que celle-ci dépend de sa propre efficacité. Il s'efforce ainsi d'être un gardien de la légalité, aussi attentif aux exigences de son temps qu'à celles, permanentes, de l'État de droit.

Billet n° 20 : H. PAULIAT - Étude d'impact des projets de loi : une analyse indispensable !

avril 2023

Pour citer ce billet :

H. PAULIAT, « Étude d'impact des projets de loi : une analyse indispensable ! », *Billets de l'OMIJ*, 2023-4, n° 20

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

ÉTUDE D'IMPACT DES PROJETS DE LOI : UNE ANALYSE INDISPENSABLE !

Pr Dr Hélène PAULIAT

Directrice de l'OMIJ

Professeur agrégée en droit public

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges



Par une décision du 20 avril 2023¹, le Conseil constitutionnel vient, une nouvelle fois, estimer que l'étude d'impact relative au projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2024 à 2030 et portant diverses dispositions intéressant la défense ne méconnaissait pas les exigences de la loi organique du 15 avril 2009. Les solutions ainsi rendues soulignent que l'étude d'impact n'est pas considérée comme un élément essentiel à la présentation et à la discussion d'un projet de loi... Et pourtant, cette analyse apparaît comme un élément déterminant du travail gouvernemental **(I)**, même si, à l'heure actuelle, le contrôle effectué sur ce document est insuffisant pour garantir aux citoyens une bonne compréhension de l'action publique **(II)**. L'étude d'impact du projet de loi doit donc évoluer **(III)**.

I-Une analyse déterminante pour la lisibilité et la cohérence de l'action publique

Ou Qu'est-ce qu'une étude d'impact ? Tout

Une étude d'impact permet, en principe, de s'interroger sur la pertinence et l'utilité d'un projet de loi au regard des textes déjà existants, d'apprécier l'impact qu'il peut avoir sur les dispositions en vigueur ; mais elle devrait également prendre en compte les

¹ Déc. n° 2023-13 FNR du 20 avril 2023.

conséquences qu'engendrera l'application du nouveau texte sur la charge de travail des personnels chargés de le mettre en œuvre, sur les transferts de personnels qu'il peut impliquer, sur les évolutions économiques qu'il peut susciter... Il est en effet important d'anticiper les effets de l'application du texte et surtout de prévoir les contraintes qu'il génère. L'étude d'impact devrait expliquer pourquoi le projet de loi est nécessaire ou utile au regard de la stratégie gouvernementale définie, et comment il permet la traduction concrète d'une politique publique. Le Conseil constitutionnel a ainsi logiquement estimé qu'une étude d'impact pouvait être commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue².

L'étude d'impact est complémentaire de l'exposé des motifs qui, selon l'article 7 de la loi organique de 2009 précitée, consacre « *une tradition républicaine qui a pour objet de présenter les principales caractéristiques de ce projet et de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption* ». Et pourtant, le Gouvernement a décidé de sous-traiter à un cabinet privé, par appel d'offres, la mission de rédiger l'exposé des motifs du texte et l'étude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités, ce qui avait été validé par le Conseil constitutionnel (la haute instance estimant que le partenaire privé avait agi « *sous la direction et le contrôle du Premier ministre* »³).

Concrètement donc, dans cette logique, tout projet de loi devrait, par exemple, intégrer les contraintes nouvelles pesant sur les magistrats et les fonctionnaires pour évaluer si ceux-ci sont en mesure d'absorber une charge de travail supplémentaire au regard des effectifs (c'était l'une des préconisations du Conseil supérieur de la magistrature dans sa contribution aux Etats généraux de la justice, janvier 2022, p. 27).

Or, bien souvent, l'étude d'impact est réalisée à la fin de la construction du projet de loi, comme un outil obligatoire mais de peu d'intérêt, ne permettant ainsi pas aux citoyens de comprendre l'action publique menée par les gouvernants.

² CC, déc. 2010-603 DC, 11 fév. 2010.

³ Déc. n° 2019-794 du 20 déc. 2019

II-Un contrôle insuffisant limitant la compréhension de l'action publique

Ou Qu'est-elle dans l'ordre juridique ? Rien

Le contrôle effectué sur les études d'impact est notoirement insuffisant ; le juge constitutionnel ne s'est ainsi pas engagé dans un contrôle approfondi, qui pouvait s'appuyer sur les exigences de transparence, de clarté, de lisibilité et aussi de sincérité de la loi. Plus le projet est expliqué, plus le citoyen est en mesure non seulement de comprendre les enjeux, de connaître les conséquences d'une réforme, mais surtout de se faire une opinion claire et de s'approprier la logique d'un texte. En l'absence de ce travail fondamental, le projet de loi devient un texte technique, isolé, et certains peuvent ainsi croire que l'étude d'impact présentée, souvent très sommaire et approximative, dissimule en réalité un texte qui remet en cause leurs droits. Cette idée a été clairement exprimée par certains lors du débat sur les retraites, certains chiffres figurant dans l'étude d'impact étaient erronés...

Il est dans ce contexte surprenant de constater que le projet de loi qui a conduit à une fusion des régions a été précédé d'une étude d'impact que l'on peut à peine qualifier de telle tant elle est indigente ; les auteurs de la saisine dénonçaient à l'époque une étude d'impact notoirement insuffisante, notamment sur l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, sur les coûts et bénéfices financiers attendus, sur l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public et sur les consultations qui ont été menées... Et alors que le Gouvernement avait motivé son projet de réforme sur la base des économies d'échelle qu'elle entraînerait, aucun véritable chiffrage et évaluation fondée n'étaient présentés dans l'étude d'impact. Et pourtant, le Conseil constitutionnel a estimé que le Gouvernement avait exposé les raisons de son choix, qu'il avait envisagé des conséquences prévisibles de la réforme ; certes, il n'avait pas donné d'informations sur l'évolution de l'emploi public, mais cette évolution n'était pas envisagée dans le projet de loi... On croit rêver, si ce n'est qu'il s'agit d'une exigence fondamentale dans un État de droit. Anticiper, c'est prévoir, dit-on ; une réforme qui n'est pas anticipée, au moins dans une étude d'impact loyale, n'est pas correctement prévue.

Devant la faiblesse du contrôle du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a indiqué dans un de ses rapports annuels qu'il allait, au moment de sa saisine pour avis, mieux apprécier le sérieux et la complétude de l'étude d'impact accompagnant chaque projet de loi. Et le Gouvernement en a fait les frais : preuve en est l'avis rendu par le Conseil d'État le 15 novembre 2018 sur le projet de loi d'orientation des mobilités ; ainsi, le Conseil d'État a-t-il regretté « *les insuffisances de l'étude d'impact qui ne satisfait pas, en ce qui concerne ces dispositions, aux exigences posées par la loi organique du 15 avril 2009. Non seulement elle ne présente ni le dispositif retenu, ni les objectifs qu'il poursuit mais, en outre, elle met en avant, pour le justifier, un constat erroné* ». On ne peut mieux dire...

III-Une évolution indispensable pour restaurer la confiance dans l'action publique

Ou Que demande-t-elle ? À devenir quelque chose

L'étude d'impact doit être effectuée en amont de la réflexion sur un projet de loi. L'on conçoit la difficulté du processus, car il faut que le ministère sache à qui demander des éléments d'évaluation... La France comprend aujourd'hui plus d'une dizaine d'acteurs nationaux en matière d'évaluation des politiques publiques, et l'on pourrait citer aussi les laboratoires de recherche académiques, qui, bien souvent compétents sur un point donné, ne sont jamais sollicités. Une fois levée cette difficulté d'identification de l'acteur pertinent, il est indispensable d'établir cette étude de manière loyale : un nouveau texte est-il nécessaire, et pourquoi ? Ensuite, l'étude d'impact, pour être utile en termes d'action publique, doit présenter les différentes options possibles. Ainsi le projet de loi de réforme des retraites aurait pu proposer plusieurs scénarios : l'absence de texte, donc d'évolution et ses conséquences ; un texte mais avec différentes possibilités de financement... Ces différents éléments seraient particulièrement utiles à un débat parlementaire de qualité.

L'étude d'impact est un outil indispensable à la cohérence de l'action publique et à la cohérence du travail gouvernemental. Loin d'être un document technique, il définit la place du projet dans la stratégie menée par la majorité... Ce texte peut être un des leviers pour renforcer la transparence du débat et la confiance dans les institutions.

Billet n° 21 : D. THARAUD - Actualités en matière de droit de la non-discrimination

mai 2023

Pour citer ce billet :

D. THARAUD, « Actualités en matière de droit de la non-discrimination », *Billets de l'OMIJ*, 2023-5, n° 21

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

ACTUALITÉS EN MATIÈRE DE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

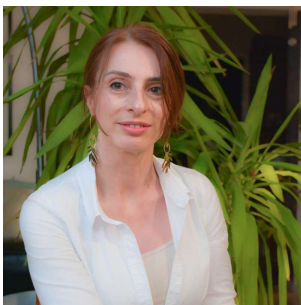
Pr Dr Delphine THARAUD

Professeur de droit privé

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges

Une fois n'est pas coutume, l'équipe des "Billets de l'OMIJ" a décidé de donner la parole à l'un des membres de notre laboratoire sous forme d'interview. Delphine Tharaud, reconnue nationally pour ses travaux de recherche sur la non-discrimination, a accepté de se prêter au jeu des questions-réponses.

Billets de l'OMIJ - *Qu'est-ce que le droit de la non-discrimination ?*



Delphine Tharaud - Le droit de la non-discrimination est l'ensemble des règles qui se préoccupent de l'existence des discriminations, ce qui comprend plusieurs volets : la prohibition des discriminations et les sanctions qui y sont associées, mais aussi un volet plus actif avec les moyens de lutte et les actions de lutte contre les discriminations.

Billets - *Vous cherchez à promouvoir le droit de la non-discrimination, notamment par la rédaction d'ouvrages dans ce domaine. Pouvez-vous nous en dire plus ?*

D.T. - Avec ma collègue Caroline Boyer-Capelle, maître de conférences à l'OMIJ, nous avons codirigé le *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, publié chez l'Harmattan¹ en 2021 et qui compte 75 auteurs, dont beaucoup appartiennent à l'OMIJ. Ceci est lié au caractère transversal de la non-discrimination, qui rejoint le

¹D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, éd. L'Harmattan, 2021, 394 p.

caractère transversal de la recherche à l'OMIJ : chacun peut trouver du droit de la non-discrimination au sein de ses propres domaines de recherche. Ce dictionnaire compte presque trois cents entrées et vise à établir qu'il existe un champ de réflexion et un champ scientifique autour de la non-discrimination.

J'ai par ailleurs écrit un manuel sous forme de fiches, publié chez Lexifac² en 2021 pour sa première édition, avec une deuxième édition qui interviendra dans les mois à venir. Il s'agit du premier manuel qui inscrit la non-discrimination en tant que matière juridique et qui essaye de traiter de tous les champs, que ce soit du droit pénal, civil, administratif, européen ; ainsi que de tous les motifs de discrimination, et ils sont nombreux.

Billets - *Le droit de la non-discrimination est-il une branche du droit ? autonome, émergente ou en devenir ?*

D.T. - Je vais répondre en deux temps : d'une part, est-ce une branche du droit et ensuite, le cas échéant, quel est son état ? En ce qui concerne la première question, il est certain qu'il y a un corpus législatif et jurisprudentiel qui traduit une présence forte de cette question-là. Pour autant, est-ce suffisant pour identifier une branche du droit à part entière, c'est une question à se poser. Il est aussi certain qu'il y a une logique spécifique associée aux règles de non-discrimination en termes de charge de la preuve et en termes de prescription : il y a ainsi une spécificité de ces règles, règles dont la quantité et la qualité peuvent faire penser qu'il s'agit d'une branche du droit.

On peut cependant le prendre de manière inverse : cette omniprésence qui traverse toutes les matières juridiques peut aussi faire penser à un droit qui ne serait non plus une *branche* du droit mais une *racine* du droit -pour reprendre l'allégorie de l'arbre- qui innoverait les autres matières juridiques et qui viendrait parfois en modifier la logique.

Qu'il s'agisse d'une branche ou d'une racine, la question de son état peut être soulevée de la même manière : c'est une « discipline » pour sûr, pour adopter un mot plus neutre, discipline qui est relativement récente et qui est arrivée à maturité il y a une vingtaine d'années. Elle

² D. THARAUD, *Droit de la non-discrimination*, coll. Lexifac, éd. Bréal, 2021, 216 p.

est donc nécessairement en construction. C'est aussi une matière vivace, avec beaucoup d'actions engagées, que ce soit du point de vue législatif ou jurisprudentiel. Beaucoup de choses se passent. C'est aussi une matière en devenir, car ses évolutions se font aussi de manière erratique. On a ainsi beaucoup de matière, avec un fond d'incohérence qu'il est nécessaire d'éradiquer à mon sens.

Billets - *Le droit de la non-discrimination relève-t-il du droit public, du droit privé ou est-il transversal ?*

D.T. - Si l'on reprend la problématique de la racine des autres droits, c'est nécessairement un droit qui est transversal car il nourrit la réflexion autour des autres droits. Ce n'est ni du droit privé, ni public, ni interne, ni européen, ni onusien, c'est un peu de tout cela. Pour l'anecdote, je suis professeure en droit privé, et beaucoup me classent en droit public, ce qui montre que le droit de la non-discrimination est traversé par une logique générale transversale.

Billets - *Quelles sont les actualités en ce domaine, puisque vous nous avez dit que c'est un droit en constante construction ?*

D.T. - Nombreuses ! L'actualité est fournie en ce qui concerne l'action de lutte contre les discriminations, puisque le législateur a beaucoup d'imagination en la matière ! Il y a beaucoup de moyens de lutte ou d'obligations qui sont mis en place, dans le domaine du droit du travail notamment, sur les questions de parité entre les hommes et les femmes ; sur les actions de moyens prioritaires et moyens de lutte prioritaires dans les quartiers.

L'actualité législative est toujours d'importance, mais il ne s'agit pas nécessairement de réformes d'ampleur, davantage de réformes par petites touches, par exemple sur des motifs de discrimination particuliers, où l'on pensera au glissement des lanceurs d'alerte dans les listes de motifs de discrimination, ou sur des matières spécifiques telles que le droit du travail ou le droit des marchés publics. Tout ceci conduit toutefois à cette incohérence générale que je dénonce.

En ce qui concerne la jurisprudence, celle-ci est très importante, en particulier en droit du travail notamment depuis l'aménagement de la

charge de la preuve en matière de discrimination, ce qui a amené une ouverture du contentieux. Cette évolution date du début des années 2000. On est toujours sur cette ouverture du contentieux et on voit qu'il y a beaucoup de choses qui se passent. Un grand nombre d'affaires devant la justice portent ainsi les traces de nouvelles formes de discrimination : ce sont les discriminations indirectes.

Enfin, les innovations les plus récentes concernent la thématique des discriminations systémiques qui seraient omniprésentes sous diverses formes dans le quotidien de chacun.

Billets - *Quel est selon vous le champ de bataille prioritaire du droit de la non-discrimination ?*

D.T. - Il s'agit de sa mise en cohérence, qui est associée à son accessibilité. Il y a une problématique d'incohérence entre certaines règles, entre certains motifs, et le travail ne manque pas dans ce domaine. Il est à mon sens urgent d'éradiquer ces incohérences, ce qui aura pour conséquence de rendre plus accessible ce droit.

Je travaille justement en ce moment à un projet qui entend résoudre ces deux problèmes : il s'agit d'élaborer un code de la non-discrimination. Ce code permettrait de compiler toutes les règles qui sont actuellement réparties dans beaucoup de lois et de codes différents. Par exemple, il y a une célèbre loi de 2008³ qui n'est pas codifiée, il y a aussi des règles éparpillées dans le Code du travail, dans le Code général de la fonction publique, dans le Code pénal... J'ai fait le décompte : il y a plus d'une vingtaine de codes dans lequel le mot « discrimination » intervient ! et avec des dynamiques différentes, ce qui montre bien l'incohérence qui existe. À mon sens, la priorité est d'organiser toutes ces règles, ce qui montrera les disparités et les contradictions qui existent entre elles.

L'élaboration de ce code permettra aussi l'accessibilité des règles pour tous : il y a un vrai enjeu social afin que chacun puisse avoir accès à la compréhension de règles de non-discrimination.

³ Ndlr : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JO 28 mai 2008.

Billets - *La non-discrimination est en ce moment un sujet à la mode au sein de la classe politique. Ne pourrait-on pas penser que le droit de la non-discrimination ne fait finalement que surfer sur un phénomène de mode ?*

D.T. - Ce sont les politiques qui surfent sur la non-discrimination et non l'inverse ! Le droit de la non-discrimination est un enjeu social et donc forcément politique. Il y a des priorités qui sont mises en œuvre dans le droit de la non-discrimination : on met l'accent sur l'égalité entre les hommes et les femmes davantage que sur d'autres thématiques par exemple. Ce sont des priorités au sein des motifs de discrimination qui sont clairement des priorités politiques, mises à l'agenda politique et assumées en tant que telles.

Ce que l'on voit ensuite actuellement est une instrumentalisation de la non-discrimination par le biais politique, et un accaparement des termes de la non-discrimination par le politique, avec un dévoiement des termes. C'est ainsi le cas pour la discrimination intersectionnelle, qui est identifiée comme une problématique liée à une religion en particulier, alors qu'il s'agit juste d'une technique générale de reconnaissance des discriminations qui arrivent lorsque l'on croise deux motifs de discrimination différents, et il ne s'agit pas d'autre chose que d'une technique de reconnaissance des discriminations et de reconnaissance de l'existence de celles-ci. Mais ceci a été utilisé et dévoyé par certains politiques pour établir une forme de priorité donnée à une problématique religieuse.

Le second exemple que je peux citer est l'exemple du wokisme qui est un terme qui nous vient des États-Unis. Ce terme a été utilisé par les politiques avant même qu'il y en ait eu une utilisation par les spécialistes du domaine de la non-discrimination ! Ce terme signifie juste que les personnes sont ouvertes et conscientes en ce qui concerne la question des discriminations et de l'existence de ces discriminations, autrement dit, qu'elles ont pris conscience que les discriminations sont présentes. Ceci ne veut pas dire autre chose, et cela a été, par un glissement de l'utilisation de ce terme par certains politiques, identifié comme un mouvement militant qui souhaiterait éradiquer le passé pour faire simple. Ce n'est pas le cas du mouvement du wokisme dans son ensemble, même s'il existe bien sûr des militants qui sont plus ou moins extrémismes, à l'instar de tous les engagements militants. J'insiste

vraiment sur le fait que la problématique essentielle est, pour le cas spécifique du wokisme, l'accaparement qui en a été fait par le politique avant d'avoir eu une réelle utilisation par les scientifiques. Et nous, les scientifiques, nous ne pouvons plus changer cette connotation qui a été politisée du terme.

Billets - *Certains pourraient estimer que l'un des risques de déviance du droit de la non-discrimination serait que tout est discrimination, faisant ainsi perdre de la force au concept.*

D.T. - Je conçois cette peur, dans le sens où le mot discrimination est un mot qui -en tant que tel- est récent, avec cette connotation négative qui est associée juridiquement à la discrimination. Il ne faut cependant pas oublier qu'initialement, le terme ne veut juste dire que l'on distingue de manière neutre. Il est par exemple utilisé pour les enfants à l'école primaire : il y a des exercices de *discrimination* des lettres de l'alphabet. C'est donc un terme tout à fait neutre, et sa connotation négative est utilisée par les sociologues et les juristes en particulier.

Si ce mot fait peur, c'est parce qu'on est dans le domaine de l'égalité, un mot que la France connaît bien. Et lorsque l'on parle de discrimination, cela veut dire qu'il y a eu un dysfonctionnement de l'égalité. Il faut l'admettre, bien qu'il soit plus facile d'être le plus souvent dans le déni. La peur du terme, de l'utilisation et de la surutilisation de ce terme se conçoit tout à fait : ceci est lié à un aspect culturel français et à une surexposition récente -et très forte- de ce terme. L'utilisation quotidienne dont il faut l'objet n'était pas du tout le cas il y a vingt ans.

Ce terme peut donc être considéré de manière abrupte voire violente par certaines personnes, et c'est une peur qu'il faut entendre. Mais si l'on est attaché à l'égalité, on doit aussi être attaché à la lutte contre les discriminations.

Billet n° 22 : C. DOLMAIRE - La laïcité dans le contrat d'engagement républicain

juin 2023

Pour citer ce billet :

C. DOLMAIRE, « La laïcité dans le contrat d'engagement républicain », *Billets de l'OMIJ*, 2023-6, n° 22

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

LA LAÏCITE DANS LE CONTRAT D'ENGAGEMENT REPUBLICAIN

Dr Camille DOLMAIRE

Docteure en droit public

OMIJ/CDES, UR 14 476 - Université de Limoges



Entre autres outils censés participer de la lutte contre les « séparatismes » dans le mouvement associatif, la loi du 24 août 2021¹ a créé le contrat d'engagement républicain, communément appelé CER désormais. Le contenu de ce contrat fit l'objet de discussions nombreuses, tant au Parlement que par les différentes institutions ayant émis un avis sur les projets de loi, et par les commentateurs. À l'article 12 de la loi, s'est ajouté un décret d'application comportant en annexe le document², puis, plus récemment, un guide pratique³ censé faciliter la mise en œuvre concrète du CER. C'est dire combien cet objet suscite l'embarras des acteurs supposés l'appliquer.

Parmi toutes les questions concrètes qui surgissent, celle des contours exacts des obligations contenues dans le contrat se pose toujours. C'est plus particulièrement le cas de celle relative au sens des obligations découlant du principe de laïcité insérées dans le CER. Notons que le Conseil d'État préconisait d'amputer ce dernier « *du principe de laïcité qui ne s'impose qu'aux agents publics* »⁴. Le maintien de la laïcité dans

¹ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

² Décret du 31 décembre 2021, n° 2021-1947, pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État.

³ Ministère de l'Intérieur et des Outre-mer, *Le contrat d'engagement républicain, guide pratique*, février 2023, consultable à l'adresse suivante : <https://www.associations.gouv.fr/le-contrat-d-engagement-republicain-le-guide-pratique.html>

⁴ CE, 7 décembre 2020, n° 401549, avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, p. 12.

le CER confirme l'ambiguïté de ce document, à la fois vecteur de principes juridiques clairs qu'il se contente de réitérer et d'éléments plus flous. A l'occasion de son audition dans le cadre des travaux parlementaires, Henri Pena-Ruiz indiquait très justement : « *nous parlons de principes, qui sont également des valeurs* »⁵. Entre les deux, une distinction majeure existe : si les valeurs inspirent le droit, elles n'ont pas de portée juridique directe, ne prescrivent pas des comportements, contrairement aux principes. Les principes découlent des valeurs qui les inspirent, mais on ne peut exiger le respect de ces dernières sans transiter par les premiers. Le Conseil d'État avait préconisé dans son avis le retrait du terme « valeurs » de la loi, ayant « *un contenu et une portée qui paraissent trop incertains pour qu'il soit exigé des associations qu'elles les respectent* »⁶.

Le maintien de la laïcité dans le socle des obligations prévues dans le contrat d'engagement est étonnant : le Conseil d'État ayant souligné que le principe n'implique des restrictions qu'à l'égard des agents du service public, le fait d'en faire découler des obligations dans le CER interroge : doit-on y voir une modification des contours de la laïcité française ? La réponse paraît ambiguë. Le guide pratique était l'occasion pour le gouvernement de véritablement préciser ce qu'il entendait par le respect de la laïcité dans le CER mais nombre d'incertitudes persistent. Ainsi, si la laïcité que l'on retrouve dans le CER ne correspond pas exactement aux contours qui sont les siens dans la loi (I), la forme normative particulière du contrat d'engagement ne permet pas d'en déduire un véritablement bouleversement (II).

I - Le fond : une laïcité différente inscrite dans le contrat d'engagement Républicain

⁵ F. BOUDIE, 25 janvier 2021, n° 3797, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République.

⁶ CE, 7 décembre 2020, n° 401549, avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, p. 12.

La loi du 24 août 2021 dispose que le contrat d'engagement implique « *de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République* »⁷. Cet aspect est décliné en différents éléments dans le décret d'application qui comporte en annexe le CER⁸. Tout d'abord, le premier engagement contient deux alinéas qui se rapportent assez directement à la laïcité :

« L'association ou la fondation bénéficiaire s'engage à ne pas se prévaloir de convictions politiques, philosophiques ou religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant ses relations avec les collectivités publiques.

Elle s'engage notamment à ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ».

Plus indirectement, le deuxième engagement, destiné à la liberté de conscience, implique que l'association s'engage :

« à respecter et protéger la liberté de conscience de ses membres et des tiers, notamment des bénéficiaires de ses services, et s'abstient de tout acte de prosélytisme abusif exercé notamment sous la contrainte, la menace ou la pression ».

Le premier alinéa évoqué ne fait que reprendre la règle qui découle du caractère laïque de la République selon la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004⁹. Le guide publié par le gouvernement donne deux exemples de ce qui pourrait constituer un manquement à cette obligation : l'utilisation d'une autre langue que le français, par exemple une langue régionale, pour s'adresser à

⁷ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République, art. 12.

⁸ Décret du 31 décembre 2021, n° 2021-1947, pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État.

⁹ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

l'administration et le refus de répondre à un courrier de l'administration adressé par un agent au motif que c'est une femme. Concernant le premier exemple, celui-ci constitue le rappel d'une règle légale codifiée à l'article L. 111-1 du CRPA. Le second ne doit pas être confondu avec l'interdiction des discriminations, inscrite dans l'engagement n° 4 du contrat, et punie à l'article 225-2 du Code pénal. Ce dernier vise en effet des comportements spécifiques, dans les prévisions desquelles le refus de répondre à un courrier, tout comme celui de serrer la main d'une femme, ne peuvent pas réellement entrer. Il s'agit là d'une obligation propre au CER, se rattachant plutôt à une règle de savoir-vivre qu'à la réitération d'une obligation légale.

De manière un peu étonnante, l'engagement suivant, à savoir le fait de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République, est illustré par le fait pour une association de « *se prévaloir de sa dimension religieuse pour solliciter une entorse au principe constitutionnel de laïcité qui s'impose à l'administration* ». Cet exemple rend difficile la distinction avec l'engagement précédent. Le fait de requérir des adaptations du service public relève davantage d'une demande tendant à s'affranchir des règles communes que d'une remise en question du caractère laïque de la République. Ce dernier pourrait quant à lui instinctivement plutôt évoquer l'idée que l'association par ses activités cherche à rétablir un financement public des cultes, un enseignement religieux à l'école, ou incite à méconnaître les obligations s'imposant aux agents en termes de neutralité religieuse ou aux usagers de l'enseignement public primaire et secondaire, en somme, une remise en question de la séparation des églises et de l'État et des principes qui en découlent. Cela reviendrait toutefois à sanctionner des groupements en raison de leur adhésion à des idées qui ne sont par elles-mêmes aucunement répréhensibles, et constituerait une atteinte significative à la liberté d'expression, dont la liberté associative est l'un des prolongements.

Les explications fournies pour l'engagement suivant rappellent que le principe de laïcité ne s'applique pas aux associations dépourvues de mission de service public. C'est plutôt en réalité le devoir de neutralité

qui devrait être visé ici. Le guide indique que les associations doivent s'abstenir de tout prosélytisme abusif. La notion de prosélytisme abusif est issue de la jurisprudence européenne et le guide prend soin de l'évoquer en citant la décision « Kokkinakis c. Grèce » mais également en se référant à un rapport -qu'il ne source d'ailleurs pas. Citant la Cour, le guide définit le prosélytisme abusif comme des activités offrant des avantages sociaux ou matériels en vue d'obtenir le rattachement à une église, l'exercice de pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin, le recours à la violence ou au lavage de cerveau.

Deux infractions peuvent se rattacher à la notion de prosélytisme dans le droit français. D'une part, l'article 31 de la loi du 9 décembre 1905 punit « *d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ceux qui, soit par menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, ont agi en vue de le déterminer à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association cultuelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte* ». D'autre part, l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'une personne, notamment préalablement placée dans un état de sujétion psychologique, est puni par l'article 223-15-2 du Code pénal, modifié et enrichi dans le cadre de la lutte contre les dérives sectaires¹⁰. Ce deuxième élément se retrouve également dans l'engagement n°6. Ces infractions constituent donc les deux formes de prosélytisme prohibées par le droit français. En dehors de cela, le principe de neutralité s'oppose à toute forme de prosélytisme religieux mais il ne concerne que les agents et salariés des services publics dans le cadre de leur fonction, enfin, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail permet de restreindre l'extériorisation des convictions religieuses des salariés privés selon certaines conditions. En dehors de ces hypothèses, la loi n'interdit pas les actes de prosélytisme et l'on peine à identifier ce que serait un acte de prosélytisme, abusif qui plus est, qui n'en relèverait pas. Les trois exemples fournis ensuite par le guide confirment que cet embarras a probablement dû être partagé par ses rédacteurs :

¹⁰ Loi du 12 juin 2001, n° 2001-504, *tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*.

- « - une association sportive qui contraindrait ses adhérents à prier dans les vestiaires avant ou après la séance de sport ;
- une association (de soutien scolaire) qui obligerait ses membres à porter des signes religieux ostentatoires ;
 - une association qui entretiendrait des relations avec des penseurs ou prédicateurs affiliés à l'islam radical. »

Les deux premiers exemples comportent l'idée de contrainte à exercer une pratique religieuse ou adopter une tenue exprimant l'appartenance religieuse. Ils paraissent *a priori* susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction formulée dans la loi de 1905, du moins tels qu'ils sont formulés. Ils sont en réalité inspirés de faits d'actualité. Le premier évoque l'enquête menée par un journaliste infiltré dans une association sportive parisienne de ju-jitsu surveillée par les services de renseignement pour des soupçons de pratiques communautaristes¹¹, le second évoque la fermeture des locaux d'une association d'enseignement islamique, proposant notamment des cours et du soutien scolaire, pour non-respect des règles en matière de prévention des incendies, qui avait été l'occasion de mettre en avant les pratiques communautaristes qui y auraient pris place¹². Encore faut-il souligner que dans ces deux faits d'actualité, les comportements communautaristes ciblés n'étaient pas répréhensibles. Le troisième exemple proposé paraît quant à lui hors-sujet. Le prosélytisme est un acte visant à convaincre quelqu'un d'adhérer à une confession religieuse. Abusif, il est supposé nuire à la liberté de conscience d'autrui et partant, est sanctionné aux divers titres exposés précédemment. Si les relations entretenues par une association pourraient, dans l'absolu, influencer d'une quelconque manière ses adhérents, il paraît, en toute hypothèse, un peu poussif de qualifier cela de prosélytisme, *a fortiori* abusif.

¹¹ Q. FOUQUEREAU, *Leparisien.fr*, 28 septembre 2020.

¹² « Seine-Saint-Denis : un établissement d'enseignement islamique en passe d'être fermé », *Lefigaro.fr*, 17 février 2022.

Il résulte de ce bref panorama des obligations du CER liées au principe de laïcité qu'elles sont pour partie seulement la réitération d'obligations légales. Pour le reste elles sont floues et pourraient donc s'appliquer à d'autres hypothèses dont il est toujours difficile actuellement d'envisager les contours. Les applications manquent en fait : une seule affaire a porté sur l'appréciation de la méconnaissance de l'une de ces obligations¹³. Il était question de la présence d'une femme voilée sur une affiche exposée à l'occasion d'un stand tenu par l'association du planning familial lors de la journée du droit des femmes. L'association bénéficiait pour cela d'une autorisation d'occupation du domaine public. Le maire de la commune a souhaité retirer cette dernière pour méconnaissance des obligations du CER. Le Conseil d'État considère que l'affiche en question ne méconnaît ni le caractère laïque de la République ni le principe d'égalité. Il précise que la présentation du visuel n'est pas de nature à constituer un acte de prosélytisme ni à promouvoir ou manifester l'adhésion de l'association à ce symbole religieux. Ce contentieux n'est pas de nature à satisfaire à lui seul la curiosité que l'on peut éprouver quant à la portée pratique du CER concernant la laïcité. A défaut de réponses évidentes sur le fond, une hypothèse peut être risquée sur la forme : il n'est pas tant question de sanctionner que d'inciter. Le flou de certaines des obligations serait alors révélateur de leur caractère mou. On retrouve là une figure désormais bien connue et fréquemment employée dans le cadre de la laïcité française.

II - La forme : la normativité particulière du contrat d'engagement Républicain

David Hiez rappelle la particularité de ce contrat qui n'entend créer aucune obligation par lui-même et se contente de rappeler des obligations légales¹⁴. Il souligne que ce faisant l'utilité d'un tel document a été largement questionnée, tant par certains parlementaires que par le Conseil d'État lui-même. Les précisions apportées par le guide pratique indiquent pourtant que le CER n'a pas uniquement

¹³ CE, ord., 10 mars 2022, n° 462140.

¹⁴ D. HIEZ, « Le contrat d'engagement républicain : l'approfondissement d'une figure connue », *RTD Com.*, 2022, p. 103.

vocation à réitérer des obligations légales, mais bel et bien d'encourager à adopter des comportements qui ne sont pas prescrits par la loi. En ce sens, le procédé est non seulement connu du droit, mais fréquemment utilisé dans le cadre de la régulation du fait religieux en France. Chartes de la laïcité dans les services publics¹⁵, guides à destination des agents publics¹⁶, *vademecum* de la laïcité à l'école¹⁷ : l'administration multiplie les supports censés faciliter la gestion du religieux. Cela n'a rien d'étonnant : le Conseil d'État, dans son étude annuelle de 2007 consacrée à la citoyenneté encourageait ce mode d'action publique afin d'« *organiser une pédagogie volontariste de la laïcité destinée à rétablir, dans toute la mesure du possible, la sérénité de l'application de ce volet sensible de la citoyenneté française* »¹⁸. Pour le domaine plus spécifique des associations, il convient de souligner qu'avant que le législateur décide de mettre en place un CER au niveau national, des collectivités avaient déjà opté pour des documents similaires et soumettaient le subventionnement des associations à l'engagement d'en respecter le contenu¹⁹. C'est donc une figure classique du paysage juridique français que l'on retrouve dans le CER. Reste peut-être à questionner les raisons de l'utilisation de ces supports normatifs.

Rappelons que l'objectif de la loi est de lutter contre le séparatisme²⁰, autre nom donné au communautarisme. La difficulté réside dans le fait

¹⁵ Charte de la laïcité dans les services publics :

https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2022/01/nouvelle_charte_de_la_laicite_dans_les_sp.pdf

Charte de la laïcité à l'école : Circulaire du ministre de l'Éducation nationale du 6 septembre 2013, n° 2013-144, NOR : MENE1322761C, publiée au BO du 12 septembre 2013, n° 33.

Charte de la laïcité de la branche famille avec ses partenaires : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/03/charte_cnaf.pdf

¹⁶ Voir par exemple le guide pratique de la mairie de Paris : <https://cdn.paris.fr/paris/2021/10/15/6efa0ad296b0b18c7e0c1a8b9e51d21e.pdf>

¹⁷ <https://eduscol.education.fr/1618/la-laicite-l-ecole>

¹⁸ CE, étude annuelle, *La citoyenneté – Être (un) citoyen aujourd'hui*, Les rapports du Conseil d'État, 2018, p. 97.

¹⁹ Voir par exemple la Charte de la laïcité des Hauts-de-France qui prévoit que la méconnaissance de son contenu permet la cessation et le remboursement des subventions publiques :

<https://aides.hautsdefrance.fr/guides/CharteRegionaleLaiciteValeursRepublicaines.pdf>

²⁰ Défini par le Président E. MACRON comme « *un projet conscient, théorisé, politico-religieux, qui se concrétise par des écarts répétés avec les valeurs de la République, qui se traduit souvent par la constitution d'une contre-société et dont les manifestations sont la*

que si une partie des comportements qui sont pointés comme relevant de la « dérive communautaire » est appréhendée par le droit, la majeure partie ne l'est pas : rien n'interdit en France les individus de se regrouper selon des intérêts communs et notamment selon la conception de la vie bonne qu'ils partagent. Rien ne l'interdit, et même le droit français protège les libertés qui permettent ce communautarisme : liberté de culte, liberté de réunion, liberté de conscience, liberté d'expression et, pour ce qui nous concerne plus directement ici, liberté d'association. On ne peut mettre un frein à ce que l'on considère comme des pratiques communautaires sans entamer ces libertés qui bénéficient à tous.

Ces supports sont l'occasion d'infléchir les contours de la laïcité et de l'encadrement des cultes sans modifier le droit écrit. Chacun d'eux contient à la fois la réitération d'obligations légales et la formulation de préconisations en marge du cadre normatif connu. L'injonction à ne pas faire preuve de prosélytisme du CER se retrouve ainsi également dans la charte de la laïcité dans les services publics, ou la charte de la laïcité à l'école, de même que celle de ne pas avoir de comportement sexiste. Ainsi que l'a très bien souligné Lauren Bakir *« tous les textes de droit souple relatifs aux rapports entre l'État et les religions ne se limitent pas à éclairer le contenu et les effets du principe de laïcité. De nombreux textes de droit souple publiés ces dernières années dépassent ce cadre juridique en invoquant une laïcité axiologique, c'est-à-dire une laïcité rattachée à la catégorie des « valeurs » »*²¹.

Le phénomène n'est pas anodin. Ainsi que l'a souligné David Koussens à propos de la Charte de la laïcité dans les services publics, *« quelle sera alors la réaction d'une musulmane portant le voile quand*

déscolarisation des enfants, le développement de pratiques sportives, culturelles communautarisées qui sont le prétexte pour l'enseignement de principes qui ne sont pas conformes aux lois de la République. C'est l'endoctrinement et par celui-ci, la négation de nos principes, l'égalité entre les femmes et les hommes, la dignité humaine. Le problème, c'est cette idéologie, qui affirme que ses lois propres sont supérieures à celles de la République » : discours aux Mureaux, 2 octobre 2020.

²¹ L. BAKIR, « Réflexions autour de la laïcité axiologique », *Revue du droit des religions*, 2019, p. 137.

elle découvrira cette charte en allant chercher son courrier à la poste ? La situation qui émerge donc avec l'adoption de ce texte est très critiquable car il tend à envoyer des signaux contradictoires aux citoyens, des signaux que seule une connaissance minimale de l'ordonnancement juridique français peut permettre d'interpréter »²². Nichées entre les obligations légales, les obligations floues du CER ne doivent pas être considérées comme étant dépourvues d'effet. Tel est certainement l'objectif principal du CER : inciter le mouvement associatif à modifier son comportement, notamment en matière religieuse. Il s'insère plus globalement dans la catégorie du droit souple²³. Cette dernière offre un compromis : sans limiter textuellement l'exercice des droits et libertés, le droit souple incite les individus à adapter leurs comportements.

Rien n'indique que les aspects de la laïcité qui ne correspondent pas à ses contours légaux seront de nature à permettre le constat d'un manquement au respect des obligations du CER et dans quelle mesure les associations devront, littéralement, en faire les frais. Les observateurs ne peuvent pour l'instant que spéculer sur la question et exprimer, selon leur tempérament, inquiétude ou confiance. Mais là n'est peut-être pas le cœur de la question : le CER, éclairé par le guide pratique, encourage à adopter des comportements au-delà des exigences légales et, ce faisant, il exerce déjà un effet.

²² D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Religion », 2015, p. 37.

²³ En 2013 dans son rapport consacré à cet aspect le Conseil d'État évoquait déjà la Charte de la laïcité dans les services publics comme relevant du droit souple : CE, étude annuelle, *Le droit souple*, EDCE, 2013, p. 70.

Billet n° 23 : M. MADI - Le *particularisme mahorais* en matière juridictionnelle est-il réellement en déclin ?

juillet 2023

Pour citer ce billet :

M. MADI, « Le *particularisme mahorais* en matière juridictionnelle est-il réellement en déclin ? », *Billets de l'OMIJ*, 2023-7, n° 21

Disponible à :

<https://www.unilim.fr/omij/publications-2/billets-delomij/>

LE PARTICULARISME MAHORAIS EN MATIÈRE JURIDICTIONNELLE EST-IL RÉELLEMENT EN DÉCLIN ?

Moinamaoulida MADI

Doctorante en histoire du droit

OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges



La question de l'existence d'un tribunal cadial¹ à Mayotte mérite-t-elle d'être encore posée ? Après une longue attente et plusieurs années d'hésitations, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010² est venue clarifier la situation du droit local à Mayotte. Entendu comme l'ensemble des règles de nature coutumière notamment bantoues et islamiques, le droit local mahorais s'est vu retirer progressivement depuis près de dix ans l'ensemble de ses particularismes³. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 a achevé ce processus en accordant à la juridiction de droit commun une compétence exclusive en matière de droit local. En d'autres termes, depuis cette date, le tribunal cadial n'est plus compétent pour connaître toute situation juridique relevant du statut civil de droit local⁴.

¹ Il s'agit d'une institution qui agit en matière coutumière et religieuse dans la matière civile. Par exemple, le tribunal cadial peut intervenir en matière de divorce, de succession, de problèmes de voisinage, etc.

² Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

³ Ces dix ans mentionnés ici font référence aux réformes entamées à Mayotte depuis les années 2000, jusqu'à la réforme de 2010 que nous verrons *infra* et qui consiste à adapter le droit local mahorais dans le but d'atteindre l'assimilation juridique souhaitée par le pouvoir constituant originaire.

⁴ On parle de statut civil lorsque sont évoquées toutes les questions de droit qui concernent directement la personne : l'état civil, la capacité, l'union libre, le mariage, la filiation par le sang et adoptive, le régime matrimonial et les successions. Voir : E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Revue critique de droit international privé*, n° 4, 2012.

Le but poursuivi par le législateur est explicite : l'évolution institutionnelle de l'île de Mayotte (devenu un département français en 2019⁵) ne doit pas se faire au détriment du principe d'identité législative⁶ tel qu'envisagé par le pouvoir constituant originaire en 1946 et entériné en 1958. Le principe de spécialité législative⁷ prévu lors de la réunion de Mayotte à la France en 1841 ne joue ainsi plus. De fait, le statut civil de droit local mahorais se trouve désormais confronté au principe d'assimilation juridique⁸, ce qui l'a conduit, depuis près de treize ans, à se voir dépouillé de l'une de ses caractéristiques les plus essentielles, à savoir la justice de droit coutumier et de droit musulman dont les principaux acteurs de cette justice sont les cadis⁹.

En effet, depuis la réunion de Mayotte à la France le 25 avril 1841, il coexiste une dualité juridique : le droit français, issu de la puissance colonisatrice, et le droit musulman, issu des us locaux, chaque norme s'appliquant à une catégorie bien définie. Si la réforme de 2010 n'a officiellement pas touché à cet ordonnancement juridique, elle y a apporté un remaniement important car la justice cadiale a vu ses compétences juridictionnelles et notariales supprimées. Ce faisant, la dualité judiciaire qui existait sur l'île a été supprimée.

Même si le chemin entrepris pour permettre cette suppression n'a pas un caractère totalement novateur, elle n'est pas sans conséquence tant au niveau juridique qu'au niveau social sur le territoire mahorais. En outre, cette nouvelle situation peut paraître injuste car la justice cadiale, clé de voûte de l'application du droit local, a su démontrer son efficacité dans la régulation des conflits, et ce des années durant.

⁵ Loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte.

⁶ « *L'identité législative peut se définir comme le régime de l'applicabilité de plein droit du droit commun tel qu'issu des lois et règlements nationaux ; dans ce régime, le droit commun est donc le principe, et l'existence d'un droit spécifique ou dérogatoire constitue l'exception.* » Cf. S. DIEMERT, « Le droit de l'outre-mer », *Revue Pouvoirs* 2005-2, n° 113, p. 101-112.

⁷ Le principe de spécialité législative est prévu à l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁸ A. ALI, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2016.

⁹ Juges musulmans remplissant des fonctions civiles, judiciaires et religieuses.

I. Les effets de la suppression de la justice cadiale à Mayotte

La justice cadiale à Mayotte méritait-elle de subir le sort qui lui a été réservé par l'ordonnance du 3 juin 2010 ? Depuis la disparition de cette justice indigène et endogène¹⁰, un affaiblissement de la capacité de juger les conflits peut être constaté dans un territoire dont la démographie est élevée, et aussi soumis à des tensions migratoires incontestables. En effet, la justice « classique » n'arrive pas à absorber la masse du contentieux, masse du contentieux qui était autrefois supportée pour partie par la justice cadiale. Selon les chiffres transmis par le Grand Cadi, entre 2000 et 2010, environ 2 200 actes notariés ont été établis en moyenne chaque année par les cadis et environ un millier de décisions juridictionnelles a été rendu par an sur la même période¹¹.

De surcroît, le statut personnel des Mahorais, qui bénéficiait de nombreuses particularités, notamment en termes de mariage, a été remis en cause du fait de l'obligation de se conformer aux normes en vigueur, en particulier l'article 73 de la Constitution¹². Le tribunal cadial avait pourtant démontré son efficacité en apportant de nombreuses réponses aux problèmes en lien avec le statut personnel des Mahorais¹³.

Chargée à l'origine du contentieux inhérent à ces domaines, la justice cadiale a toutefois été progressivement reléguée par voie législative vers de simples fonctions de médiation sociale, au profit des juridictions

¹⁰ Les archives de l'époque coloniale nous permettent de constater, en filigrane, qu'une justice traditionnelle (les Mahorais étant de confession musulmane, leurs conflits étaient jugés par une juridiction ayant des compétences en matière islamique) existait déjà à Mayotte avant l'implantation de la justice coloniale qui est aujourd'hui devenu la justice de droit commun. Cette justice intervenait uniquement pour juger les indigènes.

¹¹ J.-P. SUEUR, « Commission des lois du Sénat », *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale* (1) à la suite d'une mission effectuée à Mayotte du 11 au 15 mars 2012, p. 30.

¹² L'article 73 de la Constitution reconnaît aux départements et régions d'outre-mer le droit d'adapter les lois et règlements en vigueur à leurs caractéristiques particulières et de définir des règles normatives dans des matières relevant du domaine de la loi.

¹³ Les Mahorais sont considérés comme uniques justiciables de la justice cadiale, en raison de plusieurs critères. On peut citer le critère de religion et d'appartenance aux origines mahoraises (grands-parents nés à Mayotte et ayant été élus propriétaires fonciers dans ce territoire avant l'accession de Mayotte à la France). Ces critères ne sont pas exhaustifs. Ils sont cumulatifs par ailleurs et exclusifs, car selon certains, seuls les Mahorais peuvent prétendre aux bénéfices du statut civil de droit local.

de droit commun. Dorénavant, et depuis la suppression de cette justice, le droit local mahorais n'est plus assuré, officiellement, par leurs garants originels, c'est-à-dire les cadis. Cette mission revient désormais aux juges du droit commun. Cependant, un problème sous-jacent se pose : comment des juges étatiques peuvent-ils assurer le respect d'une norme de droit interne bâtie sur une culture particulière dont ils ne maîtrisent *a priori* pas tous les ressorts ?

Mutatis mutandis et afin de permettre au statut civil de droit local mahorais de continuer à exercer son rôle de garant, l'intervention du législateur à travers l'ordonnance du 3 juin 2010 a eu pour finalité de doter le statut civil de droit local mahorais d'un renouveau. Ainsi, cette renaissance – pour ne pas dire cette reconnaissance – du droit mahorais par la justice de droit commun contribue à la continuité du statut civil de droit local mahorais, qui apparaît comme l'un des derniers spécimens de sa catégorie.

À l'aune des revendications coutumières et identitaires qui ont émergé ces dernières années et qui questionnent le sort et la légitimité des justices traditionnelles, la question du rôle de la justice cadiale pourrait à nouveau être relancée.

II. L'avenir de la justice coutumière

La question de l'avenir de la justice coutumière à Mayotte ne peut être abordée sans passer par celle de l'avenir du statut civil de droit local. En effet, l'application par les juges du droit commun d'une norme de droit interne n'a pas échappé aux critiques de certains commentateurs¹⁴ de l'évolution de la justice à Mayotte ainsi que celle de l'opinion publique. Comment les acteurs judiciaires se saisissent-ils des enjeux liés au pluralisme juridique et à la diversité des cultures dans les prétoires ?¹⁵

¹⁴ E. RALSER, H. FULCHIRON, A. SIRI, É. CORNUT (dir.), *La place de la coutume à Mayotte*, Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, coll. Synthèse de Recherche, rapport n°18.19, sept. 2022.

¹⁵*Ibid.*, p.170.

Selon un rapport scientifique de recherche réalisé et publié en septembre 2022¹⁶ avec le soutien de l'Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la justice, portant sur la coutume à Mayotte, les magistrats en exercice sur cette île « *prétent peu d'attention à la question du droit applicable, au détriment de l'application du statut personnel qu'ils ne maîtrisent pas* ». Ce constat pose question car la notion du droit applicable, qui est un préalable nécessaire lors de la résolution d'un litige, semble être écartée, voire contrariée. Cette situation apparaît ainsi en total contradiction avec ce qui est exigé par le deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 3 juin 2010 qui prévoit que « *dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités* ». Le dispositif précité est ici sans ambiguïté. Et au-delà d'encadrer juridiquement le champ de compétence du statut civil de droit local, il vient également nous apporter un éclaircissement quant à la survie de ce droit.

Une attention particulière doit de ce fait être portée à l'évolution de la justice afin de ne pas se heurter à une négligence du droit local, qui, à force d'adaptations itératives, pourrait perdre son omnipotence, voire devenir « un fantôme »¹⁷.

En outre, une autre spécificité du droit local mahorais, qui contient des règles de nature coutumières et religieuses, est qu'il n'est pas perméable de manière uniforme aux réformes législatives. La coutume mahoraise étant de nature orale, les réformes n'ont pas de réelles conséquences pratiques, car certaines coutumes mahoraises perdurent malgré leur suppression. On peut citer l'exemple du mariage religieux et coutumier, qui revêt une importance considérable à Mayotte, bien plus que le mariage civil. Tandis que certaines règles religieuses régissant la matière civile ont perdu peu à peu leur extrême vigueur à l'instar de la polygamie. En conséquence de quoi, certains auteurs dont Élise Ralser soupçonnent une perte d'autorité du droit local.

¹⁶ *Ibid.*, p.163.

¹⁷ E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Revue critique de droit international privé*, n° 4, 2012.

Malgré cette difficile conciliation, des rencontres entre les pouvoirs publics et cadis ont vu le jour ces dernières années¹⁸. Un certain nombre d'entre elles relèvent d'un cadre formel, tandis que les autres n'en relèvent pas.

En ce qui concernent les premières rencontres, il convient de citer le colloque¹⁹ organisé à l'été 2022 au Centre universitaire de formation à Mayotte pour débattre de la place de la coutume dans le territoire. Des cadis, des magistrats en exercice à Mayotte, le président du tribunal judiciaire de Mamoudzou, des membres de la société civile ainsi que des élus mahorais ont été conviés à la réflexion menée sur les formes de la justice mahoraise. Si ce dialogue a permis de jeter les bases d'un pluralisme juridique plus effectif, il reste toutefois à pérenniser ce cadre juridique d'interactions entre les différentes cultures juridiques qui existent à Mayotte²⁰. Pour ne prendre qu'un exemple, on peut citer la méconnaissance des Mahorais s'agissant du recours aux juges de droit commun pour les situations relevant du droit local.

Concernant le second type de rencontres entre magistrats et cadis, celles-ci peuvent être qualifiées d'échanges, mais avec un aspect moins solennel, tels que des communications informelles entre magistrats et cadis²¹.

Alors que les enjeux en matière sociale, démographique, migratoire, économique et juridique se multiplient, les défis à relever sont multiples. Les contestations liées à la justice cadiale sont certes nombreuses mais est-ce pour autant qu'elle n'a plus de place face aux défis du XXI^e siècle ? Étant donné les problèmes que rencontre Mayotte aujourd'hui, il est permis de se poser la question, notamment en ce qui

¹⁸ M. H. ALAOU et É. LEMERCIER, « Que faire des cadis de la République ? », *Ethnologie française*, vol. 48, 2018.

¹⁹ E. RALSER, H. FULCHIRON, A. SIRI, É. CORNUT (dir.), *La place de la coutume à Mayotte, op. cit.*

²⁰ *Ibid.*, p. 163.

²¹ Ces données sont issues d'une enquête sur le terrain réalisée à Mayotte en 2022 dans le cadre d'une recherche sur le pluralisme juridique menée par Moinamaoulida Madi, doctorante en droit à l'Université de Limoges.

concerne la préservation du pluralisme juridique et la collaboration des différentes institutions, voire leur collégialité.

Par ailleurs, la disparition des sources coutumières mahoraises, due à l'adoption de l'ordonnance du 3 juin 2010, questionne le devenir du statut civil de droit local mahorais, et par la même occasion, celui des cadis. À en croire certains de ses commentateurs, cet article pourrait prochainement faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)²². En cas d'abrogation, les cadis seraient alors à nouveau consacrés comme garants du statut civil mahorais. Les principaux intéressés espèrent retrouver cette position. En attendant que le pluralisme juridique à Mayotte retrouve la bénédiction du législateur, le sujet impose une prise de position politique²³. Une réflexion actuelle et une clarification de la situation est nécessaire, condition *sine qua non* afin que cette diversité juridique jouisse d'une utilité et d'une efficacité certaine dans la régulation des conflits.

²² Fr. HERMET, *Mayotte, état des lieux, enjeux et perspectives : regards croisés sur le dernier-né des départements français*, édition l'Harmattan, La Réunion, 2015, p. 96.

²³ N. ROINSARD, *Une situation postcoloniale - Mayotte ou le gouvernement des marges -*, CNRS Éditions, Paris, 2022, p. 310.



OMIJ
Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques
UR 14 476

5 rue Félix Eboué
87000 LIMOGES
Tél. +33 (5) 05 55 14 90 11

www.unilim.fr/omij/

Imprimé en novembre 2023

Université de Limoges

C. DOLMAIRE

La laïcité dans le contrat d'engagement républicain

R. DELMAS

Faut-il annuler les actes administratifs illégaux ?

R. LAHER

Vers une pénalisation du locataire sans droit ni titre ?

M. MADI

Le *particularisme mahorais* en matière juridictionnelle
est-il réellement en déclin ?

M. MARTIN

Faut-il une nouvelle médaille pour l'administration territoriale ?

S. NADAUD

Petit tour d'horizon des affaires climatiques pendantes devant la
Grande Chambre de la Cour de Strasbourg

H. PAULIAT

Étude d'impact des projets de loi : une analyse indispensable !

J. RAYNAUD

La protection européenne d'une performance offensante
réalisée dans une église

Q. RICORDEL

Une expulsion sans avion, est-ce encore une expulsion ?

D. THARAUD

Actualités en matière de droit de la non-discrimination

J. VERLHAC

2023 : la bonne année associative